



Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE

RAPORT KOŃCOWY



Zamawiający: Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju ul. Wspólna 2/4 00-926 Warszawa

8 kwietnia 2014

AUTORZY:

Agnieszka Rudolf - kierownik zespołu badawczego

Dariusz Koba - główny specjalista ds. zamówień publicznych

Jerzy Radziwiłł - główny specjalista ds. badań i ewaluacji

Róża Chybowska-Philippe, Stanisław Czapran, Magda Daliga, Ignacy Kowalski, Sebastian Pałka, Paweł Pijanowski, Cezary Przybył, Justyna Ratajczak, Michał Skorupski, Halina Strzelczyk, Anna Strzelczyk-Urbańska - członkowie zespołu badawczego

PODZIĘKOWANIA:

Autorzy raportu składają serdeczne podziękowania:

Pani Barbarze Baka, Pani Hannie Bałos, Pani Aldonie Orłowskiej i Pani Annie Romańczyk, z Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju za stałą pomoc i asystę w realizacji badania,

licznej grupie pracowników GDDKiA, PLK, CUPT i samorządów za udostępnienie dokumentów dotyczących zamówień i udział w badaniu ankietowym,

Pani Małgorzacie Bogusiewicz, Pani Anecie Jędrzejczyk, Pani Izabeli Kornas, Panu Tomaszowi Łatawcowi, Panu Piotrowi Lipcowi, Pani Monice Pianowskiej, Panu Mirosławowi Polowi, Pani Izabeli Rzepkowskiej oraz Panu Tomaszowi Witkoszowi za udział w wywiadach indywidualnych i grupowych, poświęcony czas i wkład do dyskusji nad ostateczną treścią raportu i rekomendacji,

instytucjom, które udostępniły dokumenty i informacje dotyczące zamówień w innych krajach UE - Italferr S.p.A. (Włochy), Anas S.p.A. (Włochy) oraz Highways Agency (Wielka Brytania), a szczególnie Panu Fabrizio Ranucci, Pani Andrei Stefan, Panu Davidowi O'Neil, Panu Davidowi Poole i Pani Jenny Wright za przygotowanie materiałów i zycziwą asystę.

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	5
Streszczenie	7
Summary	13
Wprowadzenie	19
1.1 Cele badania	19
1.2 Zakres i źródła informacji	19
1.3 Metodologia	20
1.4 Wykonawca	20
2 Opis wyników badania i ich interpretacja	21
2.1 Identyfikacja i analiza rozwiązań stosowanych w Polsce	21
2.1.1 Kwalifikacja wykonawców	21
a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo.....	21
b. Stosowane rozwiązania	27
2.1.2 Kryteria oceny ofert.....	51
a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo.....	51
b. Stosowane rozwiązania	55
2.1.3 Ceny rażąco niskie.....	65
a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo.....	65
b. Stosowane rozwiązania	68
2.1.4 Przebieg postępowania.....	74
a. Wstęp.....	74
b. Wyniki analizy.....	75
2.1.5 Realizacja zamówień.....	82
a. Wstęp.....	82
b. Wyniki analizy.....	82
2.2 Analiza projektów porównywalnych z krajów UE	85
2.2.1 Kwalifikacja wykonawców	85
a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo.....	85
b. Stosowane rozwiązania	92
2.2.2 Kryteria oceny ofert.....	111
a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo.....	111
b. Stosowane rozwiązania	114
2.2.3 Ceny rażąco niskie.....	128
a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo.....	128
b. Stosowane rozwiązania	131
2.3 Porównanie rozwiązań stosowanych w Polsce i innych krajach i rekomendacje	133
2.3.1 Kwalifikacja wykonawców	133
a. System certyfikacji	133
b. Prekwalifikacja.....	134
c. Kwalifikacja konsorcjów	135
2.3.2 Badanie wiedzy i doświadczenia	135
a. Warunki i kryteria kwalifikacji w zakresie wiedzy i doświadczenia	135
b. Referencje.....	137
2.3.3 Badanie potencjału kadrowego.....	137
a. Średnie zatrudnienie.....	137
b. Personel kluczowy	138
2.3.4 Badanie sytuacji ekonomicznej.....	139
a. Sytuacja ekonomiczna – obrót (przychód).....	139
b. Sytuacja ekonomiczna – analiza wskaźnikowa	139
c. Sytuacja ekonomiczna – solidarna odpowiedzialność.....	140
2.3.5 Kryteria oceny ofert.....	140
a. Stosowanie kryteriów pozacenowych	140
b. Kwalifikacje personelu	141
c. Ocena ofert	142

3	Zestawienie wniosków i rekomendacji	144
3.1	Kwalifikacja wykonawców	144
3.2	Badanie wiedzy i doświadczenia	145
3.3	Badanie potencjału kadrowego	146
3.4	Badanie potencjału ekonomicznego.....	147
3.5	Kryteria oceny ofert	149
4	Załączniki	151
4.1	Zagadnienia i pytania badawcze	151
4.1.1	Identyfikacja i analiza rozwiązań stosowanych w ramach POIiŚ	151
4.1.2	Analiza porównawcza projektów porównywalnych z krajów UE	152
4.1.3	Analiza aktualnych dokumentów i opracowań.....	154
4.2	Formularze ankiet i scenariusze wywiadów	155
4.3	Katalog dobrych praktyk (w oddzielnym dokumencie)	155

Wykaz skrótów

SKRÓT	OBJAŚNIENIE
Anas	Anas SpA włoski odpowiednik GDDKiA
BZP	Biuletyn Zamówień Publicznych
CAWI	Wywiad kwestionariuszowy realizowany przez Internet (ang. <i>Computer Assisted Web Interview</i>)
CUPT	Centrum Unijnych Projektów Transportowych
Dyrektywy	Dyrektywy odnoszące się do zamówień publicznych, w szczególności: Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (O.J. L.134/114W) zwana „dyrektywą klasyczną” oraz Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (O.J. L.134/1) zwana „dyrektywą sektorową”.
Dyrektywa, Dyrektywa klasyczna	Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (O.J. L.134/114W)
FGI	Zogniskowany wywiad grupowy (ang. <i>Focus Group Interviews</i>)
FIDIC	Warunki kontraktowe opracowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (fr: <i>Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils</i>)
GDDKiA	Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
HA	Highways Agency (Wielka Brytania)
IDI	Indywidualny/bezpośredni Wywiad Pogłębiony (ang. <i>Individual In-Depth Interview</i>)
IP	Instytucja Pośrednicząca
Italferr	Italferr SpA, spółka odpowiedzialna za sieć kolejową we Włoszech (odpowiednik PKP PLK SA)
IW	Instytucja Wdrażająca
IZ	Instytucja Zarządzająca
JST	Jednostka Samorządu Terytorialnego
KE	Komisja Europejska
MIR	Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju ¹ ;
MRR	Ministerstwo Rozwoju Regionalnego
MTBiGM	Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej
Nowa dyrektywa	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (O.J. L.134/114W)
NIK	Najwyższa Izba Kontroli
PARP	Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
POIiŚ	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko
PLK	PKP Polskie Linie Kolejowe SA
Pzp, ustawa	Ustawa Prawo zamówień publicznych
RDok	Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

¹ Od 27 XI 2013 r. MIR zastąpiło Ministerstwo Rozwoju Regionalnego oraz Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej

SKRÓT	OBJAŚNIENIE
SIWZ, specyfikacja	Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
SOPZ	Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia
StART	<i>Strategic Alignment Review Tool</i>
TDI	Telefoniczny wywiad pogłębiony (ang. <i>Telephone In-Depth Interview</i>)
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS)
UE	Unia Europejska
UM	Urząd Miasta
UZP	Urząd Zamówień Publicznych

Streszczenie

1. Cel i zakres badania

Niniejszy raport prezentuje wyniki badania pt. „Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE”.

Badanie zostało przeprowadzone na zlecenie Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju w okresie od listopada 2013 roku do kwietnia 2014 roku przez konsorcjum firm: Agrotec Polska Sp. z o.o. oraz Centrum Zamówień Publicznych Sp. z o.o.

Celem badania była ocena rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane i na usługi w zakresie wykonania dokumentacji projektowej oraz pełnienia nadzoru inwestorskiego, w projektach drogowych i kolejowych współfinansowanych w ramach POIiŚ poprzez analizę porównawczą z innymi krajami członkowskimi UE (benchmarking) wraz z opracowaniem wniosków i rekomendacji na obecną perspektywę finansową UE.

Rozwiązania, o których mowa powyżej, dotyczą przede wszystkim: formułowania warunków udziału w postępowaniu, sposobu oceny potencjału wykonawcy, stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, obowiązku i sposobu określania znaczenia (wag) kryteriów oraz oceny rażąco niskiej ceny.

W wyniku realizacji badania został opracowany katalog dobrych praktyk (załącznik do niniejszego raportu). Katalog ten prezentuje przykładowe rozwiązania, które mogą stanowić inspirację dla podmiotów prowadzących postępowania mające na celu wybór wykonawców zamówień publicznych w zakresie inwestycji infrastrukturalnych.

2. Metodologia

Badanie zostało przeprowadzone z wykorzystaniem szerokiego zestawu metod, który obejmował:

- analizę dokumentów zastanych i literatury przedmiotu dotyczącej zamówień publicznych w Polsce i w innych krajach UE,
- analizę dokumentacji wybranych zamówień publicznych prowadzonych w Polsce w ramach POIiŚ oraz w innych krajach UE,
- ankietę CAWI wśród przedstawicieli instytucji prowadzących zamówienia publiczne współfinansowane w ramach POIiŚ (GDDKiA, PKP PLK SA i wybrane samorzady), wśród wykonawców tych zamówień oraz wśród przedstawicieli instytucji prowadzących zamówienia publiczne w innych krajach UE,
- indywidualne wywiady pogłębione (IDI) oraz wywiady grupowe z przedstawicielami instytucji uczestniczących w realizacji POIiŚ (MIR, CUPT, GDDKiA oraz PKP PLK SA) i innych zaproszonych ekspertów, panel ekspertów i warsztat heurystyczny.

Analiza wstępna postępowań prowadzonych w Polsce obejmowała 148 zamówień w ramach wybranych projektów POIiŚ. Analiza szczegółowa obejmowała 60 zamówień wybranych w sposób celowy (nielosowy) spełniających następujące warunki: współfinansowanie przez UE w ramach POIiŚ, data ogłoszenia - w latach 2004-2013; rodzaj inwestycji - drogowa i/lub kolejowa; przedmiot zamówienia - projektowanie, budowa, projektowanie i budowa, nadzór inwestorski (inżynier kontraktu w rozumieniu FIDIC, konsultant); tryb postępowania - przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny; zamawiający - GDDKiA, PKP PLK SA i samorzady (po 20 zamówień). Dodatkowo analizą szczegółową objęto - 10 zamówień spoza pierwotnej próby, w których były stosowane pozacenowe kryteria oceny ofert.

Analiza rozwiązań stosowanych w innych krajach obejmowała wybrane zamówienia publiczne w zakresie infrastruktury drogowej i kolejowej realizowane w Wielkiej Brytanii i we Włoszech oraz regulacje prawne wewnętrzne instytucji zamawiających w tych krajach.

3. Kwalifikacja wykonawców

Ponad 70% badanych postępowań było prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, który przewiduje ocenę wiarygodności wykonawców jedynie przy użyciu warunków udziału ocenianych na zasadzie „spełnia – nie spełnia”. W przypadku większości postępowań przewidujących prekwalifikację przewidziano zaproszenie do udziału w postępowaniu 20 wykonawców, co przy średniej liczbie złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynoszącej około 17, praktycznie powodowało stosowanie jedynie warunków udziału. Kryteria kwalifikacji pozwalające na wybór najlepszych wykonawców były stosowane w praktyce tylko kilkakrotnie.

Poszczególne kategorie warunków udziału w postępowaniu (wiedza i doświadczenie, potencjał kadrowy, potencjał techniczny oraz potencjał ekonomiczny i sytuacja finansowa) mają różne znaczenie w zależności od typu zamówienia. W opinii zamawiających tylko warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia są zawsze istotne, bez względu na przedmiot zamówienia. Potencjał kadrowy ma największe znaczenie dla odpowiedniego określenia warunków udziału w postępowaniach dotyczących nadzoru inwestorskiego, a potencjał techniczny, potencjał ekonomiczny i sytuacja finansowa – w postępowaniach dotyczących robót budowlanych. Mimo, że zamawiający są świadomi znaczenia poszczególnych warunków udziału, w praktyce nie zawsze warunki te są stosowane. Największa rozbieżność ma miejsce w przypadku badania przez zamawiających potencjału technicznego – mimo przyznania mu wysokiej wagi w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane, wymóg w tym zakresie był stosowany „rzadko” lub „tylko czasami”.

Warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia były formułowane przez zamawiających niemal we wszystkich badanych postępowaniach. W przypadku zamówień na projektowanie i nadzór najczęściej stosowano tylko jeden warunek w tym zakresie. Wykonania największej liczby podobnych umów wymagano w przypadku zamówień na roboty budowlane ogłaszanych przez PKP PLK SA i samorządy. W przypadku wymaganych usług istotną często dla zamawiających była ich wartość (nierzadko była wskazywana w wymogach z pominięciem opisywania zakresu wymaganej usługi), która w zdecydowanej większości była dużo niższa od szacowanej wartości całego zamówienia (wyjątki miały miejsce w przypadku 13% badanych zamówień). Zamawiający formułując opis wymagań sporadycznie stosowali sformułowania „n podobnych”, a nieco częściej (17% zamówień) korzystali z zapisu „łączny zakres”, „obejmują łącznie”.

W odniesieniu do potencjału kadrowego najczęściej wymagano od wykonawców wykazania się dysponowaniem przedstawicielami/ dyrektorami kontraktów/ inżynierami (43% wszystkich zamówień), projektantami / inspektorami nadzoru branży drogowej/kolejowej czy mostowej (37% - 39%) oraz głównymi projektantami/ inżynierami rezydentami (34% wszystkich zamówień). Najczęściej zaś wymagano wykazywania kierowników robót branży drogowej, kolejowej i mostowej (około 16% wszystkich zamówień). W większości przypadków wymagania stawiane poszczególnym osobom były adekwatne do typu i wartości zamówień. Odstępstwem było wymaganie 10 lat doświadczenia na danym stanowisku, czy też doświadczenia w realizacji projektów o wartości przewyższającej szacunkową wartość zamówienia. Z drugiej strony zdarzały się również przypadki formułowania przez zamawiających takich wymogów jak np. posiadanie jedynie minimum pół roku doświadczenia przez dyrektora kontraktu.

Wymóg wykazania się potencjałem technicznym był stosowany rzadko, bo tylko w przypadku 17% zamówień i najczęściej były to zamówienia o dużej wartości (powyżej 800 mln zł). W zamówieniach, których przedmiotem były w całości lub części roboty budowlane, warunek ten był stosowany tylko w 28% badanych postępowań.

W przypadku warunków dotyczących potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej zamawiający wymagali od wykonawców wykazania się: dysponowaniem środkami lub zdolnością kredytową (80% badanych zamówień), określonym średnim rocznym przychodem netto z ostatnich 3 lat (63%

zamówień) oraz posiadaną polisą OC (20% zamówień). Analiza stosowanych praktyk pozwala postawić tezę, że warunki te były w większości przypadków zbyt niskie, o czym świadczy częste rezygnowanie z wymogu dysponowania polisą OC, jak też wymaganie wykazywania się przychodem na niskim poziomie (znacznie niższym niż dwukrotność szacunkowej wartości rocznej zamówienia).

Analiza praktyk w zakresie badania wiarygodności wykonawców zamówień publicznych w innych państwach UE ujawnia szereg różnic w porównaniu do praktyki stosowanej przez zamawiających w Polsce.

W większości państw UE istnieją systemy certyfikacji wykonawców umożliwiające, z jednej strony, dokonanie głębszego i bardziej profesjonalnego badania potencjału wykonawców, a z drugiej strony przyspieszenie i uproszczenie postępowań w ramach których wykonawcy potwierdzają swoją wiarygodność odpowiednim certyfikatem.

W innych krajach UE znacznie częściej stosowane są tryby przewidujące prekwalifikację, w szczególności przetarg ograniczony. Stosowanie tych trybów również przyczynia się do lepszej selekcji kandydatów oraz przyspieszenia i uproszczenia postępowań (mniej ofert lecz złożonych przez lepszych wykonawców).

Badanie wiedzy i doświadczenia odbywa się na podstawie analizy jakości zamówień wykonanych uprzednio przez wykonawców w rozbiciu na poszczególne rodzaje robót lub zakresy czynności oraz z uwzględnieniem stopnia podobieństwa tych prac do zakresu i specyfiki zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Kwalifikacje kluczowych osób (personelu wykonawców) są badane nie tylko na podstawie przesłanek formalnych (wykształcenie, uprawnienia, udział w podobnych projektach), ale również poprzez ocenę proponowanego sposobu realizacji zamówienia i sposobu podejścia do poszczególnych aspektów (zakresów czynności) składających się na należyłą realizację przedmiotu umowy.

Potencjał ekonomiczny jest badany przy zastosowaniu narzędzi ekonomicznych bardziej zaawansowanych niż ma to miejsce w Polsce. Mimo posługiwania się, co do zasady, analizą wskaźnikową, ostateczną decyzję o dopuszczeniu wykonawcy w sytuacjach wątpliwych podejmuje się metodą ekspercką, na podstawie całościowej analizy sytuacji wykonawcy.

4. Kryteria oceny ofert

W zamówieniach publicznych prowadzonych przez polskich zamawiających w ramach badanych projektów POIiŚ kryteria pozacenowe są stosowane bardzo rzadko (w niewiele ponad 9% badanych postępowań, tj. 14 postępowań na 148). Polscy zamawiający częściej (około 18% postępowań) stosują kryteria pozacenowe w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, niż w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (około 6%).

Stwierdzono tylko 2 przypadki (14%), w których zamawiający zastosowali kryteria pozacenowe do zamówienia polegającego na świadczeniu usług (pozostałe przypadki dotyczą kontraktów na roboty budowlane). Stosowano następujące kryteria pozacenowe: termin realizacji (takie kryterium zastosowano w 9 z 14 postępowań), okres gwarancji (4 postępowania), okres rękojmi (1 postępowanie), wartość techniczna (1 postępowanie). Kryteria oceny ofert miały najczęściej wagę 10% (tego typu sytuację stwierdzono w 11 z 14 postępowań). Dwukrotnie zamawiający decydowali się na przyznanie im wagi 20%, a raz 40%. Tylko w 2 przypadkach zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny oferty miało realny wpływ na kolejność ofert po ocenie merytorycznej i na wybór oferty najkorzystniejszej.

Powyższe wyniki potwierdzają, że w polskim systemie zamówień publicznych pozacenowe kryteria oceny ofert są stosowane rzadko. Ponad połowa badanych beneficjentów (58,3%) wskazała, iż dostrzega przeszkody w stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przede wszystkim trudnością dla tych podmiotów jest sformułowanie odpowiednich kryteriów pozacenowych, a w drugiej kolejności ich opisanie w taki sposób, aby były mierzalne i jednoznaczne.

W krajach UE kryteria pozacenowe są stosowane znacznie częściej niż w Polsce, przy czym występują istotne różnice między poszczególnymi rodzajami zamówień. Np. we Włoszech kryterium najniższej ceny jest standardowo stosowane w przetargach na wykonanie robót budowlanych, ale nie jest stosowane przy usługach projektowych (instytucje zamawiające nie zlecają na zewnątrz nadzoru inwestorskiego). Brytyjska instytucja zamawiająca inwestycje drogowe (Highways Agency - HA) stosuje pozacenowe kryteria zarówno w przetargach na wykonanie, jak i zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.

Stosowane kryteria oceny odnoszą się do jakości proponowanego sposobu realizacji zamówienia, a także (w przypadku HA) do oceny stopnia pewności, jaki zamawiający może uzyskać co do tego, że wykonawca rzeczywiście będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z ofertą. Ocena w dużej mierze jest dokonywana metodami eksperckimi, poprzez wszechstronną analizę ofert, jednak bez stosowania algorytmizowanych wzorów oceny.

Wzory (algorytmy) stosowane do oceny ofert w kryteriach wymiernych są różnorodne, w zależności od ocenianego parametru. Co do zasady, w przypadku kryterium ekonomicznego ocenie podlega nie cena bezwzględna, lecz procentowy rabat w stosunku do ujawnionego budżetu zamawiającego (zasadą jest podawanie tej kwoty w ogłoszeniu o zamówieniu). Stosowane są wzory mające zapobiegać oferowaniu rażąco niskich cen.

Kryteria pozacenowe mają, co do zasady, znacznie większe znaczenie (wagi) niż w postępowaniach polskich, przez co mogą mieć realny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

5. Ceny rażąco niskie

W Polsce zamawiający rzadko wszczynają procedurę badania rażąco niskiej ceny – zastosowano ją w 22% badanych postępowaniach. Procedura wyjaśniania ceny trzykrotnie częściej była stosowana w przypadku postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego niż ograniczonego. Najczęściej stosowano ją w postępowaniach prowadzonych przez PKP PLK SA (33%), zaś najrzadziej – przez samorządy (16%). Badanie pokazało, że zamawiający stosują procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy cena zaproponowana przez wykonawcę odbiega znacznie od cen zawartych w pozostałych ofertach. Natomiast niska cena oferty w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia wskazywanej przez zamawiającego w specyfikacji nie jest uważana za powód do wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Z analizy dokumentacji oraz przeprowadzonego badania CAWI wynika, że w ramach postępowaniach objętych niniejszym badaniem, z powodu rażąco niskiej ceny ostatecznie odrzucono 5 ofert, co stanowi ok. 10% ofert, wobec których wszczęto postępowanie wyjaśniające. W zdecydowanej większości przypadków (blisko 90%) wyjaśnienia złożone przez wykonawców skłoniły zamawiających do uznania, że zaproponowana cena ma realne uzasadnienie i nie daje podstaw do odrzucenia oferty.

Generalnie, zamawiający (62%) są zdania, że w analizowanych postępowaniach wybrano oferty, które nie dawały podstaw do podejrzeń o rażąco niską cenę, ale równocześnie uważają (także 62%), że w postępowaniu nie odrzucono wszystkich ofert z rzeczywiście niską ceną. Zamawiający nie postrzegają odrzucania ofert z rażąco niską ceną jako sposobu na zapobieganie istotnym problemom na etapie realizacji zamówienia - ponad połowa zamawiających nie zgodziła się z twierdzeniem, że odrzucenie ofert z rażąco niską ceną przyczyniło się do uniknięcia problemów na etapie realizacji.

Zamawiający sygnalizowali problem braku wewnętrznych procedur określających, w jakich sytuacjach powinno zostać wszczęte postępowanie wyjaśniające rażąco niską cenę. Równocześnie zdecydowana większość badanych zamawiających jest zdania, że problem niskich cen jest istotny, a procedura ich wyjaśniania jest potrzebna.

Przykładem innego podejścia do identyfikowania i wyjaśniania rażąco niskich cen może być stosowana we Włoszech procedura oparta na szczegółowych obliczeniach. W pierwszej kolejności liczone są różnice - rabaty w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia. Następnie tworzona jest lista ofert w porządku rosnących rabatów, na podstawie której dokonywane są kolejne obliczenia. Efektem tych czynności jest wskazanie ofert z rażąco niską ceną. Opisany sposób dochodzenia do określenia poziomu ceny, przy którym powinno rodzić się domniemanie wystąpienia w ofercie ceny rażąco niskiej, uwzględnia nie tylko wartości średnie, ale również odchylenie od średniej w sytuacji, gdy mała liczba ofert nie pozwala na realne obliczenie np. odchylenia standardowego.

6. Wnioski i rekomendacje

Poniżej zostały przedstawione kluczowe rekomendacje wynikające z przeprowadzonego badania.

1) W zakresie kwalifikacji wykonawców (ogólnie):

Należy wprowadzić w Polsce **system certyfikacji** wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie projektowania, budowy i nadzoru nad realizacją robót.

Należy propagować stosowanie trybów umożliwiających **prekwalifikację** oraz praktykę kwalifikowania do udziału w postępowaniu zapewniającej konkurencję liczby wykonawców (uświadamiając zamawiającym wady kwalifikowania nadmiernej liczby wykonawców).

Należy dopuścić i promować stawianie **warunków wobec konsorcjum** w sposób specyficzny, inny, niż proste sumowanie potencjałów tam, gdzie jest to uzasadnione, w szczególności w zakresie doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej.

2) W zakresie wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający powinien w treści ogłoszenia definiować zakres zamówienia poprzez wskazanie **rodzajów robót** (prac) i/lub zakresów odpowiedzialności wykonawcy wraz z podaniem ich wartości. Warunki udziału powinny odnosić się nie do definicji zamówienia podobnego jako całości, lecz do poszczególnych rodzajów i zakresów prac.

Kryteria kwalifikacji nie powinny oceniać liczby poprzednio wykonanych zamówień, lecz **stopień ich podobieństwa** do przedmiotu zamówienia oraz **jakość wykonania** poszczególnych rodzajów i zakresów prac (nie całości umowy).

Należy wprowadzić do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane **możliwość żądania poświadczenia (referencji) według formularza**, którego wzór lub zakres zostanie ustalony w treści tego rozporządzenia (w postaci załącznika) wraz z instrukcją jego wypełniania i interpretowania.

3) W zakresie potencjału kadrowego:

Należy promować stawianie warunków udziału dotyczących **średniego rocznego zatrudnienia** odpowiedniej (proporcjonalnej) liczby pracowników oraz wprowadzanie do umów wymogów zatrudniania przynajmniej części osób biorących udział w realizacji zamówienia na podstawie **umów o pracę**.

Ocena kwalifikacji kluczowego personelu powinna odbywać się poprzez **ocenę wiedzy i sposobu podejścia** do realizacji kluczowych zadań.

Ocena proponowanego sposobu realizacji zamówienia powinna, przynajmniej częściowo, odbywać się na podstawie prezentacji, dyskusji, rozwiązywania przez personel wykonawcy problemów, zadań w **trakcie bezpośredniego spotkania z komisją przetargową**.

4) W zakresie sytuacji ekonomicznej:

Należy wymagać od wykonawców **rocznego przychodu** w wysokości 2-krotności rocznej wartości zamówienia, a w przypadku, gdy realizacja zamówienia wiąże się z dodatkowym ryzykiem - większego.

Należy badać podstawowe **wskaźniki ekonomiczne** wykonawców, zwłaszcza w zakresie płynności, zadłużenia i rentowności. Należy opracować wskaźnik zagregowany i jednocześnie formułę umożliwiającą dopuszczenie do udziału wykonawcy, którego wskaźnik nie osiąga wymaganej wielkości, lecz przy pomocy innych narzędzi wykaże on wystarczającą sytuację ekonomiczną.

Możliwość polegania na potencjale ekonomicznym i finansowym podmiotów trzecich powinna wiązać się z ponoszeniem przez ten podmiot **solidarnej odpowiedzialności** wobec zamawiającego za należyte wykonanie zamówienia.

5) W zakresie kryteriów oceny ofert:

Należy opracować wzorcowe **przykłady kryteriów oceny** ofert.

Należy promować stosowanie **profesjonalnych metod** wspomagania podejmowania decyzji dla **ustalenia kryteriów i ich wag**.

Należy promować stosowanie różnych, dostosowanych do specyfiki przedmiotu zamówienia zasad oceny ofert, zarówno w zakresie **kryteriów wymiarnych, jak i niewymiarnych**.

Należy szybko implementować i propagować stosowanie **kryteriów odnoszących się do kwalifikacji personelu** w przypadku zamawiania usług oraz robót budowlanych w formule „zaprojektuj i zbuduj”.

Należy w przypadku kryteriów jakościowych promować określanie przez zamawiających **minimalnego poziomu jakości**, poniżej którego oferta powinna być odrzucona.

Należy promować stosowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do **stopnia pewności wykonania zamówienia zgodnie z zaoferowaną metodą**. W ramach tej oceny powinno się brać pod uwagę jego dotychczasowe doświadczenie, doświadczenie osób, którymi dysponuje, znajomość metod, technologii itp.

Należy propagować stosowanie różnych **formuł matematycznych** do oceny ofert w kryteriach wymiarnych.

Summary

1. Purpose and scope of study

This report presents the results of the study entitled *"Assessment of the solutions used in the evaluation and selection of tenders in public procurement procedures in relation to road and rail projects implemented in the framework of Operational Programme Infrastructure and Environment (OP I&E), as compared to solutions applied in other Member States of the EU"*.

The study was carried out on behalf of the Ministry of Infrastructure and Development (MID) in the period between November 2013 and April 2014, by a consortium of companies: Agrotec Poland LLC and Public Procurement Center LLC.

The purpose of the study was to evaluate the solutions applied in the evaluation and selection of tenders in procedures for the award of a public contract in relation to construction works and services aimed at the preparation of project documentation and performance of investor's supervision, in road and rail projects co-financed under OP I&E through benchmarking with other Member States of the EU, including the drawing up of conclusions and recommendations for the current financial perspective.

Solutions referred to above relate primarily to the definition of participation conditions, assessment of a contractor's potential, use of non-price evaluation criteria, obligation and manner in which the significance (weight) of criteria and assessment of abnormally low prices are determined.

The study has resulted in the development of a catalogue of good practices (as attached to this report). This catalogue presents examples of solutions that can provide inspiration for entities conducting proceedings aimed at selecting contractors for infrastructure investments carried out in the framework of public procurement.

2. Methodology

The study was conducted with a wide set of methods including:

- analysis of the existing documents
- and literature on public procurement in Poland and other EU Member States,
- analysis of documentation pertaining to selected public procurement procedures conducted in Poland in the framework of OP I&E and in other EU Member States,
- CAWI questionnaire conducted among representatives of public institutions carrying out public contracts co-financed under OP I&E (GDDKiA², PKP PLK SA³ and a number of local governments), among the contractors and representatives of institutions involved in public contracts in other EU countries,
- individual in-depth interviews (IDI) and group interviews with representatives of institutions involved in the implementation of OP I&E (MID, CEUTP, GDDKiA and PKP PLK SA) and other invited experts, a panel of experts and a heuristic workshop.

The preliminary analysis of the proceedings conducted in Poland encompassed 148 contracts carried out in the framework of OP I&E projects. A detailed analysis included 60 contracts selected in a targeted manner (non-random) that fulfilled the following conditions: co-financing by the EU under OP I&E, date of announcement - 2004-2013; type of investment - road and/ or rail; object of the contract - design, construction, design and construction, investor's supervision (a contract engineer as defined by FIDIC, a consultant); procedure - an open tender, a restricted tender, a negotiated tender, a competitive dialogue; contracting entity - GDDKiA, PKP PLK SA and local

² General Directorate for National Roads and Motorways

³ PKP PLK SA executes tasks of railway infrastructure manager on managed railway network in Poland

governments (20 public procurement contracts each). In addition, a detailed analysis covered 10 procurement contracts outside the original sample, in relation to which non-price evaluation criteria were applied.

Analysis of the solutions applied in other countries included selected public procurement contracts in the field of road and rail infrastructure implemented in the UK and Italy, as well as legal regulations and internal rules in force in the contracting authorities in these countries.

3. Contractors' qualifications

More than 70% of procedures were conducted in an open tender, in which the reliability of contractors is assessed solely on the basis of fulfilling or not of participation criteria. In the majority of proceedings, a total of 20 contractors were to be invited; given the average number of applications for participation proceedings submitted (approximately 17), this meant in practice that only participation conditions were applied. Eligibility criteria for selecting the best contractors were applied only on a few occasions.

Different categories of participation conditions (knowledge and experience, human potential, technical potential, economic potential and financial situation) are of different importance depending on the type of contract to be awarded. According to the contracting authorities, only conditions pertaining to knowledge and experience are always considered as important, regardless of the subject matter of the contract. Human potential is paramount for the proper determination of participation conditions relating to investor's supervision, whereas technical potential and financial situation are crucial in the case of construction works. Although contracting authorities are aware of the importance of individual participation conditions, in practice these conditions do not always apply. The most important discrepancy occurs in the case of examining the technical potential by a contracting authority – even though it was regarded as important in relation to construction works contracts, this requirement has been applied "rarely" or "only sometimes".

Knowledge and experience conditions were formulated by authorities in nearly all of the examined proceedings. In the case of contracts for design and supervision, only one condition has been applied in this regard in the majority of cases. The performance of the largest number of similar contracts was required in the case of contracts for construction works for PKP PLK SA and local governments. In the case of required services, their value was often judged as important by the contracting authorities (often it was indicated in the requirements without the description of the scope of the required service), which in the vast majority was much lower than the estimated value of the entire contract (exceptions were observed in 13% of contracts). When formulating the description of requirements, contracting authorities only occasionally used the expression "n of similar contracts", and slightly more often (17% of contracts) they referred to the "total scope" or "encompassing in total".

With regard to human potential, the most common requirement was for the contractors to prove that they employ representatives/ contract directors/ engineers (43% of all contracts), designers/ building site inspectors for road/ rail and bridge construction projects (37% - 39%) and chief designers/ resident engineers (34% of all contracts). This requirement applied least to road/ rail and bridge construction site managers (approximately 16% of all contracts). In the majority of cases, requirements were consistent with the type and value of contracts. An exception was the requirement of 10 years of experience in a given job or experience in the implementation of projects with a value exceeding the estimated value of the contract. On the other hand, in certain cases contracting authorities formulated such requirements as, for instance, a minimum of six months' experience for the contract director.

The requirement of proving one's technical potential has been applied rarely - only in the case of 17% of contracts; the majority of them were high value contracts (over PLN 800 million). This condition was applied only to 28% of contracts pertaining, in whole or in part, to construction works.

As for the economic and financial potential, contracting authorities required contractors to prove the following: access to financial resources or creditworthiness (80% of contracts), specific minimum average annual net income over the last three years (63% of contracts) and a liability insurance policy (20% of contracts). On the basis of an analysis of the applied practices, it can be argued that these requirements were, in the majority of cases, not high enough, as evidenced by the many cases of forgoing the requirement of holding a liability insurance policy, as well as a low requirement regarding revenue levels (much lower than twice the estimated annual value of the contract).

The analysis of practices pertaining to the reliability of public contractors in other EU Member States reveals a number of differences as compared to the practice of Polish contracting authorities.

In the majority of EU Member States, certification systems in place enable contractors, on the one hand, to examine in-depth and more professionally the potential of contractors and, on the other hand, to accelerate and simplify procedures under which contractors prove their credibility with an appropriate certificate.

In other EU countries, the more frequently used modes, in particular restricted tender, provide for prequalification. The use of these modes also contributes to an improved selection of candidates and the acceleration and simplification of procedures (fewer tenders, but submitted by better contractors).

Knowledge and experience are examined on the basis of an analysis of the quality of contracts made previously by contractors, classified according to types of works or scopes of activities and taking into account the degree of similarity of these works to the scope and characteristics of the contract in question.

Qualifications of key personnel (staff of contractors) are tested not only on the basis of formal evidence (education, rights, participation in similar projects), but also through the evaluation of the proposed method of contract implementation and manner in which to deal with particular aspects (scope of activities) that contribute to the due performance of a contract.

The economic potential is examined using economic tools that are more advanced than those applied in Poland. Despite the fact that, in principle, indicator analysis is applied, the final decision on the admission of a contractor are taken using an expert method, on the basis of a comprehensive analysis of the contractor's situation.

4. Tender evaluation criteria

In public procurement carried out by the Polish contracting authorities in the framework of the examined OP I&E projects, non-price criteria are used very rarely (in slightly more than 9% of the examined cases, i.e. in 14 out of 148 procedures). Polish contracting authorities apply non-price criteria more frequently in restricted tender proceedings (approximately 18% of cases) than in open tender proceedings (about 6%).

In only two cases (14%) contracting authorities applied non-price awarding criteria to contracts relating to the provision of services (other cases regarded public works contracts). The following non-price criteria were applied: delivery date (this criterion was applied in 9 out of 14 procedures), warranty period (4 proceedings), surety period (1 proceeding), technical value (1 procedure). The majority of tender evaluation criteria were set at 10% (this was the case of 11 out of 14 procedures). In two cases, contracting authorities set them at 20%, and in one case at 40%. Only in two cases, the use of non-price tender evaluation criteria had a real impact on the order of tenders following the substantive assessment and the selection of the most advantageous tender.

These results confirm that non-price evaluation criteria are applied rarely in the Polish public procurement system. More than half of the surveyed beneficiaries (58.3%) stated that they had identified obstacles to the use of non-price evaluation criteria. A major difficulty consists in

formulating appropriate non-price criteria; this is followed by problems with describing them in a measurable and unambiguous manner.

In EU countries, non-price criteria are used much more frequently than in Poland; substantial differences between types of contracts can be identified. For example, in Italy the lowest price criterion is normally used in the case of tenders for the execution of construction works, but it is not applied to services in the field of design (contracting authorities do not outsource project supervision). British authority contracting road projects (Highways Agency, HA) applies non-price criteria in tenders for both the execution, and the design and execution of construction works.

Evaluation criteria applied relate to the quality of the suggested method of contract execution and (in the case of HA) to the assessment of the contracting authority's certainty that the contractor is actually capable of performing the contract in accordance with the submitted tender. In the majority of cases, the evaluation is carried out with expert's methods, through a comprehensive analysis of tenders, but without the use of evaluation algorithms.

The formulas (algorithms) used to evaluate tenders in measurable criteria are diverse and depend on the evaluated parameter. As a rule, in the case of an economic criterion, evaluation does not pertain to the absolute price, but to the discount, expressed as a percentage, in relation to the disclosed budget of the contracting authority (this amount is specified, as a rule, in the public procurement notice). These formulas are used in order to prevent the submission of abnormally low tenders.

Non-price criteria are, as a rule, of a much greater importance (weight) than in Polish proceedings, which can have a real impact on the selection of the best offer.

5. Abnormally low tenders

Contracting authorities in Poland rarely initiate the procedure of examining abnormally low tenders - it was engaged in 22% of cases. Procedure of accounting for a price was used three times more often in the case of open tenders as compared to restricted tenders. It was most frequently applied in proceedings conducted by PKP PLK SA (33%), and least often in those conducted by local governments (16%). The study showed that the contracting authority shall apply the procedure of explaining an abnormally low tender in a situation where the tender of one contractor deviates significantly from other tenders. However, tenders whose value is significantly lower than the estimated value of the contract indicated by the contracting authority in the description of the subject-matter of the contract is not considered a reason for requesting contractors to provide explanations.

The analysis of documentation and the CAWI questionnaire indicate that in proceedings covered by this study, five tenders were excluded as abnormally low; they represent approximately 10% of all tenders in relation to which explanatory proceedings have been initiated. In the vast majority of cases (nearly 90%), explanations submitted by contractors led contracting authorities to assume that the proposed tender was substantially justified and did not provide grounds for the rejection of a tender.

In general, contracting authorities (62%) are of the opinion that, in the analysed procedures, tenders that have been selected did not give grounds for suspecting that they were abnormally low; at the same time, 62% of them believe that not all abnormally low tenders were rejected. Contracting authorities do not perceive the rejection of abnormally low tenders as a method of preventing major problems at the stage of contract execution - more than half of the contracting authorities did not agree with the statement according to which the rejection of abnormally low tenders helped to sidestep problems at the implementation stage.

Contracting authorities referred to the lack of internal procedures determining the situations in which an investigation into abnormally low tender should be initiated. At the same time, the vast

majority of respondents are of the opinion that the problem of low tenders is important, and an explanatory procedure is needed.

An example of a different approach to the identification and explanation of an abnormally low tender is the procedure based on detailed calculations, which is applied in Italy. First, differences are calculated - discounts in relation to the estimated contract value. Then, a list of tenders is created according to the discount applied; it serves as a basis based for subsequent calculations. As a result, abnormally low tenders are identified. The described method of investigation allowing to determine the price level that should give rise to a presumption of an abnormally low tender takes into account not only average values, but also deviations from the mean in a situation where a small number of tenders does not allow for a real calculation of the standard deviation.

6. Conclusions and recommendations

Key recommendations arising from the conducted study are outlined below.

1) In terms of contractors' qualifications (generally):

A **certification system** should be introduced in Poland in relation to contractors applying for the award of a public contract for the design, construction and supervision of construction works.

The application of modes enabling **prequalification** and the practice of proceedings eligibility ensuring competition between a number of operators should be promoted (while outlining to the contracting authorities the drawbacks of an excessive number of contractors).

The introduction of **requirements with respect to consortia** should be allowed and promoted. This should be done a specific manner, other than through simply adding potentials, in justified cases, particularly in terms of experience and the economic situation.

2) In terms of knowledge and experience:

The contracting authority should define the scope of the contract in the tender announcement by indicating the **types of work** and/ or the responsibilities of the contractor and specifying their value. Participation conditions should refer not to the definition of a similar contract as a whole, but to the specific types and scopes of work.

Eligibility criteria should not be used to assess the number of previously performed contracts, but the **degree of their similarity** to the subject of the contract and the **quality of execution** of particular types and scopes of work (and not to the contract as a whole).

The ordinance of the President of the Council of Ministers on the types of documents that may be requested from the contractor and the forms in which these documents may be submitted should be amended with the introduction of the **possibility of requesting credentials according to the standard form**, whose template or scope should be determined in the regulation (in an Annex), together with instructions for completing and interpreting it.

3) In terms of human potential:

The introduction of requirements regarding the **average annual employment** of a specific (proportional) number of employees and the introduction of the requirement of employing at least a certain number of persons involved in the execution of the contract on the basis of **employment contracts** should be promoted.

The evaluation of the qualifications of key personnel should be done through an **assessment of knowledge and approaches** to the implementation of key tasks.

The **evaluation** of the proposed method of contract performance should, at least in part, be carried out on the basis of a presentation, a discussion, a problem-solving exercise and the

performance of tasks by the contractor's staff **during a meeting with the tender committee.**

4) In terms of economic situation:

Contractors should be required to prove that their **annual income** amounts to twice the annual value of the contract or more if the performance of the contract is associated with additional risks.

Basic **economic indicators** of the contractors should be examined, in particular in terms of liquidity, debt and profitability. An aggregate indicator should be developed and, at the same time, a formula allowing the participation of a contractor whose indicator fails to reach the required value, but if, with the help of other tools, the contractor proves to have a satisfying economic situation.

The possibility of relying on the economic and financial potential of third parties should require the entity to be **jointly and severally liable** with respect to the contracting authority for the due performance of the contract.

5) In terms of evaluation criteria:

Good examples of tender evaluation criteria should be developed.

The use of **professional decision-supporting methods** for the **determination of criteria and their importance** should be supported.

The use of different principles of evaluation of tenders, tailored to the object of the contract should be promoted, both in terms of **measurable and non-measurable criteria.**

The application of the **criteria relating to the qualifications of the staff** in the case of contracting "design and build" services and construction works should be immediately implemented and promoted.

It is in the case of qualitative criteria, defining a **minimum quality level** should be promoted by the contracting authority, below which the offer should be rejected.

The use of evaluation criteria relating to the **degree of certainty of the contract being performed in accordance with the proposed method** should be promoted. In the framework of this assessment, the contractor's past experience, staff's experience and knowledge in terms of methods, technologies, etc. should be taken into account.

The use of various **mathematical formulas** to assess tenders in terms of measurable criteria should be promoted.

Wprowadzenie

1.1 Cele badania

Celem badania była:

- ocena rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane i na usługi w zakresie wykonania dokumentacji projektowej oraz pełnienia nadzoru inwestorskiego, w projektach drogowych i kolejowych współfinansowanych w ramach POIiŚ poprzez analizę porównawczą z innymi krajami członkowskimi UE (benchmarking) wraz z wnioskami na przyszłą perspektywę;

Rozwiązania, o których mowa powyżej dotyczą przede wszystkim: stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, obowiązku i sposobu określania znaczenia (wag) kryteriów, sposobu oceny potencjału wykonawcy, formułowania warunków udziału w postępowaniu, oceny rażąco niskiej ceny i odrzucania ofert.

Szczegółowe zagadnienia i pytania badawcze zostały przedstawione w załączniku.

1.2 Zakres i źródła informacji

Zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ:

- Zakres czasowy badania obejmuje zamówienia publiczne realizowane w krajach członkowskich UE od 2004 r., ze szczególnym uwzględnieniem obecnego okresu finansowania 2007-2013, wraz z wnioskami na przyszłą perspektywę 2014-2020.*
- Zakres tematyczny obejmuje zamówienia publiczne w zakresie stosowania i opisywania pozacenowych kryteriów oceny ofert, obowiązku i sposobu określania znaczenia (wag) kryteriów, sposobu oceny potencjału wykonawcy, formułowania warunków udziału w postępowaniu i opisywania sposobu dokonania oceny ich spełnienia, oceny rażąco niskiej ceny i odrzucania ofert. Powyższe kwestie są oceniane w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane zarówno w formule „wybuduj” jak i „zaprojektuj i wybuduj” oraz zamówień obejmujących usługi w zakresie projektowania robót budowlanych i pełnienia nadzoru inwestorskiego, w drogowych i kolejowych projektach infrastrukturalnych, realizowanych w Polsce oraz w innych krajach UE.*
- W ramach POIiŚ badanie obejmuje próbę wybranych 12 projektów drogowych realizowanych przez GDDKiA w ramach działań 6.1, 6.2 i 8.2 oraz 17 projektów kolejowych realizowanych przez PKP PLK S.A w ramach działań 7.1, 7.2 i 7.3.*

Uwzględnione zostały również projekty POIiŚ realizowane przez zamawiających samorządowych. W sumie badanie obejmuje próbę 60 postępowań na roboty budowlane oraz na usługi w zakresie dokumentacji projektowej i pełnienia nadzoru inwestorskiego, w tym:

- 20 postępowań w zakresie projektów drogowych ogłoszonych przez GDDKiA,
- 20 postępowań w zakresie projektów drogowych ogłoszonych przez samorzady
- 20 postępowań w zakresie projektów kolejowych ogłoszonych przez PLK SA lub samorzady.

We wszystkich przypadkach badanie obejmuje po 5 zamówień na projektowanie, na budowę, na projektowanie i budowę oraz na nadzór. Dla każdej z kategorii były wybierane postępowania prowadzone w różnych trybach przez różne oddziały GDDKiA i PLK i różne samorzady.

W ramach analizy wstępnej, między innymi w celu zidentyfikowania zamówień, w których występowały kryteria pozacenowe, uwzględniono 169 zamówień spełniających w/w warunki badania. Wśród tych zamówień zidentyfikowano 10 dodatkowych postępowań, w których były stosowane kryteria pozacenowe i włączono je do dalszych analiz.

Badanie rozwiązań stosowanych w innych krajach UE i analiza porównawcza tych rozwiązań z stosunku do sytuacji w Polsce została przeprowadzona przede wszystkim na przykładzie Wielkiej Brytanii i Włoch.

1.3 Metodologia

Badanie zostało przeprowadzone z wykorzystaniem następujących metod:

1. analiza dokumentów zastanych i literatury przedmiotu dotyczącej zamówień publicznych w Polsce,
2. analiza dokumentów zastanych i literatury przedmiotu dotyczącej zamówień publicznych w Wielkiej Brytanii i we Włoszech,
3. analiza dokumentacji wybranych zamówień publicznych prowadzonych w Polsce w ramach POiŚ,
4. analiza dokumentacji wybranych zamówień publicznych prowadzonych w Wielkiej Brytanii i we Włoszech,
5. ankieta CAWI (część ogólna) wśród przedstawicieli instytucji prowadzących zamówienia publiczne współfinansowane w ramach POiŚ (GDDKiA, PLK SA i wybrane samorządy),
6. ankieta CAWI (część szczegółowa) wśród osób uczestniczących w realizacji wybranych zamówień publicznych współfinansowanych w ramach POiŚ ze strony prowadzących je i instytucji (GDDKiA, PLK SA i wybrane samorządy),
7. ankieta wśród przedstawicieli dwóch instytucji prowadzących zamówienia publiczne we Włoszech,
8. indywidualne wywiady pogłębione (IDI) z przedstawicielami instytucji uczestniczących w realizacji POiŚ (MIR, CUPT, GDDKiA oraz PLK SA),
9. tematyczne wywiady grupowe (FGI) z udziałem przedstawicieli instytucji uczestniczących w realizacji POiŚ (MIR, CUPT, GDDKiA oraz PLK SA) i innych zaproszonych ekspertów,
10. panel ekspertów i warsztat heurystyczny⁴.

1.4 Wykonawca

Badanie zostało przeprowadzone na zamówienie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju (MIR) przez konsorcjum firm: Agrotec Polska Sp. z o.o. oraz Centrum Zamówień Publicznych Sp. z o.o.

Agrotec Polska jest niezależną firmą doradczo-badawczą, działającą w obszarze problematyki społecznej, rozwoju regionalnego, jakości zarządzania i wdrażania projektów i programów, funduszy strukturalnych, rozwoju zasobów ludzkich, rozwoju instytucjonalnego, rozwoju obszarów wiejskich, infrastruktury, środowiska i energetyki. W ramach prowadzonej działalności w ww. obszarach firma Agrotec Polska świadczy szeroki katalog usług, wśród których kluczowy charakter mają projekty o charakterze ewaluacji, monitorowania i badań społecznych.

Centrum Zamówień Publicznych jest spółką specjalizującą się w doradztwie z zakresu Prawa zamówień publicznych. CZP poprzez kompleksową obsługę doradczą i prawno-organizacyjną wspiera podmioty zamawiające zobowiązane do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Poprzez spółkę zależną, Forum Edukacyjne Centrum Zamówień Publicznych, organizuje i prowadzi szkolenia z zakresu szeroko rozumianej problematyki zamówień publicznych.

⁴ Zaplanowane na marzec 2014 roku.

2 Opis wyników badania i ich interpretacja

2.1 Identyfikacja i analiza rozwiązań stosowanych w Polsce

2.1.1 Kwalifikacja wykonawców

a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo

a1. Wprowadzenie

Jednym z podstawowych warunków należytej realizacji zamówienia jest powierzenie jego wykonania wiarygodnemu wykonawcy. Wiarygodny wykonawca to taki, który będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie.

Ustawa Pzp określa zasady oceny wiarygodności wykonawców. Są to przede wszystkim przesłanki wykluczenia (art. 24) oraz warunki udziału (art. 22). Przesłanki wykluczenia odnoszą się do całego rynku zamówień publicznych (art. 24 ust. 1 z wyjątkiem pkt 1a), do zamówień udzielanych przez konkretnego zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 1a) lub do konkretnego postępowania (art. 24 ust. 2). Przesłanki wykluczenia są określone w sposób bezwzględny: zamawiający nie może zrezygnować z ich stosowania (zaniechać wykluczenia wykonawcy) ani zastosować innych (wykluczyć wykonawcy na innej podstawie). Z uwagi na fakt, iż, co do zasady, praktyka zamawiających nie może się różnić w zakresie stosowania przesłanek wykluczenia – nie jest ona przedmiotem analizy.

Warunki udziału zostały sformułowane w ustawie Pzp w sposób ogólny, blankietowy (art. 22 ust. 1). Ustawa określa raczej zakres, w jakim możliwe jest stawianie warunków, niż same wymagania. Wymagania, jakie zamawiający stawia przed wykonawcami, określa się w postaci opisu sposobu oceny spełniania warunków (art. 22 ust. 3). Ponieważ każde zamówienie jest inne, a sposób oceny spełniania warunków udziału musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny (art. 22 ust. 4), nie można wskazać warunków standardowych, zawsze odpowiednich. Zadaniem zamawiającego jest takie sformułowanie warunków, aby zweryfikować zdolność wykonawcy do należytego wykonania konkretnego zamówienia. Zdolność tę można weryfikować w odniesieniu do rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy (dodany niedawno art. 22 ust. 5, który wprowadza dodatkowy, przykładowy katalog kryteriów kwalifikacji wykonawców).

Zważywszy, że celem postępowania o udzielenie zamówienia jest nie tyle wybór oferty czy podpisanie umowy, lecz należyte wykonanie zamówienia, weryfikacja kwalifikacji wykonawców jest obowiązkiem zamawiającego: „Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali, stopnia skomplikowania, okresu trwania, ryzyka związanego z prowadzeniem inwestycji.⁵”

„Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek uściślenia warunków udziału w postępowaniu tak, aby eliminowały z postępowania tych uczestników, którzy nie gwarantują prawidłowej realizacji zamówienia.⁶” Rezygnacja ze stawiania wymagań lub ich zaniżenie poniżej poziomu gwarantującego należyte wykonanie zamówienia są nie tylko sprzeczne z interesem zamawiającego, ale i stanowią naruszenie zasad wydatkowania środków publicznych: „warunek podyktowany jest nakazem wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny oraz z zachowaniem najlepszych efektów z danych nakładów (art. 35 ust. 3 ustawy o finansach

⁵ KIO/UZP 1812/13.

⁶ KIO/UZP 1147/08.

publicznych) jak i interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia publicznego⁷”.

Warunki udziału ze swej natury ograniczają dostęp do zamówienia. Jeśli warunek spełniają wszyscy potencjalni wykonawcy, to jego formułowanie wydaje się zbędne. „W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu, czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwi części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych postawi w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu "wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do ich możliwości, rodzaju czy przebiegu działalności. Wystarczy, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców jest wystarczająco liczna oraz formalnie "niezamknięta", aby konkurencyjność udzielanego zamówienia zapewnić. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia, czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu, mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia⁸”. Nieporozumieniem jest więc stwierdzenie (zawarte w tym samym wyroku), iż warunek „nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców”.

Wyrok ten podkreśla, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą przekreślać konkurencji, muszą zapewniać, iż grupa wykonawców spełniających warunki jest wystarczająco liczna dla zapewnienia konkurencji. Wskazać w tym miejscu należy, że zdaniem Komisji Europejskiej minimalną liczbą wykonawców zapewniającą rzeczywistą konkurencję jest 3⁹. Nie można jednak na podstawie tego orzeczenia określić zasady, iż dla zapewnienia zgodności warunków z przepisami wystarczające jest wykazanie, że mogą być one spełnione przez co najmniej trzech potencjalnych wykonawców (i odwrotnie). Tym bardziej, że w orzecznictwie prezentowane jest stanowisko znacznie bardziej restrykcyjne: „Zamawiający zobowiązany jest, zgodnie z wolą ustawodawcy, do ustalenia warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zapewnić dostęp do zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy potrafią zrealizować przedmiot zamówienia”¹⁰.

Oba powyższe poglądy wydają się być skrajne. Zważywszy cel stawiania warunków, zamawiający zobowiązany jest przede wszystkim zapewnić należyłą realizację zamówienia. Zapewnienie konkurencyjności postępowania jest, oczywiście, pożądane, jednak nie może skłaniać zamawiającego do rezygnacji z uzasadnionych wymagań. W skrajnej sytuacji, gdy tylko jeden wykonawca jest obiektywnie zdolny do wykonania zamówienia – zamawiający winien raczej udzielić zamówienia z wolnej ręki, niż zrezygnować ze stawiania uzasadnionych wymagań. Nieporozumieniem wydaje się stwierdzenie, iż „Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, to jest zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia¹¹”. Bez wątpliwości podstawowym kryterium doboru warunków jest należyte wykonanie zamówienia (a nie bilans interesów).

Właściwym kryterium oceny zasadności stawianych wymagań nie powinna być więc liczba wykonawców te wymagania spełniających, ani zachowanie równowagi między interesami

⁷ KIO/UZP 1147/08.

⁸ KIO/UZP 641/09, KIO/UZP 1812/13.

⁹ Komisja Europejska, „Guide to the Community Rules on Public Works Contracts”, 1997, par. 6.3.1.

¹⁰ KIO/UZP 744/10.

¹¹ KIO/UZP 1812/13 oraz „Wyniki kontroli przeprowadzonych w 2010 r. przez Prezesa UZP dotyczących zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej”, Urząd Zamówień Publicznych 2011, s. 46.

zamawiającego i poszczególnych wykonawców, (tym bardziej chęć uniknięcia odwołania), lecz merytoryczne uzasadnienie konkretnego wymagania.

Zamawiający powinien postawić warunki, których spełnienie zapewnia należyte wykonanie konkretnego zamówienia. Dlatego muszą być one związane z przedmiotem zamówienia, jego charakterystyką, szczególnymi okolicznościami realizacji, itp. Z drugiej strony, zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców spełnienia większych wymagań, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. „Wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia¹²”.

Weryfikacja spełniania warunków udziału (i przesłanek wykluczenia) następuje na podstawie dokumentów określonych przez zamawiającego. W przypadku zamówień klasycznych, maksymalny zakres dokumentów, jakie mogą być wymagane od wykonawcy określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (RDok). Skoro zamawiający nie może żądać innych dokumentów, niż wymienione w RDok, nie może formułować warunków, których nie da się potwierdzić przy pomocy tych dokumentów. Niniejsza analiza nie obejmuje zakresu żądanych dokumentów, jednak stawiane warunki zweryfikowano pod kątem zgodności z RDok.

a2. Wiedza i doświadczenie

Co do zasady, zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca ubiegający się o zamówienie posiada doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Tym niemniej (podobnie, jak pozostałe warunki), nie jest to warunek konieczny, a nawet możliwy (w przypadku nowatorskich zamówień) do postawienia w każdej sytuacji. W uzasadnionych sytuacjach zamawiający może zagwarantować sobie należyte wykonanie zamówienia poprzez weryfikację innych elementów wiarygodności i powierzyć realizację zamówienia np. nowoutworzonemu podmiotowi.

Warunek wiedzy i doświadczenia określa się najczęściej poprzez wskazanie minimalnej liczby podobnych zamówień oraz doprecyzowanie pojęcia „podobne zamówienie”. W sposób bardziej elastyczny, może być również zdefiniowany poprzez określenie łącznego zakresu wykonanych zamówień podobnych i ewentualnie (w celu przeciwdziałania sumowaniu nieporównanie mniejszych zamówień) określenie maksymalnej liczby umów, jakie mogą składać się na ten zakres, ewentualnie minimalnych zakresów tych umów. RDok określa okres, za jaki można żądać wykazów dotychczas wykonanych zamówień (3 lata dla dostaw i usług oraz 5 lat dla robót budowlanych), co oznacza, że okresy te nie mogą zostać skrócone, mogą natomiast zostać przez zamawiającego wydłużone.

Nie można jednoznacznie określić, ilu podobnych zamówień zamawiający może wymagać od wykonawców. Jednak, pomijając przypadki nowatorskich, nieudzielanych (lub rzadko udzielanych zamówień), chodzi o określenie poziomu, przy którym można stwierdzić, że zdobyte doświadczenie gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W tym kontekście można stwierdzić, że jednorazowe wcześniejsze wykonanie zamówienia podobnego jest niewystarczające do potwierdzenia doświadczenia. Wcześniejsze wykonanie dwóch zamówień świadczy o powtarzalności tego rodzaju działalności i stanowi znacznie większą gwarancję powodzenia realizacji zamówienia. „Podkreślenia wymaga bowiem, że doświadczenie z zasady zdobywa się poprzez realizację czynności w oznaczonym zakresie - żądanie zatem co najmniej dwóch robót budowlanych jest wyznacznikiem posiadania w odpowiednim zakresie doświadczenia, co odróżnia "doświadczenie" od incydentalnie podjętej czynności, którą zdarzyło się komuś wykonać.”¹³ „Doświadczenie zawodowe w każdej

¹² KIO/UZP 857/09.

¹³ KIO/UZP 1812/13.

dziedzinie zdobywa się przez wielokrotne wykonywanie, powtarzanie zamówień, gdzie za każdym razem mogą wystąpić odmienne realia to jest odmienne okoliczności wpływające na bardziej, czy mniej zakłócony przebieg realizacji zamówienia.”¹⁴

Dalsze realizacje (powyżej dwóch) podwyższają, oczywiście, ocenę doświadczenia wykonawcy, jednak zwykle nie są kluczowe. Oznacza to, że minimalne wymaganie może być określone na wyższym poziomie, o ile jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jego powtarzalnością (wiele podobnych zamówień udzielanych na rynku), ewentualnie dodatkowe realizacje (ponad minimum) mogą być uwzględniane przy prekwalfikacji (o czym w dalszej części analizy).

Posłużenie się w treści warunku pojęciem „zamówienie podobne do przedmiotu zamówienia”, „zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia” wymaga konkretyzacji. „Odwołanie się i to nie w rozdziale dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu, lecz we wzorze wykazu usług do zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia ma nazbyt ogólny charakter, co pozwala na stwierdzenie, że warunek *de facto* nie został opisany przez Zamawiającego, stąd też taka sytuacja nie może w sposób negatywny skutkować dla wykonawców. Żaden z wykonawców z powodu nie spełniania takiego ogólnego wymogu nie mógłby być wykluczony z udziału w postępowaniu.”¹⁵ Tak więc brak konkretyzacji uznać należy za brak warunku. Wynika to z faktu, iż „Izba neguje dopuszczalność stawiania warunku odnośnie podobnego charakteru robót na zasadzie "automatyzmu", tj. poprzez generalne odwołanie się do przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem żądać, aby uczestnicy postępowania przetargowego musieli wykazać się na potwierdzenie spełniania warunku wymaganego doświadczenia zawodowego zadaniami tożsamymi w swym zakresie z przedmiotem zamówienia określonym w SIWZ. Wynika to z faktu, iż zasadniczo nie ma w swej istocie dwóch identycznych zamówień, a taka konstrukcja warunku, jaką przedstawił Zamawiający powodowałaby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawcy poprzez ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców.”¹⁶

Doprecyzowanie pojęcia „zamówienie podobne” wymaga uwzględnienia charakterystycznych parametrów zamówienia określających jego wielkość oraz szczególnych jego cech wpływających na stopień skomplikowania, trudność realizacji. Wielkość zamówienia powinna być raczej określana poprzez jego zakres, niż wartość, która zależeć może od różnych okoliczności nie mających żadnego związku z rzeczywistym zakresem i stopniem skomplikowania zamówienia. Określanie wartości zamówienia powinno być stosowane w przypadku istotnych trudności lub niemożności określenia zakresu. Nie powinno się również łączyć zakresu i wartości, o ile nie jest to uzasadnione okolicznościami. Zakres nie musi (nawet nie może) być odbiciem przedmiotu zamówienia. Winien być związany z przedmiotem oraz do niego proporcjonalny (nie wyższy, niż konieczny do uznania wykonawcy za zdolnego do realizacji zamówienia). W przypadku zamówień złożonych należy, co do zasady, określić odrębne warunki dla każdego elementu zamówienia i/lub dopuścić powołanie się na kilka odrębnych umów (zamówień), których łączny zakres potwierdza spełnienie warunku.

a3. Potencjał kadrowy

Stawianie wykonawcy przystępującemu do udziału w postępowaniu warunku w zakresie potencjału kadrowego ma na celu zapewnienie wykonania zamówienia przez osoby posiadające odpowiednie kompetencje. Jest to szczególnie ważne przy zamawianiu usług intelektualnych (projektowanie, nadzór), a także przy kierowaniu robotami budowlanymi.

Ocenie powinny być poddane kwalifikacje kluczowych osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia:

- projektowanie: główny projektant, projektanci branżowi dla kluczowych branż, kosztorysant;
- budowa: kierownik budowy, kierownicy robót dla kluczowych branż, dyrektor kontraktu;

¹⁴ KIO/UZP 1070/09.

¹⁵ KIO/UZP 15/10.

¹⁶ KIO/UZP 1966/09, a także KIO/UZP 1257/08, KIO 2548/12.

- zaprojektuj i zbuduj: projektanci analogicznie, jak w przypadku projektowania oraz kierownicy jak w przypadku budowy;
- nadzór: Inżynier, Inżynier rezydent(w przypadku stosowania warunków kontraktowych FIDIC), inspektorzy nadzoru dla kluczowych branż, specjalista ds. jakości (QS), specjalista ds. rozliczeń, specjalista ds. roszczeń.

Zamawiający może określić wymaganą liczbę osób (niektóre stanowiska wymagają więcej, niż jednej osoby) oraz ich wykształcenie, doświadczenie i kwalifikacje. Formalne wykształcenie wydaje się najmniej istotnym czynnikiem oceny. Przez kwalifikacje należy rozumieć (w przypadku analizowanych zamówień) uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Ponieważ posiadanie uprawnień jest warunkiem koniecznym z mocy przepisów Prawa budowlanego – ich egzekwowanie na etapie postępowania nie wydaje się kluczowe. Najważniejsze stają się więc warunki odnoszące się do doświadczenia poszczególnych osób.

Doświadczenie można definiować zarówno poprzez lata pracy, jak i liczbę podobnych projektów, przy realizacji których osoby brały udział na konkretnym stanowisku (pełniąc konkretną funkcję), przy czym należy dopuścić zarówno doświadczenie zdobyte na mniejszych projektach, jak i na pokrewnych lecz niższych stanowiskach.

Co do zasady zamawiający nie może wymagać, aby wskazywane osoby były pracownikami wykonawcy (mogą być pracownikami podwykonawców, innych podmiotów lub osobami samozatrudnionymi). Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje lub będzie w czasie realizacji zamówienia dysponował konkretnymi osobami spełniającymi warunki.

Zamawiający może również oceniać potencjał kadrowy wykonawców poprzez postawienie warunku średniorocznego zatrudniania określonej liczby pracowników i kadry zarządzającej. Warunek taki może przeciwdziałać ubieganiu się o zamówienie wykonawców niezatrudniających pracowników i rekrutujących cały personel na potrzeby konkretnego zamówienia (co może mieć szczególne znaczenie w przypadku konieczności pracy zespołowej (np. przy projektowaniu), gdy zebranie *ad hoc* kilku osób nie tworzy jeszcze z nich zespołu i negatywnie odbija się na jakości realizacji zamówienia.

a4. Potencjał techniczny

Potencjał techniczny, jakim dysponuje wykonawca ma szczególne znaczenie dla realizacji robót budowlanych. Przy realizacji zamówienia na usługi, zwłaszcza usługi intelektualne będące przedmiotem analizy, potencjał techniczny nie ma istotnego znaczenia, może poza sytuacją, gdy w postępowaniu na nadzór inwestorski jest wymagane dysponowanie zapleczem laboratoryjnym umożliwiającym badanie próbek pobieranych z terenu budowy. Zamawiający powinien badać wyłącznie sprzęt kluczowy dla realizacji zamówienia.

W przypadku, gdy zamawiający narzuca w opisie przedmiotu zamówienia sposób realizacji, technologie, metody wykonania - może określić warunek poprzez wyliczenie rodzajów, parametrów, wydajności, itp. kluczowego sprzętu. W sytuacji, gdy zamawiający nie narzuca sposobu realizacji zamówienia (np. w przypadku zaprojektuj i zbuduj), nie powinien precyzować wymaganego sprzętu, lecz poprzestać na sformułowaniu np.: wykonawca musi wykazać dysponowanie dla realizacji zamówienia narzędziami (urządzeniami technicznymi, wyposażeniem technicznym) niezbędnym do wykonania zamówienia w sposób zaproponowany w ofercie.

Wymaganie może odnosić się jedynie do dysponowania sprzętem w trakcie realizacji zamówienia. O ile więc fakt dysponowania należy wykazać na dzień składania ofert (wniosków), o tyle nie można wymagać dysponowania sprzętem w tym dniu (w dniu składania ofert wykonawca ma wykazać, że będzie dysponował w terminie realizacji zamówienia). Również podstawa dysponowania jest obojętna: sprzęt może być własnością wykonawcy lub podwykonawcy, użyczony, leasingowany lub przyrzeczony do udostępnienia w przyszłości.

a5. Potencjał ekonomiczny i sytuacja finansowa

Celem oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej jest upewnienie się, że w razie uzyskania zamówienia, wykonawca będzie dysponował potencjałem niezbędnym do jego realizacji.

Sytuacja finansowa najczęściej rozumiana jest jako dysponowanie określoną kwotą pozwalającą wykonawcy sfinansować pierwszy etap realizacji zamówienia (szczególnie w przypadku braku zaliczki), ewentualnie dłuższe przerwy w finansowaniu w trakcie realizacji. Kwota ta zależy od wartości zamówienia oraz przewidywanego harmonogramu płatności: im częściej przewidziane są płatności, tym mniejsze znaczenie ma sytuacja finansowa (np. w przypadku nadzoru inwestorskiego). Dysponowanie środkami może być wykazane przez wykonawcę zarówno w postaci informacji o stanie kont bankowych (wykonawca posiada środki), jak i zdolności kredytowej (wykonawca może uzyskać finansowanie).

Sytuacja ekonomiczna może być badana na podstawie sprawozdań finansowych z ostatnich trzech lat. Na podstawie tych danych zamawiający może w szczególności wyliczyć szereg wskaźników ekonomicznych i postawić wymagania dotyczące ich wysokości. Najważniejszymi z punktu widzenia realizacji zamówienia wydają się być wskaźniki płynności i zadłużenia. Najczęściej jednak za jedyny miernik sytuacji ekonomicznej uchodzi przychód ogółem. Choć niewiele mówi on o sytuacji ekonomicznej wykonawcy, odzwierciedla wielkość jego firmy i służy zapobieżeniu nadmiernemu uzależnieniu wykonawcy od jednego źródła przychodu. Dlatego przyjmuje się, że minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw (art. 58 ust. 3 nowej dyrektywy). Choć dyrektywa nie wspomina o tym, należy przyjąć, że chodzi o roczną wartość zamówienia, czyli przychód powinien być ustalony na poziomie: $[(\text{wartość zamówienia} / \text{okres realizacji w miesiącach}) * 12] * w$, gdzie „w” wynosi max. 2 (a w uzasadnionych przypadkach więcej).

Gwarantem stabilności sytuacji ekonomicznej badanej na podstawie danych historycznych w przyszłości jest posiadanie ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności. Ubezpieczenie takie ma zapobiec popadnięciu wykonawcy w istotne problemy finansowe na skutek przyszłych zdarzeń losowych. Dlatego ważne jest, aby ubezpieczenie to obejmowało całość działalności wykonawcy, a nie tylko działalność zgodną z przedmiotem zamówienia. Nie należy mylić tego ubezpieczenia z ewentualnym ubezpieczeniem budowy, które jest wymagane od wykonawcy po podpisaniu umowy.

a6. Prekwalifikacja

Analizując zasady odnoszące się do oceny wiarygodności wykonawców i ich stosowanie w praktyce nie sposób pominąć kluczowej procedury, jaką jest prekwalifikacja. Prekwalifikacja (ustawa Pzp nie zawiera tego pojęcia) polega na ocenie wiarygodności wykonawców przed zaproszeniem ich do składania ofert i na dokonaniu wyboru wykonawców najlepszych, którzy jako jedyni będą mieć możliwość uczestniczenia w postępowaniu i złożenia oferty. Procedurę prekwalifikacji przewidują wszystkie tryby rozpoczynające się publikacją ogłoszenia o zamówieniu, za wyjątkiem przetargu nieograniczonego: przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny (z uwagi na przedmiot analizy pominięto licytację elektroniczną).

W trybie przetargu nieograniczonego prawo złożenia oferty ma każdy wykonawca, a badanie wiarygodności wykonawców prowadzi się równolegle (choć na innych zasadach) z badaniem i oceną ofert. Najważniejsza zaś różnica polega na tym, że jedynym sposobem stawiania wymagań wobec wykonawców w trybie przetargu nieograniczonego są warunki udziału. Ocena spełniania warunków jest „zero-jedynkowa” (spełnia / nie spełnia), a niespełnienie choćby jednego z nich skutkuje wykluczeniem wykonawcy.

Procedura prekwalifikacji przebiega w dwóch fazach. Najpierw dokonuje się oceny spełniania warunków (analogicznie do przetargu nieograniczonego). Jeżeli liczba wykonawców spełniających

warunki jest równa lub mniejsza od liczby, jaka ma zostać zakwalifikowana do postępowania, nie ma drugiej fazy (zaproszeni do składania ofert są wszyscy spełniający warunki). Jeśli jednak warunki spełnia więcej firm, niż przewidziano to w ogłoszeniu, zamawiający wybiera najlepszych wykonawców. W tej fazie stosuje się kryteria kwalifikacji (również pojęcie nieznane ustawie), które powinny być obiektywne i niedyskryminacyjne. Kryteria kwalifikacji powinny odnosić się do takich cech wykonawcy, które w największym stopniu gwarantują należyte wykonanie zamówienia.

Warunkiem zastosowania drugiej fazy prekwalifikacji jest istnienie szerokiej konkurencji (więcej chętnych niż miejsc na „krótkiej liście”). Dlatego nie należy jej stosować w przypadku bardzo płytkiej konkurencji (mniej niż 5 potencjalnych wykonawców), a także nie należy nazbyt wydłużać krótkiej listy ponad to, co konieczne do zapewnienia konkurencji i zapobieżenia ewentualnej zмовie wykonawców. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę okoliczności rynkowe w danym sektorze, uwarunkowania makroekonomiczne, planowane do udzielenia w tym samym okresie zamówienia o tożsamym przedmiocie, etc. Prekwalifikowanie 20 wykonawców zwykle mija się z celem (albo nie ma więcej chętnych, albo jest ich niewielu a do postępowania uzyskują dostęp zbyt słabi wykonawcy).

Kolejnym argumentem za stosowaniem prekwalifikacji są wypracowane w orzecznictwie zasady dotyczące polegania na zasobach innych podmiotów. Przyjmuje się, że wykonawcy mogą bez ograniczeń „zasłaniać” się potencjałem podmiotów trzecich przy potwierdzaniu spełniania warunków udziału. Natomiast kryteria kwalifikacji mogą być sformułowane w taki sposób, że oceniane jest np. jedynie doświadczenie własne wykonawcy¹⁷.

Nie mniej ważnym czynnikiem wydaje się gotowość wykonawców do kwestionowania zasad oceny kwalifikacji. Zważywszy trudność jednoznacznego przesądzenia, jaki warunek jest konieczny do spełnienia oraz skutki niespełnienia warunku, nie dziwi liczba odwołań dotyczących sposobu formułowania warunków i w konsekwencji obawa wielu zamawiających przed stawianiem wymagań, które mogą zostać uznane za nadmierne. W przypadku prekwalifikacji możliwe jest obniżenie warunków udziału i premiowanie wyższego niż minimalny potencjału wykonawców poprzez kryteria kwalifikacji, co jest znacznie trudniejsze do podważenia.

Powyższe zalety prekwalifikacji skłoniły CUPT do sformułowania wyraźnej rekomendacji „Zaleca się szersze stosowanie przetargu ograniczonego, który będąc podstawowym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapewnia wcześniejszą preselekcję wykonawców (w oparciu o ich wiedzę/doświadczenie/środki finansowe) wzmacniając konkurencję i ograniczając ryzyko wyboru wykonawcy, który nie zapewnia rękojmi należytego wykonania umowy”.¹⁸

b. Stosowane rozwiązania

b1. Wprowadzenie

Informacje przedstawione w tej części raportu są wynikiem analizy wyników badania CAWI wśród Beneficjentów POiIŚ oraz pogłębionej analizy danych zastanych zakończonych oceną poszczególnych warunków udziału dokonaną przez Ewaluatora.. W pierwszym etapie pracy ogłoszenia o zamówieniach objętych badaniem były wyszukiwane w bazie TED. Jednak nie wszystkie zamówienia zostały odnalezione w tej bazie (główną przyczyną jest fakt, że są w niej tylko zamówienia z ostatnich 5 lat – baza jest na bieżąco aktualizowana i administrator usuwa informacje o zamówieniach starszych). Kolejnym etapem było pozyskanie dokumentacji przetargowych od poszczególnych zamawiających. Dokumentacja pozyskiwana od zamawiających obejmowała również inne dokumenty potrzebne do dalszych analiz, w tym protokoły postępowań. W szczególnych przypadkach posiłkowano się stronami wykonawców i konkretnych projektów.

¹⁷ por. wyrok w połączonych sprawach KIO 1010/12, KIO 1034/12, KIO 1035/12, KIO 1037/12, KIO 1038/12.

¹⁸ Kryteria oceny ofert – przyjęte rozwiązania i propozycje zmian, CUPT, Warszawa 2011.

b2. Warunki udziału w opinii Zmawiających

Zamawiający starają się przeciwdziałać problemowi niskich kwalifikacji oferentów formułując odpowiednie warunki udziału w postępowaniu. Najczęściej, formułują warunki postępowania w taki sposób, aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz aby umożliwić dostęp do zamówienia wszystkim wykonawcom dającym nadzieję należytego wykonania tego zamówienia. W przypadku nadzoru budowlanego ponad co czwarty, a w pozostałych typach zamówień - od 17% do 21% zamawiających stara się sformułować warunki postępowania w taki sposób, aby dopuścić do niego wyłącznie najlepszych wykonawców.

Tabela 1 Ocena kwalifikacji wykonawców ubiegających się w ostatnich latach o zamówienia.

Kwalifikacje wykonawców ubiegających się o zamówienia	Udział procentowy zależnie od przedmiotu zamówienia (średnia)			
	Projekt	Budowa	Projekt i budowa	Nadzór inwestorski
Niewystarczające	38%	27%	16%	31%
Wystarczające	55%	63%	56%	63%
Wyższe niż wystarczające	23%	31%	24%	27%

Źródło: badanie CAWI (część ogólna), n=24; pokazano średnie odsetek wykonawców spełniających dany warunek

Tabela 2 Sposób określania warunków postępowania (pokazano % postępowań, których dotyczy dana odpowiedź).

Staramy się określić warunki postępowania	Projekt	Budowa	Projekt i budowa	Nadzór inwestorski
... aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz aby była pewność, że dostęp do zamówienia będą mieli wyłącznie najlepsi wykonawcy na rynku	17%	21%	21%	25%
... aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz aby umożliwić dostęp do zamówienia wszystkim wykonawcom dającym nadzieję należytego wykonania tego zamówienia	54%	75%	58%	67%
... aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie biorąc pod uwagę liczby potencjalnych wykonawców mogących spełnić warunki	8%	0%	0%	8%

Źródło: badanie CAWI (część ogólna), n=24

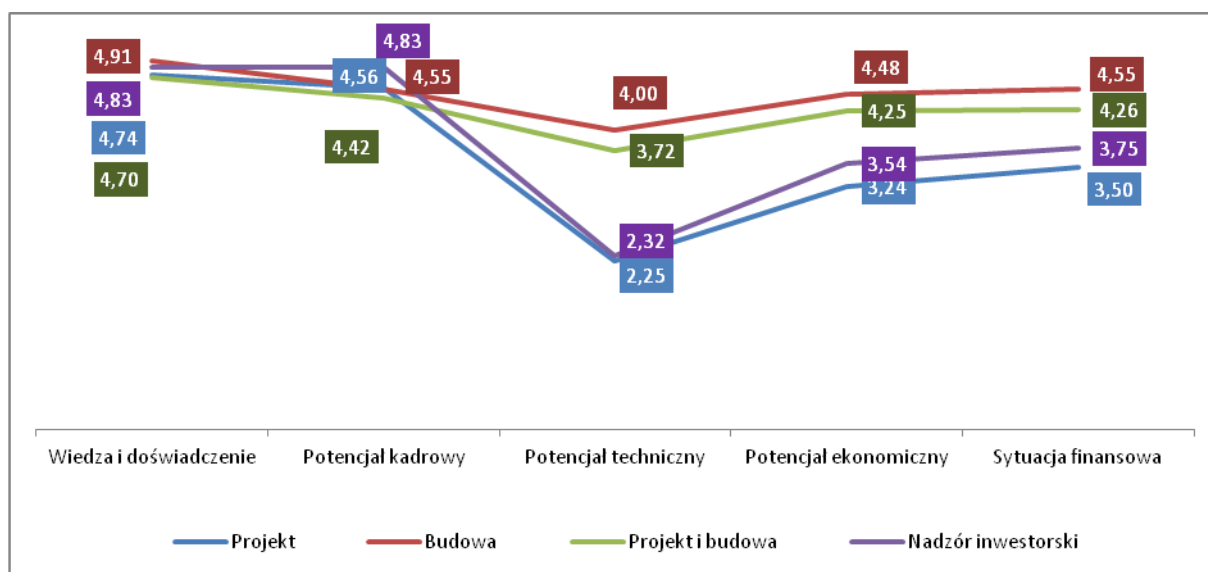
Analizowane w ramach niniejszego badania zamówienia publiczne nie były realizowane bezproblemowo. Jednak żaden z zamawiających nie wskazał, że zmiana warunków udziału w postępowaniu mogłoby sprawić, że realizacja zamówienia przebiegałaby sprawniej i z lepszym skutkiem.

Przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu zamawiający biorą pod uwagę następujące elementy związane z kwalifikacjami wykonawców:

- Wiedza i doświadczenie,
- Potencjał kadrowy,
- Potencjał techniczny,
- Potencjał ekonomiczny,
- Sytuacja finansowa.

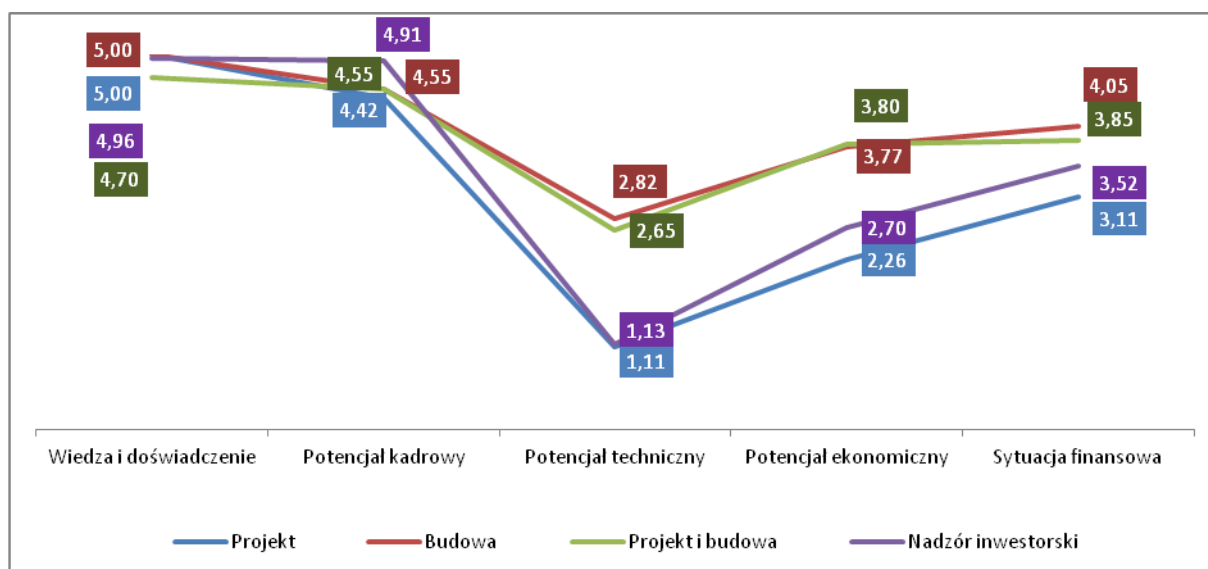
Znaczenie poszczególnych elementów na etapie formułowania warunków udziału jest różne w zależności od typu zamówienia. W opinii zamawiających wiedza i doświadczenie ma kluczowe znaczenie niezależnie od zamówienia, ale już potencjał kadrowy jest szczególnie istotny dla nadzoru inwestorskiego, a mniej ważny dla pozostałych typów zamówień, co w przypadku robót budowlanych można tłumaczyć tym, iż zamawiający przewidują zlecenie prac podwykonawcom. Jako ważny, ale nie kluczowy, zamawiający oceniają potencjał techniczny w przypadku robót, a mało ważny w przy projektowaniu i nadzorze inwestorskim. Podobnie jest w przypadku potencjału ekonomicznego i finansowego wykonawców – jest to bardzo ważne przy pracach budowlanych a mniej istotne przy projektowaniu i nadzorze, co ma oczywisty związek z ryzykami, jakie wiążą się z poszczególnymi typami zamówień.

Wykres 1 Znaczenie poniższych aspektów związanych z kwalifikacjami wykonawców przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu.



Źródło: badanie CAWI (część ogólna), n=24; pokazano średnie; skala 0-5, gdzie 0 oznacza – nie ma znaczenia, 1 – ma niewielkie znaczenie, a 5 oznacza – ma bardzo duże znaczenie

Wykres 2 Uwzględnianie w zamówieniach poszczególnych aspektów kwalifikacji wykonawców.



Źródło: badanie CAWI (część ogólna), n=24; pokazano średnie; skala 0-5, gdzie 0 – nigdy, 1 – bardzo rzadko, 2 – rzadko, 3 – czasem, 4 – często, 5 – zawsze

Uznanie przez zamawiających poszczególnych aspektów związanych z potencjałem wykonawców jako ważne, zazwyczaj, ale nie zawsze, ma swoje odzwierciedlenie w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu. W trakcie wywiadów jakościowych zwrócono np. uwagę na stosowaną przez GDDKiA praktykę określania warunków udziału na podstawie analiz wcześniejszych zamówień i ich realizacji. Z kolei w przypadku PLK SA podkreślano szczególną wagę treści OPZ i współpracy między osobami z zamówień publicznych z dyrektorami danych projektów¹⁹.

Pod względem wiedzy i doświadczenia nie ma tutaj wątpliwości – jest to aspekt kluczowy i zamawiający zawsze lub prawie zawsze uwzględniają to kryterium w SIWZ. Niemal zawsze kluczową rolę w określaniu tych warunków odgrywa przedmiot danego zamówienia, tzn. formułowane warunki mają swoim zakresem odpowiadać temu przedmiotowi. Zamawiający zwracali uwagę, że dzięki temu mają pewność, że dane zamówienie zostanie zrealizowane przez wykonawcę, który posiada właściwe doświadczenie.²⁰

Podobnie jest pod względem potencjału kadrowego – prawie zawsze wymogi w tym obszarze są formułowane przy nadzorze inwestorskim, a nieco rzadziej przy innych zamówieniach. Najbardziej (choć nadal często) takie warunki są opisywane przy projektowaniu. W przypadku tego warunku zwracano uwagę w wywiadach jakościowych na podstawowy problem, jakim jest ograniczona możliwość egzekwowania przez zamawiającego dysponowania przez wykonawcę wskazanymi osobami na etapie realizacji. Zamawiający zwracali uwagę, że te same osoby są wskazywane w wielu ofertach i w przypadku wygrania kilku kontraktów niemożliwe jest fizycznie, by ten ekspert/specjalista był obecny w pełnym wymiarze na każdym z nich. To powodowało, że wykonawcy czasem zmieniali skład zespołu po wygraniu danego kontraktu, nierzadko na osoby o mniejszych kwalifikacjach lub zatrudniali specjalistów, którzy nie posiadali odpowiednich kwalifikacji bez informowania o tym wykonawców²¹.

Największa niespójność między wagą czynnika, a jego wykorzystaniem w praktyce występuje w przypadku potencjału technicznego. Z jednej strony zamawiający w ankiecie CAWI ocenili go jako ważny lub bardzo ważny w odniesieniu do robót budowlanych, ale warunki udziału w postępowaniu w tym obszarze formułują „rzadko” lub „czasami”. W zamówieniach na projektowanie i nadzór element ten został uznany za mało istotny i rzeczywiście zamawiający prawie nigdy z niego nie korzystają.

Niespójność, ale na mniejszą skalę, widać też przy czynniku, jakim jest potencjał ekonomiczny. Znow w zamówieniach na prace budowlane oraz projektowanie i budowa (łącznie) czynnik ten uznano za bardzo ważny, a w warunkach udziału w postępowaniu pojawia się czasami lub często (średnia powyżej 3,7), co nie odzwierciedla wagi tego aspektu. Rozmówcy w trakcie wywiadów jakościowych zwracali uwagę na problem z dobrym zdefiniowaniem tego warunku, by wybrać wykonawcę rzetelnego i faktycznie z dobrą kondycją finansową. Problemem bowiem jest już samo wymaganie wykazywania się przychodem o określonym poziomie za okres np. ostatnich 3 lat, bowiem w tym zakresie to bardzo długi okres i takie dane sprzed 2-3 lat są już danymi historycznymi, nie odzwierciedlającymi sytuacji rzeczywistej, która mogła się diametralnie zmienić. Dlatego zamawiający bardziej przywiązują wagę do wykazywania się dysponowaniem określonych środków lub zdolnością kredytową (w wysokości pozwalającej wykonawcy funkcjonować przez okres około 3 miesięcy bez środków od zamawiającego), co jednak również może tworzyć nieprawdziwy obraz kondycji finansowej danej firmy. Wynika to stąd, że banki też zarabiają na takich oświadczeniach wydawanych wykonawcom i zdarza się, że takie oświadczenia nie są poprzedzone rzetelnymi analizami – *„wykonawca ma świetną opinię z banku, a po roku czy 2 latach pada, bo nie ma płynności finansowej”*²²

W zdecydowanej większości zamawiający są zadowoleni z formułowanych przez nich warunków udziału w postępowaniach. Oceniając z perspektywy czasu, te warunki są określane jako

¹⁹ IDI z pracownikami CUPT oraz PLK SA.

²⁰ IDI z pracownikiem PLK SA.

²¹ IDI z pracownikami CUPT oraz PLK SA.

²² Op. Cit.

adekwatne z punktu widzenia sprawnej realizacji zamówienia. Sporadycznie pojawiają się opinie, że sformułowano je zbyt restrykcyjnie (głównie w odniesieniu do zamówień na projektowanie i nadzór inwestorski) lub zbyt liberalne (głównie przy budowie i projektowanie i budowa (łącznie)).

W dalszej części przedstawiono charakterystykę poszczególnych warunków udziału na podstawie szczegółowej analizy zgromadzonych materiałów źródłowych.

b3. Wiedza i doświadczenie

Zamawiający we wszystkich niemal zamówieniach²³ (poza jednym – o czym mowa dalej) stosowali co najmniej jeden warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wszystkie wymogi odnosiły się proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, tzn. jeśli zamówienie dotyczyło budowy, to warunek też dotyczył doświadczenia w budowaniu danego typu obiektów, jeśli zamówienie dotyczyło nadzoru czy projektowania, to i warunek też dotyczył tego rodzaju usług.

Jednak inaczej wygląda sytuacja w przypadku zamówień na zaprojektowanie i budowę obiektów – w tym bowiem przypadku zamawiający często stosowali tylko warunek/warunki na jedną z części zamówienia (albo projektowanie albo budowę określonych obiektów – taka sytuacja miała miejsce w 71% badanych przypadków – zarówno w zamówieniach drogowych jak i kolejowych ogłaszanych przez wszystkie typy beneficjentów). W toku analizy zidentyfikowano też 2 zamówienia na projektowanie i budowę, z których w jednym wymagano doświadczenia w obu rodzajach usług, ale nie wymagano wykazania się posiadaniem specjalistów w zakresie projektowania, a w drugim zamawiający wymagał jedynie doświadczenia w usługach budowlanych – nie żądając usług projektowych ani dysponowania specjalistami w zakresie projektowania. W przypadku części opisanych tu zamówień miało miejsce podpisywanie aneksów do umów z wykonawcami, jednak zjawisko to było równie częste w przypadku pozostałych zamówień.

Zamawiający określając treść wymaganych warunków stosowali różne praktyki – charakteryzując je poprzez wskazywanie dokładnego zakresu wykazywanej usługi (np. długość, szerokość, wysokość itp. cechy obiektów) lub poprzez wskazywanie jedynie wartości wymaganej usługi wykonanej przez wykonawcę (bez wskazywania na zakres). Innym jeszcze sposobem było łączenie tych dwóch wymiarów (np. „wykonawca wykonał należycie co najmniej jedną budowę/przebudowę mostu o rozpiętości powyżej 21 m i o wartości tej roboty minimum 10 000 000 z VAT”, „Wykonawca posiada doświadczenie w budowie, przebudowie drogi klasy „G” lub wyższej (w rozumieniu prawa budowlanego - aktów wykonawczych – definicja klasy drogi) o długości nie mniejszej niż 4 km i wartości robót nie mniejszej niż 50 000 000,00 PLN netto – co najmniej jedna robota budowlana”).

Biorąc pod uwagę wartości warunków w odniesieniu do wartości zamówień stwierdzono, że w zdecydowanej większości przypadków wartość wymaganych usług jest odpowiednio mniejsza od wartości zamówień. Jednak w kilku badanych przypadkach (13% badanej próby) ta relacja była zaburzona i wartość wymaganej usługi przewyższała (czasem parokrotnie) wartość całego zamówienia. Sytuacja taka w większości miała miejsce w przypadku Samorządów, zamówień drogowych oraz na nadzór. Warto jednak mieć na uwadze fakt, że w przypadku tych samych zamówień stosowano też praktyki zupełnie odmienne (i według opisywanych w pkt a1 tego podrozdziału - prawidłowe/zalecane), kiedy to wartości warunków były kilka lub kilkakrotnie niższe niż szacunkowa wartość zamówienia.

W przypadku 47% badanych postępowań zamawiający ograniczali się jedynie do 1 warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia i najczęściej były to zamówienia na projektowanie lub nadzór. Poniżej przedstawiono zestawienia procentowe ilości zamówień, w których występowała dana liczba warunków w zależności od typu beneficjenta oraz rodzaju zamówienia.

²³ Na podstawie analizy 70 zamówień wybranych do szczegółowego zbadania.

Tabela 3 Procent zamówień, w których występowała dana liczba warunków w zależności od typu zamówienia.

Typ zamówienia	1 warunek	2 warunki	3 warunki	4 warunki	5 warunków	6 i więcej warunków
Buduj, n=27	100%	81%	22%	22%	15%	0%
Projektuj i buduj, n=12	100%	67%	50%	50%	17%	8%
Projektowanie, n=14	94%	6%	0%	0%	0%	0%
Nadzór, n=17	100%	43%	14%	7%	7%	0%
Suma	69	37	14	13	7	1

Źródło: opracowanie własne na podstawie analiz desk research, n=70

Najwięcej warunków (4-5) określanych było dla zamówień typu projektuj i buduj oraz buduj. Dla zamówień typu projektowanie zamawiający określali maksymalnie po 2 warunki udziału.

We wszystkich wyróżnionych typach zamówień 2 i więcej warunków stosowane było głównie przez Samorządy oraz w przetargach drogowych (np. w grupie zamówień na budowę ten udział wynosił odpowiednio 55 i 82%).

Tabela 4 Procent zamówień, w których występowała dana liczba warunków w zależności od typu beneficjenta.

Beneficjent	1 warunek	2 warunki	3 warunki	4 warunki	5 warunków	6 i więcej warunków
GDDKiA, n=22	100%	55%	5%	0%	0%	0%
PLK SA, n=17	100%	35%	29%	29%	24%	6%
Samorząd, n=31	97%	61%	26%	26%	10%	0%
Suma	69	37	14	13	7	1

Źródło: opracowanie własne na podstawie analiz desk research, n=70

Jak widać na podstawie powyższej tabeli – jedynie GDDKiA stosowała w swoich zamówieniach nie więcej niż 3 warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. PLK SA stosowało z kolei najczęściej 5 i więcej warunków w przedmiotowym zakresie.

Tabela 5 Procent zamówień, w których występowała dana liczba warunków w zależności od typu zamówienia i rodzaju postępowania.

Typ zamówienia	1 warunek	2 warunki	3 warunki	4 warunki	5 warunków	6 i więcej warunków
Zamówienia drogowe, n=49	98%	59%	16%	14%	4%	0%
Zamówienia kolejowe, n=21	100%	38%	29%	29%	24%	5%
Przetarg nieograniczony, n=48	98%	48%	21%	19%	10%	0%
przetarg ograniczony, n=22	100%	64%	18%	18%	9%	5%

Źródło: opracowanie własne na podstawie analiz desk research, n=70

Jak widać na podstawie powyższych wyników, w zamówieniach kolejowych znacznie częściej stosowano 2 i większą liczbę warunków, zaś w zamówieniach drogowych najczęściej stosowano maksymalnie 2 warunki. Z kolei rodzaj przetargu nie ma większego wpływu na liczbę wymogów.

Analizując rodzaj zamówień, do jakich stosowano warunek, trzeba zaznaczyć, że warunek wiedzy i doświadczenia stosowano do niemal wszystkich rodzajów zamówień (co potwierdza wyniki badania CAWI). Z warunku tego zrezygnowano tylko w jednym z badanych przypadków – przy zamówieniu na „Sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie wiaduktu "Antoninek" w ciągu ul. Warszawskiej w Poznaniu.

Analiza zamówień pokazała też, że wzrost liczby warunków stawianych przez zamawiających nie jest skorelowany z wartością zamówień ani nie zależy w żaden sposób od tego, czy w danym zamówieniu stosowane były inne kryteria niż cena – jedynie w połowie takich zamówień zastosowano maksymalnie 2 warunki udziału w przedmiotowym zakresie.

W badanych zamówieniach nie znaleziono przypadków wydłużenia okresu ważności usług wykazywanych przez wykonawców w celu spełnienia warunku powyżej 3 lub 5 lat. Występowały jednak zależności polegające na tym, że zamawiający stosowali okres 3 lat przy formułowaniu warunków na usługi (nadzór, projektowanie), a okres 5 lat był stosowany w przypadku opisywania warunków na budowę.

Zamawiający sporadycznie stosowali w opisie warunków udziału w zakresie doświadczenia sformułowania „n podobnych”²⁴, jednak w takich przypadkach - za każdym razem dokonywali szczegółowego wyjaśnienia, na czym te usługi mają polegać²⁵. Podobnie używano w opisie warunków zapis „łączny zakres”, „obejmują łącznie”²⁶ – przy czym częściej (17% zamówień) sięgano po to rozwiązanie niż po sformułowanie „n podobnych”. W badanej próbie zamówień stwierdzono tylko 3 przypadki, gdzie zamawiający stosowali zapis „n podobnych” i za każdym razem żądali 2 podobnych usług do wykazania przez oferenta ubiegającego się o dane zamówienie.

Podsumowując praktyki stosowane przez zamawiających w zakresie wykazywania przez wykonawców doświadczenia zdaniem Ewaluatora należy zwrócić uwagę na następujące elementy:

- Brak w przypadku zamówień na projektowanie i budowę warunków na obie czynności (ograniczenie się częściej do warunków na budowę) mogło powodować wybór wykonawcy, który nie posiadał doświadczenia w części przedmiotu zamówienia (np. w projektowaniu). Z drugiej zaś strony w większości takich przypadków Zamawiający szczegółowo formułowali warunki w zakresie wykazywania się specjalistami w zakresie projektowania, co zmniejszało ryzyko wyboru „niewłaściwego” wykonawcy. Trzeba jednak zwrócić też uwagę na przypadek zamówienia, gdzie nie wymagano ani doświadczenia w usługach na projektowanie ani dysponowania projektantami, co może skutkować nierzetelną realizacją całego zamówienia przez wykonawcę nieposiadającego odpowiedniego potencjału;
- Stosowanie przez zamawiających w opisie wymaganych usług cechy, jaką jest wartość usługi, bez określania jej zakresu (cech mierzalnych: długość, szerokość, inne parametry);
- Stosowanie nierzadko nieadekwatnego (zbyt wysokiego) formułowania wartości usług wymaganych do wykazania doświadczenia w stosunku do szacowanej wartości całego zamówienia.

²⁴ np. „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch dokumentacji (usług) podobnych co do zakresu, charakteru i wartości z przedmiotem zamówienia.”

²⁵ np. „Do zamówień podobnych zaliczone będą dokumentacje: projekty budowlane i wykonawcze na budowę lub rozbudowę dróg klasy technicznej co najmniej S o długości odcinka co najmniej 10 km o przekroju 2 – jezdniowym z węzłami drogowymi (co najmniej jeden), przejazdami drogowymi i drogami wewnętrznymi (serwisowymi).”

²⁶ np. „2 zadania polegające na budowie lub przebudowie obiektów mostowych. Łączny zakres tych zadań winien obejmować min. 2 obiekty o konstrukcji żelbetowej i o powierzchni płyty pomostu nie mniejszej niż 500 m2 (każdy).”

b4. Potencjał kadrowy

W zakresie potencjału kadrowego zamawiający stosowali warunki w różnym stopniu, zakresie i brzmieniu. Analizując dokumentację przetargową wydzielono następujące grupy „specjalistów” wymaganych przez zamawiających:

- przedstawiciel wykonawcy / dyrektor kontraktu/ Inżynier,
- główny projektant / Inżynier rezydent,
- projektant / inspektor nadzoru branży drogowej/ kolejowej,
- projektant/ inspektor nadzoru branży mostowej,
- kierownik budowy/ zespołu,
- kierownik robót branży drogowej/kolejowej,
- kierownik robót branży mostowej,
- inne osoby zaangażowane w wykonanie zamówienia.

Najczęściej w zamówieniach wymagano od wykonawców wskazania swoich przedstawicieli/ dyrektorów kontraktów/ inżynierów (43% wszystkich zamówień), projektantów / inspektorów nadzoru branży drogowej/kolejowej czy mostowej (37% - 39%) oraz głównych projektantów/ inżynierów rezydentów (34% wszystkich zamówień). Najrzadziej zaś wymagano wykazywania kierowników robót branży drogowej/kolejowej i mostowej (około 16% wszystkich zamówień).

Na potrzeby analiz stworzono kategorię „inne osoby zaangażowane w wykonanie zamówienia”, która co prawda była wykazywana w 55% badanych zamówień, ale składają się na nią specyficzne wymagania dotyczące specjalistów, które są indywidualne i nie powtarzają się w różnych zamówieniach. Warto zaznaczyć, że największej liczby specyficznych specjalistów (np. ds. rozliczeń, roszczeń, geodezji, ekspertów różnych dziedzin środowiskowych) wymagano w zamówieniach na nadzór oraz projektowanie.

W poniższej tabeli zaprezentowano stosowane w analizowanych zamówieniach wymagania w zakresie potencjału kadrowego wykonawców. Jak widać nie ma reguły w zakresie najczęściej wymaganych specjalistów we wszystkich typach zamówień. Kolorem czerwonym zaznaczono wartości najwyższe w poszczególnych wierszach tabeli.

Tabela 6 Procentowy udział poszczególnych specjalistów w różnych typach zamówień.

Zamówienia	przedstawiciel wykonawcy / dyrektor kontraktu / Inżynier	główny projektant / Inżynier rezydent	projektant / inspektor nadzoru branży drogowej /kolejowej	projektant/ inspektor nadzoru branży mostowej	kierownik budowy / zespołu	kierownik robót branży drogowej/kolejowej	kierownik robót branży mostowej	inne osoby zaangażowane w wykonanie zamówienia
Buduj	56%	4%	4%	4%	48%	33%	30%	33%
Projektuj i Buduj	58%	67%	42%	42%	75%	17%	33%	33%
Nadzór	71%	76%	65%	71%	6%	0%	0%	100%
Projektuj	7%	29%	71%	71%	29%	0%	0%	86%
GDDKiA	73%	32%	59%	55%	23%	9%	9%	59%
PLK SA	41%	65%	12%	18%	59%	6%	6%	53%
Samorząd	39%	26%	39%	42%	39%	26%	29%	65%
Drogowe	51%	29%	51%	51%	31%	18%	20%	63%
Kolejowe	48%	57%	10%	14%	57%	10%	10%	52%
Przetarg nieograniczony	25%	46%	46%	48%	40%	15%	15%	71%
Przetarg ograniczony	59%	18%	23%	23%	36%	18%	23%	36%
Kryteria poza cenowe	38%	31%	15%	15%	15%	8%	0%	31%

Źródło: opracowanie własne na podstawie analiz desk research

Poniżej przedstawiono krótką charakterystykę (pod kątem uprawnień, wykształcenia, doświadczenia) poszczególnych grup specjalistów.

- przedstawiciel wykonawcy / dyrektor kontraktu / Inżynier (wymagany w 43% zamówień)

Stanowisko to wymagane było najczęściej w zamówieniach ogłaszanych przez GDDKiA oraz tych, których przedmiotem był nadzór oraz zaprojektowanie i budowa. Najczęściej wymagano tylko jednej osoby na tym stanowisku (wyjątkiem jest kilka postępowań prowadzonych przez Samorząd w zakresie budowy czy projektowania i budowy, gdzie wymagano 2 osób).

W 40% przypadków określono warunki w zakresie wykształcenia („wykształcenie wyższe”), a jedynie w 10% wymagano na tym stanowisku dysponowania odpowiednimi uprawnieniami (Posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń).

Zamawiający natomiast w każdym przypadku szczegółowo opisywali rodzaj doświadczenia, jakim ma wykazać się dany specjalista (doświadczenie na stanowisku Dyrektora Kontraktu/ Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg klasy A lub S lub GP lub obiektów mostowych w ciągu dróg klasy A lub S lub GP”; „ 6-letnie doświadczenie zawodowe w budowie lub przebudowie na stanowisku kierowniczym lub w nadzorze, w tym minimum dwuletnie doświadczenie w kierowaniu zadaniami realizowanymi wg zasad FIDIC, w tym co najmniej jednym zadaniem, w skład którego wchodziły roboty drogowe -mostowe, o wartości nie mniejszej niż 30.000.000 złotych brutto, obejmujące budowę drogi klasy min. G o długości nie mniejszej niż 2,0 km wraz z min. 1 obiektem mostowym). W przypadku 53%

zamówień²⁷ wymagano 5 lat doświadczenia na danym stanowisku, w kilku przypadkach była mowa o 2 lub 3 latach, w 2 przypadkach wymagano aż 10 lat (zamówienia kolejowe ogłaszane przez Samorządy), a z drugiej strony - tylko w 1 z badanych zamówień zamawiający wymagał minimum 0,5 roku doświadczenia na takim lub podobnym stanowisku. Zamawiający bardzo często (50%) rozumieli doświadczenie jako udział w minimum 1 podobnym projekcie (doświadczenia w 2 projektach wymagano z kolei w przypadku 47% postępowań, gdzie przedmiotowe stanowisko było wymagane; zaś w pozostałych wymagano zakończenia co najmniej 3-4 projektów). Istotnym wnioskiem analiz jest to, że w 27% przypadków zamawiający wymagali doświadczenia w projektach, których wartość parokrotnie przewyższała szacowaną wartość zamówienia.

- główny projektant / Inżynier rezydent (wymagany w 34% zamówień)

Stanowisko to wymagane było najczęściej w zamówieniach, których przedmiotem było projektowanie i budowa (łącznie), nadzór oraz tych ogłaszanych przez PLK SA. Najczęściej (79%) wymagano tylko 1 osoby na tym stanowisku (wyjątkiem jest kilka postępowań prowadzonych przez PLK SA oraz GDDKiA w zakresie nadzoru, gdzie wymagano 2 osób, a w dwóch przypadkach nawet 3 i 4).

W 38% przypadków określono warunki w zakresie wykształcenia (*wykształcenie wyższe techniczne; wyższe inżynierskie w zakresie dróg*), a w przypadku 71% określono warunki dysponowania odpowiednimi uprawnieniami dla osoby na tym stanowisku.

Zamawiający, podobnie jak w poprzednim przypadku, szczegółowo charakteryzowali doświadczenie, jakim ma wykazać się osoba na danym stanowisku (*Doświadczenie w kierowaniu zespołem odpowiedzialnym za wykonanie dokumentacji projektowej składającej się z projektu budowlanego i wykonawczego w ilości co najmniej 1 opracowania dla dróg klasy A lub S lub GP wraz z obiektami inżynierskimi, o długości odcinka nie mniejszej niż 15 km*). Jednak znacznie rzadziej wskazywali liczbę zakończonych projektów (taka informacja była podana w 58% warunków i najczęściej dotyczyła jedynie wykazania 1 zakończonego projektu, którego wymagana wartość jednak najczęściej (83%) przekraczała parokrotnie podaną szacunkową wartość zamówienia). Za to niemal we wszystkich przypadkach było określone wymaganie w zakresie liczby lat doświadczenia na danym stanowisku (w 46% zamówień wymagane było 5 lat, w kilku przypadkach była mowa o 2, 3 i 8 latach, zaś w jednym zamówieniu wymagano aż 10 lat doświadczenia²⁸).

- projektant / inspektor nadzoru branży drogowej /kolejowej (wymagany w 37% zamówień)

Stanowisko to wymagane było niemal wyłącznie w zamówieniach, których przedmiotem było projektowanie oraz nadzór, jak i tych ogłaszanych głównie przez GDDKiA. Najczęściej wymagano tylko 1 osoby na tym stanowisku (58% przypadków), rzadziej (w przypadku 31%), wymagano 2 osób, zaś w jednym zamówieniu wymagano nawet 6 osób.

W 15% przypadków określono warunki w zakresie wykształcenia, a w przypadku 62% określono warunki dysponowania odpowiednimi uprawnieniami dla osoby na tym stanowisku (*uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności drogowej bez ograniczeń lub odpowiadające im uprawnienia, a wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów*).

Zamawiający szczegółowo charakteryzowali doświadczenie wymagane na danym stanowisku (np. *Doświadczenie w wykonaniu dokumentacji projektowej składającej się z projektu budowlanego i wykonawczego w ilości co najmniej 1 opracowanie dla dróg klasy A lub S lub GP o długości co najmniej 10 km*). W niemal wszystkich analizowanych przypadkach szczegółowo podane były wymagania co do liczby lat doświadczenia (najczęściej wymagano 5 lub 3 lat, pojedyncze przypadki dotyczyły 1 roku lub 10 lat) oraz należytego wykonania podobnych projektów (38% przypadków dotyczyło minimum 1 wykonanego projektu, 50% minimum 2 projektów). Warunki nie regulowały z reguły wartości minimalnej zakończonych projektów, a tam gdzie taki wymóg był – wymagana wartość była wyższa od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia.

²⁷ Pod uwagę brano jedynie te zamówienia, gdzie wymagano osoby na tym stanowisku.

²⁸ Było to zamówienie ogłoszone przez samorząd typu projektuj i zbuduj.

- projektant/ inspektor nadzoru branży mostowej (wymagany w 39% zamówień)

Stanowisko to wymagane było najczęściej w zamówieniach na projektowanie i nadzór, zamówieniach ogłaszanych przez GDDKiA oraz drogowych. Najczęściej wymagano tylko 1 osoby na tym stanowisku (56% przypadków), rzadziej (37%) wymagano 2 osób, a w jednym przypadku wymagano nawet 6 osób²⁹.

W 15% przypadków określono warunki w zakresie wykształcenia, a w przypadku 63% warunki dysponowania odpowiednimi uprawnieniami dla osoby na tym stanowisku („uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności mostowej bez ograniczeń”).

Charakteryzując doświadczenie zamawiający wymagali głównie odpowiedniej liczby lat doświadczenia (70% zamówień) oraz (w przypadku 85% zamówień) zrealizowania konkretnej liczby projektów (których wartość nie była kluczowa – taką informację podano jedynie dla 19% zamówień, a wskazana wartość nieznacznie przekraczała szacunkową wartość zamówienia). Zarówno w przypadku liczby lat, jak i liczby projektów wymagania stawiane były niemal identyczne jak w przypadku wymagań dla projektanta / inspektora nadzoru branży drogowej /kolejowej – wymagano 5 lub 3 lat doświadczenia oraz udziału w 1 lub 2 zakończonych projektach.

- kierownik budowy/ zespołu (wymagany w 37% zamówień)

Stanowisko wymagane najczęściej w zamówieniach kolejowych, ogłaszanych przez PLK SA oraz tych, których przedmiotem było Projektowanie i Budowa. Głównie wymagano tylko 1 osoby na tym stanowisku (wyjątkiem jest postępowanie, gdzie tych osób wymagano 3).

W 35% przypadków określono warunki w zakresie wykształcenia, a w przypadku 77% warunki dysponowania odpowiednimi uprawnieniami dla osoby na tym stanowisku.

W zakresie doświadczenia wymagano głównie wykazania odpowiedniej liczby lat (w przypadku 85% zamówień) oraz (w przypadku 56% zamówień) zrealizowania konkretnej liczby projektów (których wartość wskazano jedynie w 19% przypadków). Zarówno w przypadku liczby lat, jak i liczby projektów wymagania stawiane były bardzo podobne do 2 poprzednich stanowisk – wymagano 5 lub 3 lat doświadczenia (za wyjątkiem czterech projektów³⁰, gdzie wymagano minimum 10 lat, oraz jednego, gdzie wystarczało posiadanie 0,5 roku) i udziału w 1 lub 2 zakończonych projektach. W przypadku zamówienia, gdzie wymagano minimum 10 lat doświadczenia wskazano też konieczność udziału w minimum 4 zakończonych projektach.

- kierownik robót branży drogowej/kolejowej (wymagany w 14% zamówień)

Stanowisko wymagane w zamówieniach na budowę, drogowych oraz tych ogłaszanych głównie przez Samorządy. Głównie wymagano tylko 1 osoby na tym stanowisku (1 wyjątkiem jest postępowanie, gdzie tych osób wymagano 2).

W 30% przypadków określono warunki w zakresie wykształcenia, a w przypadku 90% warunki dysponowania odpowiednimi uprawnieniami dla osoby na tym stanowisku. W zakresie posiadanego doświadczenia - zarówno w przypadku liczby lat, jak i liczby projektów wymagania stawiane były bardzo podobne do poprzednich stanowisk – wymagano 5 lub 3 lat doświadczenia (za wyjątkiem trzech projektów Samorządowych, gdzie wymagano odpowiednio minimum 6, 8 i 10 lat, oraz jednego gdzie wystarczało posiadanie 0,5 roku³¹) i udziału w 1 lub 2 zakończonych projektach.

- kierownik robót branży mostowej (wymagany w 17% zamówień)

Stanowisko wymagane w zamówieniach drogowych, ogłaszanych głównie przez Samorządy, których przedmiotem w całości lub części były roboty budowlane. Głównie wymagano tylko 1 osoby na tym stanowisku (z wyjątkiem jednego postępowania, gdzie wymagano 2 osób).

²⁹ Zamówienie na nadzór, drogowe, ogłoszone przez GDDKiA

³⁰ Zamówienia ogłoszone przez Samorządy, których przedmiotem w całości lub części były roboty budowlane

³¹ Zamówienie na budowę, ogłoszone przez GDDKiA

W 25% przypadków określono warunki w zakresie wykształcenia, a w przypadku 83% warunki dysponowania odpowiednimi uprawnieniami. W zakresie posiadanego doświadczenia – mierzonego liczbą lat – wymagano najczęściej 5 lat (czasem roku, 3 czy 7 lat), zaś w obszarze doświadczenia - mierzonego liczbą zakończonych projektów – wymagano 1 lub 2 (bez podawania ich wartości).

Podsumowując powyższe analizy można stwierdzić, że według oceny Ewaluatora stawiane przez zamawiających żądania były w większości adekwatne do typu i wartości zamówień. Niemniej jednak trzeba mieć na uwadze przypadki odstępstw od tej zasady. Z jednej bowiem strony zdarzały się zamówienia o zbyt wygórowanych wymogach w postaci np. 10 lat doświadczenia na danym stanowisku (dotyczy zamówień ogłaszanych przez Samorzady) czy wymagania doświadczenia w projektach, których wartość przewyższała szacunkową wartość zamówienia (taka sytuacja miała miejsce w 10% przypadków spośród całej grupy opisanych przez zamawiającego warunków kadrowych i były to zamówienia ogłaszane głównie przez Samorzady, rzadziej przez GDDKiA). Z drugiej zaś strony – zdarzały się przypadki zamówień, gdzie wymagano np. od dyrektora kontraktu jedynie minimum pół roku doświadczenia (GDDKiA).

Tabela 7 Charakterystyka wymagań w zakresie potencjału kadrowego pod kątem wartości wymaganych projektów

	liczebność	procent
Maksymalna możliwa do opisanego warunków na poszczególne stanowiska	420	100%
Rzeczywiste przypadki, gdzie zamawiający w badanych zamówieniach określali jakiegokolwiek warunki na poszczególne stanowiska	212	50%
Przypadki gdzie określono minimalną wartość projektu wymaganego do wykazania doświadczenia osoby	47	22%
Przypadki gdzie wartość wymaganego projektu przewyższa szacunkową wartość całego zamówienia	21	10%

Źródło: opracowanie własne - analiza danych zastanych

b5. Potencjał techniczny

Warunek w zakresie potencjału technicznego był stosowany w niewielkiej ilości badanych przypadków (17% zamówień spośród całej próby). Najczęściej stosowany był przez PKP PLK, rzadziej przez GDDKiA, a jedynie sporadycznie przez Samorzady.

Analiza tych zamówień wykazała, że są to zamówienia zazwyczaj o wysokiej szacunkowej wartości – średnia wartości tych zamówień wynosi ponad 815 mln zł (jednak trzeba mieć na uwadze, że są też zamówienia o dużych wartościach, w których nie był stosowany ten warunek).

Warunek ten stosowano w zdecydowanej większości do zamówień typu buduj oraz projektuj i buduj (92% badanych zamówień tego typu), ogłaszanych w trybie przetargów nieograniczonych (tylko w 1 zamówieniu warunek był stosowany w przypadku trybu ograniczonego) oraz takich, w których nie stosowano kryteriów pozacenowych (wyjątkiem są 2 zamówienia).

Zamawiający formułując ten warunek stosowali następujące zwroty:

- „Wykonawca musi dysponować narzędziami i urządzeniami wymaganymi do realizacji przedmiotu zamówienia, wymienionymi poniżej”,
- "Wykonawca musi mieć dostępne w celu wykonania zamówienia następujące urządzenia techniczne”,
- „dostępności do niżej wymienionych narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych w celu realizacji zamówienia”,

- „dysponowania lub dysponowania na etapie realizacji zamówienia, co najmniej po 1 (jednej) jednostce niezbędnego do wykonania zamówienia, niżej wymienionego sprzętu i urządzeń (lub równoważnego)”,
- „dysponowania, co najmniej po 2 (dwie) jednostki/sztuki niezbędne do wykonania zamówienia niżej wymienionego sprzętu i urządzeń”.

Jak widać zamawiający dopuszczali sytuację, że wykonawca może dysponować danym sprzętem dopiero na etapie realizacji, czyli po podpisaniu umowy.

W badanych zamówieniach wymagano średnio 12 typów urządzeń (czasem po 2 sztuki każdego). Najwięcej typów urządzeń wymagano w postępowaniach ogłaszanych przez PKP PLK (maksymalnie 19), a najmniej w tych ogłaszanych przez Samorzady (3).

Zdaniem Ewaluatora powyższe informacje skłaniają do wniosku, iż żądania stawiane w zakresie warunku „potencjał techniczny” były odpowiednie. Należy jednak podkreślić, że zdecydowanie zbyt rzadko był stosowany (jak pokazały wyniki CAWI zamawiający uznają ten warunek za ważny lecz nie stosują go często). Z zasady formułowanie warunków dotyczących potencjału technicznego ma znaczenie dla zamówień dotyczących w całości lub części robót budowlanych. W zdecydowanej większości tych zamówień (79%) nie zdefiniowano jednak tego wymogu.

b6. Potencjał ekonomiczny i sytuacja finansowa

Najczęściej stosowanymi warunkami w zakresie potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej były:

- Dysponowanie środkami lub zdolność kredytowa (80% badanych zamówień),
- Średni roczny przychód netto z ostatnich 3 lat (63% badanych zamówień),
- Polisa OC (20% badanych zamówień),

Tabela 8 Procent zamówień, w których występuje warunek oraz średnia wartość "dysponowania środkami" w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy w podziale na poszczególne typy zamówień.

Dysponowanie środkami	Rodzaj (D-drogowe, K – kolejowe)		Beneficjent			Rodzaj zamówienia (B-buduj, PB- projektowanie i budowa, N-nadzór, P- projektowanie)				Kryterium poza cenowe
	D	K	GDDKiA	PLK SA	Samorząd	B	PB	N	P	
% zamówień, w których występuje warunek	76%	90%	77%	94%	74%	100%	100%	71%	36%	100%
średnia wartość "dysponowania środkami" w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy	0,23	0,2	0,14	0,16	0,31	0,24	0,25	0,13	0,2	0,2

Źródło: opracowanie własne na podstawie analiz desk research, n=70

Jak widać na podstawie danych w powyższej tabeli, największe wartości dysponowanych środków w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy³² były wymagane przy zamówieniach ogłaszanych przez Samorzady i zamówieniach, których przedmiotem w całości lub części były

³² Szacowana wartość roczna umowy = szacunkowa wartość zamówienia/czas realizacji w miesiącach]*12.

roboty budowlane. W przypadku Samorządu wartość ta osiągnęła nawet poziom 0,9, co oznacza, że wymagano w tym przypadku od wykonawcy dysponowania środkami lub zdolnością kredytową na kwotę zbliżoną do szacowanej rocznej wartości umowy. Trzeba jednak podkreślić, że w przypadku 65% badanych zamówień wartość ta nie przekraczała poziomu 0,2.

Tabela 9 Procent zamówień, w których występuje warunek oraz średnia wartość "przychodu" w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy w podziale na poszczególne typy zamówień.

Przychód	Rodzaj (D-drogowe, K-kolejowe)		Beneficjent			Rodzaj zamówienia (B-buduj, PB-projektowanie i budowa, N-nadzór, P-projektowanie)				Kryterium poza cenowe
	D	K	GDDKIA	PLK SA	Samorząd	B	PB	N	P	
% zamówień, w których występuje warunek	57%	76%	91%	82%	32%	59%	92%	65%	43%	38%
średnia wartość przychodu w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy	0,95	1,1	0,71	0,89	1,73	1,11	0,91	0,73	1,37	0,78

Źródło: opracowanie własne na podstawie analiz desk research, n=70

Analiza indywidualnych zamówień wykazała, że największy stosunek wartości wymaganego w warunku przychodu do szacowanej wartości rocznej umowy występował w przypadku zamówień ogłaszanych przez Samorządy, zamówień na projektowanie i budowę, zamówień drogowych oraz ogłaszanych przez PLK SA. Spośród tych zamówień największe wartości to: 4,07, 3,59 i 2,64 (zamówienia budowlane ogłaszane przez Samorządy) – co oznacza, że zamawiający wymagali, by wykonawcy wykazali się średnim rocznym przychodem z ostatnich 3 lat na poziomie odpowiednio 4,07, 3,59 i 2,64 wyższym, niż szacowana roczna wartość umowy dla danego zamówienia. W tym przypadku jednak przyjmuje się, że optymalny wynik tej relacji powinien zbliżać się do 2 (lub więcej, zważywszy niestandardowe ryzyka zwykle przerzucane na wykonawców), co powoduje, że te 3 zamówienia zakładały zbyt rygorystyczny wymóg, a w przypadku pozostałych (zdecydowanej większości) badanych zamówień - zbyt liberalny.

Tabela 10 Procent zamówień, w których występuje warunek oraz średnia wartość "polis OC" w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy w podziale na poszczególne typy zamówień.

Polisa OC	Rodzaj (D-drogowe, K – kolejowe)		Beneficjent			Rodzaj zamówienia (B-buduj, PB- projektowanie i budowa, N-nadzór, P- projektowanie)				Kryterium poza cenowe
	D	K	GDD KiA	PLK SA	Samorząd	B	PB	N	P	
% zamówień, w których występuje warunek	22%	14%	0%	6%	42%	11%	17%	18%	43%	0%
średnia wartość polisy OC w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy	0,2	0,32	0	0,2	0,23	0,1	0,03	0,29	0,32	0

Źródło: opracowanie własne na podstawie analiz desk research, n=70

Wymaganie Polisy OC było stosowane najrzadziej spośród wszystkich warunków odnoszących się do potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej. A tam gdzie ten warunek był stosowany – najwyższe wartości (wysokość Polisy OC w stosunku do szacowanej wartości rocznej umowy) występowały w zamówieniach kolejowych, na projektowanie oraz na nadzór, przyjmując średnie wartości 0,32 oraz 0,29. Najwyższe wartości tego wskaźnika (0,33 i 0,44) odnotowano w przypadku 2 zamówień drogowych, dotyczących projektowania i ogłoszonych przez Samorządy.

Zdaniem Ewaluatora analiza stosowanych praktyk w zakresie stawianych wymagań odnośnie potencjału ekonomicznego i sytuacji finansowej pokazuje, że warunki te były w wielu przypadkach zbyt niskie. Świadczy o tym zarówno praktyka nie wymagania od wykonawców dysponowania odpowiednimi polisami OC oraz ustalanie wymaganej wartości przychodu często na poziomie dużo niższym od uznawanego za optymalny.

b7. Tryb postępowania

Z przeprowadzonej analizy wynika, że w ramach badanych postępowań POIiŚ najpowszechniej stosowanym trybem udzielania zamówień jest przetarg nieograniczony (stosowany w 71,6% postępowań). Drugim co do „popularności” jest przetarg ograniczony (27,8% postępowań). Oba te tryby udzielania zamówień stanowią zatem 99,4% stosowanych sposobów udzielania zamówień w ramach badanych postępowań POIiŚ.

91% badanych postępowań na „usługi” zostało zlecone w trybie przetargu nieograniczonego (6,7% w trybie przetargu ograniczonego i równie często w trybie zamówienia z wolnej ręki).

Blisko połowa (49,4%) badanych postępowań na „roboty budowlane” została zlecona w trybie przetargu nieograniczonego. Nieznacznie częściej (50,6%) ten rodzaj zamówienia był zlecany w trybie przetargu ograniczonego.

Tabela 11 Zestawienie informacji na temat stosowanych trybów udzielania zamówień w zależności od różnych zmiennych (m.in. rodzaj zamówienia, wartość, zamawiający).

Zmienna	Rodzaj zamówienia	Liczba takich postępowań	Szacunkowa wartość [mln zł]			Wartość zamówienia brutto wg umowy z wykonawcą [mln zł]		
			Min.	Śred.	Max.	Min.	Śred.	Max.
negocjacje z ogłoszeniem	usługi	1		22,9			23,8	
przetarg nieograniczony	roboty budowlane	39	19	517,2	1 932	9	375,1	1 068,7
	usługi	82	0,47	17,9	182,3	0,41	7,9	63,4
przetarg ograniczony	roboty budowlane	40	53,6	896,7	3 003,7	31	643,4	2 195,9
	usługi	6	3,5	17,5	43	3,8	11,4	24,2
	usługi i roboty budowlane	1		1 698			1 721	
P – projektuj		39	1,2	12,6	68	0,87	8,5	63,4
PB – projektuj i buduj		22	796,9	29,2	3 003,7	23,3	613,6	1 759,3
B – buduj		58	19,1	694,6	2 456,8	9,4	492,4	2 195,9
N – nadzór		50	0,47	21,8	182,3	0,41	8,2	27,9
PKP PLK S.A.		36	2,4	452,1	3 003,7	2,7	324,1	1 759,3
GDDKiA		82	1,6	456,7	2 456,8	1,7	322,2	2 195,9
JST		51	0,47	101,2	720,6	411,6	91,9	885,6
Branża drogowa		126	1	339,8	2 456,8	411,6	238,8	2 195,9
Branża kolejowa		43	0,47	405,8	3 003,7	0,49	289,3	1 759,3

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych o zamówieniach, n=169

Tabela 12 Zestawienie informacji na temat odstępstw w zakresie szacunkowych wartości zamówień oraz wartości zamówienia brutto według umowy z wykonawcami

Tryb udzielenia zamówienia	Rodzaj zamówienia	Szacunkowa wartość [mln zł]		
		Min.	Śred.	Max.
negocjacje z ogłoszeniem	usługi		103,8%	
przetarg nieograniczony	roboty budowlane	41,9%	75,9%	139%
	usługi	13%	63,6%	369,3%
przetarg ograniczony	roboty budowlane	35,4%	81%	211,5%
	usługi	47,9%	72,7%	121%
	usługi i roboty budowlane		101,3%	
P – projektuj		13,9%	73,6%	166,2%
PB – projektuj i buduj		45,6%	84,1%	143,6%
B – buduj		35,4%	76,8%	211,5%
N – nadzór		13%	57,7%	369,3%
PKP PLK S.A.		13%	69,2%	139%
GDDKiA		27,3%	71,6%	369,3%
JST		13,9%	72,7%	211,5%
Branża drogowa		13,9%	70,5%	369,3%
Branża kolejowa		13%	74%	139%

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych o zamówieniach, n=169

Z prezentowanych powyżej informacji wynika, iż bardzo często ceny ofert wybieranych w postępowaniach prowadzonych w badanych postępowaniach były istotnie niższe, niż szacunkowe wartości zamówień opracowywane przez Zamawiających (z reguły cena wybranej oferty stanowiła ok. 70% szacunkowej wartości zamówienia). Występowały skrajne przypadki, w których zamówienie było udzielane wykonawcy, który złożył ofertę na 13% wartości szacunkowej wartości zamówienia. Z drugiej strony zaobserwowano także, sytuacje w której to cena wybranej oferty przewyższała szacunkową kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć nawet 2,5 krotnie (369,3% w odniesieniu wartości szacunkowej).

Uzasadnienie dla niestosowania przetargu ograniczonego

Głównym powodem, dla którego beneficjenci nie stosują trybu przetargu ograniczonego jest dłuższy (niż dla przetargu nieograniczonego) termin prowadzenia procedury przetargowej (średnio liczba dni jest większa o ok. 30% w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, względem przetargu nieograniczonego licząc od momentu ogłoszenia postępowania do podpisania umowy z wykonawcą). Zdecydowana większość respondentów wskazała tę przyczynę w ankiecie CAWI, jako najważniejszą. W dalszej kolejności znalazły się takie powody, jak chęć zapewnienia dostępności udziału w postępowaniu wszystkim zainteresowanym i zachowanie zasady konkurencyjności. Jednocześnie pojawiły się głosy, iż stosując przetarg nieograniczony i dopuszczając do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców, którzy spełnią warunki udziału, ankietowani mogli stanąć w okoliczności zbyt dużej liczby ofert.

W opinii jednego beneficjenta ze stosowaniem przetargu ograniczonego mogą wiązać się trudności w zakresie wydatkowania środków zabudżetowanych przez danego beneficjenta / instytucję (część badanych podmiotów nie posiada wystarczająco elastycznych procedur realokacji przyznaných środków budżetowych do wydania w danym roku rozliczeniowym).

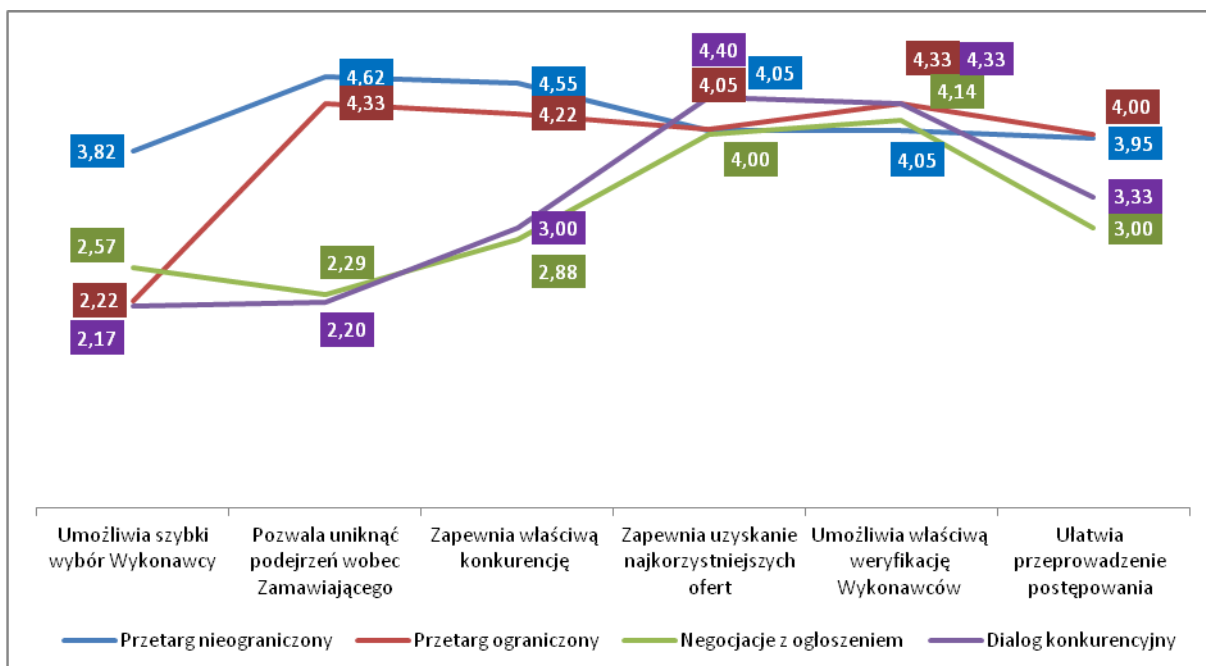
Kilku respondentów wskazało na wybór przetargu ograniczonego, jako dobrego rozwiązania w przypadku, kiedy dokumentacja przetargowa nie jest ukończona. Tego typu przetarg pozwala spokojniej zamawiającemu przygotować odpowiednią dokumentację (w tym pozyskanie decyzji administracyjnych np. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, decyzji ZRID itp.).

Jeden zamawiający wybierając przetarg nieograniczony a nieograniczony, wskazał na ryzyko, iż ze względu na dużą wartość zamówienia były wątpliwości, co do tego czy liczba ofert przekroczy minimalną ilość 5 ofert wymaganych przy przetargu ograniczonym. Z drugiej strony zamawiający często dla postępowań charakteryzujących się niższą szacunkową kwotą zamówienia, decydują się stosować przetarg nieograniczony (uznawany za szybszy, mniej skomplikowany i bardziej konkurencyjny). Informacje te znajdują potwierdzenie w przeprowadzonej analizie desk research, zgodnie, z którą w przypadku postępowań na usługi prowadzonych według przetargu nieograniczonego średnie kwoty z umów z wykonawcami były niższe o ok. 31% względem tych udzielanych w trybie przetargu odgraniczonego. W przypadku postępowań na roboty budowlane różnica ta wynosi ok. 42%.

Ponadto powyższą opinie potwierdza inne pytanie zadane respondentom, w którym ocenili wszystkie cztery tryby postępowań. Pod względem niemal wszystkich kryteriów formuła przetargu nieograniczonego została oceniona najwyżej. Przetarg ograniczony i dialog konkurencyjny oceniono, jako bardziej czasochłonne, w odróżnieniu od przetargu nieograniczonego, który, zdaniem zamawiających, pozwala najszybciej wybrać wykonawcę. Przetarg nieograniczony oceniono również, jako najbardziej przejrzysty, pozwalający uniknąć podejrzeń wobec zamawiającego (np. o stronniczość lub nadużycia), a także najlepiej zapewniający konkurencyjność. Jak zaznaczyli respondenci, przetarg nieograniczony jest podstawowym trybem udzielania zamówień według obowiązujących przepisów i budzi najmniej wątpliwości organów kontrolnych.

Żaden tryb przetargu, zdaniem respondentów, nie jest gwarantem uzyskania najkorzystniejszych ofert, ale, co znaczące, oceny poszczególnych trybów zamówień niewiele się od siebie różnią. Przetarg nieograniczony, który teoretycznie pozwala na złożenie oferty wszystkim podmiotom spełniającym warunki udziału w postępowaniu, zapewnia uzyskanie najkorzystniejszych ekonomicznie ofert w takim samym stopniu, jak przetarg ograniczony.

Wykres 3 Ocena poszczególnych trybów zamówień publicznych przez beneficjentów.



Źródło: badanie CAWI (część ogólna), n=26; pokazano średnie, skala: 0-5, gdzie 0 oznacza brak wpływu, 1 oznacza bardzo słaby wpływ, a 5 oznacza bardzo silny wpływ

Przetarg nieograniczony nie zawsze pozwala na optymalną weryfikację kompetencji wykonawców – pod względem tego kryterium ten tryb zamówień uzyskał najniższe oceny, a na pierwsze miejsce wysunął się mało popularny pod względem pozostałych kryteriów tryb przetargu ograniczonego. Formuła tego przetargu została też oceniona, jako najsprawniejsza (z uwagi na brak wstępnej kwalifikacji wymagający mniej nakładów pracy), choć należy podkreślić, iż ocena dla przetargu nieograniczonego nie różniła się znacząco. Przetarg ograniczony umożliwia selekcję potencjalnych wykonawców do tych, którzy posiadają najlepsze doświadczenie i tylko tacy wykonawcy są zaproszeni do składania ofert. Istotnym czynnikiem z punktu widzenia firm wykonawczych, jest istotne obniżenie nakładów pracy na przygotowanie oferty w postępowaniu w sytuacji startowania w postępowaniu w procedurze prekwalifikacji (wykonawcy nie muszą angażować kosztorysantów, poświęcać dużo czasu na szczegółową analizę treści SIWZ i załączników a w szczególności bardzo obszernych dokumentacji projektowych). W przypadku gdy do dalszego etapu kwalifikowana jest ograniczona liczba wykonawców (np. do 5 wykonawców) przetarg ograniczony w istotny sposób jest postrzegany jako bardziej przyjazny także z perspektywy firm wykonawczych.

Analiza ocen poszczególnych trybów zamówień pozwala wskazać na przyczyny tak rzadkiego stosowania negocjacji z ogłoszeniem. Wśród badanych podmiotów pojawiły się pojedyncze przypadki stosowania takiego trybu.

Po pierwsze, jest to mniej przejrzysty tryb zamówień, co może rodzić podejrzenia wobec zamawiającego o stronniczość bądź nadużycia.

Po drugie, nie zapewnia on otwartej konkurencji rozumianej jako dostęp do przetargu wszystkim tym, którzy spełniają warunki udziału. Kryterium konkurencyjności jest szczególnie istotne w przetargach z udziałem środków unijnych, zatem zamawiający przykładają do tego szczególną wagę.

Po trzecie, jest to mało powszechny tryb zamówień. Jak wskazują odpowiedzi otwarte respondentów w badaniu CAWI, najczęściej stosuje się przetarg nieograniczony, gdyż jest to formuła najlepiej znana wykonawcom, zamawiającym oraz organom kontrolnym.

Po czwarte, według zamawiających, negocjacje z ogłoszeniem nie mają przewagi nad innymi trybami zamówień ani pod względem możliwości uzyskania najbardziej korzystnych ofert, ani

najlepszej weryfikacji kompetencji oferentów. Respondenci najniżej ocenili też ten tryb zamówienia pod względem sprawności przeprowadzenia postępowania, co można wiązać z niską znajomością procedur związanych z tym trybem.

Po piąte, w przypadku zamówień, w których na etapie realizacji pojawiły się problemy, według respondentów zastosowanie negocjacji z ogłoszeniem niewiele by zmieniło, nie jest to gwarant bezproblemowej realizacji zamówienia.

Respondenci deklarujący doświadczenie w stosowaniu tej formuły zamówień, wskazali iż umożliwia ona doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, warunków umownych w porozumieniu z "rynkiem".

b8. Prekwalifikacja

W poniższej tabeli zostały przedstawione wyniki analizy dotyczące wskazanej w specyfikacjach liczby wykonawców przewidzianych do zakwalifikowania do udziału w przetargach ograniczonych.

Tabela 13 Informacja na temat liczby wykonawców, jaką zamawiający planowali kwalifikować do udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego.

Liczba wykonawców do jakiej ograniczono możliwość składania ofert	Częstotliwość występowania danej liczby w badanych postępowaniach	Rodzaje zamówień, w jakich stosowano ograniczenia
5	7,3% (n=3)	<ul style="list-style-type: none"> • Rodzaj zamówienia: <ul style="list-style-type: none"> ○ roboty budowlane (n=3) • Podrodzaj: <ul style="list-style-type: none"> ○ projekt i budowa (n=2) ○ budowa (n=1) • Zamawiający: <ul style="list-style-type: none"> ○ samorząd (n=2) ○ PKP PLK S.A. (n=1) • Branża: <ul style="list-style-type: none"> ○ drogowa (n=2) ○ kolejowa (n=1) • Wartość szacunkowa (mln zł): <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 179,4 ○ średnia: 1 591,5 ○ maksimum: 3 003,7
7	2,4% (n=1)	<ul style="list-style-type: none"> • Rodzaj zamówienia: <ul style="list-style-type: none"> ○ roboty budowlane (n=1) • Podrodzaj: <ul style="list-style-type: none"> ○ budowa (n=1) • Zamawiający: <ul style="list-style-type: none"> ○ PKP PLK S.A. (n=1) • Branża: <ul style="list-style-type: none"> ○ kolejowa (n=1) • Wartość szacunkowa (mln zł): <ul style="list-style-type: none"> ○ 538,9
10	17,1% (n=7)	<ul style="list-style-type: none"> • Rodzaj zamówienia: <ul style="list-style-type: none"> ○ roboty budowlane (n=6) ○ usługi i roboty budowlane (n=1) • Podrodzaj: <ul style="list-style-type: none"> ○ projekt i budowa (n=4) ○ budowa (n=3) • Zamawiający: <ul style="list-style-type: none"> ○ GDDKiA (n=6)

		<ul style="list-style-type: none"> ○ samorząd (n=1) • Branża: <ul style="list-style-type: none"> ○ drogowa (n=7) • Wartość szacunkowa (mln zł): <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 62 ○ średnia: 1 027,6 ○ maksimum: 2 007,5
12	2,4% (n=1)	<ul style="list-style-type: none"> • Rodzaj zamówienia: <ul style="list-style-type: none"> ○ roboty budowlane (n=1) • Podrodzaj: <ul style="list-style-type: none"> ○ budowa (n=1) • Zamawiający: <ul style="list-style-type: none"> ○ samorząd (n=1) • Branża: <ul style="list-style-type: none"> ○ drogowa (n=1) • Wartość szacunkowa (mln zł): <ul style="list-style-type: none"> ○ 97,7
15	12,2% (n=5)	<ul style="list-style-type: none"> • Rodzaj zamówienia: <ul style="list-style-type: none"> ○ roboty budowlane (n=5) • Podrodzaj: <ul style="list-style-type: none"> ○ budowa (n=5) • Zamawiający: <ul style="list-style-type: none"> ○ GDDKiA (n=5) • Branża: <ul style="list-style-type: none"> ○ drogowa (n=2) • Wartość szacunkowa (mln zł): <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 614,7 ○ średnia: 1 513,1 maksimum: 1 855,8
20	58,5% (n=24)	<ul style="list-style-type: none"> • Rodzaj zamówienia: <ul style="list-style-type: none"> ○ roboty budowlane (n=21) ○ usługi (n=3) • Podrodzaj: <ul style="list-style-type: none"> ○ budowa (n=19) ○ projekt i budowa (n=2) ○ nadzór (n=2) ○ projekt (n=1) • Zamawiający: <ul style="list-style-type: none"> ○ GDDKiA (n=14) ○ samorząd (n=10) • Branża: <ul style="list-style-type: none"> ○ drogowa (n=23) ○ kolejowa (n=1) • Wartość szacunkowa (mln zł): <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 5,4 ○ średnia: 655,4 ○ maksimum: 2 456,8

Źródło: opracowanie własne, analiza treści SIWZ (n=169 postępowań, liczba postępowań dla badanej cechy = 41)

Z przeprowadzonej analizy wynika, iż w przypadku badanych postępowań (w których zamawiający zdecydowali się zastosować procedurę ograniczoną) liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału najczęściej wynosiła 20 (ponad 58% analizowanych postępowań).

Z powyższych zestawień wynika, iż kluczowym czynnikiem wpływającym na podjęcie decyzji o liczbie wykonawców, do jakiej ograniczano możliwość składania ofert, jest typ beneficjenta. Najczęściej największą liczbę wykonawców (10, 15 i 20) dopuszczała GDDKiA oraz samorządy. Należy podkreślić, iż PKP PLK S.A. rzadko decydowała się na korzystanie z przetargu ograniczonego (2 postępowania prowadzone w tym trybie tj. ok. 5,5% ogółu postępowań objętych analizą). Natomiast, jeśli już taka decyzja była podejmowana, liczba wykonawców do jakiej ograniczono możliwość składania ofert wynosiła nie więcej niż 7 (podobną taktykę przyjmowało Miasto Wrocław i Olsztyn).

Tabela 14 Informacja na temat liczby wykonawców, jaką zamawiający planowali kwalifikować do udziału w postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego oraz szczegółowych danych na ich temat.

Liczba wykonawców do jakiej ograniczono możliwość składania ofert	Częstotliwość występowania danej cechy w badanych postępowaniach
5 (n=2)	<ul style="list-style-type: none"> • Liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 7 ○ średnia: 10 ○ maksimum: 12 • Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert: <ul style="list-style-type: none"> ○ 5 • Liczba wykonawców którzy złożyli ofertę: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 4 ○ maksimum: 5 • Liczba ofert podlegających ocenie: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 3 ○ maksimum: 4
7 (n=4)	<ul style="list-style-type: none"> • Liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: <ul style="list-style-type: none"> ○ 7 • Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert: <ul style="list-style-type: none"> ○ 4 • Liczba wykonawców którzy złożyli ofertę: <ul style="list-style-type: none"> ○ 4 • Liczba ofert podlegających ocenie: <ul style="list-style-type: none"> ○ 2
10	<ul style="list-style-type: none"> • Liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 10 ○ maksimum: 15 • Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 7 ○ maksimum: 10 • Liczba wykonawców którzy złożyli ofertę: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 4 ○ maksimum: 7 • Liczba ofert podlegających ocenie:

	<ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 4 ○ maksimum: 7
12 (n=1)	<ul style="list-style-type: none"> • Liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: <ul style="list-style-type: none"> ○ 17 • Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert: <ul style="list-style-type: none"> ○ 10 • Liczba wykonawców którzy złożyli ofertę: <ul style="list-style-type: none"> ○ 7 • Liczba ofert podlegających ocenie: <ul style="list-style-type: none"> ○ 7
15 (n=2)	<ul style="list-style-type: none"> • Liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: <ul style="list-style-type: none"> ○ 17 • Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert: <ul style="list-style-type: none"> ○ 15 • Liczba wykonawców którzy złożyli ofertę: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 7 ○ średnia: 8 ○ maksimum: 9 • Liczba ofert podlegających ocenie: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 7 ○ średnia: 8 ○ maksimum: 9
20 (n=16)	<ul style="list-style-type: none"> • Liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 12 ○ średnia: 17 ○ maksimum: 25 • Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 10 ○ średnia: 16 ○ maksimum: 20 • Liczba wykonawców którzy złożyli ofertę: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 9 ○ maksimum: 15 • Liczba ofert podlegających ocenie: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 2 ○ średnia: 9 ○ maksimum: 20
OGÓŁEM (n=26)	<ul style="list-style-type: none"> • Liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 15 ○ maksimum: 25 • Liczba wykonawców zaproszonych do składania ofert: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 13 ○ maksimum: 20 • Liczba wykonawców którzy złożyli ofertę: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 3 ○ średnia: 8

	<ul style="list-style-type: none"> ○ maksimum: 15 • Liczba ofert podlegających ocenie: <ul style="list-style-type: none"> ○ minimum: 2 ○ średnia: 8 ○ maksimum: 20
--	--

Źródło: opracowanie własne, analiza treści SIWZ (n=169 postępowań, liczba postępowań dla badanej cechy, dla której zgromadzono dane = 26)

Z przeprowadzonej analizy wynika, iż w przypadku badanych postępowań, w których zamawiający decydowali się zastosować procedurę ograniczoną, liczba wykonawców, którzy składali wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w każdym z postępowań była adekwatna (pozwalała Zamawiającemu na wybór oferty spośród minimum 2 ofert).

Warto zauważyć, iż stosowanie ograniczenia liczby wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę do 20 powodowało, iż zamawiający często otrzymywali dużo ofert (średnio ok. 16, minimum 10). Uznać należy, iż tego typu działanie mogło powodować dodatkowe obciążenie pracą po stronie zamawiającego (niezbędna ocena większej liczby ofert), natomiast skutkowało także zwiększoną konkurencyjnością.

Średnio dla wszystkich analizowanych postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego ok. 40% oferentów pomimo możliwości złożenia oferty (zaproszenia do składania ofert cenowych) nie decydowało się na ten krok.

Najczęściej liczba wykonawców, którzy składali wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu była większa lub zbliżona do liczby wykonawców, do jakiej zamawiający ograniczali możliwość składania ofert.

W większości analizowanych postępowań zamawiający przyjmowali założenia, zgodnie z którymi za każde zamówienie określone w SIWZ w warunkach udziału przyznawana była określona liczba punktów (np. za 1 dodatkową usługę wykonawca mógł otrzymać 1 punkt). W przypadku, gdy w warunkach udziału określano różne typy wymaganych usług (referencji) oferenci mogli otrzymać różną liczbę punktów (np. 1 punkt za usługę określonego typu, zaś za usługę innego typu już np. 5 punktów). Tego typu metodologia była np. stosowana w przypadku zamówień w zakresie projekt i budowa (wówczas wykazując referencję za usługi projektowe oferenci mogli uzyskać określoną liczbę punktów, zaś za referencje na wykonawstwo oddzielną liczbę punktów).

W przypadku, gdy dwóch lub więcej oferentów otrzymywało równą liczbę punktów w rankingu, o kolejności wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu decydowały różne czynniki. Przykładowo o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu mogła decydować wysokość posiadanych przez oferentów środków finansowych (np. w banku lub w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek lub wielkość zdolności kredytowej).

Niektórzy zamawiający przyznając punkty w ramach określonych kryteriów do rankingu, wskazywali iż w ramach danego podkryterium (danego typu usługi, która spełniała określony warunek SIWZ) wykonawca nie można uzyskać większej liczby punktów wykazując większą liczbę usług niż np. 3 referencje. Niedopuszczalne również było, aby jedna referencja mogła służyć wielokrotnemu uzyskaniu kolejnych dodatkowych punktów w ramach różnych określonych w SIWZ warunków udziału. Pozostałe wykazane przez oferentów referencje ponad określony przez zamawiającego limit mogły nie być dodatkowo punktowane.

Niektórzy zamawiający przyznawali punkty do rankingu za każdą dodatkową wartość polisy ubezpieczeniowej, jaką może legitymować się wykonawca. Przykładowo oferent mógł uzyskać 2 punkty (a maksymalnie 6) za każde kolejne 3 mln zł wartości polisy ubezpieczeniowej, a w przypadku jej braku innego dokumentu, potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, potwierdzającej spełnianie warunku SIWZ.

Innym stosowanym przez zamawiających rozwiązaniem było przyznawanie wykonawcom, którzy wykażą referencje spełniające warunek określony w SIWZ (dotyczący doświadczenia zawodowego wykonawcy) dodatkowych punktów (np. 10 punktów za referencję o wartości minimum 300 mln zł) za każdą wielokrotność wymaganej w doświadczeniu wartości minimalnej referencji. Przykładowo w takiej sytuacji i przy takich kryteriach wykonawca za każdą referencję o wartości 900 mln zł otrzymywał do rankingu dodatkowo 30 punktów.

Niektórzy zamawiający stosując powyższą metodologię przyznawania punktów, w przypadku, jeżeli wykonawca przedstawił 2 referencje samodzielnie niespełniające określonego w SIWZ warunku wartości minimalnej (np. żadna z referencji nie opiewała na wartość 300 mln zł), a których suma wartości łącznie spełniała ten warunek (minimum 300 mln zł) traktowali takie 2 referencje jako 1 zadanie powyżej wymaganego minimum i przyznawali za nie określoną liczbę punktów. Przykładowo - jedna referencja o wartości 160 mln zł oraz druga o wartości 200 mln zł były traktowane jako jedno zadanie o wartości 360 mln zł.

2.1.2 Kryteria oceny ofert

a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo

Poprzez określenie kryteriów oceny ofert zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje, czyli wymagania określone w postaci „im więcej, tym lepiej”, „im taniej tym lepiej”, itp. (w odróżnieniu od wymagań określonych w postaci warunków, tj. bezwzględnie wymaganych na zasadzie „spełnia – nie spełnia”). Ustawa Pzp co do zasady pozostawia zamawiającym swobodę doboru kryteriów oceny ofert a ewentualne ograniczenia tej swobody wywodzone są z zasad udzielania zamówień publicznych: równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1). Ustawa Pzp nie narzuca stosowania określonych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując jedynie na dwie możliwe do zastosowania metody wyboru. Jako najkorzystniejsza może zostać uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów (na gruncie prawa europejskiego zwana ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie) lub oferta najtańsza. Obie zasady zostały wprost i w takiej właśnie kolejności wymienione w definicji oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 5). Nie jest więc prawdą, że ustawa narzuca stosowanie ceny jako jedynego kryterium wyboru. Wręcz przeciwnie, definicja najkorzystniejszej oferty w dalszej treści zawiera zakaz stosowania ceny jako jedynego kryterium „w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący”. Do tej kategorii należą np. zamówienia na prace projektowe wymagające twórczego (ponadstandardowego) podejścia, które jak wynika z przeprowadzonych badań są powszechnie zlecane w oparciu o najniższą cenę.

Kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia (art. 91 ust. 2). Jako przykładowe kryteria wymieniono w ustawie: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Nie jest to wykaz ani kompletny (poprzedza go sformułowanie „w szczególności”), ani wzorcowy (np. koszt eksploatacji powinien raczej być oceniany łącznie z ceną jako „całkowity koszt posiadania”, nie jako odrębne kryterium, natomiast termin wykonania zamówienia raczej nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia). Istotą tej normy jest, iż kryteria mają odnosić się do przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia, czyli do elementów oferty, które wykonawca może kształtować poprzez swoje oświadczenie woli (ofertę). Kryteria oceny ofert nie mogą natomiast dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3) (wyjątkiem są usługi niepriorytetowe, których niniejsza analiza nie dotyczy).

Poza nazwą kryterium zamawiający zobowiązany jest określić jego znaczenie. Znaczenie kryterium określa jego wpływ na wybór oferty i przyjmuje postać procentowych wag poszczególnych kryteriów dobranych w taki sposób, aby suma tych wynosiła 100%. Skoro przepisy nie określają kryteriów, jakimi należy się kierować przy wyborze najkorzystniejszej oferty, tym bardziej nie wskazują wag tych kryteriów (jedynym wyjątkiem jest zakup samochodów).

Kryteria (ich nazwy) oraz wagi kryteriów muszą być ujawnione w treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 pkt 9 i art. 48 ust. 2 pkt 10). Wyjątkiem jest tryb dialogu konkurencyjnego, w przypadku którego „Jeżeli ze względu na złożoność zamówienia nie można, na tym etapie postępowania, ustalić znaczenia kryteriów oceny ofert, w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podaje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.” (art. 60z ust. 1a) Kryteria mogą ulec zmianie przed terminem składania ofert, co wymaga zmiany ogłoszenia (publikacji sprostowania ogłoszenia) oraz przedłużenia terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (jako, że jest to zmiana istotna, zastosowanie znajdują terminy określone w art. 12 a).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna dodatkowo zawierać opis sposobu oceny ofert (art. 26 ust. 1 pkt 13). Opis sposobu oceny ofert jest nierozdzielnie związany z kryteriami.

Często w orzecznictwie nie rozróżnia się tych pojęć, sformułowania dotyczące kryteriów oceny ofert w rzeczywistości odnoszą się do opisu sposobu oceny oferty. Z uwagi na taką praktykę, również w niniejszej analizie pojęcie kryteriów oceny ofert jest rozumiane szeroko (jako obejmujące również opis sposobu oceny ofert).

Zamawiający dysponuje dużą swobodą przy ustalaniu kryteriów oceny ofert, a jej ograniczeniem są zasady udzielania zamówień: "Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców.³³" Jeśli chodzi o utrudnienie dostępu do zamówienia dla konkretnego wykonawcy, orzecznictwo jest różne. Z jednej strony stwierdza, że nawet w sytuacji, gdy wykonawca udowodni, że nie jest w stanie złożyć oferty, nie stanowi to o wadliwości kryteriów: „Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum.³⁴" (KIO/UZP/80/07, KIO/UZP/1298/08, KIO/UZP 1334/08). Z drugiej strony, istnieją wyroki stwierdzające, iż nawet w sytuacji, gdy wykonawca może złożyć ofertę, lecz jego sytuacja jest niekorzystna w porównaniu z konkurencją – może to być uznane za naruszenie zasad: „ustalone przez zamawiającego relacja kryterium ceny i kryterium oceny technicznej, dobór podkryteriów oraz sposób przyznawania punktów w kryterium oceny technicznej powodują, że złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu przez odwołującego się jest możliwe, jednak możliwość uzyskania przez niego zamówienia jest faktycznie wyłączona. Izba stwierdza, że kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego w sposób nieuzasadniony faworyzują wyłącznie jednego wykonawcę – (...). Zamawiający dopuścił się naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, gdyż uniemożliwił rzeczywistą konkurencję między działającymi na rynku podmiotami mogącymi zrealizować zamówienie. (...) Sformułowanie kryteriów oceny technicznej w taki sposób, że punkty uzyskać może wyłącznie jeden wykonawca, w sytuacji, gdy zamawiający nie uzasadnił należyście doboru punktowanych parametrów narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych³⁵".

Powyższe oznacza, że kluczowe jest merytoryczne uzasadnienie stosowanych kryteriów: „uznać należy, iż jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku, gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Konsekwentnie: dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych rósł będzie wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać. (...) W interpretacji Izby (interpretacji zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp), jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać.³⁶"

Podstawowym problemem jest określenie zakresu dopuszczalnej uznaniowości i subiektywizmu przy ocenie ofert. Orzecznictwo KIO nie jest w tym względzie jednolite. Istnieje zgoda co do tego, że zamawiający nie może dysponować nieograniczoną swobodą przy ocenie ofert, brak jednak zgody co do dopuszczalnego zakresu swobody.

Istnieje nurt restrykcyjny, który co do zasady wyklucza wszelką uznaniowość: „Zamawiający obowiązany jest zawrzeć w SIWZ sposób jednoznaczny i przejrzysty opis kryteriów (podkryteriów), ustalić znaczenie kryterium (podkryterium) oraz sposób oceny ofert, który winien być mierzalny. Sposób oceny ofert nie może pozostawiać zamawiającemu niczym nie ograniczonej swobody i uznaniowości w dokonywaniu oceny złożonych ofert.³⁷" Wydaje się, że między „niczym

³³ KIO/UZP/80/07, KIO/UZP/1298/08, KIO/UZP 1334/08.

³⁴ KIO/UZP/80/07, KIO/UZP/1298/08, KIO/UZP 1334/08.

³⁵ KIO/UZP 1259/09.

³⁶ KIO/UZP 361/10.

³⁷ KIO/UZP 784/08;

nieograniczoną swobodą i uznaniowością”, która – jak wspomniano – powinna być wyłączona a „mierzalnym” sposobem oceny ofert istnieje szeroki zakres możliwości, którego ten wyrok zdaje się nie dostrzegać. Z zasady równego traktowania wywodzone bywają następujące stwierdzenia: „Ocena ofert w zgodzie z powyższą zasadą może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania, ograniczającego do minimum wpływ subiektywnych odczuć i preferencji osób dokonujących oceny, a informacje o sposobie oceny muszą być podane do wiadomości wykonawców, ponieważ są dla nich wskazówką, czego oczekuje zamawiający, jak przygotować ofertę i według jakich zasad oferta ta będzie oceniana. Szczególnej precyzji wymagają kryteria trudno mierzalne, stwarzające ryzyko dowolności oceny, takie jak estetyka, jakość, funkcjonalność, itp. Jeśli zamawiający decyduje się na ich stosowanie, ma obowiązek wskazać w SIWZ szczegółowy opis sposobu ich zastosowania, tj. podać, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert i jak będzie dokonywał punktacji.³⁸” Zgodzić się można z postulatem minimalizacji wpływu subiektywnych odczuć i preferencji, trudno jednak zaakceptować stwierdzenie, że jedynym sposobem jest stosowanie mierzalnych kryteriów. Tym bardziej, że nie jest to pogląd szeroko prezentowany.

Na konieczność stosowania kryteriów umożliwiających późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 18 marca 2004 r. (V Ca 264/04). Pogląd ten był następnie prezentowany w wyrokach KIO³⁹ i co do zasady nie budzi kontrowersji, o ile nie jest rozumiany jako postulat stosowania wyłącznie mierzalnych kryteriów. Niestety, w wyroku tym znalazło się również stwierdzenie, iż konsekwencją nieprecyzyjnego zdefiniowania kryteriów jest konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową, co jest równoznaczne ze zmianą kryteriów w trakcie postępowania. Wydaje się, że doprecyzowanie, uszczegółowienie nie powinno być utożsamiane ze zmianą. Tymczasem jako rażące naruszenie zasad uznano w tym wyroku, iż „komisja przetargowa w ramach kryterium *plan pracy i podział obowiązków z uwzględnieniem (...)* wprowadziła szczegółowy sposób oceny ofert poprzez podział powierzchni na cztery obszary, wprowadzając punktację, która nie była przewidziana w SIWZ⁴⁰”.

Zdecydowana większość wyroków KIO dopuszcza jednak pewien stopień subiektywizmu i uznaniowości kryteriów. Wskazuje się, że wśród przykładowych kryteriów wymienionych w ustawie Pzp znajduje się jakość, która „jest pojęciem niemierzalnym, kryterium to wymaga szczegółowego opisu sposobu jego oceny, wiąże się z nim jednak pewien zakres uznaniowości oceniających⁴¹”. Podobnie: „zauważyć należy, iż z treści art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wynika uprawnienie do określenia kryteriów oceny ofert, które należą do kategorii kryteriów niemierzalnych, jak np. funkcjonalność. Bez wątplenia, posłużenie się takimi kryteriami wiąże się dopuszczeniem pewnego subiektywizmu na etapie oceny ofert. Jednakże subiektywizm jest dopuszczalny o tyle, o ile daje się pogodzić z generalną zasadą obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp)⁴². „Podobnie jak kryterium "Jakość realizowanej usługi", tak też kryterium "Koncepcja wykonania usługi" z natury zawiera w sobie pewną dozę subiektywizmu, ustawowo dozwoloną⁴³. Kryteria oceny ofert nie muszą być mierzalne, tj. ocena ich spełniania nie musi być zalgorytmizowana, dokonywana przy zastosowaniu wzoru matematycznego. „Nie sposób zatem doszukać się niezgodności z ustawą Pzp zastosowanego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu kryterium "Koncepcja wykonania usługi" tylko z tego powodu, że nie ma w opisie oceny wg poszczególnych podkryteriów mechanizmów, które niejako automatycznie pozwoliłyby przyznać punkty⁴⁴”.

³⁸ KIO/1327/10.

³⁹ KIO/UZP 49/08, KIO/1327/10.

⁴⁰ KIO/UZP 927 /09.

⁴¹ KIO/UZP 161/08, KIO 2653/11.

⁴² KIO 1680/10.

⁴³ KIO/UZP 1804/09, KIO/1168/10.

⁴⁴ KIO/1168/10.

Co do zasady dopuszczalna jest ocena subiektywna, uznaniowa. Podstawowym problemem jest określenie zakresu dopuszczalnej uznaniowości i subiektywizmu. „W doktrynie wskazuje się, że w przypadku zastosowania indywidualnego kryterium oceny ofert, zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu oceny ofert, w taki sposób, aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert złożonych w postępowaniu, w oparciu o ustalone przez siebie mierniki oceny. W tym celu zamawiający winien podać swoje preferencje i określić wskazówki, jakimi będzie się kierował przyznając punkty poszczególnym ofertom. Zatem ocena ofert w kryterium jakości nie może być zupełnie dowolna, ale musi zostać w pewnym stopniu opisana np. za pomocą podkryteriów, jakimi zamawiający będzie się kierował oceniając zaproponowany przedmiot zamówienia pod względem jakości. W rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający opisał kryterium jakości przez podanie podkryteriów i przyznanie im odpowiedniej punktacji, przez co podał wskazówki, preferencje jakimi będzie się kierował przy ocenie ofert. (...) Tym samym, przez opisanie poszczególnych podkryteriów, w oparciu o które zamawiający dokona pewnej kwantyfikacji (oceny), zamawiający wyłączył zupełną swobodę i dowolność w ocenie ofert. Dowolność w ocenie i subiektywizm została w tym przypadku ograniczona przez podanie wskazówek co do oceny i przyznania punktów w poszczególnych podkryteriach a dodatkowo przez podanie w treści SIWZ minimalnych, podstawowych wymogów co do świadczenia usługi.

Nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przez odwołującego sformułowania, użyte w opisie poszczególnych podkryteriów typu "najlepszy", "zadowolający", "niezadowolający", "środki, które będą prawidłowo i indywidualnie dobrane" czy "będą spełniały wymagania w szerszym zakresie niż wskazano w SIWZ " są zwrotami nieostrymi, pozwalającymi na pewien element subiektywnej oceny. Jednakże, zdaniem Izby charakter przedmiotu zamówienia i zastosowane kryterium jakościowe, wymaga, aby wykonawca, będący profesjonalistą w świadczeniu tego typu usług, przedstawił w ofercie rozwiązania o wyższych standardach, przewyższających minimalne wymogi podane przez zamawiającego w SIWZ, które będą punktowane przez zamawiającego. Doprecyzowanie przez zamawiającego podanych sformułowań nieostrych w sposób bardziej konkretny, zgodnie z żądaniem odwołującego, doprowadziłoby do tego, że to zamawiający (...) stworzyłby pełną koncepcję (realizacji zamówienia)⁴⁵.

Zamawiający powinien sprecyzować zasady oceny ofert, aby „podać swoje preferencje i określić wskazówki, jakimi będzie się kierował przyznając punkty” umożliwiając wykonawcom dostosowanie oferty do swoich potrzeb (i przy okazji wyłączyć zupełną swobodę i dowolność przy ocenie ofert). Zamawiający nie powinien jednak zastępować wykonawców w tworzeniu koncepcji, również poprzez takie doprecyzowanie zasad oceny, że rolą wykonawców byłoby jedynie podać dane do algorytmu punktacji.

Zamawiający ma prawo wymagać, aby to wykonawcy zademonstrowali swój profesjonalizm w podejściu do realizacji zamówienia. „I chociaż skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego co do tego, że użyte przez zamawiającego przy opisie sposobu oceny ofert określenia nieostre jak: "rozwiązania korzystniejsze niż wymagane", "najlepiej dobrane", "szersze czynności", "optymalna obsada", "wysoko wykwalifikowany personel" mają charakter określeń pozwalających na pewien subiektywizm, to jednak jest on uzasadniony charakterem przedmiotu zamówienia, który wymaga, aby wykonawca w ramach swojej oferty, wykorzystując swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji podobnych usług, będąc w tym zakresie profesjonalistą zaproponował zamawiającemu rozwiązania korzystniejsze niż minimalne, wskazane przez zamawiającego w treści SIWZ. To właśnie bowiem koncepcja, oparta na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy, które pozwalają poszczególnym wykonawcom na zaoferowanie i wdrożenie u zamawiającego nowatorskich rozwiązań ma być poddana ocenie.⁴⁶”

„Nie można zamawiającemu odmówić prawa do oceny zaoferowanej koncepcji, a jednocześnie brak jest możliwości sformułowania kryteriów tej oceny za pomocą wzorów matematycznych czy

⁴⁵ KIO 2653/11.

⁴⁶ KIO/1168/10.

wartości procentowych. Ocenie będzie tu bowiem podlegał pomysł, sposób wykonania usługi, który każdy z wykonawców ustala we własnym zakresie i z uwzględnieniem stosowanej technologii czy wykorzystywanych rozwiązań. Nie są to rzeczy mierzalne, ale na pewno mogą one podlegać ocenie. Zamawiający zdając sobie sprawę z odmiennych rozwiązań stosowanych przez wykonawców nie może narzucić im - przykładowo - ilości zatrudnianych osób czy skonkretyzować zasady optymalnej organizacji pracy.⁴⁷

Powyższe wyroki jasno wskazują nie tylko na możliwość, w uzasadnionych przypadkach, stosowania kryteriów zawierających pewną dozę uznaniowości, ale również na uzasadnienie ich stosowania. Kryteria niewymierne mogą być stosowane nie dlatego, że zamawiający nie umie sprecyzować swoich potrzeb (zamawiający jak nikt inny powinien umieć opisać swoje potrzeby), lecz dlatego, aby nie narzucać wykonawcom określonego sposobu realizacji zamówienia (nawet, jeśli zamawiający zna odpowiedni sposób realizacji) i umożliwić im zaproponowanie swojego (nowatorskiego lub wielokrotnie stosowanego) sposobu podejścia. Wykonawca powinien wykazać, że ma przemyślany sposób realizacji, że jest on możliwy do wykonania, że gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, itp., itd. Ocena pomysłów wykonawców co do sposobu realizacji zamówienia nie powinna polegać na porównaniu ich z założonym przez zamawiającego wzorcem. To nie zamawiający ma określić ideał, do którego wykonawcy będą starali się dopasować (wszyscy chętnie zaoferują zamawiającemu wykonanie zamówienia w sposób taki, jak zamawiający sobie życzy), to wykonawcy powinni sami wymyślić najlepszy sposób realizacji.

b. Stosowane rozwiązania

b1. Wprowadzenie

Na potrzeby tego badania zidentyfikowano 70 postępowań przetargowych, które miały zostać poddane szczegółowym analizom. Zespół badawczy ustalił, iż w ramach tych postępowań zamawiający bardzo rzadko stosowali kryteria pozacenowe (zidentyfikowano tylko 3 takie przypadki). W związku z tym podjęto działania zmierzające do rozszerzenia analiz m.in. w zakresie stosowania kryteriów pozacenowych w ramach 169 postępowań (grupa tych 169 postępowań stanowiła całą populację wskazanych przez Zamawiającego do analiz i z niej miało być wskazanych 60 postępowań do pogłębionych analiz).

W wyniku zastosowanego podejścia zebrano informacje o stosowanych kryteriach oceny ofert dla 148 postępowań. W tej próbie zidentyfikowano 14 przypadków, w których zamawiający zdecydowali się na zastosowanie kryteriów pozacenowych. W związku z powyższym próbę projektów do pogłębionej analizy zwiększono z pierwotnie planowanych 60 postępowań do 71.

Wyniki przeprowadzonych analiz wskazują, że:

- w przypadku zamówień na **opracowanie dokumentacji projektowej** stosowanie kryteriów pozacenowych w usługach na opracowanie dokumentacji projektowej jest bardzo rzadkie. W analizowanych w niniejszym badaniu postępowaniach nie znaleziono innych niż wyłącznie cenowe kryteriów oceny ofert.
- W przypadku zamówień na **roboty budowlane** stosowanie kryteriów pozacenowych w zamówieniach na roboty budowlane jest zagadnieniem złożonym i stanowi największe wyzwanie dla zamawiających. W Polsce generalnie nie ma dużo praktycznych przykładów stosowania kryteriów pozacenowych. Niemniej jednak w analizowanych postępowaniach zidentyfikowano kilka przypadków, w których tego typu kryteria były stosowane (głównie termin realizacji oraz okres gwarancji).
- W przypadku zamówień na **projekt i budowę** stosowanie kryteriów pozacenowych sytuacja przedstawia się podobnie jak dla zamówień na sam projekt i na sama budowę. W badanej próbie 148 zamówień były 22 zamówienia na projekt i budowę, przy czym

⁴⁷ KIO 2637/11.

stosowanie kryteriów pozacenowych stwierdzono dla 14,86% postępowań (tj. w 3 przypadkach).

- W przypadku zamówień na usługi **Inżyniera kontraktu** pozacenowe kryteria oceny ofert są stosowane bardzo rzadko. W badanej próbie 148 zamówień było 43 zamówień na usługi inżyniera kontraktu, przy czym stosowanie kryteriów pozacenowych stwierdzono w jednym przypadku (tj. w 2,33% przypadków).

Szczegółowe wyniki przeprowadzonych analiz dotyczących stosowanych kryteriów oceny ofert zostały przedstawione poniżej w kolejnych podrozdziałach.

b2. Wyniki analiz

W tabeli poniżej zostały przedstawiane wyniki dotyczące stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w różnego rodzaju zamówieniach.

Tabela 15 Zestawienie informacji na temat stosowania kryteriów pozacenowych w podziale na różne kryteria.

Lp.	Nazwa kryterium (częstotliwość stosowania określonych kryteriów)	Odsetek postępowań, w których zastosowano pozacenowe kryteria wyboru ofert	Odsetek postępowań, w których zastosowano wyłącznie cenowe kryteria wyboru ofert
1.	w próbie badanych postępowań (n=148) Tryby udzielania zamówień	9,46%	90,54%
2.	w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (n=103)	5,83%	94,17%
3.	w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego (n=45) Typ beneficjenta	17,78%	82,22%
4.	GDDKiA (n=68)	5,88%	94,12%
5.	PKP PLK S.A. (n=35)	5,71%	94,29%
6.	JST (n=45, w tym 7 pochodziło od jednego beneficjenta) Rodzaj zamówienia	17,78%	82,22%
7.	Roboty budowlane (n=76)	15,79%	84,21%
8.	Usługi (n=71)	2,82%	97,18%
9.	Usługi i roboty budowlane (n=1) Branża	100%	0%
10.	drogowa (n=109)	11,01%	88,99%
11.	kolejowa (n=39)	5,13%	94,87%

Źródło: opracowanie własne w oparciu o analizę desk research (w szczególności treści ogłoszeń i SIWZ w próbie badanych postępowań)

Z powyżej prezentowanych informacji wynika, iż generalnie w zamówieniach publicznych prowadzonych przez polskich zamawiających w ramach badanych projektów POIiŚ kryteria pozacenowe są stosowane bardzo rzadko (w niewiele ponad 9% badanych postępowań).

Najczęściej stosuje się kryteria pozacenowe w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego.

Stwierdzono również, iż trudno wskazać na jednoznaczne prawidłowości w zakresie istnienia zależności między typem beneficjenta (GDDKiA, PKP PLK S.A. oraz JST). Można stwierdzić, iż w przypadku badanych postępowań decyzja o stosowaniu kryteriów pozacenowych jest indywidualną decyzją beneficjenta i nie zależy od typu podmiotu.

Istnieje wyraźna prawidłowość, zgodnie z którą w próbie badanych postępowań kryteria pozacenowe były stosowane ponad pięciokrotnie częściej w przypadku postępowań dotyczących robót budowlanych niż usług.

Można również wskazać, iż kryteria pozacenowe były stosowane dwukrotnie częściej w postępowaniach dotyczących projektów drogowych niż w przypadku kolejowych.

Nie odnotowano stosowania kryteriów pozacenowych w postępowaniach o wartości poniżej 3,5 mln zł. Stosowanie kryteriów pozacenowych jest obserwowane częściej dla postępowań o wyższej szacunkowej wartości (najczęściej dla postępowań o szacunkowej wartości powyżej 100 mln zł).

Tabela 16 Zestawienie informacji na temat postępowań, w których stwierdzono stosowanie kryteriów pozacenowych

Lp.	Nazwa Beneficjenta	Rodzaj zamówienia	Tryb udzielenia zamówienia	Planowana / szacunkowa wartość zamówienia (zł netto)	Wartość najkorzystniejszej oferty przed podpisaniem umowy z wykonawcą (zł brutto)
1.	Gmina Miasto Gdańsk	roboty budowlane	przetarg ograniczony	54 578 276,58	31 064 788,48
2.	Gmina Miasto Gdańsk	roboty budowlane	przetarg ograniczony	280 190 919,81	159 039 000,00
3.	Gmina Miasto Gdańsk	roboty budowlane	przetarg ograniczony	161 996 662,43	134 990 484,03
4.	Gmina Miasto Gdańsk	roboty budowlane	przetarg ograniczony	418 772 203,37	885 600 000,00
5.	PKP PLK S. A.	roboty budowlane	przetarg nieograniczony	29 250 000,00	23 307 270,00
6.	PKP PLK S. A.	Usługi (nadzór)	przetarg nieograniczony	50 801 240,75	brak danych
7.	GDDKiA	roboty budowlane	przetarg ograniczony	2 456 803 278,67	2 195 924 087,54
8.	GDDKiA	roboty budowlane	przetarg ograniczony	1 024 590 165,00	969 229 000,00
9.	GDDKiA	roboty budowlane	przetarg ograniczony	901 639 345,00	818 507 760,00
10.	GDDKiA	roboty budowlane	przetarg nieograniczony	293 784 519,04	brak danych
11.	Gmina Miasto Gdańsk	roboty budowlane	przetarg nieograniczony	195 000 000,00	168 694 649,39
12.	Gmina Miasto Gdańsk	roboty budowlane	przetarg nieograniczony	260 926 229,51	184 449 672,41
13.	Gmina Miasto Gdańsk	roboty budowlane	przetarg nieograniczony	19 067 767,00	9 351 723,57
14.	Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej (Dąbrowa Górnicza)	Usługi (dokumentacja techniczna)	przetarg ograniczony	3 500 000,00	4 239 500,00

Źródło: opracowanie własne w oparciu o dane z KSI SIMIK.

Wśród badanych postępowań kryteria pozacenowe najczęściej stosowali beneficjenci projektów indywidualnych (71% przypadków). Stwierdzono wyłącznie 2 przypadki (14%), w których zamawiający zastosowali kryteria pozacenowe do zamówienia polegającego na świadczeniu usług (pozostałe przypadki dotyczą kontraktów na roboty budowlane). Kryteria pozacenowe stosowano zarówno w przetargach nieograniczonych, jak i ograniczonych. Stosowanie kryteriów pozacenowych jest jednak skorelowane ze stosowaniem trybu przetargu ograniczonego (wśród blisko 18% postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego stosowano kryteria pozacenowe, zaś w przypadku trybu przetargu nieograniczzonego jedynie ok. 5%).

Beneficjenci projektów POIiŚ obawiają się stosowania kryteriów pozacenowych z uwagi na możliwość wydłużenia trwania postępowania przetargowego (np. wskutek stosowania środków ochrony prawnej przez oferentów). Aby zweryfikować te obawy przeanalizowano, czy stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert ma wpływ na czas trwania postępowania. Z poniżej przedstawionych danych wynika, że nie można wskazać jednoznacznej zależności między stosowaniem pozacenowych kryteriów a wydłużeniem postępowania. Prawdą jest, że w przypadku

postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, w których stosowano pozacenowe kryteria wyboru stwierdzono, iż czas od momentu ogłoszenia przetargu do dnia podpisania umowy z wykonawcą był dłuższy o ok. 48% w porównaniu do postępowań, w których stosowano wyłącznie cenowe kryteria oceny ofert, natomiast już w przypadku przetargu ograniczonego czas ten był krótszy o ok. 15%.

Natomiast pogłębiona analiza wskazuje na to, że stosowane przez zamawiających pozacenowe kryteria oceny były z reguły bardzo transparentne i precyzyjne (nie powodowały zapytań ze strony wykonawców, nie dawały też podstaw do stosowania środków ochrony prawnej). O powstawaniu opóźnień decydowały inne czynniki o charakterze indywidualnym dla danego postępowania (stosowanie środków ochrony prawnej przez oferentów w zakresie wykluczeń ofert, odrzuceń, wyboru oferty najkorzystniejszej).

Odpowiednio precyzyjnie sformułowane pozacenowe kryteria oceny ofert w opinii zespołu badawczego będą miały wyłącznie pozytywny wpływ na przebieg postępowania (wybór odpowiedniego wykonawcy, odpowiednią jakość realizacji przedmiotu umowy). W poniższej tabeli kolorem czerwonym oznaczone zostały liczby, które wskazują procentowe wydłużenie czasu trwania postępowania (od ogłoszenia do podpisania umowy z wykonawcą) względem średniej liczby dni „ogółem”.

Tabela 17 Zestawienie informacji na temat czasu trwania postępowania od momentu jego wszczęcia do podpisania umowy z wykonawcą (w zależności od trybu postępowania, przedmiotu zamówienia oraz zastosowanych kryteriów oceny ofert).

Tryb:	Kryterium oceny:	B, N, PiB, P	B	N	PiB	P
PN	ogółem (liczba dni)	176	215	158	219	142
	pozacenowe (liczba dni)	262	295	237	184	brak danych
	cenowe (liczba dni)	171	203	156	221	142
	pozacenowe	-48,64%	-37,21%	-50,00%	15,98%	brak danych
	cenowe	2,84%	5,58%	1,27%	-0,91%	brak danych
PO	ogółem (liczba dni)	314	314	263	384	117
	pozacenowe (liczba dni)	266	319	brak danych	246	43
	cenowe (liczba dni)	324	313	263	431	192
	pozacenowe	15,29%	-1,59%	brak danych	35,94%	63,25%
	cenowe	-3,18%	0,32%	brak danych	-12,24%	-64,10%
PN i PO	ogółem (liczba dni)	217	270	168	282	140
	pozacenowe (liczba dni)	265	310	237	225	43
	cenowe (liczba dni)	213	263	166	291	144
	pozacenowe (liczba dni)	-22,12%	-14,81%	-41,07%	20,21%	69,29%
	cenowe	1,84%	2,59%	1,19%	-3,19%	-2,86%

Źródło: opracowanie własne w oparciu o dane z KSI SIMIK; (objaśnienie: PN: przetarg nieograniczony, PO: przetarg ograniczony, B: budowa, N: nadzór, PiB: projekt i budowa, P: projekt)

Poniżej zaprezentowane zostały informacje na temat tego, jakie zamawiający w badanych projektach stosowali wagi dla kryteriów oceny ofert.

Tabela 18 Zestawienie poszczególnych kryteriów pozacenowych oraz przypisywanych im wag (w ramach 14 postępowań, w których stwierdzono stosowanie takich kryteriów)

Lp.	Waga kryterium Cena (%)	Waga kryterium Termin realizacji (%)	Waga kryterium Okres gwarancji (%)	Waga kryterium Okres rękojmi (%)	Waga kryterium Wartość techniczna (%)
1.	90	10	0	0	0
2.	90	10	0	0	0
3.	90	10	0	0	0
4.	90	10	0	0	0
5.	80	10	0	10	0
6.	60	0	0	0	40
7.	90	0	10	0	0
8.	90	0	10	0	0
9.	90	0	10	0	0
10.	90	0	10	0	0
11.	90	10	0	0	0
12.	90	10	0	0	0
13.	90	10	0	0	0
14.	80	20	0	0	0

Źródło: opracowanie własne w oparciu o analizę desk research (w szczególności treści ogłoszeń i SIWZ w próbie badanych postępowań)

W badanych postępowaniach stosowano następujące kryteria pozacenowe:

- termin realizacji (takie kryterium zastosowano w 9 z 14 postępowań),
- okres gwarancji (4 postępowanie),
- okres rękojmi (1 postępowanie),
- wartość techniczna (1 postępowanie).

W analizowanych zamówieniach kryteria oceny ofert miały najczęściej wagę 10% (tego typu sytuację zaobserwowano w 11 z 14 postępowań).

Dwukrotnie zamawiający zdecydowali się na przyznanie im wagi 20%, a raz 40%.

Jednym z zagadnień, na jakie uwagę zwrócono w toku prowadzonych analiz była próba oceny tego, czy zastosowanie kryteriów pozacenowych miało realny wpływ na wynik analizowanych postępowań. Jednymi słowy, czy w przypadku postępowań, w których w oparciu o pozacenowe kryteria wybrano wykonawcę, wybór oferty najkorzystniejszej byłby taki sam, gdyby zastosowano wyłącznie kryteria cenowe.

Tabela 19 Informacja na temat tego, czy zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert miało wpływ na wybór wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu

Informacja o wpływie zastosowania kryteriów pozacenowych	Liczba postępowań, w których dany wpływ zaobserwowano
Brak wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej, ale stwierdzono wpływ na kolejność ofert po ocenie merytorycznej	5
Brak wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej oraz brak wpływu na kolejność ofert po ocenie merytorycznej	7 (w tym 1 postępowanie, w którym wpłynęła tylko 1 oferta)
Stwierdzono wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej oraz stwierdzono wpływ na kolejność ofert po ocenie merytorycznej	2

Źródło: opracowanie własne w oparciu o analizę desk research (w szczególności na podstawie analiz treści SIWZ oraz informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych).

Z powyższych informacji wynika, iż w analizowanych postępowaniach bardzo rzadko (2 przypadki) zastosowanie kryteriów pozacenowych miało realny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Ponadto stwierdzono, iż w przypadku 7 analizowanych postępowań zastosowanie kryteriów pozacenowych nie miało żadnego wpływu na kolejność ofert po ocenie merytorycznej.

W ankiecie CAWI dla Beneficjentów respondentów zapytano o to, w jakim stopniu zgadzają się bądź nie zgadzają z różnymi stwierdzeniami na temat pozacenowych kryteriów oceny ofert. Opinie pod względem poszczególnych stwierdzeń były zróżnicowane, co świadczy o bardzo różnych doświadczeniach poszczególnych instytucji. Analiza udzielonych odpowiedzi w ujęciu statystycznym pozwala jednak na stwierdzenie pewnych prawidłowości.

Przed wszystkim zamawiający nie oceniają stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert jako zadania bardzo trudnego, niezależnie od tego, czy jest to przetarg na roboty budowlane, projektowanie czy nadzór inwestorski. Nie należy jednak zbyt optymistycznie interpretować tych wyników, bowiem praktyka pokazuje, iż stosowane kryteria pozacenowe nie są zbyt skomplikowane (termin wykonania zadania, gwarancja). Ponadto już w odpowiedziach na pytania otwarte respondenci wskazują na szereg barier związanych z ich stosowaniem (o czym w kolejnych akapitach).

Pozytywnie podchodzą do pomysłu, aby takie kryteria miały decydujące znaczenie przy wyborze oferty, bo, jak oceniają, ich stosowanie umożliwi wybór lepszych wykonawców. Nie zawsze wystarcza to, aby zamówienie było realizowane sprawniej, ale i tutaj zamawiający widzą pozytywne przełożenie stosowania kryteriów pozacenowych.

Negatywną stroną stosowania kryteriów pozacenowych może być wydłużenie procedury wyboru wykonawcy wskutek korzystania przez te podmioty ze środków ochrony prawnej.

Natomiast zdaniem zamawiających stosowanie kryteriów pozacenowych nie ma lub ma rzadko wpływ na ceny zawarte w składanych ofertach. Może to wynikać stąd, iż w analizowanych postępowaniach stosowane były kryteria pozacenowe, które miały tak małą wagę, że nie wpływały, co do zasady, na wynik postępowania. Wykonawcy, przewidując taki stan rzeczy, składali oferty na podobnym poziomie cenowym, jak w postępowaniach rozstrzyganych według najniższej ceny. Dodatkowo, kryteria pozacenowe były na tyle „płytkie”, że praktycznie wszystkim oferentom umożliwiały pozyskanie w ich ramach maksymalnej puli punktów (rzadko którzy oferenci nie decydowali się np. na odstąpienie od zaoferowania wydłużonej gwarancji).

Tabela 20 Ocena stwierdzeń dotyczących kryteriów oceny ofert

Stwierdzenia dotyczące kryteriów oceny ofert	Projekt	Budowa	Projekt i budowa	Nadzór inwestorski
1) Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert jest trudne	3,9	3,7	3,4	3,7
2) Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert umożliwia wybór lepszych wykonawców	2,3	2,6	2,4	2,6
3) Kryteria pozacenowe powinny mieć decydujące znaczenie przy wyborze oferty	1,9	1,5	1,4	2,2
4) Kryteria pozacenowe, mimo swojej definicji, często mają wpływ na cenę oferty (ich spełnienie powoduje konieczność podniesienia ceny oferty)	3,4	3,4	3,2	3,4
5) Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert często skutkuje opóźnieniami w wyłonieniu wykonawcy wskutek korzystania przez te podmioty ze środków ochrony prawnej	2,3	1,9	1,9	2,3
6) Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert ma istotny pozytywny wpływ na przebieg realizacji zamówienia	2,8	2,4	2,4	2,9
7) Stosowanie kryteriów pozacenowych zwiększa ryzyko uznania wydatków za niekwalifikowalne	2,6	2,4	2,3	2,6
8) Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert zwiększa możliwość posądzeń o nieprawidłowości w przebiegu postępowania	2,8	2,4	2,4	2,8
9) Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert zwiększa możliwość posądzeń o korupcję przy udzielaniu zamówień	2,4	2,1	1,9	2,4
10) Stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert rzadko ma realny wpływ na wybór wykonawcy	2,5	2,9	2,6	2,6

Źródło: badanie CAWI (część ogólna); n=24; pokazano średnie; skala 0-5, gdzie 0 - zdecydowanie się zgadzam, 1- zgadzam się, 2- raczej się zgadzam, 3 - raczej się NIE zgadzam, 4 - NIE zgadzam się, 5 - zdecydowanie się NIE zgadzam

W miejscu tym należy wspomnieć, iż wyceny ofert w postępowaniach często są pochodną bardzo wielu różnych czynników (np. w przypadku kontraktów na roboty znaczenie może mieć realizowanie przez tego wykonawcę innej inwestycji w pobliżu i posiadanie dużej swobody w ewentualnym rozdysponowywaniu prac czy wykorzystywaniu potencjału sprzętu – tj. niższe koszty mobilizacji, potencjał dostępny na miejscu). Wywiady jakościowe z wykonawcami pokazują, iż firmy te często stosują różne strategie ofertowania. Między innymi nie są obce sytuacje, w których dana firma bardzo potrzebuje pozyskać dane zamówienie (w celu pozyskania danej referencji), czy też w celu utrzymania płynności finansowej firmy. W takich przypadkach oferenci decydują się w znaczący sposób obniżyć marżę, aby w maksymalny sposób zwiększyć szansę na pozyskanie zamówienia.

Ryzyko, że zamawiający może zostać posądzony o korupcję i nieprawidłowości w przebiegu postępowania jest identyfikowane przez respondentów (wskazują oni na to w pytaniu otwartym o bariery w stosowaniu kryteriów pozacenowych), ale w większości oceniają je jako mało prawdopodobne. W opinii ewaluatora taki stan rzeczy (potwierdzony także wynikami badań jakościowych m.in. IDI i FGI) wynika ze stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert, które trudno uznać za subiektywne i niejasne (są to kryteria nieskomplikowane, często w środowisku branżowym⁴⁸ nazywane „pseudo kryteriami pozacenowymi”). W związku z tym nie dają one podstaw do formułowania zarzutów w odniesieniu do Zamawiającego jakoby ich stosowanie miało na celu prowadzenie praktyk niezgodnych z prawem.

Ponad połowa respondentów (58,3%) dostrzega przeszkody w stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert. Przede wszystkim trudnością dla ankietowanych jest samo sformułowanie (wymyślenie) takich kryteriów, a w drugiej kolejności ich opisanie w taki sposób, aby były mierzalne, jednoznaczne i adekwatne do przedmiotu zamówienia. Respondenci wskazują tutaj na ograniczenia, jakie stawia przed nimi Pzp. Ankietowani wskazywali także, na niejednorodne orzecznictwo różnych składów orzekających KIO w zakresie takich samych kwestii merytorycznych. Trudność stanowi także określanie wag dla kryteriów oceny ofert. Widać, że dużym problemem dla respondentów jest brak wiedzy i doświadczenia, a także niewielka liczba źródeł, z których mogliby korzystać przy ustalaniu kryteriów. Kolejną istotną kwestią podnoszoną przez ankietowanych są poważne problemy egzekwowania od wykonawców przestrzegania deklaracji poczynionych z etapu ofertowania (np. skrócony termin realizacji przedmiotu zamówienia).

Zamawiający spytani, dlaczego nie zastosowali pozacenowych kryteriów w analizowanej próbie postępowania, które są przedmiotem badania, wskazywali na brak wypracowanych innych procedur oceny niż cena lub standardy obowiązujące w firmie („w okresie wszczynania postępowanie pozacenowe kryteria oceny ofert nie były preferowane przez naszą Instytucję”). Nie był to co prawda główny powód niezastosowania takich rozwiązań w SIWZ. Przede wszystkim stosowanie kryterium wyłącznie najniższej ceny, zdaniem większości zamawiających, było uznane jako optymalne rozwiązanie. Według respondentów kryterium "100% cena" jest najbardziej miarodajnym kryterium pozwalającym dokonać sprawiedliwej oceny ofert. W przypadku zastosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert ich waga w porównaniu z wagą kryterium ceny jest często nieznaczną i nie ma większego wpływu na wybór oferty. Ponadto kryteria te często są łatwe do spełnienia (umożliwiają większości wykonawców pozyskanie maksymalnej liczby punktów w ramach kryteriów pozacenowych). Wskazywano też na niezasadność stosowania innych kryteriów, gdyż „przy warunkach kontraktów stosowanych przez naszą instytucję, kryterium ceny 100% przy wyborze oferty jest optymalne”. Jako argumentację takiej odpowiedzi wskazywano ograniczone możliwości finansowe zamawiającego. Respondenci wskazywali, iż stosowanie kryteriów pozacenowych skutkuje wzrostem cen ofert w postępowaniu, co też pośrednio stoi w ich opinii w sprzeczności w zakresie konieczności zachowania należytej dyscypliny finansów publicznych. Podmioty prowadzące postępowania o udzielenie zamówienia często mają przeświadczenie, że kryterium „100% cena” umożliwi wybór oferty najbardziej ekonomicznej.

⁴⁸ Oferenci, zamawiający, instytucje uczestniczące w procesie wdrażania projektów itp.

Jeden z respondentów zaznaczył w ankiecie, że pewnym substytutem stosowania kryteriów pozacenowych było zastosowanie przez niego trybu przetargu ograniczonego, co miało podobny skutek – umożliwiło wybór oferty najlepszej nie tylko pod względem ceny.

Jedynie w 5 zamówieniach ocenianych w CAWI na 69, respondenci przyznali (wskazując odpowiedź „raczej tak”), że realizacja tego zamówienia mogłaby przebiegać sprawniej i z lepszym skutkiem, gdyby zostały zastosowane pozacenowe kryteria oceny ofert. Wszystkie te wskazania dotyczyły przetargów nieograniczonych. Respondenci zapytani o to, jakie kryteria warto byłoby zastosować, wskazali na:

- potencjał wykonawcy (stała obecność tych osób na placu budowy),
- wiedzę i doświadczenie personelu, w tym udokumentowane wiedza inżyniera w zakresie znajomości zasad FIDIC oraz kwalifikowalności w aktualnej perspektywie finansowej (doświadczenie/szkolenia z egzaminem),
- liczbę podwykonawców.

Z kolei w przypadku zamówień (n=18), gdzie zastosowano pozacenowe kryteria wyboru ofert, zapytano o to, czy z perspektywy czasu pozacenowe kryteria oceny ofert i ich wagi zostały dobrane optymalnie ze względu na przebieg realizacji tego zamówienia i jego skutki. Przeważająca liczba odpowiedzi (66,7%) na wyżej wymienione pytanie było pozytywnych. Blisko 28% ankietowanych nie było w stanie udzielić odpowiedzi na to pytanie, zaś raptem 5,6% wskazał, iż nie zgadza się ze stwierdzeniem, jakoby zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny oferty i ich wagi zostały dobrane odpowiednio.

Zamawiający zapytani o to, które podmioty mogłyby i powinny podjąć jakieś działania w celu upowszechnienia stosowania pozacenowych kryteriów, wskazali przede wszystkim na Urząd Zamówień Publicznych (15 wskazań) a w dalszej kolejności IZ POIiŚ (8) oraz Rząd/ parlament (6). Od Rządu RP oczekiwano by wprowadzenia zmian w PZP (inicjatywa ustawodawcza w celu sprecyzowania pozacenowych kryteriów oceny ofert - definicje legalne), a od UZP przede wszystkim działań informacyjnych i szkoleniowych (szkolenia, opinie, analiza i opracowania stosowanych kryteriów wśród zamawiających, wytyczne i rekomendacje, katalog pozacenowych kryteriów, stworzenie wzorcowych zapisów do SIWZ dotyczących kryteriów pozacenowych). Podobnych działań co od UZP zamawiający oczekiwaliby od IZ POIiŚ, przy czym wskazano na to, iż to IZ mogłaby być pomysłodawcą zmian w ustawie. Pojedyncze wskazania w ankietach pokazują, iż działania informacyjne i doradcze mogłyby być podjęte również przez Izby gospodarcze i stowarzyszenia branżowe. Po stronie własnej zamawiający widzą potrzebę przyzwolenia na częstsze stosowanie kryteriów pozacenowych oraz udziału osób przygotowujących opis przedmiotu zamówienia w specjalistycznych szkoleniach dotyczących pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Warto w tym miejscu wskazać, iż beneficjenci wyciągają wnioski z doświadczeń w zakresie wdrażania projektów w ramach perspektywy finansowej na lata 2007–2013. Przykładowo PKP PLK S.A. podjęła działania zmierzające do usprawnienia procesu przygotowania dokumentacji projektowej oraz realizacji projektów. Spółka w aktualnie prowadzonych postępowaniach wprowadza pozacenowe kryteria oceny ofert, takie jak np.:

- termin realizacji,
- długość okresu gwarancji,
- dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych),
- metodologia realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto PKP PLK S.A. wspólnie z wykonawcami kontraktów, dostawcami i innymi uczestnikami zaangażowanymi w proces inwestycyjny, utworzyła forum inwestycyjne⁴⁹, którego jednym z zadań

⁴⁹ <http://www.plk-sa.pl/dla-klientow-i-kontrahentow/forum-inwestycyjne/>

jest opracowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert dla zadań tego typu. W skład grup roboczych zaangażowani są także przedstawiciele takich instytucji jak: MIR, CUPT, UZP oraz wykonawców.

Również inny kluczowy beneficjent POIiŚ, tj. GDDKiA, podjął starania na rzecz opracowania pozacenowych kryteriów oceny ofert. Pod koniec 2013 roku ogłaszane były postępowania przetargowe, w których kryterium pozacenowym nadano wagę 40% (postępowania na wybór inżyniera kontraktu).

Prace w zakresie wprowadzenia pozacenowych kryteriów wyboru ofert wprowadzono m.in. z uwagi na zagrożenia o charakterze korupcyjnym. Stosowanie kryterium najniższej ceny w postępowaniach na usługi Inżyniera kontraktu stwarza zagrożenie dla realizacji projektu. Fakt ten wynika z obawy, iż firma, która wygrywa przetarg na usługi Inżyniera z bardzo niską ceną, może dojść do porozumienia z wykonawcą kontraktu generalnego (wykonawcą robót) by na jego rzecz rozpatrywać roszczenia powstałe w trakcie realizacji kontraktu (i pobierać niejako „podwójne” wynagrodzenie tj. od zamawiającego i od wykonawcy robót).

W dalszej kolejności podejmowane będą prace na rzecz wprowadzenia systemu pozacenowych kryteriów oceny ofert dla innych typów postępowań (opracowanie dokumentacji projektowej, roboty budowlane). Przykładowo w polskich warunkach wartość kontraktu na dokumentację projektową często stanowi poniżej 1% kosztów inwestycji infrastrukturalnej, podczas gdy w innych krajach jest to 3-5%⁵⁰.

Założeniem zmian wprowadzanych przez PKP PLK S.A. oraz GDDKiA jest chęć uniknięcia wyboru ofert ze zbyt niską ceną. Stosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert musi towarzyszyć skuteczne eliminowanie ofert rażąco niskich. Wynika to z faktu, iż nawet przy zastosowaniu pozacenowych kryteriów oceny ofert, nie można wykluczyć tego, iż pojawią się wykonawcy z ofertami noszącymi znamiona rażąco niskich.

Należy podkreślić konieczność jak najszybszego dostosowania przepisów krajowych do zapisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE⁵¹ (w szczególności w obszarze dotyczącego kryteriów oceny ofert).

Termin implementacji dyrektywy do porządków prawnych państw członkowskich UE upływa w ciągu 24 miesięcy od ich wejścia w życie⁵². Na szczeblu instytucji krajowych (m.in. UZP, zamawiający, MIR, CUPT, stowarzyszenia branżowe i eksperci) należy opracować wzorce oceny ofert w ramach kryteriów, które powinny być najczęściej stosowane, pozostawiając zamawiającym możliwość doboru kryteriów i ich wag. Głównym zamierzeniem wprowadzenia Dyrektywy było udostępnienie instytucjom i podmiotom zamawiającym możliwie szerokiej gamy narzędzi pozwalających im w sposób optymalny zorganizować proces udzielania zamówienia.

Dyrektywa zrywa także z dotychczasową typologią kryteriów oceny ofert przewidzianą na gruncie obecnie obowiązujących przepisów: najniższej ceny oraz oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zgodnie z nowymi regulacjami instytucje zamawiające mają udzielać zamówienia na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia zamawiającego. Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie może natomiast obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą ocenia się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, ekologiczne lub społeczne związane z przedmiotem zamówienia. Może też być określana na podstawie ceny lub kosztu (z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak koszt cyklu życia projektu). Oznacza to, że cena nadal będzie mogła być jedynym kryterium oceny oferty. Nowe regulacje unijne umożliwiają jednak położenie większego nacisku na jakość towarów czy też zamawianych usług i koszty ponoszone przez zamawiającego w trakcie całego cyklu korzystania

⁵⁰ Informacje pochodzą z analizy danych zastanych dotyczących badanych postępowań przetargowych (baza KSI SIMIK), wyników badań zagranicznych oraz przeprowadzonych wywiadów.

⁵¹ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=7532>

⁵² <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2890>

z przedmiotu zamówienia. Jednocześnie upoważniają państwa członkowskie do ograniczenia możliwości stosowania najniższej ceny jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia.

2.1.3 Ceny rażąco niskie

a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo

Niezależnie od tego, czy zamawiający wybiera ofertę najtańszą, czy najkorzystniejszą ekonomicznie, cena zwykle odgrywa przeważającą rolę przy wyborze oferty. Również konkurencyjność postępowania ma służyć uzyskaniu maksymalnie korzystnych warunków zamówienia, w tym niskich cen. Tym niemniej, preferencje zamawiającego nie powinny przybierać postaci: im taniej, tym lepiej. Istnieje taki poziom cen, który zamiast potęgować satysfakcję zamawiającego winien budzić jego niepokój. Składanie ofert z rażąco niską ceną jest uznawane za zagrożenie dla należytej realizacji zamówienia oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji⁵³.

Ustawa Pzp zobowiązuje zamawiającego do badania realności ceny rażąco niskiej: „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy ...” (art. 90 ust. 1). Ustawa nakazuje również odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4). Tak więc badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny i odrzucenie zawierających taką cenę jest obowiązkiem zamawiającego, nie jego prawem (wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej na zaniechanie zamawiającego).

Problemem jest określenie poziomu rażąco niskiej ceny, tj. poziomu, przy którym na zamawiającym ciąży obowiązek wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Zamawiający może określić ten poziom w SIWZ przed złożeniem ofert, nie jest to jednak praktyka powszechnie stosowana. O zaistnieniu przesłanki zamawiający decyduje zwykle dopiero po otwarciu ofert.

Przesłanką wystąpienia o wyjaśnienia kalkulacji ceny winny być wątpliwości powzięte przez zamawiającego co do realności zaoferowanej ceny. Powzięcie wątpliwości zdaje się być bardzo subiektywnym kryterium, powodującym w praktyce podejmowanie przez różnych zamawiających zupełnie odmiennych decyzji i ich kwestionowanie przez wykonawców. W celu ujednoczenia praktyki w tym zakresie powstał projekt nowelizacji ustawy Pzp, który przewidywał obowiązek wyjaśniania rażąco niskiej ceny w przypadku określonych rozbieżności ceny w stosunku do szacowanej wartości zamówienia, średniej cen ofert złożonych w postępowaniu oraz drugiej (kolejnej) oferty. Propozycja ta wskazuje na możliwe punkty odniesienia dla badania rażąco niskiej ceny.

W orzecznictwie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyrażnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości⁵⁴.

Podstawowym punktem odniesienia powinna być wartość zamówienia (pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do przedmiotu zamówienia, nie do cen innych ofert). Może być to jednak wartość wynikająca z niedokładnego oszacowania, braku jednoznacznych informacji lub z innych przyczyn. Dlatego należy dokonać również analizy odnoszącej się do średniej ceny złożonych ofert, która prawdopodobnie jest najlepszym wyznacznikiem możliwego, realnego poziomu cen. Z drugiej strony nie można wykluczyć, że średnia cena została w znaczny sposób zaniżona na skutek złożenia jednej lub kilku ofert z istotnie niższymi cenami. Aby wyeliminować ich wpływ można punktem odniesienia uczynić również średnią cenę wyliczoną bez uwzględniania cen rażąco niskich. Ten punkt odniesienia nie był przewidywany w projekcie nowelizacji ustawy Pzp, planowano natomiast porównanie ceny oferty najtańszej do ceny drugiej w kolejności (co jednak może zawodzić w przypadku złożenia kilku cen rażąco niskich). Punktem odniesienia trudno uchwytnym, na który wskazuje orzecznictwo KIO może być średnia cena podobnych zamówień udzielanych

⁵³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 roku (sygn. akt V Ca 459/06).

⁵⁴ np. KIO 1039/11, KIO 1511/08.

w ostatnim czasie na rynku. Właściwym wydaje się przeprowadzenie porównania cen w stosunku do kilku z w/w punktów odniesienia⁵⁵.

Brak jest zgody co do tego, jaki poziom rozbieżności w stosunku do powyższych punktów odniesienia może świadczyć o rażąco niskiej cenie (konieczności powzięcia wątpliwości co do rażącego charakteru ceny). W celu stworzenia definicji rażąco niskiej ceny powstał projekt nowelizacji ustawy Pzp, który zakładał konieczność wyjaśniania ceny przy różnicy 50% w stosunku do szacowanej wartości zamówienia, 50% w stosunku do średniej ceny ofert lub 20% w stosunku do ceny drugiej oferty. Nie wydaje się, aby wprowadzanie sztywnych przepisów w tym zakresie było właściwe, gdyż w zależności od rodzaju zamówienia, rynku potencjalnych wykonawców, a także sytuacji ekonomicznej tych wykonawców jak i ogólnej sytuacji ekonomicznej panującej na rynku, różnice cen są bardziej lub mniej uzasadnione. Np. o ile duże różnice w przypadku usług twórczych wydają się zrozumiałe, w przypadku robót budowlanych powinny budzić niepokój zamawiającego (najmniejszych należy, zapewne, oczekiwać przy standardowych dostawach). Stąd wydaje się, że właściwym sposobem ustalenia wielkości podejrzanego zróżnicowania jest jego odniesienie do różnic naturalnych, np. odchylenia standardowego.

Przyjmuje się, że podejrzenie rażąco niskiej ceny może powstać poprzez porównanie całkowitej ceny oferty z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia. Co do zasady nie chodzi o badanie cen jednostkowych lub elementów składowych ceny, chyba, że stanowią one przedmiot oceny w ramach odrębnego kryterium. Tym niemniej, badając powody wystąpienia rażąco niskiej ceny, zamawiający może stwierdzić, że wynikają one z przyjęcia jednej lub kilku cen jednostkowych (elementów ceny) na rażąco niskim poziomie. W takiej sytuacji powinien wystąpić o wyjaśnienia tych właśnie elementów⁵⁶.

Powziąwszy wątpliwości co do realności ceny oferty, zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jeśli chodzi o zawartość wezwania, to prezentowane są dwa poglądy. Pierwszy wskazuje, iż wezwanie do wyjaśnień może mieć charakter ogólny i nie jest obowiązkiem zamawiającego podpowiadanie wykonawcy, w jaki sposób powinien wykazać realność zaproponowanej ceny: „zamawiający nie ma obowiązku określać, co do jakich elementów cenotwórczych ma wątpliwości w procedurze przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp. Wystarczające jest powzięcie wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej, niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i wezwanie wykonawcy do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny”.⁵⁷ To wykonawca powinien przedstawić argumentację uzasadniającą zaoferowaną cenę.

Pogląd przeciwny kładzie nacisk na precyzję wezwania: „pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny”.⁵⁸ Wskazuje się, że wykonawca działając na wezwanie zamawiającego winien dostosować się do treści wezwania, w szczególności jako wystarczającą uznać lakoniczną odpowiedź na lakoniczne pytanie.

Za niewłaściwą należy uznać dominującą praktykę jednokrotności wezwania i jednokrotności wyjaśnienia⁵⁹. Na jej niezgodność z zasadami prawa europejskiego zwraca uwagę UZP⁶⁰. Wyjaśnianie rażąco niskiej ceny winno się odbywać „przez konsultacje z oferentem”. Na gruncie polskim potwierdził to Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną⁶¹.

⁵⁵ tak w wyrokach KIO 906/09, KIO 2604/10, KIO 2338/10, KIO 1663/10.

⁵⁶ Np. KIO 1803/12.

⁵⁷ KIO 101/13.

⁵⁸ KIO 109/12, KIO 125/12, KIO 1197/12.

⁵⁹ Np. KIO 1292/12, KIO 2031/12, KIO 2096/12.

⁶⁰ „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” z listopada 2013 r.

⁶¹ Podobnie KIO 1197/12, 1668/13.

Wezwanie do wyjaśnienia ceny nie ma na celu udowodnienia przez zamawiającego faktu zaferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej, lecz umożliwienie wykonawcy przeprowadzenia dowodu przeciwnego. Niestety, sformułowania ustawowe są w tym zakresie dalekie od jasności: „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę (...)” (art. 90 ust. 3). Z powodu tak sformułowanego przepisu, KIO oparło szereg wyroków na stwierdzeniu, że zamawiający nie wykazał, iż zaferowana cena jest rażąco niska⁶². Wydaje się to zupełnym nieporozumieniem, gdyż zamawiający nie ma obowiązku udowodnienia rażąco niskiej ceny. To na wykonawcy, którego cena jest podejrzanie niska, ciąży ciężar udowodnienia, że jego cena jest realna i rzetelnie wyliczona. W przypadku nieprzedstawienia wystarczających dowodów, oferta zostaje odrzucona. Wyroków potwierdzających tę zasadę na gruncie polskim jest już wiele, począwszy od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2004 r. (sygn. akt VI Ca 464/05) poprzez inne wyroki sądów⁶³, a skończywszy na – jak się wydaje – utrwalonej obecnie linii orzeczniczej KIO⁶⁴. Część wyroków wprost stwierdza, że wystąpienie o wyjaśnienie ceny stwarza bowiem domniemanie prawne, że cena oferty jest rażąco niska, a celem udzielonych wyjaśnień jest obalenie tego domniemania.

Jakie wyjaśnienia należy uznać za wystarczające dla obalenia domniemania złożenia oferty z ceną rażąco niską, jest kwestią ocenną? Nie sposób przedstawić reguły, czy zasady, gdyż to wykonawca, stosownie do sytuacji, w jakiej się znajduje, przedstawić ma przekonującą argumentację. Wydaje się, że wykonawca w ramach wyjaśnień może zarówno wykazywać czynniki uzasadniające szczególne obniżenie ceny, jak i dążyć do wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Uzasadnienie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny powinno być przekonujące⁶⁵. W jednym z przywołanych wyroków sąd stwierdził m.in., iż „posiadanie na terenie budowy dobrze prosperującego biura, dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią w ocenie Sądu Okręgowego obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Wymienione wyżej czynniki powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, bowiem trudno sobie wyobrazić, aby duże i kosztowne przedsięwzięcie było realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów”⁶⁶.

Ustawa nakazuje ocenę wyjaśnień wraz z dowodami, co sugerować powinno po czyjej stronie spoczywa ciężar dowodu, nie powinno natomiast prowadzić do wniosku, że samo nieprzedłożenie dowodów i poprzestanie na oświadczeniach własnych wykonawcy może stanowić przesłankę odrzucenia oferty. Brak dowodów może natomiast spowodować, iż zamawiający nie da wiary twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach.

Nieuwzględnienie wyjaśnień skutkować musi odrzuceniem oferty. Wykonawca, którego oferta została odrzucona może zakwestionować tę czynność w drodze odwołania. W trakcie postępowania odwoławczego spoczywa na nim ciężar udowodnienia, iż wyjaśnienia przedłożone zamawiającemu powinny być uznane za wystarczające. Co do zasady, orzekając w sprawie KIO nie powinna uwzględniać ewentualnych dalszych wyjaśnień i dowodów przedkładanych przez wykonawcę na rozprawie.

Uwzględnienie wyjaśnień może skutkować wniesieniem odwołania przez innego wykonawcę, który może domagać się odrzucenia oferty konkurencyjnej z powodu rażąco niskiej ceny. W takiej

⁶² KIO 2559/11, KIO 2573/11, KIO 2578/11, KIO 1014/13, podobnie wyrok SO w Lublinie z dnia 24 marca 2005 r., sygn. akt II Ca 425/05.

⁶³ wyrok SO we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt X Ga 294/06, wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 roku, sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok SO w Warszawie z dnia 8 czerwca 2006 roku, sygn. akt V Ca 459/06.

⁶⁴ np. KIO 1126/09, KIO 2624/11, KIO 2354/12, KIO 516/12, KIO 517/12; wciąż jednak zdarzają się orzeczenia przeciwnie.

⁶⁵ KIO 1803/10.

⁶⁶ wyrok SO we Wrocławiu z dnia 8 listopada 2007 r., sygn. akt X Ga 294/06.

sytuacji ocenie KIO będą podlegać wyjaśnienia złożone w postępowaniu, jednak to na odwołującym będzie ciążył obowiązek wykazania, że wyjaśnienia te nie mogły zostać uwzględnione: „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne”⁶⁷, w tym przypadku na odwołującym (innym wykonawcy).

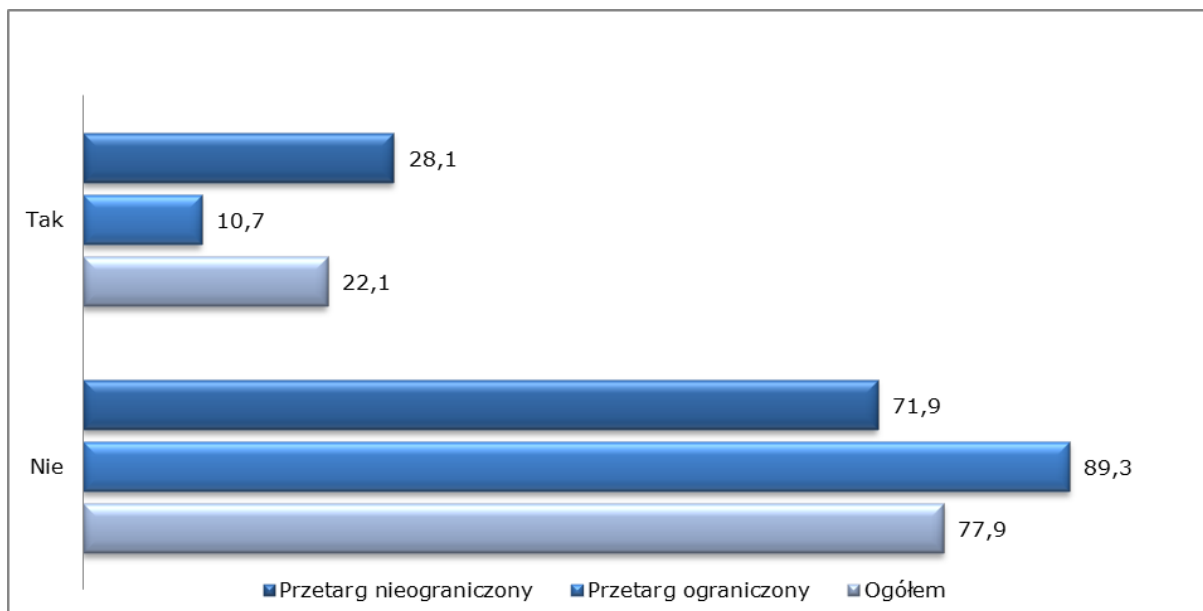
Zważywszy powyższe zasady, w świetle których zamawiający zwolniony jest z obowiązku udowodnienia przesłanki odrzucenia oferty (inaczej, niż to ma miejsce w przypadku innych przesłanek) z powodu rażąco niskiej ceny, celem analizy jest próba odpowiedzi na pytania:

- Jak często zamawiający żądają wyjaśnień rażąco niskiej ceny?
- Jak często zamawiający uwzględniają wyjaśnienia rażąco niskiej ceny?
- Jak często składane są odwołania w tym zakresie?

b. Stosowane rozwiązania

Z badań przeprowadzonych wśród beneficjentów POiŚ wynika, że stosowanie procedury dotyczącej badania i odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny nie jest rozpowszechnioną praktyką. Taką procedurę zastosowano w co piątym postępowaniu, które było poddane analizie. Niemal trzy razy częściej przeprowadzano ją w przypadku przetargów nieograniczonych (28,1%) niż ograniczonych (10,7%). Badania jakościowe pokazały, że zamawiający stosują procedurę badania rażąco niskich cen w sytuacji, gdy cena zaproponowana w ofercie znacznie wyróżnia się na tle cen w pozostałych ofertach. Niski udział zaproponowanej ceny w wartości szacowanej przez zamawiającego nie jest podstawą do wszczęcia postępowania wyjaśniającego – „*Jak mamy szacowaną wartość 10 mln zł, a wszystkie oferty oscylują wokół 5 mln zł w niewielkiej odległości – nie ma postaw do wyjaśniania kogokolwiek. Trzeba się zastanowić, czy szacunek był dobrze zrobiony*”⁶⁸.

Wykres 4 Odsetek zamawiających, którzy przeprowadzili procedurę dotyczącą badania oferty z powodu rażąco niskiej ceny w zależności od trybu przetargu.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie badania CAWI (część szczegółowa), n=87

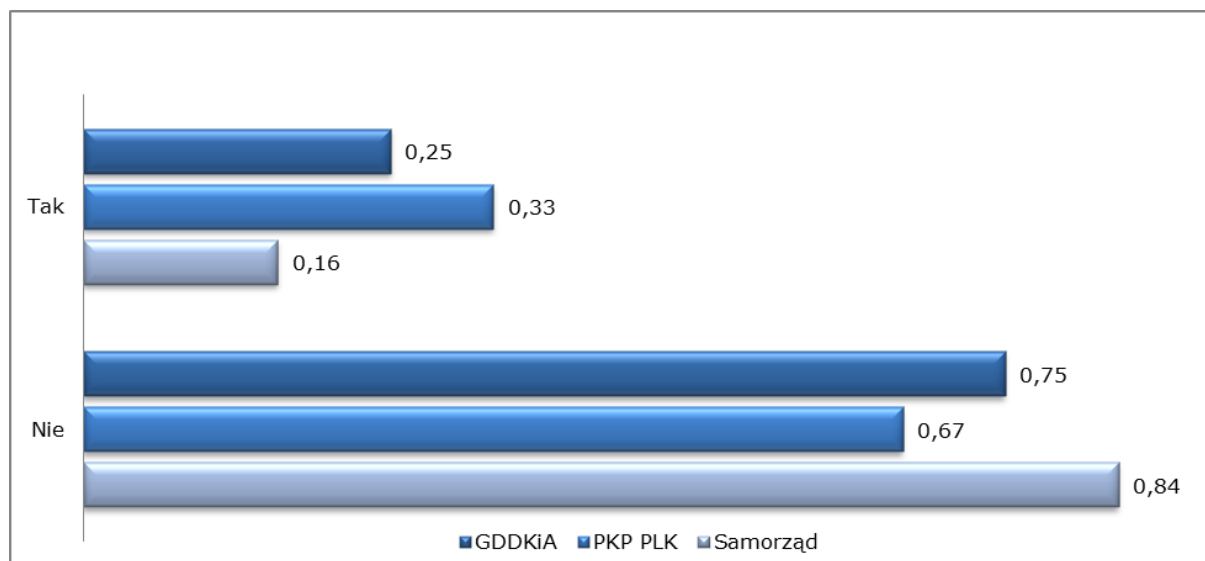
Badanie CAWI pokazało, że procedurę wyjaśniania rażąco niskich cen najczęściej stosowano w postępowaniach prowadzonych przez PKP PLK – w 1/3 przetargów badano cenę zaproponowaną przez wykonawców. Zdecydowanie rzadziej taka procedura wszczynana była w postępowaniach

⁶⁷ wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz KIO 1068/08, KIO 1733/13.

⁶⁸ Wywiad pogłębiony z zamawiającym.

prowadzonych przez samorzady – w co ósmym przetargu zamawiający wszczynął procedurę wyjaśniającą cenę zaproponowaną przez wykonawcę.

Wykres 5 Odsetek zamawiających, którzy przeprowadzili procedurę dotyczącą badania oferty z powodu rażąco niskiej ceny w zależności od typu zamawiającego.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie badania CAWI (część szczegółowa), n=87

W sumie wszyscy badani zamawiający wezwali do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny 38 oferentów. Niemal wszyscy (37) wezwani wykonawcy złożyli wyjaśnienia w odpowiednim terminie. 34 ze złożonych wyjaśnień uznanych zostało przez zamawiających za wystarczające (tj. oferty te podlegały po wyjaśnieniach dalszej ocenie).

Należy zaznaczyć, że po zbadaniu ofert, których cena budziła podejrzenie rażąco niskiej, zamawiający odrzucili 4 z nich, co stanowi blisko 10% ofert, wobec których wszczęto procedurę wyjaśniającą niską cenę. Także z zebranych danych jakościowych wynika, że procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny w większości przypadków nie prowadzi do odrzucenia oferty. Po wezwaniu do wyjaśnienia wykonawcy przedstawiają szczegółowy kosztorys, z którego wynika, że zaproponowana cena ma realne uzasadnienie.

Tabela 21 Zestawienie postępowań, w których odrzucono oferty z powodu rażąco niskiej ceny⁶⁹.

Postępowanie	Postępowanie 1	Postępowanie 2	Postępowanie 3	Postępowanie 4	Postępowanie 5
Zamawiający	GDDKiA	GDDKiA	GDDKiA	GDDKiA	Samorząd
Rodzaj procedury	nieograniczona	nieograniczona	ograniczona	ograniczona	nieograniczona
Rodzaj zamówienia	usługi	usługi	usługi	roboty budowlane	usługi
Podrodzaj zamówienia	projekt	projekt	nadzór	projekt i budowa	nadzór
Branża	drogowa	drogowa	drogowa	drogowa	drogowa
Liczba ofert złożonych	10	9	10	6	8
Liczba ofert odrzuconych/ wykluczonych	5	7	5	2	1

⁶⁹ Z badania CAWI wynika, że w przypadku 4 postępowań dokonano odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej, jednak analiza dokumentacji przetargowej wskazuje na 5 takich przypadków. Na potrzeby badania odrzucenie oferty z powodu niezłożenia w terminie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zakwalifikowano jako odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Postępowanie	Postępowanie 1	Postępowanie 2	Postępowanie 3	Postępowanie 4	Postępowanie 5
Liczba wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień dot. niskiej ceny	1	4	2	1	Brak danych
Liczba ofert odrzuconych z powodu rażąco niskiej ceny	1	1	1	1	1
Wartość oferty odrzuconej (zł)	995 276,00	8 899 310,76	2 984 905,14	544 498 624,18	5 965 800
Średnia wartość ofert podlegających ocenie (zł)	3 645 970	14 433 612,68	7 583 797,04	1 098 787 604,77	1 254 857,14
Procentowy udział wartości odrzuconej oferty w średniej wartości ofert podlegających ocenie (%)	27,30	61,66	39,36	49,55	88,9
Wartość najdroższej oferty podlegającej ocenie (zł)	6 771 000,00	20 984 273,55	10 229 612,09	1 781 681 555,31	8 784 000
Procentowy udział wartości odrzuconej oferty w wartości najdroższej oferty podlegającej ocenie (%)	14,70	42,41	29,18	30,56	67,92
Szacunkowa wartość przeznaczona na zamówienie (zł brutto)	5 721 800,00	17 231 773,63	8 355 090,7	932 948 001,30	15 090 000
Procentowy udział wartości odrzuconej oferty w szacunkowej wartości przewidzianej na zamówienie (%)	17,39	51,64	35,76	58,36	39,53
Czy zaproponowana cena w odrzuconej ofercie była najniższa?	tak	nie	tak	tak	nie

Źródło: opracowanie własne na podstawie dokumentacji przetargowej.

Cztery z pięciu postępowań, w których zamawiający zdecydowali się odrzucić ofertę w wyniku przeprowadzenia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny realizowane były przez GDDKiA, tylko jedno przez samorząd. Wszystkie postępowania, w których odrzucono ofertę z uwagi na fakt, iż zawierała rażąco niską ceną reprezentują branżę drogową. Przedmiotem postępowania dwóch z tych ofert były usługi nadzoru. Dwie usługi dotyczyły usług projektowania zaś jedna projektu i budowy. Analiza protokołów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących tych postępowań pokazuje, że każdy przypadek jest specyficzny. Wszczywanie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny wymaga indywidualnego podejścia. Ani określone odchylenie od szacunkowej wartości zamówienia, ani od wartości pozostałych ofert nie obliguje do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej.

W czterech opisywanych przypadkach (wszystkie prowadzone przez GDDKiA) odrzucono badaną ofertę po uznaniu złożonych wyjaśnień przez wezwanych wykonawców za niewystarczające. Ostatni

wskazany przykład – zamówienie realizowane przez samorząd – dotyczy sytuacji, w której zamawiający odrzucił ofertę w wyniku niezłożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień przez wezwanego wykonawcę (zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Trudno jednoznacznie wskazać powód, dla którego wezwany wykonawca nie złożył wyjaśnień. Niemniej jednak przedstawienie analizy dotyczącej zaproponowanej ceny na tle pozostałych ofert ma wysokie wartości poznawcze. Biorąc pod uwagę fakt, że tylko w czterech przypadkach odrzucono ofertę z powodu rażąco niskiej ceny, przedstawienie kolejnego przypadku pozwala głębiej poznać specyfikę zjawiska.

(1) W pierwszym wskazanym przypadku niedoszacowanie wartości zamówienia było ewidentne. Wykonawca zamierzał zrealizować zamówienia za mniej niż 1/3 kwoty wskazanej przez innych wykonawców. Stanowiło to zaledwie 14,7% kwoty zaproponowanej w najdroższej ofercie.

(2) Kolejna odrzucona oferta w mniejszym stopniu odbiegała od pozostałych. Zaproponowana wartość stanowiła blisko 2/3 średniej kwoty proponowanej przez pozostałych wykonawców, a jej udział w najwyższej zaproponowanej kwocie był bliski 1/2.

(3) Oferta odrzucona w trzecim postępowaniu, podobnie jak w pierwszym, znacznie odbiega od pozostałych. Zaproponowana wartość stanowi nieco ponad 1/3 średniej zaproponowanych cen. A jej udział w ofercie najdroższej równy jest zaledwie 29%.

(4) Czwarta odrzucona oferta stanowiła ok. 50% średniej cen zaproponowanych we wszystkich ofertach podlegających ocenie. A jej udział w najdroższej z nich bliski jest 1/3.

(5) Ostatni przypadek dotyczy sytuacji, w której zamawiający odrzucił ofertę z powodu niezłożenia przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie kalkulacji zaproponowanej ceny. Wartość tej oferty była najbardziej zbliżona do pozostałych – stanowiła 89% średniej kwoty zaproponowanej przez wykonawców startujących w przetargu. Również jej udział w najwyższej kwocie (68%) wskazuje na nieznaczne odstępstwo od pozostałych ofert złożonych w przetargu.

We wszystkich przypadkach wartość odrzuconej oferty stanowiła mniej niż 60% kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez zamawiającego. W jednym z analizowanych przypadków wykonawca zaproponował wykonanie zamówienia za ok. 1/5 kwoty szacowanej przez zamawiającego.

Należy podkreślić, że w dwóch analizowanych przypadkach w ofertach odrzuconych z powodu rażąco niskiej ceny zaproponowano ceny wyższe niż w ofertach, które zostały oceniane. W konsekwencji przetarg wygrywał wykonawca, którego oferta miała cenę niższą niż zaproponowana w ofercie odrzuconej z powodu rażąco niskiej ceny.

Z badania CAWI wynika, że żaden z wykonawców nie złożył odwołania dotyczącego nieuzasadnionego żądania wyjaśnień rażąco niskiej ceny ani dotyczącego odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Ponadto 7 oferentów złożyło odwołania dotyczące zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.

Wykres 6 Odpowiedzi badanych dotyczące procedury identyfikowania rażąco niskich cen w %.

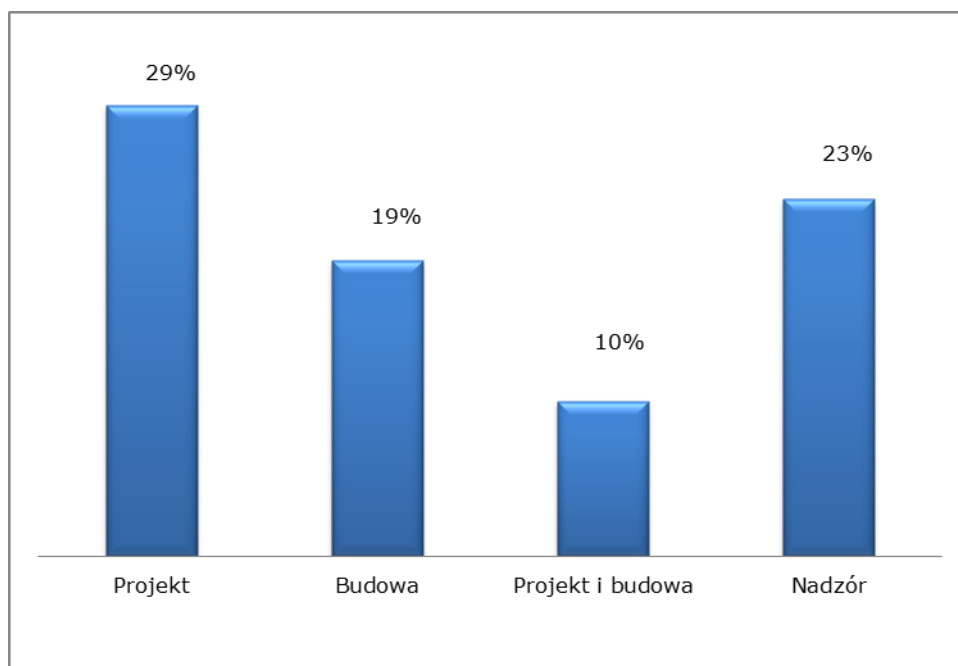


Źródło: opracowanie własne na podstawie CAWI (część szczegółowa), n=87.

Większość badanych jest zdania, że oferta, która została wybrana w postępowaniu, nie dawała podstaw do podejrzeń o rażąco niską cenę (zdecydowanie – 48%, raczej – 14%). Jednak należy zwrócić uwagę na wysoki odsetek badanych, którzy nie zgadzają się z tym stwierdzeniem – prawie 1/3 wskazuje na wątpliwości dotyczące wybranej oferty. Na niedociągnięcia w tym obszarze wskazuje także rozkład odpowiedzi dotyczący innego stwierdzenia – 62% zamawiających jest zdania, że w trakcie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty nie odrzucono wszystkich ofert z rzeczywiście rażąco niską ceną. Ale równocześnie 89% badanych deklaruje, że w postępowaniu nie było ofert budzących podejrzenia o rażąco niską cenę, w odniesieniu do których nie wszczęto postępowania wyjaśniającego. Zamawiający nie postrzegają wyeliminowania ofert z rażąco niską ceną jako sposobu na zapobieganie istotnym problemom na etapie realizacji zamówienia - ponad połowa zamawiających nie zgodziła się z twierdzeniem, że odrzucenie ofert z rażąco niską ceną przyczyniło się do uniknięcia problemów na etapie realizacji.

Z badania CAWI wynika, że odsetek postępowań, w których złożono co najmniej 1 ofertę o znamionach oferty zawierającej rażąco niską cenę (niezależnie od tego, czy wykonawca został ostatecznie wezwany do złożenia wyjaśnień i czy zostały one uwzględnione) jest różny w zależności od rodzaju zamówienia. Średnio znacznie niższą cenę najczęściej proponują wykonawcy w przetargach na wykonanie projektu – w 29% postępowań zidentyfikowano ofertę z rażąco niską ceną. Niemal trzykrotnie rzadziej taka sytuacja zdarza się w przypadku postępowań dotyczących projektu i budowy – 10% przetargów.

Wykres 7 Odsetek postępowań, w których złożono ofertę, posiadającą znamiona rażąco niskiej ceny.



Źródło: Ankieta CAWI, n=24.

Analiza wyników badania przeprowadzonego wśród przedstawicieli instytucji zamawiających wskazuje, że w zdecydowanej większości instytucji (17 na 24) nie ma wewnętrznych procedur określających, w jakich sytuacjach powinno zostać wszczęte postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Badani nie potrafili także wskazać przykładów, w których odrzucenie ofert z rażąco niską ceną przyczyniło się do osiągnięcia realnych pozytywnych efektów w trakcie realizacji zamówienia – 23 badanych odpowiedziało przecząco. Taki rozkład odpowiedzi dowodzi, że instytucje zamawiające nie postrzegają procedury wyjaśniającej niską cenę jako mechanizmu usprawniającego, ale raczej jako sposób na wyeliminowanie wykonawców, którzy nie doszacowali wartości zamówienia.

Równocześnie zdecydowana większość (22, co stanowi 92%) zamawiających jest zdania, że omawiana procedura jest potrzebna, a ceny rażąco niskie stanowią istotny problem zamówień publicznych. Należy także zwrócić uwagę na wysoki odsetek badanych, którzy zgadzają się z twierdzeniem o konieczności ułatwienia przeprowadzania procedury odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę. Na trudności zamawiających w tym obszarze wskazuje także wysoki udział badanych (16, co stanowi 67%) twierdzących, że Pzp nie zapewnia dobrego opisu procedury.

Tabela 22 Ocena stwierdzeń dotyczących procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Stwierzenie	Zdecydowanie się NIE zgadzam	NIE zgadzam się	Raczej się NIE zgadzam	Raczej się zgadzam	Zgadzam się	Zdecydowanie się zgadzam	Trudno powiedzieć	Średnia
Ceny rażąco niskie stanowią istotny problem	,0%	4,2%	16,7%	12,5%	37,5%	20,8%	8,3%	4,59
Często się zdarza, że oferowana cena wydaje się rażąco niska, ale nie jest wszczynane postępowanie wyjaśniające	20,8%	33,3%	16,7%	4,2%	16,7%	,0%	8,3%	2,59
Często się zdarza, że oferowana cena wydaje się rażąco niska, ale postępowanie wyjaśniające prowadzi do odmiennej konkluzji	,0%	4,2%	20,8%	37,5%	25,0%	,0%	12,5%	3,95
Przewidziana w Pzp procedura odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę jest potrzebna	4,2%	,0%	,0%	12,5%	45,8%	33,3%	4,2%	5,04
Przewidziana w Pzp procedura odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę jest dobrze opisana	12,5%	33,3%	20,8%	25,0%	8,3%	,0%	,0%	2,83
Przewidziana w Pzp procedura odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę jest skuteczna	20,8%	16,7%	20,8%	25,0%	4,2%	,0%	12,5%	2,71
Należy ułatwić procedurę odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę	,0%	,0%	4,2%	25,0%	29,2%	29,2%	12,5%	4,95

Źródło: ankieta CAWI (część ogólna), n=24; skala 1-6, gdzie 1 - zdecydowanie się nie zgadzam, 2 - nie zgadzam się, 3 - raczej się nie zgadzam, 4 - raczej się zgadzam, 5 - zgadzam się, 6 - zdecydowanie się zgadzam.

Zrealizowane badania pokazują, że sytuacje, w których cena zaproponowana w ofercie wydaje się rażąco niska, ale nie jest wszczynane postępowanie wyjaśniające nie zdarzają się często – zaledwie 5 badanych zgodziło się z tym twierdzeniem. Jednakże w opinii badanych nieodrzucając ofert, wobec których wszczęto postępowanie wyjaśniające jest częstą praktyką – 62,5%.

2.1.4 Przebieg postępowania

a. Wstęp

Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego wymaga czasu. Wynika to po pierwsze z przepisów gwarantujących wykonawcom określone terminy na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert (terminy te nie są zbyt długie, a ponadto są narzucone dyrektywami). Po drugie, jakiś czas musi trwać procedowanie zamawiającego z wnioskami i ofertami (wymagają często nie tylko analizy, ale również uzupełniania, wyjaśniania, poprawiania). Dlatego liczenie terminu przeprowadzenia postępowania przy uwzględnieniu jedynie terminów ustawowych jest nieporozumieniem. W rzeczywistości postępowania o udzielenie zamówienia o wartości powyżej progów unijnych trwają średnio 86 dni (dostawy i usługi) i 121 dni (roboty budowlane). Czy to dużo? Nie. Zważywszy stopień skomplikowania przetargów budowlanych, nakład pracy wykonawcy konieczny do przygotowania oferty, nakład pracy zamawiającego konieczny do rzetelnej oceny ofert – to nie jest czas zbyt długi. Wspomnieć w tym miejscu należy, że HA planuje procedury przetargu nieograniczonego na 30 tygodni, a więc znacznie dłużej od polskiej średniej.

Zważywszy powyższe, nieporozumieniem wydaje się oskarżanie ustawy Pzp o hamowanie inwestycji i uniemożliwianie sprawnego wydatkowania środków publicznych. Również działania, których jedynym celem jest przyspieszenie zawarcia umowy, nawet kosztem jej jakości uznać należy za szkodliwe. Zdecydowanie lepiej jeśli wszystkie wątpliwości i błędy zostaną usunięte przed złożeniem ofert, niż miałyby dojść do zawarcia umowy niejasnej lub z błędami, co może skutkować istotnymi problemami w trakcie realizacji zamówienia. Zważywszy, że ogromna większość pytań jest uzasadniona, należy uznać, że pytania wykonawców są istotnym czynnikiem zwiększającym jakość specyfikacji, a nie przeszkodą w dążeniu do sukcesu zamawiającego.

Jeśli chodzi o odwołania, praktyka polska zdecydowanie różni się od praktyki „starych państw UE”. Rzeczywiście, w Polsce jest wnoszonych wielokrotnie więcej odwołań co skutkuje przedłużaniem postępowań (choć dane na temat średniego czasu trwania przetargu uwzględniają przecież ewentualne procedury odwoławcze). Nie jest to miejsce na analizę przyczyn tego stanu rzeczy, dość stwierdzić, że korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej jest prawem, które bardzo sobie cenią i którego naruszenie z pewnością nie służy systemowi zamówień publicznych.

Poczynwszy powyższe uwagi należy zbadać, czy rzeczywiście warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert są tematami, które budzą szczególne zainteresowanie wykonawców w trakcie postępowania (wyrażające się zadawaniem pytań przedłużających procedurę) oraz przedmiotem sporów przed KIO (co przedłuża procedurę w jeszcze większym stopniu)? Czy tych pytań i odwołań można byłoby uniknąć i jakim kosztem?

b. Wyniki analizy

Niezależnie od typu zamówienia, minimalna liczba wykonawców ubiegających się o zamówienie, która z punktu widzenia zamawiających zapewnia konkurencyjność i efektywność postępowania to 3. Maksymalnie wskazywano na 10 ofert w przypadku projektu i nadzoru inwestorskiego oraz 20 w przypadku budowy oraz zamówień na projekt i budowę. Według respondentów badania ilościowego CAWI średnia optymalna liczba wykonawców biorących udział w postępowaniu powinna wahać się od 6 do 8. Szczegóły przedstawia poniższa tabela. Jak widać stosowana przez beneficjentów praktyka odbiega od tych deklaracji. W przypadku przetargu ograniczonego średnia liczba wykonawców kwalifikowanych najczęściej do udziału w postępowaniach to od 10 w przypadku nadzoru inwestorskiego do 15-16 w przypadku zamówienia na budowę i projektowanie i budowa (łącznie).

Tabela 23 Liczba wykonawców w zamówieniach.

	Przedmiot zamówienia			
	Projekt	Budowa	Projekt i budowa	Nadzór inwestorski
Optymalna liczba wykonawców ubiegających się o zamówienie z punktu widzenia zapewnienia konkurencyjności i efektywności postępowania	6	8	7	6
Liczba wykonawców kwalifikowanych najczęściej do udziału w postępowaniach w trybie przetargu ograniczonego	11	16	15	10
Liczba wykonawców kwalifikowanych najczęściej do udziału w postępowaniach w trybie negocjacji z ogłoszeniem	4	5	5	4

Źródło: badanie CAWI (część ogólna), n=24; pokazano średnie

Jak pokazują dane w poniższej tabeli, w opinii większości zamawiających liczba wykonawców ubiegających się zazwyczaj o zamówienia jest w większości postępowań wystarczająca z punktu widzenia zapewnienia konkurencyjności i efektywności postępowań (szczególnie zaś w przypadku gdy przedmiotem usługi jest nadzór inwestorski).

Co ciekawe nawet biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia konkurencyjności i efektywności postępowań liczby wykonawców biorących udział w niektórych postępowaniach są często, zdaniem ankietowanych nadmierne, szczególnie, kiedy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub projektowanie i budowa (łącznie).

Tabela 24 Ocena liczby wykonawców ubiegających się zazwyczaj o zamówienia z punktu widzenia zapewnienia konkurencyjności i efektywności postępowań.

	Projekt	Budowa	Projekt i budowa	Nadzór inwestorski
Niewystarczająca	4%	0%	4%	0%
Wystarczająca	63%	54%	38%	79%
Nadmierna	13%	38%	29%	17%

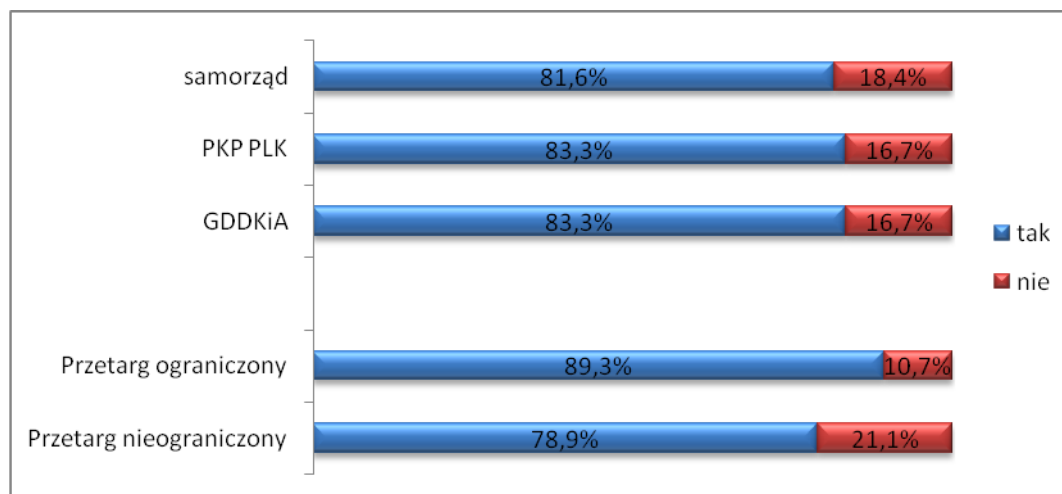
Źródło: badanie CAWI (część ogólna), n=24; nie pokazano odpowiedzi „nie wiem/trudno powiedzieć”

Analizując wyniki CAWI można stwierdzić, iż głównym powodem kwalifikowania takiej a nie innej liczby wykonawców do postępowania jest chęć przeprowadzenia przetargu z zachowaniem zasady konkurencyjności oraz zapewnienia takiej liczby ofert, aby móc spośród wielu wybrać najlepszą.

Można powiedzieć, że pytania do SIWZ są stałym elementem tego typu zamówień, które są oceniane w niniejszym badaniu. Zdecydowana większość zamawiających wskazała, że duża liczba zapytań często stanowi utrudnienie na etapie postępowania. Średnio w 91% zamówień zdarza się co najmniej jedno pytanie dotyczące SOPZ, a w 46% dotyczące warunków udziału. Najmniej wątpliwości wykonawców budzą kryteria oceny – jedynie w 7% zamówień zdarzają się zapytania do tej części SIWZ.

Wyniki badania CAWI pokazują, że aż w przypadku 81,6% zamówień zmieniane były zapisy SIWZ. Jak pokazuje poniższy wykres – takie zjawisko występowało częściej w przypadku przetargów ograniczonych. Rodzaj beneficjenta nie miał wpływu na częstotść takich zmian.

Wykres 8 Procent postępowań, w których zmieniono SIWZ.



Źródło: CAWI (część szczegółowa), n=84

Do najczęściej zmienianych elementów SIWZ należały: SOPZ (78,3%), Terminy składania ofert (59,4%) czy Warunki udziału (29%). Innymi zmienianymi elementami były warunki umowy/kontraktu⁷⁰.

Zamawiający przyznali, że we wszystkich postępowaniach było zgłaszane co najmniej jedno pytanie dotyczące SOPZ oraz dotyczące warunków udziału. Znacznie rzadziej (60%) miały miejsce odwołania dotyczące dokonanej oceny ofert, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz pytania do SIWZ dotyczące kryteriów oceny ofert. Średnio w jednym postępowaniu wykonawcy zadawali po 163 pytania, z czego najwięcej dotyczyło SOPZ i załączników (średnio 134 pytania w ramach jednego postępowania). Z deklaracji badanych wynika też, że w maksymalnie w jednym postępowaniu było 9 odwołań.

⁷⁰ Wyniki badania (część szczegółowa), n=69.

Wykres 9 W jakiej części (w %) postępowań było zgłaszane co najmniej jedno...



Źródło: CAWI (część ogólna), n=24

Wśród przyczyn odwołań składanych przez wykonawców, badani wskazywali:

- zarzut sporządzenia i przekazania wyjaśnień do oferentów polegających na wyjaśnieniu niejednoznacznym i wymijającym odpowiedzi na pytania dot. SIWZ,
- przedłużenie terminu składania ofert o czas nie umożliwiający dokonanie zmian treści ofert,
- zarzut niezachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- niezakwalifikowanie wykonawcy na listę tych, którzy zostali zaproszeni do składania ofert,
- zarzuty co do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie warunków udziału i Opisu Przedmiotu Zamówienia,
- zarzut wyboru oferty z rażąco niską ceną,
- wykluczenie wykonawcy, który na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów zawierających błędy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nie złożył poprawionych dokumentów w formie pisemnej tylko faksem,
- zarzut zaniechania odrzucenia oferty najtańszej z uwagi na rażąco niską cenę,
- zarzut bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy.

W badaniu pytano też zamawiających o skale ofert odrzuconych. Na 69 postępowań ofert odrzuconych było 91. Jednocześnie największa liczba odrzuconych ofert w ramach jednego postępowania to 6. Przyczyny odrzucania ofert przedstawiono na poniższym wykresie. Jak widać najczęściej odrzucano oferty z powodu tego, że treść oferty nie odpowiada SIWZ oraz z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu., a najrzadziej z powodu braku odpowiedzi wykonawcy na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia/wyjaśnień lub odpowiedzi po terminie.

Wykres 10 Powody odrzucania ofert przez zamawiających.



Źródło: CAWI (część szczegółowa), n=84

Prezentowane poniżej w podrozdziale analizy zostały przygotowane dla 70 postępowań przetargowych. Z przeprowadzonej analizy dokumentacji postępowań wynika, że:

- w 28,6% prowadzonych postępowań nie wykluczono żadnego wykonawcy i nie odrzucono żadnej oferty.
- 66,8% ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego podlegała ocenie (zatem 33,2% wykonawców było wykluczanych),
 - w tym na roboty budowlane: 78,1%,
 - w tym na usługi 62,2%.
- W przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego 85,2% ofert złożonych przez wykonawców podlegało pełnej ocenie (14,8% wykonawców było wykluczanych).
 - w tym na roboty budowlane: 87,1%,
 - w tym na usługi: 86%,
 - w tym na usługi i roboty: 60%.

Kluczowymi przyczynami, dla których zamawiający decydowali się odrzucić oferty i/lub wykluczyć wykonawców były:

- niespełnienie przez wykonawców warunków określonych w art. 24, ust. 2 pkt. 2 Pzp, najczęściej:
 - brak ustawowych elementów wymaganych dla gwarancji i/lub brak informacji o terminie jej ważności,
 - oferty, w których zawarto niedopuszczony zapis, iż warunkiem zapłaty wadium przez gwaranta jest odmowa podpisania przez wykonawcę umowy "na warunkach określonych w Specyfikacji Przetargowej", zamiast "na warunkach określonych w ofercie" w tym jedna, w której wykonawca nie wskazał początku obowiązywania gwarancji,

- w gwarancji bankowej stanowiącej dokument zabezpieczenia oferty wadium wystąpił błąd polegający na braku wskazania osób umocowanych do podpisania gwarancji ze strony wystawcy gwarancji,
 - wykonawca nie wskazał początku obowiązywania gwarancji.
- nieprzedłużenie terminu związania ofertą, nieprzedłużenie okresu ważności wadium, niewniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.
 - wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą pomimo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.
- niespełnienie przez wykonawców warunków określonych w art. 24, ust. 2 pkt. 4 Pzp.
 - brak spełnienia wymogu przez eksperta w przypisanych branżach np. kierownik, projektant.
 - w procedurze uzupełnienia podpisano oświadczenie o zobowiązaniu się eksperta do oddania się do dyspozycji wykonawcy z datą późniejszą, niż termin składania ofert.
 - wykonawca nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia wadium i tym samym podlega.
 - oferta nie została zabezpieczona wadium na okres związania ofertą.
 - wadium wniesione w formie gwarancji nie spełniało warunków. Treść gwarancji zawężyła wymogi ustawowe, ponadto została podpisana przez osoby nieuprawnione, gwarancja zawierała niedozwolone prawem zapisy klauzul warunkowych jej udzielenia zwalniające gwaranta z ubezpieczenia.
- brak spełnienia przez wykonawców warunków określonych w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp treść oferty niezgodna z zapisami SIWZ.
 - brak cen jednostkowych przedmiaru robót - błąd nie podlegający uzupełnieniu.
 - zgodnie z SIWZ zamawiający postawił wymaganie, iż „Wartość nadzoru pełnionego w okresie gwarancyjnym nie może przekroczyć 5% wartości nadzoru pełnionego przy danym kontrakcie w okresie wykonywania robót budowlanych. Natomiast cena za pełnienie nadzoru w okresie gwarancyjnym przedstawiona przez wykonawców w załączniku A do formularza ofertowego przekroczyła ten poziom.
 - błędna nazwa elementu rozliczeniowego i ilości, pomimo złożenia wyjaśnień, komisja oceny stwierdziła błąd w ofertach nie podlegający uzupełnieniu.

Poniżej przedstawione zostały wyniki analiz w obszarze trudności w przeprowadzaniu procedur przetargowych po stronie zamawiających. Trudności te wynikały m.in. z dodatkowych zapytań do treści SIWZ, wyjaśnień, odwołań dotyczących kryteriów oceny oferty i / lub warunków udziału w postępowaniu.

Poniższe informacje mogą stanowić dla zamawiających cenne źródło informacji w zakresie przyjmowania realnych założeń w zakresie harmonogramów realizacji projektów (w obszarze zamówień publicznych). Z informacji, jakie zebrano podczas badań jakościowych wynika, iż zamawiający często przyjmują zbyt optymistyczne założenia w harmonogramach realizacji projektów (co przy współfinansowaniu ich realizacji ze środków UE może mieć negatywne konsekwencje, z uwagi na bieżącą konieczność zmian w terminach realizacji projektów). Takie działanie skutkuje dodatkowym obciążeniem administracyjnym także po stronie instytucji uczestniczących w procesie wdrażania i zarządzania POIiŚ tj. CUPT oraz MIR.

W badanych postępowaniach liczba dni od momentu daty ogłoszenia postępowania do pierwotnie zakładanego przez zamawiających terminu składania ofert wyniosła:

- dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego: 41 dni (minimum 19, maksimum 61 dni)
 - w tym na usługi: 40 dni (minimum 19, maksimum 48),
 - w tym na roboty budowlane: 43 dni (minimum 31, maksimum 61).
- dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego: 32 dni (minimum 17, maksimum 69 dni)
 - w tym na usługi: 30 dni (minimum 29, maksimum 30),
 - w tym na roboty budowlane: 32 dni (minimum 17, maksimum 69).

W badanych postępowaniach liczba dni od daty ogłoszenia postępowania do ostatecznego określonego przez zamawiających terminu składania ofert wynosi:

- dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego: 70 dni (minimum 19, maksimum 295 dni),
 - w tym na usługi: 50 dni (minimum 19, maksimum 93),
 - w tym na roboty budowlane: 107 dni (minimum 40, maksimum 295).
- dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego (terminy wraz z okresem, w którym zamawiający dokonywali procesu naboru wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu): 244 dni (minimum 34, maksimum 485 dni),
 - w tym na usługi: 153 dni (minimum 34, maksimum 257),
 - w tym na roboty budowlane: 257 dni (minimum 48, maksimum 485).

Z powyższych danych wynika, iż w trakcie prowadzonych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego na usługi średnio o ok. 10 dni (tj. wydłużenie o 25% czasu), zaś na roboty budowlane średnio o ok. 67 (tj. wydłużenie o 248% czasu).

Odnotowano następującą zależność: zamawiający w przygotowywanych postępowaniach na roboty budowlane przyjmowali bardzo zbliżone terminy od ogłoszenia do składania ofert do tych, jakie przyjmowali dla usług. W opinii zespołu ewaluacyjnego tego typu założenia należy określić jako mało realistyczne. Jak pokazuje praktyka postępowania przetargowe na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych są bardziej skomplikowane (większa ilość dokumentacji przetargowej), niż postępowań na usługi.

W badanych postępowaniach liczba dni od momentu daty ogłoszenia postępowania do podpisania umowy z wykonawcą wynosi:

- dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego: 199 dni (minimum 61, maksimum 486 dni),
 - w tym na usługi: 172 dni (minimum 61, maksimum 486).
 - w tym na roboty budowlane: 243 dni (minimum 98, maksimum 485).
- Dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego: 331 dni (minimum 139, maksimum 617 dni),
 - w tym na usługi: 251 dni (minimum 192, maksimum 310),
 - w tym na roboty budowlane: 344 dni (minimum 139, maksimum 617 dni),
 - usługi i roboty budowlane: 307 dni.

W miejscu tym należy podkreślić, iż dane pochodzące z analizy desk research potwierdzają opinie zamawiających prezentowane w badaniu CAWI, że wadą przetargu ograniczonego jest wydłużenie czasu realizacji procedur przetargowych. Postępowania na usługi prowadzone w trybie przetargu

ograniczonego trwały dłużej średnio o ok. 79 dni (46% większa liczba dni), niż w trybie przetargu nieograniczonego. W przypadku robót budowlanych zależność była analogiczna i wyniosła średnio ok. 64 dni (26% większa liczba dni).

W badanych postępowaniach liczba dni od momentu daty wyznaczającej termin składania ofert do podpisania umowy z wykonawcą wynosi:

- Dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego: 128 dni (minimum 20, maksimum 441),
 - W tym na usługi: 123 dni (minimum 20, maksimum 441),
 - W tym na roboty budowlane: 137 dni (minimum 42, maksimum 424).
- Dla postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego: 87 dni (minimum 23, maksimum 216 dni).
 - W tym na usługi: 97 dni (minimum 23, maksimum 216),
 - W tym na roboty budowlane: 88 dni (minimum 32, maksimum 170),
 - W tym usługi i roboty budowlane: 307.

Ponadto jak wynika z przeprowadzonych analiz wynika, iż ci sami zamawiający w przypadku niektórych przypadków wszczynali postępowania w tym samym momencie. Taka sytuacja nie jest w opinii zespołu ewaluacyjnego korzystna ani dla zamawiającego, ani dla potencjalnych oferentów. Lepsze rozplanowanie terminów składania ofert może przyczynić się do tego, iż w ramach różnych postępowań po pierwsze będzie złożona większa liczba ofert (będzie większa konkurencja wśród oferentów), po drugie składane oferty będą bardziej dopracowane (lepiej skalkulowane, kompletne itp.). Z tego względu rekomenduje się, aby w przyszłości zamawiający uwzględniali w/w elementy w zakresie przyjmowania terminów składania ofert dla prowadzonych przez siebie postępowań.

2.1.5 Realizacja zamówień

a. Wstęp

Intuicyjnie wiemy, że powierzenie realizacji zamówienia słabemu wykonawcy za rażąco niską cenę nie wróży dobrze na etapie realizacji. Wydaje się oczywiste, że szanse należytego wykonania zamówienia znacznie wzrastają, gdy realizuje je wiarygodny wykonawca mający do dyspozycji odpowiedni budżet. Z drugiej strony, zdarza się zapewne, że proste zamówienie jest niewykonane, mimo wielkiego potencjału wykonawcy (a nawet z tego powodu: syndrom zbyt dużego wykonawcy, dla którego konkretne zadanie znajduje się na końcu listy priorytetów). Ponadto, jak wskazywaliśmy w ofercie, na sposób realizację zamówienia wpływa bardzo dużo czynników nie objętych niniejszą ewaluacją: ogólna sytuacja rynkowa, problemy wykonawcy na innych kontraktach, nieuczciwie sformułowane warunki umowy i wiele innych. Stąd próżno szukać istotnych statystycznie korelacji między warunkami udziału czy kryteriami oceny ofert a problemami w trakcie realizacji.

W ramach niniejszej ewaluacji uzyskano następujący obraz.

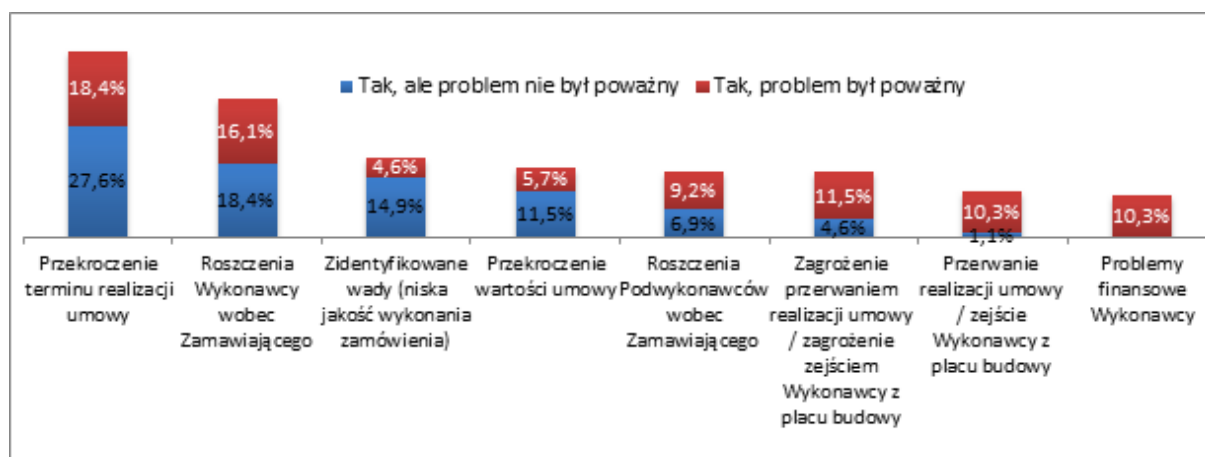
b. Wyniki analizy

Przekroczenie terminu realizacji umowy było najczęściej występującym problemem w zamówieniach analizowanych w ramach badania CAWI. Jednak w jedynie co 5 zamówieniu problem ten okazał się być poważny.

Warto zauważyć, że jedynie w 24% przypadków zamawiający stwierdzili, że przeznaczenie dłuższego terminu na realizację tego zamówienia pozwoliłoby uniknąć poważnych problemów podczas jego realizacji, a w 69% harmonogram ocenili jako realny. Wynika z tego, że powody problemów z wydłużeniem terminu realizacji nie wiązały się z etapem przygotowywania SIWZ. Warto też dodać, że zdaniem 72,4% respondentów, terminy określone w harmonogramie danych projektów nie mogły być inne, gdyż były dobrze zsynchronizowane z innymi zamówieniami, mającymi istotny wpływ na przebieg jego realizacji (chodzi np. o synchronizację zamówienia na roboty budowlane i zamówienia na nadzór tej samej inwestycji itp).

Drugim w kolejności problemem były roszczenia wykonawcy wobec zamawiającego – problem ten, mimo mniejszej skali, wystąpił w grupie 16,1% zamówień. W 11,5% zamówień pojawiło się zagrożenie przerwaniem realizacji umowy / zagrożenie zejściem wykonawcy z placu budowy, w 10,3% przypadków miało miejsce zagrożenie przerwaniem realizacji umowy, w takiej samej liczbie zamówień stwierdzono zamówienia problemy finansowe wykonawców. W niemal co dziesiątym przetargu pojawiły się roszczenia podwykonawców do zamawiającego. W niemal 6% pojawił się poważny problem – przekroczenie wartości umowy, a w niemal 5% - zidentyfikowane wady (niska jakość wykonania zamówienia). Generalnie wskazane poniżej problemy występowały w niemal jednakowym stopniu u wszystkich zamawiających, wyjątkiem okazały się jedynie 2 problemy: roszczenia wykonawcy i ich problemy finansowe, które występowały zdecydowanie najczęściej w zamówieniach realizowanych przez GDDKiA.

Wykres 11 Problemy pojawiające się podczas realizacji.



Źródło: badanie CAWI (część szczegółowa), n=84.

Pojawia się pytanie, czy można by było uniknąć problemów realizacyjnych, gdyby inaczej przygotować i poprowadzić przetarg. Zdaniem respondentów w badaniu CAWI, na pewno rozwiązaniem nie byłoby postawienie wyższych warunków udziału w postępowaniu, zastosowanie innego trybu przetargu czy zastosowanie kryteriów ocennych. Mogłoby nieco pomóc wprowadzenie legalnej definicji rażąco niskiej ceny, wprowadzenie obowiązku badania rażąco niskich cen w przypadku ustawowo określonych rozbieżności czy ułatwienie procedury odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę.

Tabela 25 Sposoby na uniknięcie problemów realizacyjnych.

Można byłoby uniknąć poważnych problemów przy realizacji zamówień, gdyby...	Projekt	Budowa	Projekt i budowa	Nadzór
Wprowadzić legalną definicję rażąco niskiej ceny	4,17	4,24	4,15	4,18
Wprowadzić obowiązek badania rażąco niskich cen w przypadku ustawowo określonych rozbieżności	3,61	3,70	3,72	3,76
Ułatwić procedurę odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę	3,47	3,64	3,65	3,70
Zapewnić Zamawiającym więcej czasu na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania	3,13	3,21	3,06	3,30
Stosować kryteria oceny odnoszące się do kwalifikacji personelu wykonawcy	2,81	3,00	2,94	2,95
Ograniczyć możliwość stosowania art. 26 ust. 2b Pzp	2,53	3,00	2,90	2,91
Stosować w większym zakresie pozacenowe kryteria oceny ofert	2,31	2,63	2,75	2,71
Zapewnić zamawiającym większą swobodę przy prekwalifikacji	2,15	2,08	2,45	2,08
Postawić wyższe wymagania w warunkach udziału w postępowaniu	1,74	2,00	1,95	1,87
Zamiast użytego faktycznie trybu postępowania zastosować przetarg ograniczony	1,73	1,67	1,46	1,53
Zamiast użytego faktycznie trybu postępowania zastosować przetarg nieograniczony	1,42	1,56	1,38	1,47
Stosować w większym zakresie kryteria ocenne, nie podlegające algorytmizacji	1,62	1,08	1,36	1,08
Zamiast użytego faktycznie trybu postępowania zastosować negocjacje z ogłoszeniem	0,88	0,73	0,88	0,60

Źródło: badanie CAWI, respondenci odpowiadali za pomocą skali, gdzie 0 oznacza – Zdecydowanie się NIE zgadzam, 1 –NIE zgadzam się, 2 - raczej się NIE zgadzam, 3 - raczej się zgadzam, 4 - zgadzam się, 5 oznacza – zdecydowanie się zgadzam.

Konieczność aneksowania zawartej umowy wystąpiła w trakcie realizacji 77% zamówień objętych badaniem CAWI. Liczba aneksów wyniosła od 0 do 13, co daje średnia ponad 4 aneksy w jednym zamówieniu. To dużo, aczkolwiek w większości przypadków były to zmiany nieistotne lub przewidziane w ogłoszeniu, SIWZ lub umowie, a jedynie w 8 przypadkach (12% zamówień) zamawiający określili je jako ważne i nieprzewidziane. Konieczność anektowania zawartych umów miała miejsce zdecydowanie częściej w przypadku przetargów ograniczonych (88,5%) niż nieograniczonych (77,2%) i w przypadku zamówień realizowanych przez GDDKiA (87,9%).

Analiza szczegółowa zamówień objętych badaniem CAWI wskazuje na to, że najczęstszym powodem podpisywania aneksów była konieczność wydłużenia czasu realizacji (68,7% analizowanych zamówień). Na drugim miejscu znalazła się konieczność zmiany sposobu realizacji zamówienia (28,4%), konieczność zwiększenia wartości umowy (23,9%) oraz zmiana stawki podatku od towarów i usług VAT z 22% na 23% w trakcie realizacji zamówienia, co spowodowało też zmianę wartości zamówienia (18%). Najrzadziej wskazywaną przyczyną była konieczność zmiany przedmiotu umowy rozumianego jako zakres zamówienia (3% zamówień).

Na podstawie analizy dokumentacji stwierdzono, że 60% spośród 166 zamówień zawiera aneksy, które zmieniały wartość zamówienia. Jedynie w 4 przypadkach zmiana ta była na plus – wartość netto zamówienia po aneksie była wyższa niż wartość z umowy pierwotnej. W pozostałych przypadkach wartość ta była niższa – średnio o 0,19% od wartości netto z umowy pierwotnej.

W trakcie realizacji zamówień miały miejsce przypadki zlecenia wykonawcom zamówień dodatkowych, których udzielenie jest możliwe jedynie wtedy, gdy zamawiający dopuści taką możliwość poprzez odpowiedni zapis w SIWZ. Warunkiem pojawienia się tego typu zamówień jest udowodnienie, że ich wykonanie stało się konieczne z powodu okoliczności niemożliwych wcześniej do przewidzenia, a więc jeżeli:

- z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
- wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Przy zamówieniu dodatkowym bardzo ważne jest więc wykazanie, że zamówienie dodatkowe było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego. Ponadto sama konieczność udzielania zamówienia dodatkowego musi mieć charakter nieprzewidywalny, to znaczy, że przed udzieleniem zamówienia podstawowego nie dało się jej przewidzieć. Zamawiający może udzielać zamówień dodatkowych kilkakrotnie, ale zawsze musi pamiętać, że ich łączna wartość nie może przekroczyć 50 proc. wartości zamówienia. W przypadku 24% badanych postępowań zamawiający udzielili zamówień dodatkowych. Zamówienia takie udzielane były statystycznie częściej w przypadku przetargów ograniczonych (30,8%) oraz w przypadku zamówień realizowanych przez GDDKiA i Samorządy, a rzadziej w przypadku przetargów nieograniczonych, oraz tych realizowanych przez PLK SA. W badanej grupie kontraktów udzielano średnio 1,75, a maksymalnie (w ramach jednego projektu) 4 zamówienia dodatkowe, co w łącznie dało 35 zamówień dodatkowych.

2.2 Analiza projektów porównywalnych z krajów UE

2.2.1 Kwalifikacja wykonawców

a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo

a1. Wprowadzenie

Dyrektywy wskazują, iż udzielanie zamówień winno odbywać się zgodnie z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, tj. zasadą swobodnego przepływu towarów, swobodą przedsiębiorczości, swobodą przepływu usług, a także z wywodzącymi się z nich zasadami niedyskryminacji, równego traktowania, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości.^{71,72} Wszystkie te zasady służą zapewnieniu wykonawcom /oferentom/ kandydatom o różnej przynależności państwowej, jednakowych szans na ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego na terenie całej UE⁷³

Podkreślić należy, iż nie oznacza to, że każdy wykonawca zainteresowany zamówieniem, może je uzyskać. Z art. 44 i n. dyrektywy klasycznej wynika, iż zamówienia udziela się na podstawie kryteriów oceny ofert, po zweryfikowaniu przez instytucję zamawiającą, predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art 45 i 46 dyrektywy, na podstawie kryteriów ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, w których mowa w art. 47 - 51. Tak więc zamawiający powinien w celu wyboru najkorzystniejszej oferty:

- 1) Zbadać istnienie przesłanek wykluczenia na podstawie art. 45 i 46,
- 2) Zbadać predyspozycje wykonawców na podstawie art. 47-51,
- 3) Wybrać ofertę z zastosowaniem kryteriów oceny ofert (o czym w odrębnym punkcie analizy).

Kryteria pozwalające oceniać wiarygodność (predyspozycje, odpowiedniość) wykonawców zwane są kryteriami kwalifikacji, kryteriami selekcji lub kryteriami wyboru jakościowego i są wyraźnie odróżniane od kryteriów oceny ofert, które, co do zasady nie mogą odnosić się do wykonawcy jako takiego. Z drugiej strony, pojęcia te odnoszą się zarówno do wymagań określonych w sposób jednoznaczny, ocenianych na zasadzie „spełnia – nie spełnia”, jak i do szeroko rozumianych obszarów oceny wykonawcy.

Analizując powyższe należy wskazać, iż procedura określana w literaturze przedmiotu mianem selekcji i kwalifikacji wykonawców dzieli się na dwie główne kategorie tzw.: prawna oraz techniczna / ekonomiczna kwalifikacja⁷⁴. Dlatego też należy wyodrębnić poniższe zagadnienia.

a2. Weryfikacja tzw. general suitability poprzedzająca kwalifikację wg predyspozycji oferentów

Art 45 Dyrektywy, wypełniając dyspozycję Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wskazuje, iż Wspólnota i Państwa Członkowskie podejmują walkę z oszustwami i wszelkimi innymi nielegalnymi działaniami godzącymi w interesy finansowe Wspólnoty.

Kwalifikacja / selekcja oferentów (sprawdzenie, ocena, wykluczenie) na podstawie art. 45 (pomocniczo również art. 46) dyrektywy jest związana z działaniem oferentów niezgodnym z prawem i ma na celu zapobieganie udzieleniu zamówień podmiotom nie będącym wiarygodnymi uczestnikami rynku. W literaturze przedmiotu niekiedy określane jest to mianem: general

⁷¹ P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, UZP, Warszawa 2006.

⁷² Kwestia ta została również podkreślona w monicie 1.Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

⁷³ P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, UZP, Warszawa 2006.

⁷⁴ C.H.Bovis, *The liberalisation of public procurement and its effects on the common market*, Ashgate, s. 98, tłumaczenie nieautoryzowane.

suitability⁷⁵, badanym w oderwaniu od konkretnego zamówienia, a opartym na cechach danego przedsiębiorcy jako uczestnika gry rynkowej. I tak, z udziału w zamówieniu wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z czynów wskazanych w dyrektywie, tj. udział w organizacji przestępczej, korupcję, oszustwo, pranie pieniędzy. Instytucja zamawiająca może odstąpić od dokonania wykluczenia oferenta mimo wystąpienia powyższych okoliczności, gdy leży to w interesie ogółu.⁷⁶

Warto również wspomnieć, iż powyższy katalog nie objął zachowań mogących zostać objętymi pojęciem tzw. uczciwości kupieckiej, która również zdaje się być pożądana w przypadku kontraktów publicznych, podobnie jak w przypadku kontraktów prywatnych⁷⁷.

Ważnym jest również to, że prawodawca wskazał, odnośnie wykonania dyspozycji art. 45 dyrektywy, iż Państwa Członkowskie określają, zgodnie ze swoim prawem krajowym oraz uwzględniając prawo wspólnotowe, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu. Jednocześnie par 3 wskazanego artykułu zawiera katalog dokumentów, których żądanie złożenia formułowane przez instytucje zamawiające jest dozwolone, zjednoczoną dyspozycją co do działania w przypadku wystąpienia obiektywnych przesłanek braku możliwości ich przedłożenia tj. w przypadku, gdy w danym Państwie dokumenty te nie są wydawane.

a3. Predyspozycje do prowadzenia działalności

Art. 46 dyrektywy, o którym już wspomniano we wcześniejszej części, wskazuje, że od każdego wykonawcy ubiegającego się o uczestnictwo w realizacji zamówienia publicznego można żądać dowodu posiadania przezeń wpisu do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, lub dostarczenia oświadczenia pod przysięgą lub zaświadczenia, zgodnie z opisem zawartym w załączniku IX A – w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, w załączniku IX B – w odniesieniu do zamówień na dostawy oraz w załączniku IX C – dla zamówień na usługi, i zgodnie z warunkami przewidzianymi przez prawo Państwa Członkowskiego, w którym ma on swoją siedzibę.

W procedurze udzielenia zamówień na usługi, jeżeli kandydaci lub oferenci muszą posiadać określone zezwolenia lub muszą być członkami określonej organizacji, aby mieć możliwość realizowania w swoim kraju określonej usługi, instytucja zamawiająca może wymagać od nich przedstawienia dowodu, iż posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski. Jednocześnie w literaturze podkreślane jest, iż instytucja zamawiająca może żądać przedstawienia dowodu posiadania uprawnień, gdy prowadzenie danej działalności jest reglamentowane przepisami prawa⁷⁸.

Co ważne, jak to zostało już wskazane, państwo członkowskie może żądać od podmiotów krajowych posiadania danych uprawnień (decyzji administracyjnej, wpisu do właściwego rejestru, itd). Natomiast, jak wskazuje orzeczenie wydane bezpośrednio na podstawie uregulowań traktatowych w sprawie C-76/81 (Transporoute), żądanie od zagranicznych podmiotów posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w kraju instytucji zamawiającej, stanowi naruszenie zasady swobody przedsiębiorczości. W miejscu tym należy powrócić do elementu już wskazanego

⁷⁵ P. Trepte, *Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, 2004, s. 195 i n, tłumaczenie nieautoryzowane.

⁷⁶ Dyrektywa nie definiuje pojęcia interesu ogółu. Wydaje się być zbieżnym spotykane w literaturze, doktrynie jak i ustawę Pzp pojęcie interesu publicznego, definiowanego przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12.3.1997 r: jako „korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego”, Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 12.03.1997 r. - Dz.U. z 1997 Nr. 29, poz. 162.

⁷⁷ Różnice między kontraktami prywatnymi a publicznymi podkreślił O. Lissowski, *Zamówienia publiczne w Stanach Zjednoczonych i UE, Wybrane zagadnienia prawne i ekonomiczne*, Warszawa 2011 [za:] World Bank Directive OD 11.03 - Annex B, wskazuje jako cechę charakterystyczną kontraktów podejście do sprzedawcy: asekuranckie, unikanie trwałych związków, podczas gdy właśnie przeciwne dążenia charakteryzują kontrakty prywatne. Różnice te mogą stanowić wypadkową braku możliwości dokonania selekcji i kwalifikacji oferentów na podstawie wcześniejszej współpracy, a to oznacza ograniczenie stosowania jednego z podstawowych bodźców prawidłowego, rzetelnego układania stosunków i stosowania tzw. uczciwości kupieckiej wobec stron kontraktu.

⁷⁸ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Zakamycze 2006, s. 366.

w niniejszym opracowaniu, a więc do stwierdzenia iż celem dyrektyw jest przeniesienie, czy też rozwinięcie traktatowych zasad: swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Zasady te, tak jak i przepisy Traktatu, będą miały zastosowanie w stosunku do wszystkich zamówień publicznych jeżeli w sprawie wystąpi element wspólnotowy (C-264/03). Dlatego też Instytucje zamawiające nie mogą wymagać, aby wykonawca rejestrował swą działalność w tym Państwie Członkowskim, w którym ubiega się o zamówienie publiczne (sprawa C-225/98 Nord Pas de Calais).

Cel wprowadzenia dyrektywy wskazał Trybunał również w orzeczeniu C-346/06, gdzie stwierdzono, iż wykonawcy nie muszą spełniać wymogów dot. minimalnego wynagrodzenia, jeżeli biorą udział w zamówieniu publicznym „organizowanym” przez zamawiającego z innego państwa. Celem dyrektywy [nr 96/71/WE], na którą się powoływano (dot. delegowania pracowników), jest zapewnienie swobody świadczenia usług, a nie ustanowienie nowego, w tym przypadku lepszego, standardu socjalnego, oraz zniesienie przeszkód w swobodzie przepływu usług pomiędzy państwami członkowskimi, a takie działania (spełnienie wymogów dot. minimalnego wynagrodzenia) niewątpliwie je ograniczają.

a4. Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Kondycja finansowa jest jednym z kryteriów oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Dlatego też instytucje zamawiające mogą żądać wykazania przez oferentów ekonomicznych i finansowych możliwości wykonania umowy.⁷⁹ Potwierdzeniu czy też ukazaniu sytuacji finansowej mają służyć dokumenty, o których mowa art. 47 dyrektywy, stanowiącym:

1. Według ogólnych zasad, dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów:

- a) odpowiednie oświadczenia banków albo stosowny dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;
- b) bilans lub wyciągi z bilansów w przypadku gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa w kraju, w którym usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz o stosownym obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utworzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez wykonawcę, pod warunkiem dostępności wspomnianych informacji.

Jednocześnie dalsza treść wskazuje na otwarty katalog powyższych dokumentów, co również zostało wskazane w sprawie CEI - Bellini, gdzie Trybunał podkreślił, iż również wartość zrealizowanych kontraktów może być elementem wskazującym zdolności finansowe i ekonomiczne oferentów⁸⁰. Przyjmując taką interpretację należy zauważyć, iż inną kwestią zdaje się być sprawdzenie posiadania przez oferentów warunków finansowych umożliwiających terminową i rzetelną realizację przyszłego zamówienia, a czym innym jest badanie umiejętności podołania / zarządzania/ realizacji kontraktów o dużym obciążeniu finansowym, być może badanych na podstawie doświadczeń wykonawcy zdobytych w przeszłości. Przyjęcie powyższego szerokiego rozumienia badania sytuacji finansowej i ekonomicznej oznacza stosowanie szerszego poglądu na sytuację wykonawcy niż tylko w kontekście zależności środka = konkretne zamówienie. Właśnie ten szerszy kontekst ukazuje możliwość odniesienia sytuacji finansowej do informacji wskazanych w bilansie. Pomocnym w rozumieniu całego spektrum sytuacji ekonomicznej i finansowej może być również orzeczenie Trybunału w sprawie CEI i Bellini, w której rozpatrywano możliwość ustanowienia przez instytucję zamawiającą dodatkowych kryteriów kwalifikacji dot. sytuacji

⁷⁹ C.H.Bovis, *EU public procurement law*; Northampton, MA, 2007r, s. 131 i n., tłumaczenie nieautoryzowane.

⁸⁰ za: Ibidem, s. 132.

ekonomicznej i finansowej, tj. istniejący w prawie belgijskim zakaz przyznawania zamówień podmiotom, które realizują już roboty budowlane o wartości przekraczającej wskazaną.⁸¹

Koniecznym jest także podkreślenie, iż prawodawca formułując powyższą treść art. 47 dyrektywy, (wskazując katalog dokumentów w ust 1 oraz możliwość przedłożenia również innych dokumentów - ust 5) skupił uwagę na sposobie wykazania, udowodnienia sytuacji finansowej. Nie wskazano natomiast, co również zostało podkreślone w publikacji zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych,⁸² jakoby instytucja zamawiająca miała obowiązek określić minimalne warunki, jakie oferent winien spełnić⁸³. Art. 44 ust. 2 dyrektywy wskazuje jedynie, że instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności w zakresie ich sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz kwalifikacji technicznych i zawodowych. Określenie minimalnych wymagań jest więc prawem zamawiających, nie ich obowiązkiem. Prawo to było nawet w przeszłości kwestionowane przez wykonawców. Jeden z nich zakwestionował prawo zamawiającego do określenia minimalnego wymaganego od wykonawców przychodu argumentując, iż nie uwzględnia się w ten sposób rozbieżności między prawami krajowymi w zakresie rocznych sprawozdań finansowych spółek. W orzeczeniu w sprawie C-218/11 (Hochtief Construction AG) Trybunał potwierdził możliwość określenia minimalnego wymogu dotyczącego zdolności do wykonania zamówienia ustanowionego na podstawie jednej danej z bilansu.

Więcej nawet, w innym orzeczeniu Trybunał poszedł dalej stwierdzając, że: "minimalne wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej nie mogą być ustanowione poprzez odesłanie do bilansu w ogóle. Wynika z tego, że uprawnienie, o którym mowa w art. 44 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18, można wykonać, jeśli chodzi o omawiany art. 47 ust. 1 lit. b), jedynie poprzez odesłanie do jednego lub kilku konkretnych elementów bilansu. Koniecznym jest wskazanie konkretnego wskaźnika zawartego w bilansie, który stanowić będzie podstawę oceny spełnienia minimalnego wymogu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej" (C-218/11). Tak więc minimalny wymóg – o ile jest określany – winien odnosić się do konkretnego wskaźnika możliwego do wyliczenia na podstawie danych bilansowych.

Zakres informacji, o których mowa w art. 47 i 48 dyrektywy (omówionym w dalszej części opracowania) oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zatem ocena posiadania potencjału finansowego wystarczającego do terminowej realizacji zamówienia musi posiadać cechy obiektywnego zestawienia właściwości podmiotu i zamówienia. Trybunał wielokrotnie podkreślał (m.in. w sprawie C - 414/97), iż Instytucja zamawiająca określając minimalne wymogi dot. predyspozycji oferentów do wykonania zamówienia, winna jest przeprowadzić tzw. test proporcjonalności, czyli weryfikacji, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

W literaturze przedmiotu twierdzenie o możliwości wymagania by oferent udowodnił zdolność wykonania zamówienia zestawiane jest z koniecznością wskazania w ogłoszeniu lub zaproszeniu dokumentów, które oferent / kandydat winien jest przedstawić instytucji zamawiającej⁸⁴. Jednocześnie wskazywane jest, iż zdolność do realizacji zamówienia może być związana z potwierdzeniem posiadania umiejętności, efektywności, doświadczenia i niezawodności⁸⁵.

W rozumieniu autorów niniejszego opracowania powyższe oznacza obowiązek wskazania minimalnych wymogów w ogłoszeniu, jeśli są one wyznaczone, ale nie jest to tożsame

⁸¹ O zabezpieczeniu przed "przeinwestowaniem": A. Sołtysińska, *Europejskie prawo ...*, s. 367.

⁸² Informator zamówień publicznych, nr 2 z 2013 r., s. 19 i n:

"Ustawa Pzp jak i dyrektywa klasyczna nie wymaga, by kryteria weryfikacji i minimalne zdolności wskazane w opisie sposobu oceny spełniania warunków musiały zostać wyrażone liczbowo, mogą mieć one zatem charakter przesłanek lub wytycznych, które zamawiający przyjmie przy weryfikacji informacji zawartych w dokumentach złożonych przez wykonawcę.", www.uzp.gov.pl, 22.01.2014r.

⁸³ por. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo*, s. 367.

⁸⁴ C.H.Bovis, *EU public...*, s. 133-134.

⁸⁵ Ibidem, s. 134.

z obowiązkiem wyznaczenia warunków brzegowych. Podstawą teorii o możliwości istnienia generalnych podstaw uznania oferentów za zdolnych do wykonania zamówień szerokiego katalogu, bez konieczności każdorazowego wyznaczenia warunków brzegowych w odniesieniu do danego zamówienia, może być również instytucja tworzenia oficjalnych wykazów / systemów rejestracji oferentów, którzy wstępną kwalifikację przechodzą przed dokonaniem wpisu na wskazaną listę.

Kwestia ta była też przedmiotem rozważań Trybunału, który w wyroku w sprawie C-470/99 (Universale-Bau AG), w której próbował udzielić odpowiedzi na pytanie: "czy wystarczające jest, że zamawiający stwierdzi, że wnioski o udział w postępowaniu będą oceniane zgodnie z metodologią określoną w dodatkowym dokumencie, czy kryteria oceny muszą być podane od razu w dokumentacji przetargowej?" Podczas rozprawy odwołujący się podmiot argumentował, że nieujawnienie w dokumentacji przetargowej metodologii stosowanych kryteriów kwalifikacji jest sprzeczne z zasadą przejrzystości i obiektywności. Zdaniem Trybunału wystarczającą czynnością było podanie w dokumentacji przetargowej, jakie kryteria będą stosowane przy kwalifikacji, a ich szczegółowy opis można zamieścić w osobnym, innym dokumencie (później wydanym). Dodatkowo, zdaniem Trybunału celem dyrektyw koordynujących procedury udzielania zamówień jest zniesienie ograniczeń dla swobody świadczenia usług we wszystkich krajach Wspólnoty oraz otwarcie rynków na konkurencję przedsiębiorców z innych krajów członkowskich. Dla osiągnięcia tego celu niezbędne jest zagwarantowanie publicznego dostępu do informacji o warunkach i kryteriach udzielania każdego zamówienia publicznego. Zasada równego traktowania nakłada obowiązek prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, który wymaga zapewnienia publicznego dostępu do informacji, tak aby umożliwić rzeczywiste otwarcie postępowania na konkurencję. Wskazując powyższe orzeczenie warto dodać jeszcze, że dotyczyło ono procedury ograniczonej i związanego z nią sporu - czy kryteria kwalifikacji, na podstawie których wyłonionych zostanie 5 podmiotów zaproszonych do kolejnego etapu, powinny zostać wskazane już w ogłoszeniu. O ile skarżący stał na stanowisku, że ich wskazanie jest konieczne z tytułu przestrzegania zasady przejrzystości, o tyle nie sposób jest odmówić racjonalności uzasadniania przeciwnej tezy przez instytucję zamawiającą, która wskazała, iż nie jest możliwym od razu wskazanie warunków brzegowych, gdyż zamysłem zamawiającego jest wyłonienie pięciu najlepszych oferentów. Jest to czynność będąca wypadkową cech posiadanych przez wykonawców. Tym samym na podstawie danych cech zamawiający wskazuje podmioty jego zdaniem najlepsze, a nie - powstanie sytuacji odwrotnej - w której zamawiający najpierw wskazuje cechy, a wykonawcy się do nich dostosowują. Upraszczając, zdaniem zamawiającego, instytucja zamawiająca poprzez ogłoszenie mówi wykonawcy: pokaż mi, jaki jesteś, podczas gdy w niniejszej sprawie zdaniem skarżącego instytucja zamawiająca powinna wskazać w ogłoszeniu oferentowi cechy, jakie ma spełniać, co będzie uznane za najlepszy parametr. Trybunał orzekł, jak zostało wskazane, zgodnie z dyrektywą 93/37: w przypadku, gdy w ramach procedury ograniczonej, instytucja zamawiająca, określa z góry reguły do ważenia kryteriów wyboru kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, to jest zobowiązana do podania ich w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji przetargowej. Nie zostało natomiast wskazane, jaki zakres informacji winien być podany by zachować zasadę przejrzystości.

Dyrektywa nie określa bardzo szczegółowo sposobu publikacji w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji, jednakże stwierdza, że muszą być one opublikowane. Trybunał orzekł, że kryteria kwalifikacji muszą być publikowane w identyczny sposób, jak kryteria oceny oferty (w ogłoszeniu o postępowaniu oraz w dokumentacji przetargowej). Tylko wówczas, można zapewnić spójność z głównymi celami dyrektyw dotyczących zamówień.

Zasada proporcjonalności i związany z nią tzw. test proporcjonalności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej został omówiony w jednym z wyroków Trybunału:

„Swoboda ta (określenia warunków brzegowych - przyp. autora) nie jest jednak nieograniczona. Zgodnie z art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 minimalny wymóg dotyczący zdolności

musi być bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Co za tym idzie, element lub elementy bilansu wybrane przez instytucję zamawiającą w celu wyznaczenia minimalnych wymogów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej powinny być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi danego zamówienia w tym sensie, że ma obiektywnie stanowić pozytywne wskazanie istnienia bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do wykonania tego zamówienia, lecz nie wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu." Wskazano ponadto: „Jeśli chodzi o dobór tych elementów (dokumenty i zawarte tam informacje wskazujące poziom sytuacji ekonomicznej i finansowej - przyp. autora), art. 47 dyrektywy 2004/18 pozostawia instytucjom zamawiającym dość dużą swobodę. Odwrotnie niż art. 48 omawianej dyrektywy, który w odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych ustanawia zamknięty system ograniczający sposoby oceny i weryfikacji, jakimi dysponują rzeczono instytucje, a tym samym możliwości redagowania przez nie wymogów (w odniesieniu do analogicznych przepisów dyrektyw poprzedzających dyrektywę 2004/18 zob. wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 *Transporoute et travaux*, Rec. s. 417, pkt 8-10, 15)."

Analizując sytuację istnienia bazy ekonomicznej i finansowej Trybunał wskazał ponadto, że instytucja zamawiająca, wskazując dokument potwierdzający spełnienie wymogu przedkładany na potwierdzenie spełniania wymogu ekonomiczno - finansowego, może się kierować przepisami prawa krajowego dotyczącego zasad opracowania przedmiotowych dokumentów, co nie stanowi dyskryminacji podmiotów zagranicznych. Jednocześnie zgodnie z art. 47 ust. 2 dyrektywy, instytucja zamawiająca, by zachować zasadę niedyskryminacji, winna zezwolić wykonawcom na udowodnienie swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej za pomocą jakiegokolwiek innego odpowiedniego dokumentu, zgodnie z art. 47 ust. 5 dyrektywy.

a5. Kwalifikacje techniczne lub / i zawodowe

Jak wskazuje doktryna, instytucja zamawiająca winna dokonać wyboru wykonawcy jedynie takiego, który posiada zdolność do wykonania zamówienia. Miernikiem w tej sytuacji są kwalifikacje techniczne osób mających w przyszłości realizować zamówienie, technologia, zabezpieczenie techniczne dostępne oferentowi (z uwzględnieniem zasobów podwykonawców). Odzwierciedleniem wskazanych predyspozycji może być również doświadczenie w należyтым wykonaniu podobnych zamówień w przeszłości, jak i istniejąca u oferenta procedura kontroli czy też zarządzania⁸⁶.

Kwalifikacji technicznych i zawodowych dotyczy art. 48 dyrektywy, którego ust 1 wskazuje, iż techniczne i /lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są weryfikowane na podstawie dokumentów, których katalog został zawarty w ust 2, a w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów, również dokumenty służące udowodnieniu korzystania z wskazanych zasobów. Ważnym jest natomiast, co zostało podkreślone w ust. 5, iż dokumenty które oferenci / kandydaci winni złożyć, muszą być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, co w sposób czytelny nawiązuje do wspomnianej we wstępie zasady przejrzystości.

Wśród dokumentów potwierdzających kwalifikacje techniczne i zawodowe wymieniono: wykaz robót budowlanych, wykaz głównych dostaw/usług oraz potwierdzenia ich należytego wykonania, wykaz zaangażowanych do realizacji pracowników/ instytucji technicznych, wykaz urządzeń. Instytucja zamawiająca dokonuje wyboru, które z wskazanych dokumentów (a właściwie - które informacje), mogą stanowić potwierdzenie posiadania wystarczających kwalifikacji technicznych i zawodowych oferenta potrzebnych do wykonania zamówienia. Jednocześnie podkreślić należy, iż instytucji zamawiającej nie przysługuje uprawnienie żądania innych dokumentów niż wskazane w przepisach, co podkreślił Trybunał w orzeczeniu C-71/92 (*Komisja Wspólnot Europejskich v. Hiszpania*). Trybunał wskazał, iż instytucja zamawiająca nie może opierać oceny kwalifikacji technicznych ściśle przez pryzmat tego czy dane wyposażenie techniczne znajduje się na terenie kraju instytucji

⁸⁶ P. Trepte, *Regulating procurement...*, s. 197 i n.

zamawiającej, gdyż art. 48 dyrektywy nie wskazuje takiej dyspozycji. Kwestia ta może być jednakże, dodatkowo, podstawą oceny dostępności tych środków dla wykonawcy.⁸⁷

Dodatkowo warto nadmienić, iż przywołany przepis wskazuje zarówno dokumenty / zaświadczenia wydane przez organy państwowe, jak i pochodzące od osób prywatnych, bez różnicowania ich pod względem ich wagi. Takie uprawnienie nie przysługuje też instytucji zamawiającej⁸⁸.

Ważną kwestią dla oceny predyspozycji oferenta do wykonania zamówienia jest posiadane doświadczenie. Trybunał wskazał, iż, co do zasady, posiadanie kwalifikacji może być poświadczane przez posiadanie doświadczenia zdobytego zarówno w charakterze wykonawcy (w rozumieniu podmiotu, który pozostaje w stosunku prawnym bezpośrednio z inwestorem - jak w przypadku robót budowlanych), jak i podwykonawcy.⁸⁹ Niemniej - jak już wskazano - informacje poszukiwane na potwierdzenie predyspozycji wykonawcy odnieść należy do przedmiotu zamówienia. Ocena predyspozycji musi być proporcjonalna do zamówienia i to ono determinuje kwalifikacje, których posiadanie jest konieczne, dlatego też ocena ich prawidłowości winna odbywać się stricte w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Dlatego też może wystąpić sytuacja, w której uzasadnionym jest wymaganie doświadczenia w wykonaniu danego zamówienia będąc w bezpośrednim stosunku z inwestorem, jako generalny wykonawca (przyjmując terminologię umowy o roboty budowlane), gdy wymagane doświadczenie odniesione zostanie nie tyle do wykonania określonych robót budowlanych w rozumieniu wykonania prac, a do umiejętności zarządzania/organizowania procesu inwestycyjnego.

Prawodawca wskazał również, że instytucja zamawiająca oceny predyspozycji oferenta do wykonania zamówienia, może dokonać w odniesieniu do, nazwijmy to, zasobów ludzkich. Oceniane może być zarówno posiadanie przez osoby uprawnień - jeśli takowe są wymagane - jak i posiadanie przez nich wiedzy, doświadczenia w zakresie świadczonych usług. Pamiętać należy, że jak w każdym przypadku oceny predyspozycji oferenta, tu - przez pryzmat osób pozostających w dyspozycji, instytucja zamawiająca winna dokonać wyboru oferenta dającego gwarancję rzetelnego wykonania zamówienia, z jednoczesnym przestrzeganiem przez instytucję zamawiającą zasady proporcjonalności, a także przy przestrzeganiu wspólnotowej zasady uznawania kwalifikacji, czyli uznania wykształcenia i kwalifikacji zdobytych w innych państwach członkowskich.

a6. Potencjał innego podmiotu, grupa podmiotów

Nie bez powodu w poprzednim akapicie użyto zwrotu: pozostawanie w dyspozycji. Zarówno art. 47, jak i art. 48 dyrektywy wskazuje możliwość powołania się na potencjał innego podmiotu, nie będącego oferentem, jak i sytuację innych podmiotów w przypadku ubiegania się o udzielenie zamówienia przez grupę podmiotów. Uprawnienie to dotyczy zarówno sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak i kwalifikacji technicznych i zawodowych. Ważnym jest, by oferent mógł faktycznie opierać się, czy też polegać, na możliwościach finansowych, kwalifikacjach technicznych, zawodowych wskazanych podmiotów, na których potencjał się powołuje (co również dotyczy członków grupy ubiegającej się o udzielenie zamówienia). Oferent winien w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej posiadanie w dyspozycji niezbędnych technicznych/finansowych / ekonomicznych/ źródeł.⁹⁰

W wyroku ETS C-389/92 (Ballast Nedam Groep) Trybunał wskazał, że przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca przy składaniu wniosku o zakwalifikowanie w procesie o udzielenie zamówienia publicznego, składanego przez główną, nadrzędną osobę grupy, można uwzględniać wszystkie osoby prawne, którymi posłuży się wykonawca, jeśli wykaże on, że faktycznie rozporządza zasobami innych podmiotów. Instytucja zamawiająca nie ma prawa wymagać, aby

⁸⁷ S.Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, Londyn 1996, s.321 [za:] A.Sołtysińska, *Europejskie prawo*, s. 379.

⁸⁸ Więcej: C-362/90, za: A.Sołtysińska, *Europejskie prawo*, s. 381.

⁸⁹ A.Sołtysińska, *Europejskie prawo*, s. 381.

⁹⁰ C.H.Bovis, *EU public ... s. 133*.

grupa ta przybrała specjalną formę prawną przed udzieleniem zamówienia. Jednocześnie Trybunał kategorycznie odrzucił możliwość wykluczenia wykonawców, którzy dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posługują się zasobami oddzielnych osób prawnych, pod warunkiem udowodnienia instytucji zamawiającej, że oferent będzie mógł w rzeczywistości skorzystać z zasobów tych podmiotów. Powyżej przytoczone orzeczenie nie rozstrzygnęło kwestii posługiwania się potencjałem osób trzecich w sposób jednoznaczny. Stąd Trybunał zmuszony był wydać orzeczenie powtórne *Ballast II*, które ucytelniało pierwotne rozstrzygnięcie. Tam też, użytemu w pierwotnym orzeczeniu sformułowaniu, że instytucja zamawiająca może uwzględnić potencjał osób trzecich przy ocenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, nadano znaczenie przymusu uwzględnienia zasobów osób trzecich. Tym samym, w przypadku powołania się wykonawcy na potencjał osób trzecich, na instytucji zamawiającej spoczywa zarówno prawo, jak i obowiązek, weryfikacji jedynie okoliczności czy składający ofertę wykonawca będzie mógł faktycznie skorzystać z takiego potencjału.

a7. Lista podmiotów

Użytecznym instrumentem zdaje się być istnienie, obecnie w wielu krajach, systemu oficjalnych wykazów czy systemu rejestracji zatwierdzonych oferentów / wykonawców, których weryfikacja odbywa się przez wskazane publiczne czy prywatne instytucje. Co ważne weryfikacja ta odbywa się niezależnie od danego zamówienia, może być formułowana wobec rodzaju zamówień, a celem jej jest skrócenie procedury udzielania zamówienia i zmniejszenie jej kosztów (jak i kosztów uczestnictwa w niej) poprzez możliwości odwołania się właśnie do wcześniej prowadzonej kwalifikacji i wpisu do oficjalnego wykazu (por. art. 52 dyrektywy klasycznej). W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż weryfikacja ta winna odbywać się zarówno w płaszczyźnie zachowań niedozwolonych, stanowiących przesłankę wykluczenia (jak udział w organizacji przestępczej, korupcja itd.), jak i w odniesieniu do cech oferentów potwierdzających predyspozycje do wykonania danego rodzaju zamówień⁹¹. W literaturze podkreślane jest ponadto, iż instytucjom zamawiającym nie przysługują uprawnienia podważania informacji zawartych w wykazie⁹².

b. Stosowane rozwiązania

b1. Prekwalifikacja w Wielkiej Brytanii

Kwalifikacja wykonawców wymaga dużego zaangażowania zarówno ze strony wykonawcy, który musi sporządzać dokumenty kwalifikacyjne (dokumenty podmiotowe), jak i zamawiającego, który musi dokumenty te weryfikować. Prawo europejskie określa, co prawda, rodzaje dokumentów jakie mogą być wymagane od wykonawców (podobnie polskie Rozporządzenie w sprawie dokumentów), jednak każdy zamawiający ma prawo wymagania innego rodzaju informacji, innego ich układu, stopnia szczegółowości itp. Oznacza to, że praktycznie dla każdego postępowania z osobną wykonawcą musi sporządzić np. wykaz doświadczenia, mimo, że zamówienia opisywane w tym wykazie się nie zmieniają. W celu zwiększenia efektywności systemu zamówień publicznych wyodrębniono w ramach prekwalifikacji dwa etapy (co nie oznacza, że nie mogą one przebiegać równolegle) i zaproponowano ustandaryzowane pierwszego etapu tj. weryfikacji zdolności wykonawcy.

Etap 1 - weryfikacja zdolności wykonawcy

We współpracy zamawiających i wykonawców zostały opracowane **standardowe formularze prekwalifikacyjne** służących do opisu potencjału wykonawców: *PAS 91:2013 Construction Prequalification questionnaires*. Następnie utworzono system certyfikujący wykonawców: Constructionline. W ramach systemu weryfikowane są kwalifikacje wykonawców robót budowlanych (zarówno wielkich, wielobranżowych lub pełniących role generalnego wykonawcy, jak i małych, wyspecjalizowanych w określonego rodzaju pracach), firm inżynierskich i dostawców materiałów.

⁹¹ C.H.Bovis, *EU public...*, s. 140 i n.

⁹² C.H.Bovis, *The liberalisation ...*, s. 102 i n.

Wydawane przez system **certyfikaty** potwierdzają zdolność wykonawcy do realizacji określonych rodzajów robót do sprecyzowanej wartości. Constructionline jest projektem partnerstwa publiczno-prywatnego między firmą *Capita* i *the Department for Business Innovation & Skills*.

Formularze prekwalitycyjne *PQP (Pre-Qualification Pack)* są w pełni zgodne ze standardem *PAS 91:2013* i wymagają od wykonawcy podania szeregu informacji.

- 1) Dane wykonawcy: wykonawca określa formę prawną, strukturę właścicielską, w tym podmioty powiązane, siedzibę, oddziały itp. dane,
- 2) Brak przesłanek wykluczenia: wykonawca musi wykazać, że nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne (na podstawie przesłanek stanowiących implementację dyrektywy 2004/18/WE),
- 3) Zdolność ekonomiczna i finansowa: wymagane są sprawozdania finansowe (a w przypadku nowych podmiotów projekcje finansowe), które są kompleksowo oceniane w oparciu o metodologię określoną przez *Office of Government Commerce* w podręczniku *Supplier financial appraisal guidance*⁹³,
- 4) Doświadczenie i zdolność techniczna: wymagane jest wcześniejsze wykonanie co najmniej dwóch zamówień określonego rodzaju,
- 5) Kwalifikacje personelu: należy podać liczbę osób zatrudnionych na różnych stanowiskach, w tym liczbę kadry zarządzającej, a w przypadku usług inżynierskich również szczegółowe informacje dotyczące kwalifikacji personelu potwierdzających zdolność realizacji określonego rodzaju zamówień,
- 6) Standardy w zakresie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BiOZ): wykonawca musi wypełnić szczegółowy formularz opisując w jaki sposób realizuje standardy BIOZ, może również przedłożyć certyfikat wydawany przez instytucje certyfikujące (m. in. przez *Highways Agency*), który potwierdza przestrzeganie zasad.
- 7) Zarządzanie środowiskiem: wykonawca musi wypełnić szczegółowy formularz opisując sposób zarządzania środowiskiem, może również przedłożyć certyfikat (ISO 14001, EMAS lub równoważny), który potwierdza przestrzeganie zasad.
- 8) Równe szanse i różnorodność (Equal Opportunity and Diversity): wykonawca powinien przedstawić sposób wspierania polityki równości, przeciwdziałania wykluczeniu, afirmacji grup upośledzonych itp.
- 9) Ubezpieczenie: wykonawca musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej oraz ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej pracodawcy (*Employers Liability Insurance*), a w stosownych przypadkach również ubezpieczenie od odpowiedzialności zawodowej.

Wykonawcy mogą również podać informacje dodatkowe dotyczące członkostwa w organizacjach profesjonalnych, stowarzyszeniach, izbach gospodarczych oraz informacje o posiadanych certyfikatach jakości (ISO 9001 lub równoważnych).

Formularze prekwalitycyjne określają nie tylko zakres wymaganych informacji, lecz również sposób ich weryfikacji oraz kryteria uzyskania oceny pozytywnej. Są one określone w sposób opisowy, zwykle bez wskazywania minimalnych wartości liczbowych.

A. Zdolności techniczne

W celu oceny zdolności technicznych wymaga się wskazania roli jaką pełnił wykonawca w poprzednich zamówieniach. System przewiduje możliwość wymagania doświadczenia w 23 obszarach:

⁹³http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100503135839/http://www.ogc.gov.uk/documents/commodities_database/Financial_Appraisal_Guidance.pdf

- 1) działania jako zintegrowany zespół np.: zamawiający, łańcuch dostawców, inni usługodawcy,
- 2) współdziałania i rozumienia oczekiwań zainteresowanych stron i osób trzecich, w tym opinii publicznej,
- 3) niezwłocznego i dokładnego odpowiadania na korespondencję zamawiającego, pytania, opinie,
- 4) rzetelnego zarządzania jakością, zarządzania budżetem, zarządzania projektem i procesem kontroli kosztów (zgodnie z międzynarodowymi normami zapewnienia jakości),
- 5) identyfikacji i zarządzania ryzykiem w imieniu zamawiającego,
- 6) kompleksowego i dokładnego utrzymywania baz danych materiałów/dokumentów,
- 7) pełnienia roli głównego wykonawcy zgodnie z *the Construction Design and Management Regulations (CDM Regulations)*,
- 8) pełnienia roli projektanta zgodnie z *the Construction Design and Management Regulations (CDM Regulations)*,
- 9) opracowania i/lub stosowania się do decyzji środowiskowej,
- 10) opracowania kosztów docelowych (*Target Cost*),
- 11) przygotowywania projektów decyzji i zarządzania projektem poprzez badanie opinii publicznej,
- 12) prowadzenia prac i badań geotechnicznych,
- 13) przygotowania sprawozdań z oceny ekonomicznej,
- 14) sporządzenia prognozy ruchu,
- 15) solidnego zarządzania projektem i prognozowania czasu trwania projektu,
- 16) zgodności z planem zapewnienia jakości prac,
- 17) dokonywania zamówień „zaprojektuj i zbuduj” i/lub zamówień na dostawy,
- 18) zarządzania ruchem,
- 19) świadczenia usług utrzymania letniego / zimowego dróg,
- 20) zarządzania, projektowania, zlecania i nadzorowania prace konserwacyjnych na sieci dróg,
- 21) opracowania ulepszeń sieci drogowej lub innych aktywów,
- 22) utrzymywania sieci dróg w stanie sprawności i bezpieczeństwa,
- 23) dostarczenie informacji na temat wykonywania prac, wypadków, innych zdarzeń i tras alternatywnych.

W zależności od zakresu prac przewidywanych do realizacji w ramach konkretnego zamówienia, zamawiający wybiera spośród powyższych 23 obszarów te, w których zdolności techniczne muszą zostać zademonstrowane przez wykonawców (przy pozostałych wpisując adnotację „nie dotyczy”).

Wykonawca, który prezentował już swoje doświadczenie w powyższych obszarach może wskazać jedynie numer kontraktu (który jest w systemie Constructionline). Jeśli wykonawca chce powołać się na nowe referencje może wskazać nowy kontrakt, w ramach którego realizował poszczególne działania i opisać w jaki sposób je realizował (dla opisu każdego z obszarów można użyć 100 wyrazów). Wykonawca, który jeszcze nie zdobył doświadczenia w określonym zakresie, winien opisać planowany, projektowany sposób podejścia do realizacji powyższych zakresów czynności. Ocena zdolności technicznych następuje w ramach każdego z obszarów wskazanych w ogłoszeniu, przy czym każdy z obszarów może być potwierdzony tylko jedną referencją. Wykonawca może

przedstawić do oceny nie więcej, niż 10 kontraktów (w przypadku konsorcjum, każdy z członków max. 5 kontraktów), wskazując dla każdego z obszarów tylko jeden z nich.

Brane pod uwagę są jedynie zamówienia realizowane w ciągu ostatnich 5 lat (dla robót budowlanych) lub 3 lat (dla usług), przy czym w tym okresie zamówienie musiało być realizowane przez rok. Oznacza to, iż można wskazać zamówienia nie zakończone, o ile rozpoczęły się co najmniej rok przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu, lecz nie można wskazać zamówień, które zakończyły się wcześniej, niż 4 (2) lata przed publikacją ogłoszenia (w ciągu ostatnich 5(3) lat nie były realizowane przez 12 miesięcy).

Co do zasady, wykonawca winien wykazać doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do przedmiotu konkretnego postępowania co do wielkości, zakresu i złożoności. Tym niemniej, *Highways Agency* akceptuje inne, niż drogowe projekty infrastrukturalne wykazujące duże podobieństwo dyscyplin technicznych.

Nie są akceptowane referencje wystawiane przez podmioty powiązane z wykonawcą. Poprzedni zamawiający musi być niezależny od wykonawcy.

Uwzględniane jest doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w ramach konsorcjum.

B. Sytuacja ekonomiczna

Ocena sytuacji ekonomicznej jest oparta na sprawozdaniach finansowych, prognozach finansowych (*cash flow*) oraz informacji bankowej na temat posiadanych środków i zdolności kredytowej. Dokumenty te są wymagane od każdego członka konsorcjum, a w przypadku, gdy wykonawca należy do grupy kapitałowej, również od podmiotu stojącego na czele grupy.

Kilka wskaźników powinno spełniać poniższe wymagania:

- 1) Wskaźnik płynności bieżącej (aktywa bieżące / pasywa bieżące) powinien być wyższy, niż 0,8 chyba, że są okoliczności łagodzące i pod warunkiem, że następny wskaźnik spełnia wymagania.
- 2) Wskaźnik długu od kapitału własnego (zobowiązania ogółem / kapitał własny) nie może być wyższy, niż 4.
- 3) Strata przed opodatkowaniem nie może przekroczyć 50% aktywów netto.
- 4) Strata przed opodatkowaniem nie może przekroczyć 5% obrotów i nie może trwać dłużej, niż dwa ostatnie lata.
- 5) Roczny przychód wykonawcy musi być 4-krotnie wyższy od rocznej wartości zamówienia (*CVT: the Annualised Contract Value/Turnover*), przy czym, jeśli jest to jedyny wskaźnik, który nie jest spełniony, wykonawca zostanie zaakceptowany, o ile przedstawi gwarancję spółki-matki (*PCG: Parent Company Guarantee*) lub inną odpowiednią (jeśli nie jest członkiem grupy kapitałowej).

Dodatkowo wykorzystywane są informacje wywiadowi gospodarczej D&B (funkcjonującej w Polsce pod firmą Bisnode D&B Polska, dawniej Dun & Bradstreet Poland). Wykonawca, który np. otrzymał od D&B wskaźnik ryzyka na poziomie 4 jest wykluczany.

Decyzja co do dopuszczenia wykonawcy będącego spółką kapitałową z uwagi na jego sytuację ekonomiczną jest dokonywana m. in. przy użyciu drzewa decyzyjnego pokazanego na rysunku⁹⁴. Wymienione pozycje oznaczają:

Item 4: aktywa netto / zobowiązania [*Net assets / liabilities*]

Item 8: wskaźnik płynności bieżącej (aktywa bieżące / pasywa bieżące) [*Current ratio (current assets / current liabilities)*]

⁹⁴ Załączniki 1a i 1b w dokumencie *Supplier Certification Criteria*
http://www.constructionline.co.uk/static/client/downloads/Registration_Criteria.pdf

Item 9: wskaźnik zadłużenia (zadłużenie ogółem / aktywa netto) [*Gearing ratio (total interest bearing debt / net assets)*]

Item 10: obrót [*Turnover*]

Item 13: zysk / strata przed opodatkowaniem [*Profit / loss before tax*]

Jak widać, nie zawsze na podstawie tak okrojonych danych można jednoznacznie stwierdzić czy sytuacja ekonomiczna wykonawcy jest wystarczająca (w takich sytuacjach należy odwołać się do analizy księgowej).

Wartość zamówień, o które może się ubiegać wykonawca - **notacja** (*Notation*) jest wyznaczana jako średnia z dwóch wskaźników:

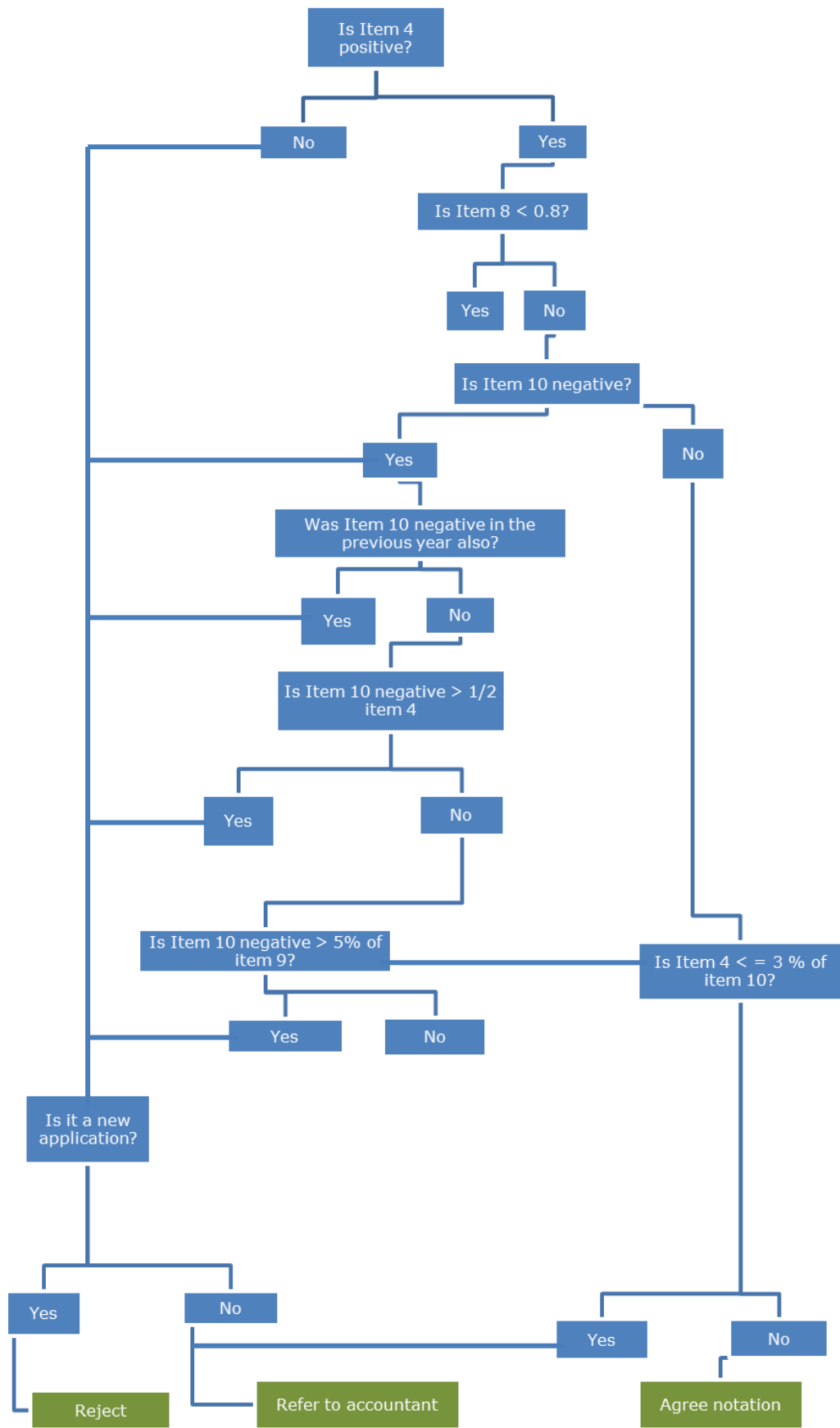
- 1) wskaźnika finansowego: $[(5 \times \text{aktywa netto}) + (0,33 \times \text{przychód})] / 2$
- 2) wskaźnika doświadczenia: średnia wartość dwóch największych zamówień danej kategorii wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat przemnożona przez wskaźnik, którego wartość zależy od rodzaju robót (dla infrastruktury wynosi 2), dla usług inżynierskich zawsze wynosi 2.

Notacja nie może być jednak wyższa, niż 125% największej referencji i nie wyższa, niż 75% przychodu.

Wysokość notacji jest określana w treści ogłoszenia o zamówieniu w zależności od szacowanej wartości zamówienia. Wykonawca zarejestrowany w systemie Constructionline z wartością notacji niższą od wymaganej (dla danego rodzaju robót) nie może ubiegać się o zamówienie. Wykonawca niezarejestrowany w systemie Constructionline winien przedstawić informacje umożliwiające wyliczenie notacji.

W wyniku pierwszego etapu prekwalifikacji wykonawcy, którzy nie wykazali zdolności do realizacji zamówienia zostają wykluczeni (nie przechodzą do etapu drugiego). Nie powstaje na tym etapie ranking wykonawców (wszyscy są traktowani jako równie wiarygodni).

Rysunek 1 Ilustracja pierwszego etapu prekwalfikacji wykonawców.



Źródło: Załącznik 1a w dokumencie *Supplier Certification Criteria*
http://www.constructionline.co.uk/static/client/downloads/Registration_Criteria.pdf

Etap 2 – tworzenie krótkiej listy

Drugi etap prekwifikacji polega na tworzeniu krótkiej listy (zwykle do składania ofert zaprasza się 5 wykonawców). Na tym etapie stosowane są kryteria kwalifikacji z określonymi wagami pozwalające na utworzenie rankingu wykonawców.

Highways Agency stosuje dwie metody tworzenia krótkiej listy: z użyciem lub bez używania kryterium StART. Kryterium StART jest używane w przypadku zamówień większej wartości (zwykle powyżej 20 mln £). W takim przypadku wagi kryteriów prekwifikacji są następujące: StART – 60%, doświadczenie – 35 %, wartość dodana – 5%. W przypadku, gdy kryterium StART nie jest stosowane, wagi wynoszą: doświadczenie – 95%, wartość dodana – 5%.

A. Doświadczenie wykonawcy

Doświadczenie wykonawcy (*PPD: Past Performance Data*) wydaje się najważniejszym kryterium kwalifikacji. W przypadku standardowych zamówień mniejszej wartości (gdy StART nie jest stosowany) jest to kryterium o wadze 95%.

Przy ocenie doświadczenia nie przyznaje się punktów za większą liczbę wykonanych zamówień. Wręcz przeciwnie, ocenie podlegają wyłącznie dwa zamówienia podobne, również w przypadku konsorcjum każdy jego członek musi przedstawić dwie podobne referencje (co do zasady nie bada się doświadczenia podwykonawców).

Brane pod uwagę są jedynie zamówienia realizowane w ciągu ostatnich 8 lat (obowiązuje dla robót budowlanych), przy czym w tym okresie zamówienie musiało być realizowane przez rok. Oznacza to, iż można wskazać zamówienia nie zakończone, o ile rozpoczęły się co najmniej rok przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu, lecz nie można wskazać zamówień, które zakończyły się wcześniej, niż 7 lat przed publikacją ogłoszenia.

Co do zasady, wykonawca winien wykazać doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do przedmiotu konkretnego postępowania co do wielkości, zakresu i złożoności. Tym niemniej, *Highways Agency* akceptuje inne, niż drogowe projekty infrastrukturalne wykazujące duże podobieństwo dyscyplin technicznych. Stopień podobieństwa jest przedmiotem oceny.

Nie są akceptowane referencje wystawiane przez podmioty powiązane z wykonawcą. Poprzedni zamawiający musi być niezależny od wykonawcy. Referencje muszą być wystawiane na formularzu stanowiącym część *PQP* i muszą być podpisane przez klienta (poprzedniego zamawiającego), dotyczy to również zamówień wykonanych na rzecz *Highways Agency*. Klient podpisujący referencje zobowiązuje się jednocześnie dokonać oceny jakości wykonania zamówienia w trakcie kwalifikacji na żądanie zamawiającego w terminie 10 dni roboczych (w przypadku nie dochowania terminu wykonawca otrzyma za te referencje 0 pkt).

Uwzględniane jest doświadczenie zdobyte przez wykonawcę w ramach konsorcjum.

Dwa kontrakty referencyjne podlegają ocenie pod kątem jakości wykonania oraz stopnia podobieństwa do zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W przypadku, gdy poprzednie zamówienie było realizowane na rzecz *Highways Agency*, bierze się pod uwagę oceny przyznawane na bieżąco przez zamawiającego swoim wykonawcom (*MST: Motivating Success Toolkit*). Wykonawca powołujący się na kontrakt podlegający ocenie według *MST* (tylko zamówienia większej wartości), nie musi przedstawiać żadnych danych dotyczących doświadczenia (poza numerem umowy, na którą się powołuje). W przypadku, gdy wykonawca wskazuje inną umowę, musi wypełnić formularze zawierające samoocenę realizacji umowy w oparciu o 5 niżej wymienionych kryteriów. Samoocena (dla każdego z kryteriów nie więcej, niż 2 strony A4) musi być poparta dowodami. Przedłożona przez wykonawcę samoocena jest weryfikowana przez dwóch niezależnych audytorów, którzy dokonują oceny punktowej. Równolegle poprzedni zamawiający jest proszony o dokonanie oceny pracy wykonawcy na tym kontrakcie (według tych samych kryteriów). Oceny te są dodawane, z tym że ocena klienta jest mnożona przez 2, natomiast średnia ocena przyznana przez audytorów przez 1.

1. Jakość wykonania

Kryteria oceny jakości wykonania wcześniejszych zamówień są następujące:

- 1) ogólne zadowolenie klienta z produktu: czy osiągnięto zakładane cele,
- 2) ogólne zadowolenie klienta ze świadczonych przez wykonawcę usług: organizacja pracy i zarządzanie, zatrudnianie specjalistów, dostawców, podwykonawców, relacja i komunikacja z klientem oraz interesariuszami, zarządzanie wartością, zarządzanie zmianą, zrównoważony rozwój,
- 3) „od razu dobrze” (Right First Time): unikanie konieczności powtórnego wykonywania robót, poprawianie błędów bez czekania na polecenie, czerpanie nauki z dobrej praktyki,
- 4) rzetelność szacowania kosztów: zdolność szacowania budżetu, prognozowania zmian, przewidywania kosztów,
- 5) rzetelność szacowania terminów: zdolność przewidywania terminów realizacji, umiejętność tworzenia harmonogramów, konieczność zmian harmonogramu.

Ocena spełniania każdego z w/w kryteriów odbywa się na skali 0-10, gdzie 0 – zupełnie niezadowolający, 2 – bardzo niezadowolający, 4 – trochę niezadowolający, 5 – ani zadowolający ani nie, 6 – zadowolający, 8 – wysoce zadowolający, 10 – całkowicie zadowolający.

2. Stopień podobieństwa

Stopień podobieństwa zamówienia referencyjnego do tego, które jest przedmiotem postępowania jest mierzony przy użyciu kilku kryteriów, z których 5 jest obligatoryjne, pozostałe powinny być dobrane by odzwierciedlić specyfikę przedmiotu zamówienia. Obligatoryjne kryteria uwzględniają następujące cechy kontraktu:

- 1) Rodzaj prac: budowa, przebudowa, modernizacja, remont, zaprojektuj i zbuduj, utrzymanie itp.
- 2) Wartość zamówienia: całkowita lub średnioroczna,
- 3) Czas realizacji: jak dawno roboty zostały ukończone lub stan zaawansowania (jeśli trwają),
- 4) Typ kontraktu: *Highways Agency* rozróżnia ogólne warunki *ECI, ECC, DBFO, MAC, TechMAC, NEC*, na gruncie polskim można byłoby wyróżnić: FIDIC, wynagrodzenie kosztorysowe, wynagrodzenie ryczałtowe,
- 5) Komunikacja: z klientami, interesariuszami, administracją, lokalną społecznością itp.

Dodatkowo, stosownie do okoliczności mogą być stosowane dodatkowe kryteria:

- 6) Społeczna odpowiedzialność biznesu (CSR): czynniki społeczne, ekonomiczne i ekologiczne,
- 7) Zarządzanie ruchem: dane na temat wielkości ruchu drogowego „dotkniętego” realizacją kontraktu,
- 8) Sąsiedztwo: bliskość i liczebność mieszkańców „dotkniętych” realizacją kontraktu,
- 9) Lokalizacja: droga krajowa, lokalna, teren zurbanizowany, wiejski
- 10) Technologia: np. procent ceny przeznaczony na zarządzanie ruchem, systemami informatycznymi,
- 11) Inne, odzwierciedlające specyfikę zamówienia.

Przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu dobierane są nie tylko kryteria (wszystkie mają tę samą wagę), ale i sposób ich oceny. To może być tak proste, jak różnice procentowe dla kryterium wartości umowy lub bardziej opisowe, na podstawie konkretnego zamówienia. Jednak sposób oceny podobieństwa umowy nie jest udostępniany wykonawcom. Ocena jest dokonywana na skali

1-5, gdzie: 1 – żadnego związku, 2 – słaby związek, 3 – podobieństwo, 4 – duże podobieństwo, 5 – zupełne podobieństwo).

Sumaryczna ocena Doświadczenia wykonawcy to średnia z iloczynu punktów przyznanych każdemu z dwóch kontraktów za jakość i za podobieństwo.

B. Wartość dodana

W wyniku wieloletnich doświadczeń w stosowaniu doświadczenia wykonawcy jako podstawowego kryterium kwalifikacji, stwierdzono, że konieczne jest dodatkowe kryterium, w ramach którego będzie możliwa ocena dodatkowych przewag, mocnych stron wykonawcy (np. znajomość otoczenia lokalnego, posiadanie unikalnych kwalifikacji). Kryterium takie (o wadze 5%) to wartość dodana (*Addend Value*). Wykonawcy mogą załączyć do wniosku dwustronicowe opracowanie prezentujące wartości, jakie mogą wnieść do realizacji zamówienia. Ocena jest dokonywana z punktu widzenia realizacji kontraktu. Aby umożliwić zamawiającemu uwzględnienie unikalnych okoliczności i nie ograniczać wykonawców w składaniu propozycji – nie są określane żadne kryteria oceny. W celu zapewnienia obiektywizmu oceny, jest ona dokonywana po zakodowaniu opracowań, tak, iż osoba dokonująca oceny nie zna autora opracowania.

C. StART (Strategic Alignment Review Tool)

Dostosowanie strategiczne polega na realizacji wyższej wydajności przez osiągnięcie dopasowania pomiędzy strategią biznesową, strukturą i konkurencyjnym środowiskiem. Odnosi się również do relacji zbieżności pomiędzy kilkoma organizacjami i w tym znaczeniu jest przedmiotem oceny przez *Highways Agency*. Przedmiotem oceny jest stopień zgodności wykonawcy ze strategią zamawiającego. Narzędzia oceny zostały wypracowane we współpracy z wykonawcami.

Wartości, których zrozumienia oczekuje zamawiający są definiowane w sposób następujący.

- 1) Przywództwo (*Lidership*): Chcemy, aby nasi wykonawcy wspierali nas nie tylko poprzez wzorową realizację umów, ale również przez współpracę z nami, aby wypełnić nasze plany strategiczne. Będziemy wybierać do współpracy zdecydowanie prowadzone organizacje, które zaangażują się we współpracę z nami długoterminowo i na wszystkich poziomach, będą wносить swój wkład i wpływać na kierunki rozwoju.
- 2) Współpraca (*Collaboration*): Społeczeństwo polega na naszych drogach. Zwiększając efektywność i użyteczność dróg dla ich użytkowników oraz społeczności, chcemy blisko współpracować z wykonawcami – musimy podnieść zasady współpracy na nowy poziom. Dlatego chcielibyśmy pracować z wykonawcami, którzy chcą porozumienia ponad podziałami, którzy budują zintegrowane relacje, którzy są dobrze poinformowani i reagują na uzyskiwane informacje, którzy są otwarci i dzielą się opiniami, aby budować zaufanie, zarządzać ryzykiem i wnieść wartość dodaną.
- 3) Łańcuch zakupów (*Supply chain*): Potrzebujemy łańcucha dostaw, który jest całkowicie zgodny z naszymi planami strategicznymi, wartościami i zasadami, i działa na wszystkich poziomach, aby zapewnić najlepsze dla nas rezultaty. W związku z tym oczekujemy od naszych wykonawców rozwoju wiedzy, zdolności i metod pracy z ich własnymi wewnętrznymi i zewnętrznymi łańcuchami dostaw w celu efektywnej realizacji celów spójnych z naszym programem strategicznym.
- 4) Dostarczanie wartości (*Delivering value*): My, podobnie jak w przypadku wszystkich instytucji rządowych, stajemy ciągle wobec wyzwania realizacji naszych celów mniejszymi nakładami. Dlatego chcemy, aby nasi wykonawcy mobilizowali wszystkie swoje talenty i zasoby, aby pracować mądrzej i wydajniej, na przykład poprzez innowacje i usprawnienia procesów.
- 5) Różnorodność i włączenie (*Diversity and inclusion*): W pełni popieramy program rządowy, aby zapewnić możliwość i odzwierciedlać różnorodność w społeczeństwie i wierzymy

w korzyści biznesowe, które wypływają z zapewnienia równych szans, różnorodności i integracji społecznej. Dlatego wymagamy od naszych wykonawców, aby korzystali z talentów najszerszego rynku pracy oraz zapewnienia, że ich polityka i praktyka zatrudnienia zapewnia równość szans i równe traktowanie.

- 6) Zrównoważony rozwój (Sustainability): Pracujemy nad tym, by stać się naprawdę zrównoważoną organizacją poprzez uwzględnianie naszego oddziaływania na środowisko, społeczeństwo i gospodarkę. Dlatego wymagamy od naszych wykonawców dostarczania lepszych produktów i usług, to jest takich, których oddziaływanie na środowisko zostało zmniejszone, cechują się czystszyimi, bardziej wydajnymi procesami produkcji ze znikomym udziałem odpadów, uwzględniają różne potrzeby ludzi, ich wpływ na zdrowie i dobrobyt społeczności lokalnych.

Dla każdej z powyższych zasad oczekuje się od wykonawców wykazania zrozumienia na czym polegają te wartości, zaprezentowania co wykonawca czyni, aby je wspierać i pogłębiać. Ocena wykonawcy jest dokonywana na podstawie wizyty audytorów u wykonawcy, w miejscu (siedzibie, oddziale), w którym pracują ludzie, którzy będą realizować zamówienie. Przed wizytą wykonawca sporządza dokumenty przygotowujące zawierające podstawowe informacje o wykonawcy oraz opis „kto, co i dlaczego”:

- Kto z personelu wykonawcy będzie prowadził prezentację i brał udział w dyskusji dotyczącej poszczególnych wartości StART i dłaczego te właśnie osoby zostały do tego zadania wybrane?
- Co wykonawca planuje przedstawić (krótki plan prezentacji) w odniesieniu do każdej wartości StART i dłaczego wybrano właśnie te treści?

Powyższy opis nie może być szerszy, niż 2 strony A4 dla każdej z wartości StART i nie podlega ocenie, lecz służy przygotowaniu audytorów do wizyty. W umówionym terminie odbywa się całodzienna wizyta dwóch audytorów, w czasie której przewidziane jest dla każdej z wartości StART: 20 minut na prezentację wykonawcy, 30 minut na dyskusję i 20 minut na samodzielną, bez obecności wykonawcy, pracę audytorów, którzy bezpośrednio po każdej sesji dokonują wstępnej oceny. Ocena każdej z wartości dokonywana jest w oparciu o „przeświadczenie audytora, że to, co robi wykonawca:

- 1) dokładnie odpowiada celom *Highways Agency*
- 2) jest w zgodzie z celami *Highways Agency* w dłuższym okresie czasu
- 3) jest zakorzenione w kulturze organizacji
- 4) jest rutynowo sprawdzane, oceniane i poprawiane
- 5) jest maksymalnie wykorzystywane dla dobra wykonawcy i *Highways Agency*
- 6) jest wyjątkowe na tle innych podmiotów.”

Przeświadczenie audytora co do prawdziwości każdego z powyższych stwierdzeń jest odzwierciedlane liczbą przyznanych punktów.

Tabela 26 Liczba punktów przyznanych za spełnianie kryteriów

Liczba punktów	Poziom przeświadczenia	Przedstawione dowody są:
0	Żaden/ bardzo niski	Bardzo słabe
1	Ograniczony	Słabe
2	Średni	Odpowiednie, lecz z pewnymi słabościami
3	Dobry	Dobre z kilkoma niewielkimi słabościami
4	Bardzo dobry	Bardzo dobre bez wyraźnych słabości
5	Wyjątkowy	Wszystkie aspekty przedstawione całościowo

Źródło: opracowanie własne.

Po zakończeniu wizyt audytorzy mogą zweryfikować swoje oceny, aby zapewnić ich spójność i adekwatność do tego, co usłyszeli w trakcie wszystkich wizyt. Każdy wykonawca otrzymuje swoją ostateczną ocenę, jej podważanie nie jest możliwe.

b2. Kwalifikacja we Włoszech

System kwalifikacji

We Włoszech obowiązuje system kwalifikacji wykonawców zamówień publicznych⁹⁵ na roboty budowlane. Udział w systemie jest obowiązkowy dla firm włoskich, dla pozostałych jest dobrowolny: w sytuacji, gdy wykonawca nie posiada certyfikatu, musi udowodnić swoje kwalifikacje przy pomocy standardowych dokumentów.

Badaniem wiarygodności firm i wydawaniem certyfikatów zajmują się akredytowane jednostki certyfikujące (SOA: Societa Organismo di Attestazione), funkcjonujące w formie niezależnych spółek akcyjnych. Przepisy wymagają niezależności SOA od potencjalnych wykonawców i zawierają wiele norm tę niezależność gwarantujących.

Wykonawca może uzyskać akredytację w określonej kategorii prac dla określonego poziomu klasyfikacji. Wyróżnia się 13 kategorii prac ogólnych, w tym np. OG 3: Drogi, autostrady, mosty, wiadukty, koleje, tramwaje, metro, kolejki linowe, lotniska i pasy, i związane z nimi prace uzupełniające oraz 34 kategorie wyspecjalizowane (oznaczone akronimem „OS”). Każda z kategorii jest opisana co do rodzaju prac, jakie są w jej ramach uwzględniane. Określa się również poziom klasyfikacji, czyli maksymalne wartości zamówień lub robót, o jakie wykonawca może się ubiegać: od I (do ok. 250 tys. euro) do VIII (powyżej ok. 15 mln euro).

Certyfikaty wydawane są w terminie do 90 dni od podpisania umowy z SOA i są ważne trzy lata. Ich wydawanie jest odpłatne.

Wykonawca występując z wnioskiem o kwalifikację określa zakres merytoryczny (kategorie) oraz wartość prac, o jakich certyfikację się ubiega. Warunkiem uzyskania certyfikatu jest spełnienie szeregu wymagań.

Standardowo, niezależnie od zakresu certyfikacji, wymagane jest posiadanie przez wykonawcę systemu zapewnienia jakości. Wykonawca może powołać się na posiadany certyfikat ISO 9000 lub równoważny, albo przedstawić szczegółowo określone informacje w zakresie stosowanych procedur zapewnienia jakości związanych z tymi aspektami zarządzania firmą, które będą stosowane do pracy w różnych kategoriach, dla których spółka zamierza się zakwalifikować. Wymagane jest zdefiniowanie polityki jakości, posiadanie księgi jakości, zatrudnianie odpowiednio wykwalifikowanego dyrektora ds. jakości, zapewnienie szkoleń personelu z tego zakresu itp. Analizie podlegają w szczególności procedury z zakresu składania ofert, zakupu materiałów, zatrudniania podwykonawców, realizacji robót i kontroli ich jakości.

Dalsze wymagania, jakie należy spełnić dzielą się na ogólne i specjalne.

A. Wymagania o charakterze ogólnym badają istnienie ewentualnych przesłanek wykluczenia z ubiegania się o zamówienia. Przesłanki te są zgodne z określonymi w dyrektywie 2004/18/WE:

- 1) brak poważnych naruszeń, ostatecznie ustalonych, dotyczących składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z włoskim ustawodawstwem lub kraju zamieszkania;
- 2) nie ma żadnych nieprawidłowości, ostatecznie ustalonych, w odniesieniu do zobowiązań dotyczących płatności podatków, zgodnie z włoskim ustawodawstwem lub kraju pochodzenia;

⁹⁵ System funkcjonuje w oparciu o dekret prezydencki z dnia 25 stycznia 2000 Nr 34

- 3) wpis do Rejestru Spółek w odpowiednich izb handlu, przemysłu, rolnictwa i rzemiosła, lub co do rejestru zawodowego państwa pochodzenia, z podaniem konkretnych obszarów działalności gospodarczej;
- 4) nieistnienie stanu upadłości, likwidacji lub zaprzestania działalności;
- 5) nieistnienie postępowania upadłościowego, układowego z wierzycielami, przymusowym zarządem;
- 6) nie wystąpił poważny błąd w realizacji robót publicznych;
- 7) brak poważnych naruszeń, stwierdzonych ostatecznie, dotyczących przestrzegania przepisów bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscu pracy;
- 8) brak fałszywych oświadczeń w celu uzyskania zamówienia;
- 9) brak prawomocnego wyroku lub orzeczenia w zakresie określonym jako przesłanka wykluczenia.

Dodatkowo wymagane jest obywatelstwo włoskie lub innego państwa członkowskiego UE lub miejsce zamieszkania we Włoszech dla przedsiębiorców zagranicznych i menedżerów/administratorów spółek handlowych utworzonych zgodnie z prawem, jeżeli należą do państw, które przyznają wzajemne traktowanie w odniesieniu do obywateli włoskich.

B. Wymogi specjalne potrzebne do kwalifikacji odnoszą się do potencjału wykonawców:

1. wystarczająca zdolność ekonomiczna i finansowa,
2. odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, w tym kwalifikacje personelu oraz doświadczenie wykonawcy,
3. odpowiednie wyposażenie techniczne,
4. odpowiednie przeciętne roczne zatrudnienie.

Ad 1. Właściwa zdolność ekonomiczna i finansowa:

- 1) Wykonawca musi wykazać obrót z tytułu bezpośredniego i pośredniego wykonywania prac w wysokości nie mniejszej, niż 100% kwot wymaganych kwalifikacji w każdej z kategorii. Jeśli wykonawca ubiega się o certyfikat w zakresie robót określonej kategorii o wartości x, musi wykazać, że osiągnął obrót x z tytułu realizacji tej kategorii robót.
- 2) Wykonawcy powinien spełniać również następujące wymagania w zakresie wskaźników finansowych:
 - a. kapitał własny równy lub większy niż 5% średniego rocznego obrotu;
 - b. wskaźnik płynności bieżącej równy lub większy niż 0,5 (płynność obejmuje zapasy/pozostałości produkcji w toku na koniec roku);
 - c. zysk netto za rok o wartości dodatniej w co najmniej dwóch z trzech ostatnich lat obrotowych.

Ad 2. Właściwa zdolność techniczna:

- 1) Wykonawca musi wykazać, że kierowaniem pracami zajmuje się dyrektor techniczny posiadający odpowiednie wyższe wykształcenie z zakresu inżynierii lub architektury, ewentualnie geodezji lub posiadający doświadczenie zawodowe zdobyte w branży budowlanej przez okres nie krótszy niż pięć lat.
- 2) Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem polegającym na:
 - a. wykonaniu łącznie prac, przeprowadzonych w każdej z kategorii, których dotyczy wniosek, w wysokości nie mniejszej niż 90% tego wniosku klasyfikacji,

- b. wykonaniu jednej pracy w każdej kategorii przedmiotu zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 40% wymaganej kwalifikacji, albo, alternatywnie, dwóch prac w tej samej jednej kategorii, za łączną kwotę nie mniej niż 55% wymaganej kwalifikacji, albo, alternatywnie, trzech prac w tej samej jednej kategorii, w łącznej kwocie nie mniejszej niż 65% wymaganej kwalifikacji.

Uwzględnia się prace, które były wykonywane regularnie i prawidłowo ukończone oraz zostały wszczęte i zakończone w okresie poprzednich pięciu lat (w przypadku pracy rozpoczętej we wcześniejszym terminie lub nie zakończonej uwzględnia się wartość rzeczywiście wykonaną w tym okresie obliczoną przy założeniu liniowego postępu prac).

Wykonawca może powołać się na realizację zamówienia w pełnej wysokości, jeśli zakres prac powierzonych podwykonawcom nie przekraczał 30% wartości całkowitej (w niektórych rodzajach robót 40%), w przeciwnym razie wartość i zakres wykonanego zamówienia zmniejsza się o zakres prac wykonanych przez podwykonawców w zakresie przewyższającym te wielkości.

Określenie wartości wykonanych zamówień następuje na podstawie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (w przypadku zamówień publicznych), postanowień wykonanej umowy (w przypadku zamówień prywatnych) lub metrażu wykonanych robót (w przypadku prac prowadzonych na własną rękę). W przypadku remontu wartość robót powiększa się o 25%.

Świadectwa ukończenia prac powinny być sporządzane zgodnie z wzorem określonym w dekreście zawierającym wyraźne oświadczenia nabywców, że prace wykonywane są regularnie wykonane i prawidłowo ukończone. Świadectwa są przysyłane przez zamawiających również do Obserwatorium zamówień publicznych, które prowadzi skomputeryzowany rejestr certyfikowanych wykonawców i aktualizuje dane. Zbiera on również np. informacje o przypadkach rażącego niedbalstwa w wykonywaniu pracy lub poważnego naruszenia umowy w odniesieniu do zgodności z zasadami bezpieczeństwa i obowiązków wynikających ze stosunku pracy, dostarczane przez instytucje zamawiające.

Ad 3. Odpowiednie wyposażenie techniczne

Z natury rzeczy przepisy nie określają szczegółowych wymagań co do potencjału technicznego wymagając jedynie przedstawienia listy urządzeń, pojazdów i wyposażenia technicznego własnego lub dzierżawionego lub leasingowanego wraz z podstawowymi informacjami identyfikacyjnymi. Ocena jest dokonywana każdorazowo w zależności od kategorii i kwalifikacji oczekiwanej certyfikacji.

Ad. 4. Odpowiednie przeciętne roczne zatrudnienie

Nie określa się z góry wymaganej liczby zatrudnionych pracowników, ani ich kwalifikacji (jest to badane w zależności od oczekiwanego zakresu certyfikacji). Wymaga się natomiast zatrudniania pracowników na podstawie umów o pracę na czas nieokreślony. Określona jest również całkowita wartość funduszu płac obejmującego wynagrodzenia pracowników, składki na ubezpieczenie społeczne i emerytalne: nie może być niższy, niż 15% obrotu z tytułu wykonywania prac podlegających certyfikacji (por. Ad. 1. pkt 1). Dodatkowo wymagane jest, aby min. 40% funduszu płac przypadało na robotników.

Warunki udziału na przykładzie zamówienia „zaprojektuj i zbuduj” Italferr SpA

Zamawiający podaje w treści ogłoszenia o zamówieniu nie tylko szacowaną wartość całości zamówienia, ale i wartości poszczególnych rodzajów robót, zgodnie z klasyfikacją (kategorie prac ogólnych i kategorie prac wyspecjalizowanych).

Projekt i wykonanie robót budowlanych na budowę nowego dworca, przetarg nieograniczony opublikowany w TED pod nr 163/2006.

Czas wykonania (kolejnych dni kalendarzowych):

- 180 do wytwarzania końcowego projektu,
- 2180 od dostarczenia utworu, do zakończenia robót.

Łączna kwota zamówienia 422,061,831.74 euro, z czego:

- ryczałt - Euro 319,467,477.46;
- zgodnie z poniesionymi kosztami - Euro 85,218,384.85;
- plany wykonawcze - Euro 2,400,350.00;
- Opłaty za wdrożenie planów bezpieczeństwa, nie podlegające zniżkom - Euro 14,975,619.43;

Działania, składające się na realizację, odpowiednie do kwalifikacji (lista kategorii zgodnie z dekretem prezydenckim 34/2000 w kwocie ponad 150.000,00 euro):

OG4 Euro 299,989,056.53 Kat. dominująca;

OS21 Euro 39,063,537.79 Kat. rozłączna; do zlecenia podwykonawcom;

OG3 Euro 31,828,716.79 Kat. rozłączna; do zlecenia podwykonawcom;

OG11 Euro 11,533,084.70 Kat. rozłączna; do zlecenia podwykonawcom;

OS34 Euro 85,696.24 Kat. rozłączna; do zlecenia podwykonawcom; bezpośrednio do zrealizowania przez wykonawcę, nawet nieposiadającego kwalifikacji;

OS23 Euro 292,694.01 Kat. rozłączna; do zlecenia podwykonawcom; bezpośrednio do zrealizowania przez wykonawcę, nawet nieposiadającego kwalifikacji;

OS24 Euro 177,252.58 Kat. rozłączna; do zlecenia podwykonawcom; bezpośrednio do zrealizowania przez wykonawcę, nawet nieposiadającego kwalifikacji.

Powyższa informacja precyzyjnie wskazuje, iż głównym przedmiotem zamówienia jest tunel kolejowy (kategoria OG4), w ramach którego należy wykonać konstrukcje specjalne (kategoria OS21), w dalszej kolejności roboty torowe/drogowe (kategoria OG3) i prace technologiczne (kategoria OG11). Łącznie wskazano 14 kategorii robót.

Warunki udziału w zakresie realizacji robót

Zważywszy, że przedmiotem analizowanego zamówienia było zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, warunki udziału zostały postawione odrębnie dla wykonawcy robót („konstruktora”), odrębnie dla projektanta, o czym w dalszej części analizy.

A. Świadectwa kwalifikacji (certyfikaty SOA)

Wymagane są świadectwa kwalifikacji w zakresie wszystkich w/w kategorii robót i w wysokości nie niższej od szacowanej wartości każdego z rodzaju prac – za wyjątkiem kategorii OS34, OS23 i OS24, co do których wyraźnie zaznaczono, że świadectwa kwalifikacji nie są wymagane:

Niezbędnym jest posiadanie Świadectwa Kwalifikacji do poniższych kategorii i klasyfikacji:

- *kategoria dominująca OG4: do poziomu równego wartości prac wchodzących do tej kategorii, powiększonego o wartość prac, wchodzących do kategorii rozłącznych, dla których przedsiębiorstwo nie zadeklaruje chęci kwalifikowania się.*
- *kategorie rozłączne, dla których przedsiębiorstwo zamierza ostatecznie kwalifikować się, do klasyfikacji odpowiadającej odpowiedniej kwocie.*

Jeżeli wykonawca („konstruktor”) ubiega się o wykonanie całości prac, musi posiadać certyfikat w zakresie kategorii dominującej oraz wszystkich kategorii rozłącznych. Wysokość klasyfikacji dla każdego z certyfikatów nie może być niższa od wartości robót danej kategorii. Jeśli wykonawca nie

dysonuje kwalifikacjami w całym spektrum robót – musi posiadać certyfikat w zakresie kategorii dominującej na wyższą kwotę: do wartości prac w kategorii OG4 należy dodać kwoty przypisane kategoriom „rozłącznym, dla których przedsiębiorstwo nie zadeklaruje chęci kwalifikowania się”.

W przypadku wykonawców robót z siedzibą w innym państwie członkowskim UE lub w innym kraju sygnatariuszu Porozumienia w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu, nieposiadające certyfikatu SOA, koniecznym jest spełnienie wymogów określonych w art.18 dekretu prezydenckiego 34/2000 w celu uzyskania certyfikatu SOA dla kategorii i klasyfikacji wymienionych wyżej (art. 3 c.7 dekretu prezydenckiego 34 /2000).

Wykonawcy nieposiadający certyfikatu muszą przedstawić zamawiającemu takie dokumenty, jakie uprawniałyby wykonawcę do uzyskania certyfikatu (zgodnie z wymaganiami określonymi powyżej). Należy zwrócić uwagę, że nie przewiduje się udziału w postępowaniu podmiotów z siedzibą w państwie niebędącym sygnatariuszem GPA (Government Procurement Agreement), na zasadzie wzajemności.

W przypadku ubiegania się o zamówienie kilku wykonawców wymagania zależą od typu konsorcjum, których notabene prawo włoskie rozróżnia kilka typów (w niniejszej analizie wskazuje się jedynie dwa). W przypadku tzw. konsorcjum horyzontalnego (poziomego), w ramach którego wykonawcy są solidarnie odpowiedzialni wobec zamawiającego a realizację całości zamówienia (jak w Polsce), wymaga się zarówno w zakresie kategorii dominującej, jak i kategorii pozostałych:

Konstruktor-Lider musi posiadać certyfikat SOA w klasyfikacji przynajmniej 40% wymaganej od indywidualnego konstruktora; inni konstruktorzy-konsorcjanci muszą posiadać zaświadczenia łącznie na pozostały procent, każdy w minimalnym zakresie 10% wartości postulowanej od indywidualnego konstruktora. Konstruktor-lider musi w każdym wypadku spełniać wymogi w sposób większościowy, w każdej kategorii, w której konsorcjum się kwalifikuje.

Jeśli chodzi o zakres przedmiotowy (kategorie prac) certyfikatów, wymagania są identyczne jak dla pojedynczego wykonawcy. Natomiast w zakresie wartości robót, o jakie może się ubiegać wykonawca, konsorcjum musi spełnić łącznie warunek w wysokości wymaganej od pojedynczego wykonawcy, przy czym lider musi spełnić ten warunek co najmniej w 40%, a każdy z członków konsorcjum co najmniej w 10%.

W przypadku tzw. konsorcjum wertykalnego (pionowego), nieznanego w prawie polskim, gdy każdy z konsorcjantów odpowiada za realizację swojego zakresu prac wymagania są sformułowane inaczej:

Niezbędnym jest posiadanie Świadectwa Kwalifikacji do poniższych kategorii i klasyfikacji

- kategoria dominująca OG4: Konstruktor-Lider musi posiadać certyfikat SOA w kategorii OG4 w klasyfikacji również wartości tej samej kategorii powiększonej o kategorie rozłączne ale konkretnie nie rozłączone na rzecz innych konstruktorów-konsorcjantów; inni konstruktorzy-konsorcjanci muszą posiadać zaświadczenia łącznie na pozostały procent, każdy w minimalnym zakresie 10% wartości postulowanej od indywidualnego konstruktora;

- rozłączne kategorie, na które konsorcjum zamierza ewentualnie zakwalifikować się: Konstruktor, który przyjmuje ich realizację wewnątrz grupy musi posiadać SOA w kategorii, w której przyjmuje na siebie odpowiedzialność za realizację do klasyfikacji odpowiadającej tej kwocie.

Wydaje się, że koncepcja konsorcjum pionowego pozwalającego z jednej strony na weryfikację kwalifikacji wykonawców w poszczególnych branżach, których realizacji się podejmują, a z drugiej, zwalniająca konsorcjantów z ryzykowej solidarnej odpowiedzialności jest warta rozważenia.

B. Obroty

Wymaganie co do wysokości obrotów nie odnosi się do obrotów ogółem, lecz do obrotów w zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia:

Obroty w sektorze robót budowlanych, zrealizowanych za pomocą działań bezpośrednich i pośrednich, przeprowadzonych w okresie pięciu lat poprzedzających datę publikacji niniejszego ogłoszenia nie powinny być mniejsze, niż trzykrotna łączna wartość prac w ramach niniejszego przetargu.

Warunek dotyczący obrotów nie uwzględnia wprost czasu trwania zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę zakładany okres realizacji analizowanego zamówienia w wymiarze 6,5 roku, należy przyjąć, że wymagany jest średnioroczny obrót w ciągu ostatnich pięciu lat w wysokości co najmniej 3,9-krotności rocznej wartości zamówienia (nie powinno ustalać się tego wskaźnika powyżej 3).

Wymagania wobec konsorcjów są określone różnie, lecz według tej samej filozofii, co w przypadku klasyfikacji certyfikatów:

W przypadku tzw. konsorcjum horyzontalnego (poziomego): Obroty w sektorze robót budowlanych lidera nie mogą być mniejsze niż 40% wymaganych od indywidualnego konstruktora, pozostały procent obrotów powinien być w łącznym posiadaniu konstruktorów-konsorcjantów, każdy w zakresie minimalnym 10% tego, co jest wymagane od całego konsorcjum. Konstruktor-lider, w każdym przypadku, musi spełniać wymóg w sposób większościowy.

W przypadku tzw. konsorcjum wertykalnego (pionowego): Obroty w sektorze robót budowlanych konstruktora-lidera nie powinny być mniejsze niż trzykrotna wartość dominującej/głównej kategorii, powiększonej o wartość kategorii rozłącznych, ale konkretnie nierozłączonych. Pozostali konstruktorzy muszą posiadać obroty w sektorze robót budowlanych co najmniej 3-krotności wartości jednej lub kilku kategorii rozłącznych, do których kwalifikują się.

Warunki udziału w zakresie projektowania

Wymagania w zakresie projektowania może spełniać wykonawca „konstruktor” samodzielnie, lub poprzez jednostki (firmy) projektowe. Jeśli chce powołać się na kwalifikacje firm projektowych, może je zatrudnić w charakterze podwykonawców (autor projektu „wskazany”) lub zaprosić do konsorcjum pionowego, w ramach którego projektant będzie odpowiedzialny jedynie za projektowanie (autor projektu „stowarzyszony”).

Ten sam autor projektu nie może być związany/stowarzyszony lub wskazany przez dwóch uczestników postępowania, pod karą wykluczenia obydwu.

Autorzy projektów "związani/stowarzyszeni" lub "wskazani" mogą z kolei składać się z wielu podmiotów (konsorcjum projektantów), które razem spełniają wymagania wskazane poniżej. W konsorcjum projektantów mogą ewentualnie uczestniczyć firmy budowlane („konstruktorzy”), o ile posiadają świadectwo SOA dotyczące kontraktów „zaprojektuj i zbuduj”.

A. Obrót

Koniecznym jest zrealizowane w ciągu ostatnich pięciu lat (budżetowych) całościowego obrotu w usługach, o których w art. 50 DPR 554/99 w wysokości nie mniejszej niż 7,201,050.00 Euro.

Wielokrotnie w treści ogłoszenia o zamówieniu powoływane są różnorodne przepisy prawa włoskiego, których znajomość jest niezbędna do odczytania treści warunku. W tym przypadku przywołano jedno z rozporządzeń wykonawczych do ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 11 lutego 1994 r. zawierające definicję „usług architektonicznych i inżynierskich oraz innych usług technicznych związanych z przygotowaniem projektu wstępnego, projektu końcowego i dokumentacji wykonawczej, jak również działań technicznych i administracyjnych związanych z projektem”.

Nie sposób jednoznacznie odnieść wysokości wymaganego obrotu do wartości przewidywanych w ramach zamówienia prac projektowych. Wartość projektu wykonawczego, jaki ma zostać wykonany w ramach zamówienia określono w treści ogłoszenia na ok. 2,4 miliona Euro, a czas jego wykonania na pół roku (180 dni). Na podstawie tych danych można wyliczyć, że wymaga się średniego rocznego obrotu w ciągu ostatnich 5 lat w wysokości 1/3 rocznej wartości prac

projektowych przewidzianych do wykonania (co nie wydaje się kwotą wysoką). Z drugiej strony, nie wydaje się możliwe, aby całości prac projektowych dla inwestycji o wartości 422 mln kosztowała 7,2 mln, czyli 1,7%.

W przypadku konsorcjum (niezależnie od typu konsorcjum) warunek dotyczący przychodu został sprecyzowany w następujący sposób:

Autor projektu-lider powinien zrealizować, w ciągu ostatnich pięciu lat, łączny obrót w sektorze usług zgodnie z art. 50 dekretu prezydenckiego nr 554/99, nie mniejszy niż € 2.880,420.00. Autorzy projektu-zleceniodawcy powinni zrealizować, łącznie, w ciągu ostatnich pięciu lat, całkowity obrót w usługach, o których w art. 50 dekretu prezydenckiego nr 554/99 równy różnicy pomiędzy całkowitą wartością dochodu wymaganego od konsorcjum i obrotów lidera.

Podobnie, jak w przypadku warunków w zakresie robót budowlanych wymaga się spełnienia warunku łącznie przez członków konsorcjum, przy czym lider winien spełniać warunek w 40%.

B. Usługi

Wymagana jest realizacja, w ostatnich 120 miesiącach, usług z zakresu projektowania obejmującego różne kategorie projektów, np.: *Prac należących do kategorii / klasy (ex L.143/49 późn. zm.) IX-c w łącznej wysokości nie mniejszej niż € 683,737,650.30.*

Rodzaje prac projektowych są definiowane według klasyfikacji zawartej w w/w rozporządzeniu, służącej m. in. do wyceny prac projektowych w zależności od specyfiki i stopnia złożoności projektu. Wyróżnia się dziewięć klas projektów (od I do IX), z których większość dzieli się na 2-3 kategorie (a, b, c). Rodzaje prac w ramach każdej klasy i kategorii są dobrze zdefiniowane, np. przywołana powyżej klasa IX-c obejmuje tunele, prace podziemne i podwodne, fundamenty specjalne.

W analizowanym ogłoszeniu wskazano łącznie siedem klas projektów i dla każdej z nich określono łączną wartość usług, jakie wykonawca musi wykazać w ciągu ostatnich 10 lat. Wartości te są wielokrotnie wyższe od wskazanej w ogłoszeniu wartości projektu wykonawczego.

Dodatkowe wymagania postawiono w zakresie wykonania tzw. „usług wiodących na rynkach” wymagając wykonania w ciągu ostatnich 10 lat usług projektowych w określonych kategoriach i określonej wartości.

W przypadku konsorcjum (niezależnie od typu konsorcjum) warunek dotyczący usług został sprecyzowany w ten sposób, że wiodące usługi o określonej wartości musi wykonać lider: *Autor projektu-lider musi ukończyć, w ciągu ostatnich 120 miesięcy, usługi, o których w art. 50 dekretu prezydenckiego nr 554/99 w odniesieniu do Prac należących do kategorii / klasy (ex L.143/49 z późn. zm.) IX-c w łącznej wysokości nie mniejszej niż euro 273,495,060.12.*

Oznacza to, że lider konsorcjum projektowego musi wykazać spełnienie warunku w 40%, a pozostali członkowie „dopełnić” swoimi usługami do wysokości warunku. W ten sposób określono wymagania w zakresie dwóch kategorii projektowych. W pozostałym zakresie dopuszczalne jest łączne wykazanie spełnienia warunku, tj. proste sumowanie wartości usług wykonanych przez wszystkich członków konsorcjum.

C. Personel

Kolejny warunek dotyczy personelu:

Koniecznym jest użycie w ciągu ostatnich trzech lat (w ciągu ostatnich 36 miesięcy poprzedzających datę publikacji ogłoszenia), średniej liczby personelu technicznego - w tym aktywnych użytkowników, pracowników i konsultantów w ramach umowy o stałej i skoordynowanej współpracy w skali rocznej - równej 80 jednostkom.

Jako, że warunek odnosi się do wielkości zatrudnienia, nie do kwalifikacji kluczowego personelu – żadne wymagania co do kwalifikacji personelu technicznego nie zostały postawione.

Warunek nie odnosi się tylko do osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, wymagana jest natomiast umowa o stałej i skoordynowanej współpracy. Choć pojęcia te nie wydają się precyzyjne, w praktyce warunek bada, czy wykonawca dysponował 80 osobami personelu technicznego w ciągu ostatnich trzech lat.

W przypadku konsorcjum (niezależnie od typu konsorcjum) warunek – analogicznie do pozostałych – został określony w ten sposób, że konsorcjum musi wykazać 80 osób, z tego lider musi wykazać 32 osoby (40%).

Warunki udziału na budowę Italferr SpA

Sposób formułowania warunków w przetargu na budowę jest co do zasady zbliżony do przetargu zaprojektuj i zbuduj w zakresie wymagań dla wykonawcy robót (konstruktora).

Warunki udziału na przykładzie zamówienia „zaprojektuj i zbuduj” Anas SpA

Sposób formułowania warunków jest znacznie prostszy, niż w przetargach Italferr.

Poza kategorią główną OG3 klasyfikacji VII określono również:

- 4 dodatkowe kategorie robót i odpowiadające im poziomy klasyfikacji, z których jedna nie wymagała posiadania kwalifikacji (czyli certyfikatu SOA) oraz
- 5 kategorii projektowania wraz z klasami.

W zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej nie określono warunku dla wykonawcy robót (konstruktora), lecz jedynie dla projektanta: *oświadczenia o całkowitych obrotach za najlepsze 5 lat (niekoniecznie kolejnych) w dziesięcioleciu poprzedzającym datę publikacji ogłoszenia, które nie mogą być mniejsze niż 4-krotność kwoty kosztów projektu.*

W zakresie zdolności technicznej wykonawcy robót wymagano:

- *ważne świadectwo kwalifikacji, odpowiednie do kategorii i klasyfikacji wartości zamówienia, przyznane przez upoważnioną SOA do budowy i projektowania lub jako alternatywa*
- *ważne świadectwo kwalifikacji, odpowiednio do kategorii i klasyfikacji wartości zamówienia, wydane przez upoważnioną SOA wyłącznie do robót budowlanych, uzupełnione przez wskazanie/ stowarzyszenie autorów projektu kwalifikowanych do projektowania klas i kategorii robót budowlanych.*

Tak więc wykonawca posiadający certyfikat w zakresie „zaprojektuj i zbuduj” o wartości zamówienia może ubiegać się o zamówienie samodzielnie, natomiast wykonawca posiadający certyfikat w zakresie budowy musi powierzyć projektowanie podwykonawcy lub członkowi konsorcjum pionowego, który – co oczywiste – musi wykazać się certyfikatem w zakresie projektowania robót określonej kategorii i klasyfikacji.

Dodatkowo w zakresie zdolności technicznej projektanta wymagano:

- *oświadczenie dotyczące wykonania, w ciągu ostatnich 10 lat przed datą opublikowania ogłoszenia, usług projektowania robót należących do każdej z klas i kategorii wskazanych w ogłoszeniu, na łączną kwotę, dla każdej klasy i kategorii, co najmniej 4-krotność szacunkowej wartości prac do (za)projektowania w odniesieniu do poszczególnych klas i kategorii prac projektowych.*
- *oświadczenie o (prze)prowadzeniu, w ciągu ostatnich 10 lat przed datą publikacji niniejszego ogłoszenia, dwóch (2) usług w zakresie projektowania należących do każdej z klas i kategorii robót wymienionych w ogłoszeniu na łączną kwotę nie mniejszą, niż 0,5-krotność szacunkowej wartości prac do (za)projektowania w odniesieniu do poszczególnych klas i kategorii prac projektowych.*

W zakresie dostępnego personelu wymagano: *oświadczenia o średniej rocznej liczbie, w odniesieniu do trzech najlepszych lat (niekoniecznie kolejnych) w okresie pięciu lat poprzedzających datę publikacji ogłoszenia, personelu technicznego składającego się na jednostkę wnioskującą (w tym aktywnych partnerów/członków, pracowników i konsultantów z umową o współpracy w skali rocznej, zgodnie z odpowiednimi obowiązującymi przepisami); wymóg ten powinien być co najmniej 2 (dwa) razy większy niż jednostki szacowane dla wykonania pracy, o których mowa w pkt II.2.1) ogłoszenia.*

Wymaganie odnoszące się do dowolnych 3 lat z ostatnich pięciu (podobnie, jak przy obrocie licznym dla 5 lat z ostatnich 10) wprowadza dużą elastyczność, zwłaszcza w czasie kryzysu i zasługuje na rozważenie. Co do liczby projektantów warunek wprost odnosi się do szacowanej liczby osób koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia (wskazano w ogłoszeniu, iż szacuje się zaangażowanie 12 projektantów). Nie określono żadnych wymaganych kwalifikacji.

Jak widać Anas SpA określa warunki udziału w przetargach „drogowych” w sposób znacznie prostszy, niż Italferr SpA w przetargach „kolejowych”.

Warunki udziału na budowę i na projektowanie Anas SpA

W przetargu na budowę poza certyfikatem SOA dla wskazanych kategorii i klasyfikacji wymagano jedynie: *oświadczenia o realizacji obrotów w sektorze roboty budowlane, osiągniętych w okresie pięciu lat poprzedzających publikację ogłoszenia, które nie będą niższe niż 3-krotność kwoty zamówienia.*

Zważywszy przewidywany okres realizacji zamówienia, który wynosił 2 lata można wyliczyć, że zamawiający de facto wymagał średniego rocznego obrotu w zakresie objętym przedmiotem zamówienia w wysokości 1,2-krotności rocznej wartości zamówienia.

W przetargu na projektowanie określono warunki podobnie do warunków dla projektanta w przetargu „zaprojektuj i zbuduj”.

W zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej: *oświadczenia o całkowitym obrocie za usługi projektowe przeprowadzone w ciągu ostatnich 5 lat, co musi być równa co najmniej 3-krotnej wartości zamówienia.*

W zakresie zdolności technicznej projektanta wymagano:

- *oświadczenia o wykonaniu, w ciągu ostatnich 10 lat, usług projektowania ostatecznego i wykonawczego, dotyczących prac należących do każdej z klas i kategorii, których dotyczą usługi, które mają być zlecone, na łączną kwotę dla każdej klasy i kategorii, co najmniej 2 razy większą od szacowanej wartości pracy do zaprojektowania, w odniesieniu do każdego rodzaju i kategorii prac projektowych wskazanych w ogłoszeniu*
- *oświadczenie o wykonaniu, w ciągu ostatnich 10 lat, 2 usług projektowania ostatecznego i wykonawczego, należących do każdej z klas i kategorii prac, do których odnoszą się usługi podane w ogłoszeniu, na kwotę łączną nie mniejszą niż 0,6-krotność szacowanej wartości prac, które mają być wykonane w odniesieniu do każdej klasy i kategorii.*

W zakresie dostępnego personelu wymagano nie tylko oświadczenia o średniej rocznej liczbie personelu technicznego, wymagając tym razem 3 razy więcej osób, niż szacowane do realizacji zamówienia, ale również: *zestawienia pokazujące listę specjalistów, którzy będą wykonywać usługi z określeniem ich kwalifikacji zawodowych, jak również wskazanie specjalisty do spraw integracji/włączenia usług specjalistycznych.*

Nie określono dalszych wymagań co do kwalifikacji personelu.

2.2.2 Kryteria oceny ofert

a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo

Kryteria oceny ofert służące do wyboru najkorzystniejszej oferty muszą czynić zadość zasadom udzielania zamówień publicznych.

Jako oferta najkorzystniejsza może być uznana oferta z najniższą ceną lub oferta najkorzystniejsza ekonomicznie. Dyrektywa określa te dwa pojęcia nazwą kryteria, lecz bardziej precyzyjnie należałoby stwierdzić, że są to dwie zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie zamawiający stosuje inne kryteria (nie tylko o charakterze ekonomicznym).

Dyrektywa wymienia przykładowe kryteria: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji (art. 53 ust. 1). Nie jest to lista wyczerpująca: „kryteria, które instytucje zamawiające mogą stosować, nie są wymienione w sposób wyczerpujący i choć zatem przepis ten pozostawia instytucjom zamawiającym wybór co do kryteriów udzielenia zamówienia, które zechcą zastosować, to jednak wybór ten musi się ograniczać do kryteriów zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.⁹⁶”

Zamawiający dysponuje dużą swobodą formułowania kryteriów w celu najlepszego zaspokojenia przez instytucje zamawiające potrzeb zainteresowanych odbiorców publicznych, w tym w zakresie aspektów ochrony środowiska lub aspektów społecznych. „Należy zaznaczyć, że instytucje zamawiające mają swobodę nie tylko w zakresie wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, ale także w zakresie ustalenia ich wagi, jeśli tylko pozwala im ona na syntetyczną ocenę przyjętych kryteriów w celu wybrania najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.⁹⁷” Ograniczeniem tej swobody są warunki, jakie muszą spełniać kryteria oceny ofert, które zostały sformułowane pierwotnie przez TSUE⁹⁸, a następnie inkorporowane do dyrektywy⁹⁹.

1. Kryteria muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Kryteria mają prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc mogą odnosić się wyłącznie do cech ofert, mierzyć stopień korzystności oferty. Orzecznictwo TSUE wskazuje przy tej okazji dwa istotne ograniczenia wynikające z tej zasady.

Po pierwsze, kryteria wyboru oferty nie mogą odnosić się do właściwości wykonawcy, nie mogą oceniać jego wiarygodności (odpowiedniości)¹⁰⁰. Należy wyraźnie odróżnić koncepcyjnie ocenę wykonawcy, która jest dokonywana na podstawie kryteriów możliwości ekonomicznych, finansowych i technicznych (zwanym „kryteriami wyboru jakościowego”) od oceny składanej przez niego oferty na podstawie kryteriów oceny ofert. „W tym względzie z orzecznictwa wynika, że o ile dyrektywy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych teoretycznie nie wykluczają możliwości jednoczesnego przeprowadzenia sprawdzenia odpowiedniości oferentów i udzielenia zamówienia, to jednak obie te czynności są odrębnymi czynnościami i podlegają różnym przepisom.¹⁰¹”

Po drugie, kryteria muszą odnosić się do elementów objętych przedmiotem zamówienia, przy czym „nie jest wymagane, by kryterium udzielenia zamówienia dotyczyło immanentnej cechy

⁹⁶ Wyrok z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, pkt 19; wyrok z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, pkt 35, 36; wyroki: z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, pkt 54, 59; z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, pkt 63, 64; wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis in., pkt 29; wyrok z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07, pkt 54.

⁹⁷ Wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN i Wienstrom, pkt 39; wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03, Contse SA, pkt 68.

⁹⁸ Wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland.

⁹⁹ Motyw 1 dyrektywy.

¹⁰⁰ TSUE wielokrotnie wypowiadał się w tej sprawie, np. wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis, pkt 30; wyrok z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07, pkt 55.

¹⁰¹ Wyrok z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, pkt 15, 16; wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis i in., pkt 26; wyrok z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07, pkt 51.

produktu, a więc elementu zawartego w nim materialnie.¹⁰² Kryteria mogą dotyczyć elementów ubocznych, produktów dodatkowych, jednak wymagane jest, aby stanowiły część przedmiotu zamówienia.

2. Kryteria muszą być obiektywne, tzn. muszą umożliwiać dokonanie obiektywnej oceny ofert. W jaki sposób rozumiany jest ten obiektywizm: „poszanowanie zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości wymaga, by kryteria udzielania zamówienia były obiektywne, zapewniając w ten sposób, by również obiektywnie dokonywane było porównanie i ocena ofert, a więc w warunkach efektywnej konkurencji. Sytuacja ta nie ma miejsca wówczas, gdy kryteria przyznają instytucji zamawiającej nieograniczoną swobodę wyboru.¹⁰³ Szereg wyroków w ten właśnie sposób definiuje obiektywizm: kryteria nie mogą nadawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Brak jest jakichkolwiek stwierdzeń, które mogłyby prowadzić do wniosku, że obiektywizm oceny oznacza konieczność stosowania wyłącznie kryteriów wymiernych, policzalnych.

Za niemożnością zrównania obiektywizmu oceny z jej wymiernością przemawia przede wszystkim stan prawny, na podstawie którego została sformułowana powyższa zasada, a więc brzmienie „starych” dyrektyw¹⁰⁴. Zgodnie z ich przepisami, instytucja zamawiająca miała obowiązek zamieścić „w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkie kryteria, które zamierza zastosować, w miarę możliwości, w kolejności przyznanego im znaczenia¹⁰⁵”. Tak więc w ówczesnym stanie prawnym zamawiający nie mieli obowiązku określania wag (znaczenia) kryteriów, mogli je uszeregować od najważniejszego do najmniej ważnego – i to w miarę możliwości. Taki sposób precyzowania kryteriów wykluczał możliwość uzyskania przez wykonawców informacji o sposobie oceny ofert, który byłby wymierny. Obecnie obowiązujące dyrektywy zawierają obowiązek podania wag kryteriów, lecz nie jest on bezwzględny: „instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, albo, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym, wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej przedstawienie wag nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia lub w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.¹⁰⁶”

Powyższe oznacza, że – bez żadnego dodatkowego uzasadnienia – wagi kryteriów mogą być podane za pomocą przedziałów, co uniemożliwia zalgorytmizowaną ocenę ofert. W szczególnych okolicznościach, a w przypadku dialogu konkurencyjnego standardowo, dopuszczalne jest odstępianie od określania wag kryteriów i poprzestanie na ich uszeregowaniu. Zarówno przeszłe, jak i obecne regulacje unijne w zakresie kryteriów muszą prowadzić do wniosku, iż konieczność zapewnienia obiektywizmu oceny ofert nie może być rozumiana jako konieczność stosowania wyłącznie kryteriów wymiernych i dokonywania oceny na podstawie mniej lub bardziej wyrafinowanych działań matematycznych.

3. Kryteria muszą być wyraźnie określone w specyfikacji lub w ogłoszeniu o zamówieniu¹⁰⁷. Z podobnej perspektywy należy interpretować obowiązek informowania wykonawców o stosowanych kryteriach. Z jednej strony, wymaga się dokładnego informowania wykonawców o przewidzianych kryteriach oceny ofert: „Kryteria te powinny być sformułowane w sposób umożliwiający wszystkim odpowiednio poinformowanym i dochowującym należytej staranności oferentom zapoznanie się z ich dokładnym zakresem i zinterpretowanie ich w ten sam

¹⁰² opinia rzecznik generalnej w sprawie C-368/10, pkt 110;

¹⁰³ Np. wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, pkt 61; wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC Srl, pkt 21; wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10, pkt 87;

¹⁰⁴ dyrektywa 92/50 dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dyrektywa 93/36 dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy, dyrektywa 93/37 dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane;

¹⁰⁵ Art. 36 ust. 2 dyrektywy 92/50; art. 26 ust. 2 dyrektywy 93/36; art. 30 ust. 2 dyrektywy 93/37;

¹⁰⁶ Art. 53 ust. 2 dyrektywy klasycznej i art. 55 ust. 2 dyrektywy sektorowej;

¹⁰⁷ Np. wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC Srl, pkt 21

sposób.¹⁰⁸” Z drugiej strony, okazuje się, że ta informacja nie musi zawierać wag kryteriów: „W celu poszanowania zasady równego traktowania i przejrzystości ważne jest również, by wszystkie czynniki, które zamawiający bierze pod uwagę w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, a także w miarę możliwości ich stosunkowa waga, były znane potencjalnym oferentom w chwili przygotowywania ich ofert.¹⁰⁹”

Rozważając zakres informacji, jakie zamawiający powinien podać wykonawcom, TSUE oceniał również możliwość doprecyzowania ogólnie wskazanych w ogłoszeniu kryteriów na użytek komisji przetargowej. W sprawie ATI EAC Srl zarówno kryteria udzielenia zamówienia i ich wagi, jak również podkryteria zostały określone wcześniej i ogłoszone w specyfikacji warunków zamówienia. Instytucja zamawiająca określiła jednak ex post, na krótko przed otwarciem ofert, wagi podkryteriów. Trybunał orzekł, że przepisy dyrektywy nie stoją na przeszkodzie takiemu działaniu pod trzema warunkami, a więc jeżeli decyzja taka:

- nie zmienia określonych w specyfikacji lub ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów udzielenia zamówienia;
- nie zawiera informacji, które – jeżeli byłyby znane na etapie przygotowywania ofert – mogłyby mieć na nie wpływ;
- nie została wydana z uwzględnieniem okoliczności, które mogłyby skutkować dyskryminacją jednego z oferentów¹¹⁰.

Z drugiej strony, w innej sprawie, w której komisja przetargowa zamieściła w ogłoszeniu o zamówieniu jedynie same kryteria udzielenia zamówienia i ustaliła ex post, po złożeniu ofert zarówno wagi, jak i podkryteria w zakresie kryteriów udzielenia zamówienia – stwierdzono, że to działanie w oczywisty sposób nie spełnia obowiązku ogłaszania i jest sprzeczne z prawem¹¹¹.

4. Kryteria muszą być zgodne z fundamentalnymi zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania gwarantującymi, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Dyrektywy w zakresie zamówień publicznych służą zapewnieniu podstawowych swobód traktatowych (swobody przepływu osób, towarów, kapitału i świadczenia usług). Wszelkie działania zamawiającego powinny być rozpatrywane w tym świetle: czy ograniczają swobody, przy czym w pewnych sytuacjach ograniczenie to może być uzasadnione: „przepisy krajowe, które mogą ograniczać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie z podstawowych wolności zagwarantowanych przez Traktat, aby mogły zostać uznane za zgodne z art. 43 WE i 49 WE, powinny, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, spełniać cztery przesłanki: powinny być stosowane w sposób niedyskryminujący, powinny być uzasadnione względami nadrzędnego interesu publicznego, powinny być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, oraz nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.¹¹²” Z punktu widzenia powyższych przesłanek należy oceniać również zasadność stosowania konkretnych kryteriów oceny ofert. Jest to zrozumiałe, ponieważ poprzez stosowane kryteria oceny ofert realizują się (lub są ograniczane) podstawowe swobody traktatowe. Ewentualnym uzasadnieniem zastosowania kryteriów ograniczających powyższe podstawowe swobody może być wykazanie przez zamawiającego, że spełnione są łącznie następujące warunki:

- są stosowane w sposób niedyskryminujący, przy czym należy pamiętać, że zasada równego traktowania, zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez stosowanie innych kryteriów różniących powodują de facto ten sam

¹⁰⁸ Np. wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10, pkt 88

¹⁰⁹ Np. wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, pkt 88; wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau, pkt 98; wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC Srl, pkt 24

¹¹⁰ wyrok z dnia 24 listopada 2005 r. w sprawie C-331/04 ATI EAC Srl, pkt 32

¹¹¹ wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Lianakis in., pkt 44

¹¹² wyrok z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, pkt 32; wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94, Gebhard, pkt 37; wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01, Gambelli i in., pkt 64 i 65; wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03, Contse SA, pkt 25

skutek.¹¹³ Jeżeli choćby jedno z kryteriów w praktyce może zostać łatwiej spełnione przez podmioty gospodarcze z kraju zamawiającego, niż przez podmioty mające siedzibę w innym Państwie Członkowskim, kryterium to narusza zasadę niedyskryminującego stosowania¹¹⁴.

- są uzasadnione względami nadrzędnego interesu publicznego,
- są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą (konieczne),
- nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia celu (są proporcjonalne).

Przypuszczać należy, że do rzadkich należą sytuacje, dla których wszystkie powyższe warunki jednocześnie będą spełnione.

b. Stosowane rozwiązania

b1. Wielka Brytania

Ocena ofert dokonywana jest w trzech etapach:

- Etap 1 - sprawdzenie zgodności oferty i dokonanie oceny oferty bazując wyłącznie na zawartości ofert,
- Etap 2 - sprawdzenie (weryfikacja) jakości oferty i informacji finansowych,
- Etap 3 - sprawdzenie trwałości i potwierdzenie dostępności kluczowego zespołu.

Ocena w zakresie jakości oraz w zakresie ceny będzie przeprowadzana przez dwa zespoły: Zespół Oceny Jakości i Zespół Oceny Finansowej, które będą działały niezależnie i nie będą miały dostępu do dokonanych ocen dopóki nie skończy się etap 2.

Członkowie zespołów (komisji) muszą przestrzegać czterech kluczowych zasad podczas badania ofert:

- Zaufanie: czy zaproponowany zespół, organizacja i propozycje dają pewność, że prawdopodobne jest, że wykonawca zapewni realizację zamówienia elastycznie prowadzoną, dobrze wyważoną i wnoszącą trwałą poprawę i wychodząc naprzeciw celom zamawiającego?
- Wartość: Czy propozycje zapewniają najlepszą wartość dla zamawiającego?
- Ryzyko: Czy w ofercie zidentyfikowano wszystkie ryzyka wynikające z propozycji dostarczenia wyspecyfikowanych poziomów obsługi oraz czy wychodzi naprzeciw celom zamawiającego? Co zostało wprowadzone w celu kontrolowania tych zagrożeń oraz jakie ewentualności zostały zastosowane w odpowiednich przypadkach?
- Współpraca: Czy zaproponowany zespół, organizacja i propozycje dają pewność, że wykonawca jest zdolny do pracy wspólnej w celu zapewnienia stale usprawniającej i trwałej obsługi?

Etap 1

1. Jakość

W ramach kryterium ocenie podlega:

- 1) Oświadczenie o Jakości,
- 2) Zapewnienie kluczowego personelu,
- 3) Oferowana metodologia.

Wymagania dotyczące zawartości tych dokumentów są szczegółowo określone.

¹¹³ wyrok z dnia 27 października 2005r. w sprawie C-234/03, Contse SA, pkt 36

¹¹⁴ wyrok z dnia 27 października 2005r. w sprawie C-234/03, Contse SA, pkt 60

Ad 1. Oświadczenie o Jakości.

W zależności od specyfiki zamówienia powinno odnosić się w szczególności do następujących kwestii:

- Zaproponowane ulepszenia dokumentacji projektowej wychodzące naprzeciw wymaganiom zamawiającego,
- Projekt organizacji pracy na terenie budowy,
- Efektywne zarządzanie, komunikacja i współpraca z kierownikiem projektu, zamawiającym, podwykonawcami i podmiotami trzecimi,
- Zapewnienie płatności na rzecz podwykonawców,
- Zarządzanie jakością, zapewnienie niezależnej kontroli jakości, minimalizacja uchybień, efektywne wykorzystanie środków produkcji,
- Kontrola kosztów, dotrzymanie budżetu, zdolność prognozowania rocznych budżetów i ceny końcowej,
- Dotrzymanie harmonogramu, kamieni milowych, szybkość reakcji na zdarzenia.

Zespół ocenia, które Oświadczenie o Jakości zapewni zamawiającemu najwyższe przekonanie, że cele wykonawcy zostaną osiągnięte oraz zapewniony będzie stały wzrost jakości. Na Etapie 1. oceniane jest podejście wykonawcy do wybranych kwestii (do każdej z osobna) według skali przedstawionej w poniższej tabeli.

Tabela 27 Skala oceny podejścia wykonawcy do wybranych kwestii

Oferowane Podejście	Jak dobrze oferowane podejście pokazuje zrozumienie celów projektu i odnosi się do rozwiązania głównych zagrożeń w zakresie zarządzania i problemów technicznych związanych z projektem?	Ocena
Słabe	Podejście nie pokazuje adekwatnego zrozumienia celów projektu oraz nie odnosi się adekwatnie do głównych ryzyk w zakresie zarządzania i technicznym	1-4
Akceptowalne	Podejście pokazuje adekwatne zrozumienie celów projektu i pokrywa główne ryzyka w zakresie zarządzania i technicznym na akceptowalnym poziomie	5
Dobre	Podejście wykazuje dobre zrozumienie celów projektu. W pełni się odnosi do głównych ryzyk związanych z zarządzaniem i technicznych oraz przewiduje zapewnienie ciągłego doskonalenia przez okres realizacji projektu	6-7
Bardzo Dobre	Podejście wykazuje bardzo dobre zrozumienie celów projektu. Podejście zawiera specyficzne inicjatywy, które uzasadniają wysoki poziom zaufania co do realizacji celów projektu. Optymalne poziomy zasobów zostały alokowane i bezpośrednio powiązane z zarządzaniem głównymi ryzykami zarządzania i technicznymi oraz przewiduje zapewnienie ciągłego doskonalenia przez okres realizacji projektu.	8-9
Doskonałe	Podejście jest dostosowane swoiście by pasować do celów projektu, wykorzystuje innowacyjne podejście by radzić sobie w sposób wszechstronny z głównymi ryzykami w zakresie zarządzania i technicznymi, i jest wysoce prawdopodobne że zmaksymalizuje wykonanie Kluczowych Wskaźników Wydajności oraz zapewni ciągłe doskonalenie przez okres realizacji projektu.	10

Źródło: Instrukcja dla wykonawców analizowanych przetargów

Ad 2. Zapewnienie kluczowego personelu

Wykonawca zobowiązany jest przedstawić dane dotyczące kluczowego personelu, który jest oceniany w ramach kryterium nie za posiadane wykształcenie i doświadczenie, lecz za jego adekwatność do roli w trakcie realizacji zamówienia. Poniższa tabela przedstawia sposób oceny.

Tabela 28 Skala oceny doboru kluczowego personelu

Oferowane Podejście	Jak dobrze umiejętności, doświadczenie i odbyte szkolenia kluczowego personelu wychodzą naprzeciw potrzebom projektu?	Ocena
Słabe	Wyszkolenie, umiejętności i doświadczenie nie są wystarczające, by zrealizować cele zamawiającego	1-4
Akceptowalne	Wyszkolenie, doświadczenie i umiejętności są wystarczające, by zrealizować cele zamawiającego oraz kluczowy personel wychodzi naprzeciw ustalonym celom.	5
Dobre	Podejście do wypełnienia stanowisk kluczowego personelu zostało rozwinięte, a wymienione osoby mają adekwatne zdolności, by osiągnąć ciągłą redukcję kosztów i spełnienie celów zamawiającego	6-7
Bardzo Dobre	Wyszkolenie, doświadczenie i umiejętności personelu w wysokim stopniu nawiązuje do wymagań projektu, a zaoferowany zespół jest kompleksowo wyposażony, by skutecznie spełnić cele zamawiającego	8-9
Doskonałe	Zaproponowany personel pokazał, że potrafi pracować razem i wspólnie z zamawiającym, by spełnić cele zamawiającego oraz by osiągnąć znaczącą i ciągłą redukcję kosztów przynoszących oszczędności dla budżetu zamawiającego	10

Źródło: Instrukcja dla wykonawców analizowanych przetargów

Ad. 3. Oferowana metodologia

Wymagania w zakresie metodologii mogą obejmować, w zależności od specyfiki zamówienia:

- harmonogram realizacji zamówienia,
- harmonogram wykorzystania zasobów w sposób wystarczająco szczegółowy, aby zidentyfikować poszczególne zasoby i środki dla każdej operacji w ramach harmonogramu,
- opis podejścia do realizacji każdej operacji w ramach harmonogramu,
- identyfikacja ryzyka, opis spodziewanego wpływu ryzyka na harmonogram i koszty, opis proponowanych działań w celu uniknięcia lub zmniejszenia ryzyka (nie może zawierać żadnych realokacji ryzyka).

Ocena oferowanej metodologii przedstawiona jest w poniższej tabeli.

Tabela 29 Skala oceny oferowanej metodologii

Oferowane Podejście	Jak dobrze oferta wychodzi naprzeciw wymaganiom kontraktu i pokazuje zrozumienie ryzyk?	Ocena
Słabe	Podejście nie uwzględnia w pełni wymagań kontraktu i nie pokazuje właściwej kontroli kosztów i ryzyka.	1-4
Akceptowalne	Podejście nie uwzględnia w pełni wymagań kontraktu i nie pokazuje właściwej kontroli kosztów i ryzyka.	5
Dobre	Oferta pokazuje dobrze przemyślaną równowagę pomiędzy zasobami wymaganymi, by wykonać pracę a zasobami i podejściem zaproponowanym w celu złagodzenia ryzyka przy pracy.	6-7
Bardzo Dobre	Oferta obejmuje specyficzne dla projektu inicjatywy, które uzasadniają wysoki poziom zaufania co do wykonania projektu w terminie i granicach budżetu i łagodzą ryzyka.	8-9
Doskonałe	Oferta obejmuje wysoce innowacyjne i specyficzne dla projektu inicjatywy, które uzasadniają duże zaufanie co do wykonania projektu w terminie i w granicach budżetu i minimalizują ryzyka.	10

Źródło: Instrukcja dla wykonawców analizowanych przetargów

Określany jest również minimalny poziom jakości.

Minimalny poziom jakości w niniejszym zamówieniu to osiągnięcie znormalizowanej oceny na poziomie 60% dla każdej części oferty jakościowej. Oferta, która nie osiągnie minimalnych wymagań jakościowych może nie być brana pod uwagę w dalszym procesie udzielania zamówienia oraz, jeśli zostanie odrzucona, wykonawca zostanie o tym poinformowany. Jeśli wykonawca nie zostanie odrzucony, znormalizowane oceny osiągnięte przez ofertę zostaną wykorzystane w dalszych kalkulacjach.

Po dokonaniu oceny w ramach powyższych podkryteriów liczona jest łączna ocena za jakość. Oceny za Oświadczenie o Jakości, oferowany kluczowy personel oraz oferowaną metodologię zostają połączone w stosunku 50:15:35.

Oferta z najwyższą oceną otrzyma 100 punktów. Punkty pozostałych wykonawców będą obliczone poprzez odjęcie od 100 po jednym punkcie za każdy pełny punkt procentowy, o który ich ocena jest niższa od najwyższej.

2. Oferta w zakresie zdrowia i bezpieczeństwa

Wykonawcy muszą być zdolni sprostać oczekiwaniom zamawiającego co do tego, że są kompetentni i mają odpowiednie zasoby dla zapewnienia bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

Ocena planu Bioz musi doprowadzić do potwierdzenia, że:

- Zaoferowane podejście zidentyfikowało kluczowe ryzyka w zakresie zdrowia i bezpieczeństwa i odpowiednie środki opisane do zarządzania ryzykami.
- W sposób wystarczający wykazano wymagane kompetencje do spełnienia roli.
- Wspierające dowody pokazują, że wykonawca jest zdolny do poradzenia sobie z kluczowymi zagadnieniami z zakresu zdrowia i bezpieczeństwa.
- W przypadku, gdy istnieją braki w poprzednich doświadczeniach lub istnieją zagrożenia związane z pracami, którymi wcześniej nie zarządzano, wyjaśnienie w jaki sposób te braki zostaną przezwyciężone muszą dawać pewność, że będą one odpowiednio zarządzane.

Oferta z akceptowalnymi propozycjami co do zdrowia i bezpieczeństwa musi spełniać powyższe kryteria. Niespełnienie któregośkolwiek z tych kryteriów spowoduje uznanie oferty za niedopuszczalną.

3. Punktowanie części finansowej oferty

Zespół Oceny Finansowej weryfikuje poprawność obliczenia ceny.

Najniższa cena otrzymuje 100 punktów. Punkty innego wykonawcy są obliczone poprzez odjęcie od 100 po jednym punkcie za każdy pełny punkt procentowy o jaki jego cena jest wyższa od najniższej.

4. Łączenie wyników za oferowaną Jakość i część finansową oferty

Punkty za jakość i punkty za część finansową są łączone w stosunku odpowiadającym wagom obu kryteriów. Przetargu na zaprojektowanie i wykonanie odcinka drogi A14 zastosowano stosunek 60 (jakość) : 40 (cena), natomiast w przetargu na wykonanie A160/A180 – relację 70 (jakość) : 40 (cena).

W wyniku otrzymuje się najwyżej punktowaną ofertę.

Zamawiający weryfikuje następnie, czy cena najwyżej punktowanej oferty jest przystępna, czyli możliwa do przyjęcia z powodu wysokości budżetu, jaki zamawiający dysponuje. Jeśli cena z najwyżej punktowanej oferty zostanie uznana za nieprzystępną, wówczas zamawiający może:

- A) zrewidować zakres i zażądać od wykonawców złożenia nowych ofert, albo
- B) unieważnić niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia.

Oferta z najwyższą punktacją i przystępną ceną będzie podlegała zatwierdzeniu. Jeśli więcej niż jeden wykonawca będzie miał taką samą punktację, ich oferty zostaną zatwierdzone.

Zamawiający poinformuje wykonawców czy ich oferta została lub nie przeznaczona do zatwierdzenia. Takie powiadomienie nie może być utożsamiane przyjęciem którejkolwiek z ofert.

Etap 2

1. Sprawdzenie Jakości oferty

Na tym etapie następuje weryfikacja zaproponowanego podejścia, tj. czy zaproponowane przez wykonawcę podejście w zakresie jakości (którego walory zostały ocenione na Etapie 1.) rzeczywiście zostanie wdrożone.

Na potwierdzenie realności zrealizowania przez wykonawcę oferowanych standardów jakości winien on przedstawić dowody z innych projektów. Dowód ma się składać ze sprawdzalnych oświadczeń prezentujących, że zaproponowane podejście zostało zastosowane i przyczyniło się do skutecznej realizacji podobnych usług.

Należy również przedstawić dane pozwalające na identyfikację projektów zrealizowanych przez wykonawcę, na które się on powołuje (tytuł projektu, klient, wartość, generalny wykonawca, rola, jaką odgrywał wykonawca w tej inwestycji, daty realizacji).

Ocena dowodów następuje według zasad punktacji zaprezentowanych w tabeli poniżej.

Tabela 30 Zasady punktacji dowodów

Dowody wspierające	Jak dobrze dowody z wcześniej realizowanych projektów uzasadniają zaufanie, że zaoferowane podejście zostanie z powodzeniem zrealizowane?	Ocena
Słabe	Jest mało dowodów, że zaoferowane podejście ma poparcie w doświadczeniu z innych projektów	1-4
Akceptowalne	Jest odpowiedni poziom dowodów na to, że zaoferowane podejście jest wynikiem udanego doświadczenia na innych projektach	5
Dobre	Są znaczne dowody wskazujące na to, że oferowane podejście zostało wypracowane na innych projektach przy wykorzystaniu oficjalnego procesu ciągłego doskonalenia	6-7
Bardzo Dobre	Jest bardzo znaczący dowód na to, że oferowane podejście zostało wypracowane na innych projektach przy wykorzystaniu oficjalnego procesu ciągłego doskonalenia, wskazującego, że bardzo prawdopodobne jest, iż oferowane podejście da pozytywny wynik	8-9
Doskonałe	Jest znaczący dowód na to, że oferowane podejście zostało wypracowane przy wykorzystaniu ciągłego procesu doskonalenia, który jest rutynowo używanym do tworzenia podejścia oraz zapewnia pozytywną realizację celów na wszystkich projektach.	10

Źródło: Instrukcja dla wykonawców analizowanych przetargów

W zakresie każdej z kwestii składających się na Oświadczenie o Jakości dokonywana jest odrębnie ocena dowodów (analogicznie, jak na Etapie 1. dokonywano oceny podejścia).

Oceny uzyskane przez ofertę za podejście i za dowody (odrębnie dla każdej kwestii) są zestawiane i ofercie przyznaje się mniejszą spośród ocen. Oznacza to, że ocena dokonana na Etapie 1. nie może zostać zwiększona, a zostanie zmniejszona, jeśli przedstawione dowody nie potwierdzają, że deklarowana jakość będzie osiągnięta.

Sprawdzając dowody Zespół Oceny Jakości może użyć każdego środka (sposobu), w szczególności może udać się do każdej osoby lub organizacji wymienionej w Oświadczeniu o Jakości do sprawdzenia. Sprawdzenie może obejmować spotkania z wykonawcą.

Zamawiający weryfikuje również pisemne dane dotyczące kluczowego personelu zawarte w ofercie:

Zespół Oceny Jakości przeprowadzi wywiady z personelem kluczowym wskazanym w ofercie. Od personelu kluczowego wymaga się, aby pokazał swoje rozumienie wymagań projektu oraz przedstawił jak jego umiejętności i doświadczenie zostało wykorzystane do osiągnięcia pozytywnych wyników we wcześniejszych adekwatnych projektach. Zaświadczenia ze szkoleń, osiągnięć i doświadczenia należy przekazać jeśli zażąda tego Zespół.

Ocena kwalifikacji personelu nie może zostać podwyższona w stosunku do dokonanej na Etapie 1. Jeśli w trakcie wywiadów okaże się, że ocena była zawyżona, zostanie skorygowana.

2. Sprawdzenie informacji finansowych

Zespół Oceny Finansowej sprawdza czy koszty ujęte w formularzu cenowym (kosztorysie) są reprezentatywne dla prawdopodobnych kosztów jakie się mogą pojawić. Zespół może sobie zażyczyć przeprowadzenie wywiadu z zespołem księgowym wykonawcy, aby zapewnić właściwy poziom wiedzy. Brak przedstawienia satysfakcjonujących dowodów na poparcie jakiegokolwiek aspektu oferty może skutkować odrzuceniem oferty.

3. Wskazanie preferowanego wykonawcy

Po sprawdzeniu, czy punktacja wykonawcy pozostaje najwyższa, wykonawca staje się Preferowanym Wykonawcą. Zamawiający poinformuje wykonawców czy zostali lub nie zidentyfikowani jako Preferowani Wykonawcy. Takie powiadomienie nie może być utożsamiane z przyjęciem jakiegokolwiek oferty.

Etap 3

Po weryfikacji oceny przewiduje się jeszcze jeden etap.

1. Sprawdzenie trwałości (*sustainability*)

Kontrakt musi działać jako wykonalne przedsięwzięcie dla obu stron. Zamawiający oczekuje odpowiedniego poziomu usługi za przystępną cenę, przy jednoczesnym zapewnieniu rozsądnego zysku dla wykonawcy. Nadmiernie niskie lub wysokie oferty będą przedmiotem badania i mogą zostać odrzucone, jeśli zostaną uznane za niemożliwe do utrzymania w czasie realizacji umowy lub za nieprzystępne.

Zespół Oceny Jakości i Zespół Oceny Finansowej wspólnie dokonają przeglądu dostarczonego materiału wraz z ofertą by sprawdzić czy prawdopodobna jest realizacja odpowiedniego poziomu usługi wynikającego z oferty jakościowej.

Podczas tego etapu, Zespół Oceny Jakości i Zespół Oceny Finansowej mogą poszukiwać dalszych wyjaśnień od Preferowanego Wykonawcy, który umożliwi im lepsze zrozumienie oferty. Te wyjaśnienia mogą być żądane na piśmie lub w czasie zwołanego w tym celu spotkania.

Brak zadowalających dowodów na poparcie jakiegokolwiek aspektu oferty mogą być powodem odrzucenia oferty.

2. Potwierdzenie zespołu

Po walidacji i zanim udzielono zamówienia zamawiający wymagają potwierdzenia, że oferowany zespół kluczowych ekspertów jest dostępny do rozpoczęcia projektu. Brak potwierdzenia może prowadzić do odrzucenia oferty.

b2. Włochy

Kodeks zamówień publicznych (rozporządzenie z mocą ustawy z dnia 12 kwietnia 2006 r. nr. 163) regulujący problematykę zamówień publicznych we Włoszech ogranicza się w zakresie kryteriów oceny ofert do przepisów będących odzwierciedleniem prawa europejskiego. Natomiast dekret wykonawczych DPR 207/10 zawiera sugestie co do sposobu doboru kryteriów oraz oceny ofert. Wskazuje się w nim na możliwość zastosowania profesjonalnych metod wspomagania podejmowania decyzji, które z powodzeniem mogą być stosowane do wyboru najkorzystniejszej oferty:

- proces hierarchii analitycznej (AHP),
- electre,
- evamix,
- Topsis.

Część z tych metod jest krótko opisana w załącznikach do dekretu.

Szerzej możliwe zasady oceny ofert, w tym punktacji w ramach kryteriów wymiernych opisano w publikacji Avcp (Urzędu nadzoru zamówień publicznych) „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” z grudnia 2011 roku, a także w publikacji Ithaca (Instytut innowacji i przejrzystości w zakresie zamówień publicznych i zgodności środowiska) „Przewodnik po metodach wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie na roboty budowlane” ze stycznia 2013 roku. Publikacje te wskazują mankamenty powszechnie w Polsce stosowanego wzoru do

punktowania ofert w kryterium ceny (Cmin/Cof) i sugerują stosowanie wzorów, których celem jest zapobieżenie składania przez wykonawców ofert z rażąco niską ceną.

1) Porównanie z progiem rażąco niskich cen

Kodeks zawiera definicję rażąco niskiej ceny, której sposób wyliczenia jest dość skomplikowany i został opisany w innym rozdziale Raportu.

Jedną z metod oceny ofert opiera się na definicji progu rażąco niskiej ceny (Ran). Ocena ofert jest dokonywana odrębnie dla ofert zawierających rabat wyższy i odrębnie dla zawierających rabat niższy od progu Ran. Punkty przypisywane są, w zakresie od zera do jednego, w następujący sposób:

gdy $R_i \leq R_{an}$

$$P(i) = X * (R_i / R_{an})$$

gdy $R_i > R_{an}$

$$P(i) = X + (1-X) * (R_i - R_{an}) / (R_{max} - R_{an})$$

gdzie:

$P(i)$ – współczynnik i-tej oferty

R_i – rabat w i-tej ofercie

R_{an} – rabat na progu rażąco niskiej ceny (anomalii)

R_{max} – maksymalny rabat oferowany

X – współczynnik, którego wartość może wynosić 0,8; 0,85 lub 0,9 (jedną z tych wartości musi być wskazana w dokumentach przetargowych).

2) Porównanie z ceną średnią

Ten sam wzór można zastosować wstawiając w miejsce progu anomalii (R_{an}) średnią cenę złożonych ofert lub cenę oferty środkowej (mediany). Ocena ofert jest dokonywana odrębnie dla ofert zawierających rabat wyższy i odrębnie dla zawierających rabat niższy od średniego (mediany). Punkty przypisywane są, w zakresie od zera do jednego, w następujący sposób:

gdy $R_i \leq R_{med}$

$$P_i = X * (R_i / R_{med})$$

gdy $R_i > R_{med}$

$$P_i = X + (1-X) * (R_i - R_{med}) / (R_{max} - R_{med})$$

gdzie:

P_i – współczynnik i-tej oferty

R_i – rabat w i-tej ofercie

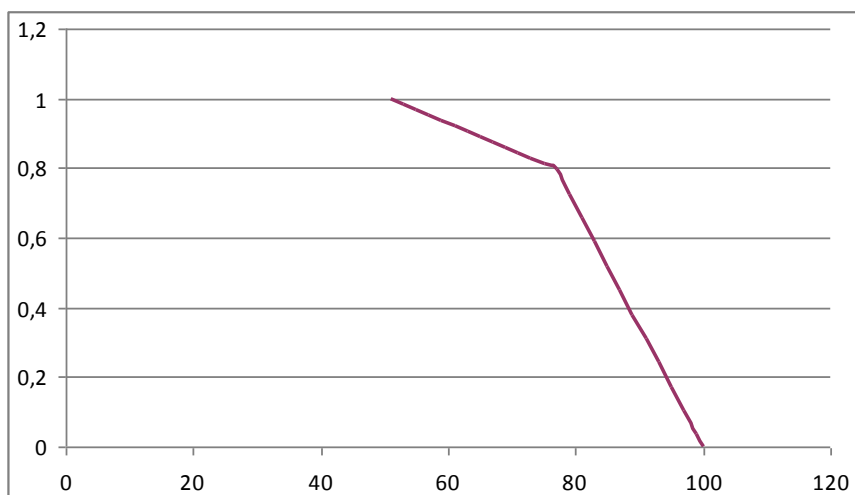
R_{med} – średni rabat

R_{max} – maksymalny rabat oferowany

X – współczynnik, którego wartość może wynosić 0,8; 0,85 lub 0,9 (jedną z tych wartości musi być wskazana w dokumentach przetargowych).

W wyniku zastosowania tego wzoru (dla współczynnika $X = 0,9$) otrzymujemy poniższy wykres.

Wykres 12 Zastosowanie wzoru „Porównanie z ceną średnią”.



Źródło: opracowanie własne.

Inny wzór (będący wariacją wzoru zamieszczonego w dekreście) został zastosowany w przetargu „Zaprojektuj i zbuduj” przeprowadzonym przez Anas SpA (omówionym niżej).

3) Zależności paraboliczne

Innym wzorem zalecanym przez Avcp jest wzór:

$$V_i = (R_i / R_{\max})^\alpha$$

gdzie:

R_i – rabat w i-tej ofercie

R_{\max} – maksymalny rabat oferowany

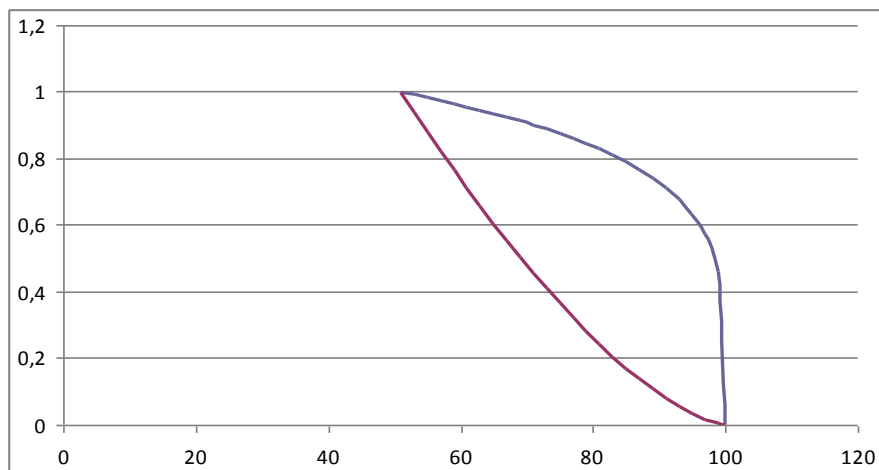
α – współczynnik (> 0)

Dla wartości α od 0 do 1, formuła zapewnia krzywe paraboliczne wklęsłe w dół, dla wartości $\alpha = 1$, funkcja jest liniowa, natomiast dla $\alpha > 1$ paraboliczna wklęsła górę.

W zależności od rodzaju kryterium i charakteru korelacji należy dobierać właściwą wartość współczynnika α .

W wyniku zastosowania tego wzoru otrzymujemy, np. wykresy: wypukły dla $\alpha = 0,2$, a wklęsły dla $\alpha = 1,5$.

Wykres 13 Zastosowanie wzoru „Zależności paraboliczne”.



Źródło: opracowanie własne.

Nie umniejszając wartości tego wzoru, wydaje się, że wzory logarytmiczne zawarte w publikacji Urzędy Zamówień Publicznych „Kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie” lepiej oddają zależność między ceną a liczbą punktów, jaką należy przyznać ofercie (wzór II (logarytmiczny) mniej – lepiej na str. 45).

4) Zależność liniowa do oceny wielkości bezwzględnych

Powyżej przedstawione wzory służyły do oceny względnych, procentowych różnic (np. rabatów). W przypadku porównywania wielkości bezwzględnych, np. cen zaleca się stosowanie wzoru:

$$P_i = (C_i - C_{base}) / (C_{min} - C_{base})$$

gdzie:

P_i – współczynnik i-tej oferty

C_i – cena i-tej oferty

C_{base} – cena bazowa podana w ogłoszeniu o zamówieniu

C_{min} – cena najniższa

Bardzo ważną cechą tego wzoru (odróżniającą go od podobnych stosowanych w Polsce oraz wskazanych w w/w publikacji UZP) jest przyjęcie punktu odniesienia C_{max} nie na poziomie najwyższej zaoferowanej ceny, lecz na poziomie budżetu zamawiającego. W istotny sposób podnosi to rzetelność oceny.

Zasadą jest to, że w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie zamawiający muszą stosować kryteria odnoszące się do ochrony środowiska (ministerstwo środowiska wydaje dekrety określające kryteria ekologiczne, jakie powinny być stosowane w odniesieniu do różnych zamówień: papier, samochody, usługi gastronomiczne, żywność, usługi porządkowe, dostawa artykułów higienicznych itp.) oraz kryteria społeczne.

W szczególności, promowane jest stosowanie kryteriów:

- 1) elementy zrównoważonego rozwoju środowiska, takie jak:
 - a) oszczędność energii;
 - b) zastosowanie technik eko-innowacyjnych dla dostaw materiałów;
 - c) wykorzystanie materiałów ze źródeł odnawialnych i recyklingu;
 - d) wprowadzenie elementów zielonego budynku i technik inżynierskich.
- 2) elementy społeczne zrównoważonego rozwoju, takie jak:
 - a) dodatkowe środki lub udoskonalenia bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników;
 - b) środki mające na celu promowanie równości szans i pełnego poszanowania różnorodności etnicznej lub rasowej.

Italferr SpA zastosowało kryterium najniższej ceny zarówno w przetargu na budowę, jak i na zaprojektuj i zbuduj. Anas SpA wybrało najtańszą ofertę na wykonanie robót, natomiast w przetargu zaprojektuj i zbuduj oraz w przetargu na projektowanie wybierano ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie.

Przykład kryteriów oceny ofert w postępowaniu „zaprojektuj i zbuduj” Anas SpA

W przetargu na budowę obwodnicy zastosowano kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, na podstawie elementów oceny poniżej:

- 1) cena – 50 pkt
- 2) wartość techniczna – 20 pkt , z tego:
 - a) właściwości jakościowe i funkcjonalne – 8 pkt
 - b) rodzaj/typ materiału – 8 pkt

- c) innowacyjne systemy i metody konstrukcyjne 4 pkt
- 3) aspekty środowiskowe i zmniejszenie zużycia energii – 15 pkt, z tego:
 - a) zwiększenie wydajności energetycznej i zastąpienie tradycyjnych źródeł energii źródłami odnawialnymi – 4 pkt
 - b) oddziaływanie na środowisko i urbanistyka – 4 pkt
 - c) oddziaływania na środowisko budowy i zarządzanie ruchem w trakcie budowy – 7 pkt
- 4) czas realizacji – 10 pkt
- 5) koszty użytkowania i utrzymania – 5 pkt

Ad 1. Cena

Ocena będzie obliczana przez współczynnik $V(a)_i$ który przyjmie wartość minimalną równą 0 (zero), w stosunku do oferty finansowej równej wartości zamówienia określonej w ogłoszeniu, i maksymalną wartość 1, w odniesieniu do oferty ekonomicznie najbardziej korzystnej dla zamawiającego.

Współczynnik $V(a)_i$, w stosunku do n-tego oferenta, ustala się według następującego wzoru:

dla $P_i \leq P_{med}$

$$V(a)_i = (10/50) \times ((P_i - P_{min}) / (P_{min} - P_{med})) + 1$$

i dla $P_i > P_{med}$

$$V(a)_i = (40/50) \times ((P_i - P_{BA}) / (P_{med} - P_{BA}))$$

gdzie:

P_i to cena n-tego,

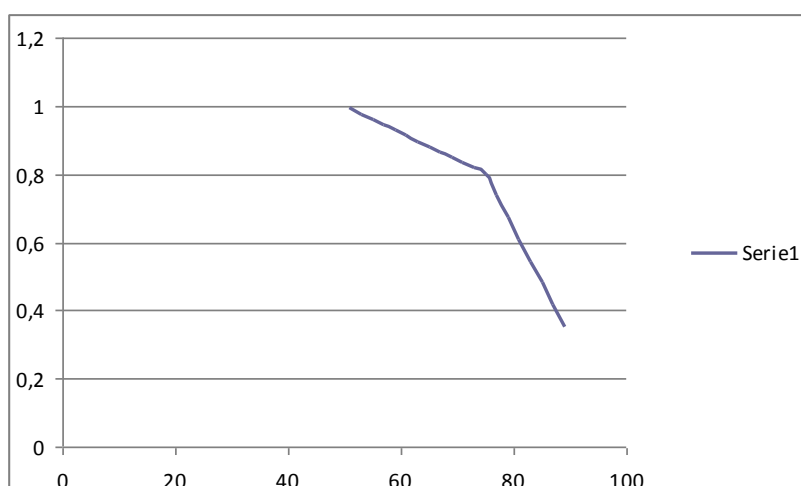
P_{med} to średnia cena,

P_{min} to minimalna,

P_{BA} to cena podstawowa przetargu (podana w ogłoszeniu).

W wyniku zastosowania tego wzoru otrzymujemy wykres:

Wykres 14 Zastosowanie wzoru „Cena”



Źródło: opracowanie własne.

Liczba punktów możliwych do uzyskania szybko wzrasta aż do średniej ceny, po czym przyrost punktów jest znacznie wolniejszy. Właściwą strategią jest zaoferowanie średniej ceny (lub niewiele poniżej średniej). Wzór ten zdaje się ilustrować przywiązanie Włochów do tradycji

odrzućcia, a przynajmniej dyskryminowania cen nadmiernie odstających od średniej. Stosowanie tego wzoru może zapobiegać oferowaniu cen rażąco niskich (oferowanie cen poniżej średniej nie jest opłacalne, gdyż duży spadek ceny nie jest rekompensowany dużym przyrostem punktów). Zapewne jest to jeden ze wzorów wartych rekomendowania.

Publikacja Ithaca zwraca również uwagę na konieczność sprowadzania punktacji w ramach każdego kryterium do jednego punktu odniesienia: oferty najkorzystniejszej. Niezależnie od tego w jaki sposób następuje punktacja w ramach kryterium, jedna z ofert otrzymuje najwięcej punktów, przy czym nie musi to oznaczać, że otrzymuje maksymalną liczbę punktów, jaką można zdobyć w ramach kryterium. Przed sumowaniem tych punktów z innymi, uzyskanymi w ramach innych kryteriów oraz przed mnożeniem punktów przez wagę kryterium należy zmienić te punkty (pomocnicze) na rzeczywiste punkty oparte na skali stosowanej w danym kryterium w ten sposób, aby oferta, która otrzymała najwyższą liczbę punktów pomocniczych otrzymała maksymalną, możliwą do uzyskania liczbę punktów w ramach kryterium, a pozostałe oferty proporcjonalnie mniej.

Uwagi dotyczące podkryteriów 2, 3 i 5:

Zmiany/modyfikacje techniczne, które są wymienione poniżej, w odniesieniu do podkryteriów 2), 3) i 5), będą rozpatrywane przez komisję przetargową i oceniane jako całość, z wynikiem w zakresie od 15 do 40 jedynie wtedy, gdy komisja uzna, że zostały opracowane w sposób kompleksowy w każdej swojej części, ma tym samym poziomie projektowym co projekt podstawowy dołączony do dokumentacji i wprowadzają usprawnienia do projektu.

Jeżeli komisja nie uzna proponowanych zmian/modyfikacji technicznych za ulepszenia przyzna wykonawcy wynik w zakresie od 0 do 15 pkt.

W przypadku, gdy wykonawca potwierdzi realizacją zamówienia zgodnie z projektem podstawowym załączonym do dokumentacji (bez wprowadzania zmian technicznych) zostanie mu przyznanych 15 punktów.

Ad 2. Wartość techniczna

Oczekuje się od wykonawcy zaproponowania w ofercie udoskonaleń technicznych w stosunku do rozwiązań zaproponowanych w dokumentacji przetargowej. Propozycje muszą być zgodne przepisami, normami i uzyskanymi wcześniej decyzjami wszystkich zainteresowanych podmiotów i instytucji. Udoskonalenia podlegają indywidualnej ocenie członków komisji według trzech podkryteriów.

1. Cechy jakościowe i funkcjonalne – od 0 do 8 pkt

W ramach tego kryterium zostaną ocenione rozwiązania techniczne, które osiągają poprawę cech jakościowych i funkcjonalnych projektu jako całości, w tym te, które pozwalają na podniesienie standardów bezpieczeństwa dla użytkownika.

2. Typ materiału – od 0 do 8 pkt

Oceniane będzie wykorzystanie alternatywnych materiałów do poprawy, o ile są one sprawdzone pod względem funkcji i wydajności.

3. Systemy i innowacyjne metody konstrukcji – od 0 do 4 pkt

Wykonawca może zaproponować nowe systemy i metody konstrukcyjne, w tym korzystanie z prefabrykowanych rozwiązań, pod warunkiem, że są one legalne i funkcjonalne.

Ad 3. Aspekty środowiskowe i zmniejszenie zużycia energii

Ocena będzie dokonana w oparciu o trzy podkryteria.

1. Efektywność energetyczna i zastąpienie tradycyjnych źródeł źródłami odnawialnymi – od 0 do 4 pkt

Zamawiający zamierza nagradzać wybór stosowania technologii i urządzeń energooszczędnych w celu zmniejszenia zużycia energii oraz rozwiązań, które sprzyjają wykorzystywaniu odnawialnych źródeł energii.

2. Oddziaływanie na środowisko i urbanistyka – od 0 do 4 pkt

Ocenie będzie podlegać stopień oraz efekt trwałej ingerencji wykonawcy w otoczenie architektoniczne, środowisko, zieleń, sieci uzbrojenia terenu, oświetlenie, obiekty małej architektury itp. Premiowane będzie również ponowne wykorzystanie materiałów pochodzących z wykopów i rozbiórek.

3. Wpływ na środowisko budowy i zarządzania ruchem w trakcie budowy – od 0 do 7 pkt

Chcemy nagrodzić te wszystkie rozwiązania, które zmniejszają wpływ budowy na otoczenie, zarówno w kategoriach ochrony środowiska (redukcja szumów, usuwanie kurzu itp.), jak i w zakresie zakłóceń do istniejącego ruchu (tymczasowa organizacja ruchu, objazdy itp.).

Ad 4. Czas realizacji

Całkowity maksymalny czas realizacji zamówienia wynosi 665 kolejnych dni kalendarzowych, nie licząc świąt, podzielonych w następujący sposób:

- 90 dni na przygotowanie projektu wykonawczego,
- 575 dni na wykonanie prac (włącznie z 40 dniami dla niekorzystnych warunków sezonowych).

Biorąc pod uwagę, że czas przeznaczony na przygotowanie projektu wykonawczego (90 dni) nie jest skracalny, wynik zostanie obliczony w drodze interpolacji liniowej przyznając oferowanemu najkrótszemu czasowi wykonania prac, który nie może być krótszy niż 500 dni, maksymalny wynik 10 punktów i przyznając zaoferowanemu czasowi w wysokości 575 dni 0 punktów.

Wykonawca musi uzasadnić, poprzez prezentację harmonogramu, tryb pracy, który pozwala na takie skrócenie czasu. Zamawiający zastrzega sobie prawo do oceny i zatwierdzenia ostatecznego projektu w terminie 45 dni. Przyznanie punktacji za skrócenie terminu realizacji jest uzależnione od zadeklarowania prowadzenia prac na dwie lub więcej zmian (praca na zmiany).

Ad 5. Koszty użytkowania i utrzymania

Zarówno w zakresie zaprezentowanych w dokumentacji rozwiązań projektowych, jak i w zakresie zaproponowanych ulepszeń technicznych należy przewidzieć plan konserwacji, który optymalizuje koszty. Ta propozycja będzie rozpatrywana przez komisję i oceniana w zakresie od 0 do 5.

Przykład kryteriów oceny ofert w postępowaniu na projektowanie Anas SpA

Wybór najkorzystniejszej oferty przewidziano w oparciu o następujące kryteria:

1) Cechy/aspekty jakościowe – max 40 punktów, z tego:

- a) Max 25 punktów dla struktury zaprojektowanej specjalnie do świadczenia usług (schemat procedur organizacyjnych dla koordynacji z ANAS, posiadanie certyfikatu jakości, zapewnienia jakości, doświadczenie, etc ...);
- b) Max 15 punktów dla metod przewidzianych dla prowadzenia działalności (sprzęt i oprogramowanie, harmonogram działań i określenie wysokości zobowiązania w osobogodzinach);

2) Wartość techniczna – max 30 punktów, z tego:

- a) Max 10 punktów dla dokumentów projektowych zawierających propozycje usprawnień projektu będącego przedmiotem postępowania o zamówienie;

- b) Max 5 punktów dla metodologii, technik i podejść operacyjnych, które uczestnik postępowania zamierza wykorzystać do realizacji wszystkich działań przewidzianych w specyfikacji, zawartego w pliku komputerowym załączonym do niniejszego pisma, który prezentuje minimalny standard odniesienia;
- c) Max 5 punktów za sposób przeprowadzenie/realizację pomocy technicznej podczas faz zatwierdzania projektu przez różne podmioty w ramach procedur;
- d) Max 10 punktów za wskazanie ilości, zakresu i rodzaju badań, które wykonawca zamierza wykonać w celu przygotowania projektu.

Komisja przetargowa przydzieli, według własnego uznania (bez możliwości zakwestionowania) i na posiedzeniu niejawnym, punktację mierzoną na podstawie wag przypisanych do elementów wymienionych powyżej.

1) Cena – max 30 punktów

Przydział punktów poszczególnym podmiotom przebiegnie stosując następującą formułę:

$$\text{Punkty} = 30 * C_i$$

$$C_i = R_i / R_{\text{maks}}$$

gdzie:

R_i – zniżka procentowa równa kwocie oferowanej przez n-tego uczestnika

R_{maks} – zniżka procentowa odpowiadająca maksymalnej oferowanej kwocie

Zero punktów otrzyma oferta, w której oferowana cena jest równa kwocie bazowej/podstawowej przetargu (odpowiadający temu rabat równa się zero), a najwięcej punktów otrzyma najlepsza oferowana kwota (odpowiadająca rabatoei maksymalnemu).

W celu umożliwienia oceny w kryteriach technicznych, wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę techniczną (koperta nr 2), która musi zawierać ofertę dotyczącą kwalifikacji technicznych, zgodnie, pod karą wykluczenia, z postanowieniami zawartymi w aktach niniejszego postępowania.

W celu umożliwienia oceny w ramach kryterium „Cechy/aspekty jakościowe oferty”, uczestnik postępowania musi przedstawić opracowanie, w objętości nie większej niż 20 stron w formacie A4, w którym przedstawi, w celu uzyskania punktów:

- 1) Strukturę organizacyjną specjalnie zaprojektowaną do świadczenia usługi, za pomocą której wykonawca zamierza wykonać zadanie, organizacji, za pomocą której zamierza przeprowadzić koordynację z odpowiednią strukturą ANAS SpA, metody przeprowadzania programowania i procedur kontroli jakości działań do wykonania itp.
- 2) Metody naukowe, modele ekologiczne, narzędzia, sprzęt i odpowiednie oprogramowanie, które mają być użyte do realizacji usługi.
- 3) Harmonogram przedstawiający działania z zakresu badań i planowania, ukazujący organizację działań, szczegółowe i łączne/ogólne osobogodziny, konieczne w celu zapewnienia realizacji zadania i dla każdej postaci/stanowiska przewidzianej/ego w strukturze organizacyjnej.

Do sprawozdania powinny być dołączone w postaci oddzielnych plików i bez ograniczenia ilości stron (poza ww. 20 stronami raportu):

- 1) życiorysy wszystkich specjalistów odpowiedzialnych za realizację usługi i wskazanie nazwiska osoby, która będzie oficjalnym punktem kontaktowym dla zamawiającego.
- 2) oświadczenie i / lub kopię certyfikatu potwierdzającego posiadanie certyfikatów jakości zgodny z normami europejskimi EN ISO 9000, wydane przez organizację akredytowane zgodnie z europejską normą CEI EN 45000. W przypadku, uczestnictwa w postępowaniu

konsorcjum, należy dołączyć oświadczenia/ certyfikaty wszystkich członków zgrupowania. Posiadanie certyfikatu jakości EN ISO 9000 przez spółki uczestniczące, indywidualnie lub w ramach ATI (tj. tymczasowe zgrupowanie przedsiębiorstw), wpłynie tylko na ostateczną ocenę, ale nie na dopuszczalność, lub jej brak, uczestnika do kolejnych etapów postępowania.

W celu umożliwienia oceny w ramach kryterium „Wartość techniczna”, wykonawca musi przedstawić opracowanie nie przekraczające 30 stron w formacie A4, które, musi zawierać następujące elementy:

- 1) Opis dokumentów wnoszących ulepszone rozwiązania w odniesieniu do dokumentów projektowych i innych dokumentów związanych z tym zamówieniem. Uczestnik w sprawozdaniu przeanalizuje podstawowy projekt zamówienia, i, na podstawie w szczególności opisów przedstawionych na w rozdziale 1. i 2. Dokumentacji projektowej/specyfikacji `zalecenia odnośnie przygotowania projektu końcowego' i muszą wskazywać proponowane ulepszenia do wniesienia do projektu, wskazując wyraźnie powody, dla których proponowane rozwiązanie może być uznane za ulepszające.
- 2) Opisy metod, technik i metod operacyjnych, które wykonawca zamierza wykorzystać do realizacji wszystkich działań przewidzianych w specyfikacji w celu przygotowania ostatecznego projektu i odpowiednich załączników, jak również informacji dotyczących zgodności z przepisami.
- 3) Opis sposobu wdrożenia/ przeprowadzenia pomocy technicznej podczas faz zatwierdzenia projektu przez różne podmioty w ramach normalnych procedur.
- 4) Opis badań (topograficznych, geologicznych, środowiskowych, konstrukcji), które wykonawca zamierza przeprowadzić w przypadku udzielenia zamówienia i uzasadnienie takich propozycji badań. Oprócz tych rzeczy zawartych w sprawozdaniu, uczestnik musi przedstawić program badawczy obejmujący: arkusz podsumowujący proponowane badania, wskazujący typologię, zakres i lokalizację planimetryczną, a także obliczenia metryczne samych badań. Nie należy odwoływać się w jakikolwiek sposób, pod rygorem wykluczenia, do ocen finansowych badań oferowanych w ramach wyżej wymienionej dokumentacji.

2.2.3 Ceny rażąco niskie

a. Stan prawny, doktryna, orzecznictwo

Problem rażąco niskich cen był regulowany w przepisach prawa europejskiego zanim został uregulowany w przepisach polskich. Zasady postępowania z rażąco niskimi cenami nieznacznie ewoluowały, przybierając obecnie postać art. 55 dyrektywy (klasycznej)¹¹⁵:

„1. Jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczenia wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne.

Szczegóły te mogą dotyczyć głównie:

- a) ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług;
- b) technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent, w celu realizacji robót budowlanych, dostawie produktów lub usług;
- c) oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta;
- d) zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane;
- e) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwowej.

2. Przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.

3. Instytucja zamawiająca, która stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwowej, może odrzucić taką ofertę jedynie po konsultacji z oferentem, jeżeli nie jest on w stanie udowodnić w dostatecznym, wyznaczonym przez tę instytucję terminie, że pomoc ta została mu przyznana w sposób zgodny z prawem. W przypadku odrzucenia oferty w takich okolicznościach, instytucja zamawiająca powiadamia o tym fakcie Komisję.”

Dodatkowo, do kwestii badania cen ofert odnosi się art. 27 dyrektywy, który pozwala zamawiającym badać czy wykonawcy uwzględnili w swoich ofertach lokalne (obowiązujące na terenie realizacji zamówienia) przepisy z zakresu ochrony zatrudnienia i warunków pracy.

W świetle przepisów dyrektywy wiele wątpliwości podnoszonych na gruncie ustawy Pzp nie może mieć miejsca. Również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) nie pozostawia wątpliwości co do przesłanek wszczęcia postępowania wyjaśniającego, treści wezwania, konsultacji, ciężaru dowodu.

W jednym z wyroków¹¹⁶ TSUE opisał obowiązki zamawiających w procesie wyjaśniania rażąco niskiej ceny, a mianowicie:

„Zamawiający jest zobowiązany,

- a) zidentyfikować oferty podejrzane (o to, że zawierają rażąco niską cenę),
- b) pozwolić wykonawcom, których to dotyczy pokazać, wykazać, udowodnić („to demonstrate”) prawdziwość swoich ofert poprzez poproszenie ich o przedłożenie szczegółów, które uzna za stosowne,
- c) ocenić meritum przedłożonych wyjaśnień,

¹¹⁵ Dyrektywa 2004/18/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Podobna jest regulacja art. 57 Dyrektywy 2004/17/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych;

¹¹⁶ wyrok z 27 listopada 2001 r. w sprawach ANAS C-285/99 i C-286/99;

d) podjąć decyzję o odrzuceniu (lub nie) oferty.”

Podstawą wszczęcia postępowania wyjaśniającego jest powzięcie przez zamawiającego wątpliwości co do realności ceny („oferty wydają się rażąco niskie”). Prawo UE nie reguluje kwestii kiedy zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do ceny. Projekt nowej dyrektywy przewidywał wprowadzenie obowiązku wyjaśniania rażąco niskiej ceny „jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) przedstawiona cena lub koszt są o ponad 50 % niższe niż średnia cena lub średni koszt pozostałych ofert;
- b) przedstawiona cena lub koszt są o ponad 20 % niższe niż cena lub koszt drugiej najtańszej oferty;
- c) złożono co najmniej pięć ofert.”¹¹⁷

Ostatecznie jednak zrezygnowano z wprowadzenia tej normy do dyrektywy.

Jeśli chodzi o rozwiązania stosowane w innych krajach UE, należy przedstawić wyniki analiz przeprowadzonych przez UZP. „UZP porównał proponowane regulacje z rozwiązaniami stosowanymi w innych krajach Unii Europejskiej. Część stosuje określone wskaźniki procentowe do identyfikacji ofert rażąco niskich. W większości przypadków ograniczają się jednak do powtórzenia po prostu przepisu dyrektywy, bez wskazywania w bardziej szczegółowy sposób, jaką ofertę należałoby za taką uznać. Tam gdzie zawarte są w przepisach krajowych jakieś wskazówki, na występowanie oferty rażąco niskiej wskazuje pewne procentowe odstępstwo od średniej arytmetycznej wszystkich ofert podlegających ocenie. Z reguły jest to 10 – 15 % (do krajów takich należą: Włochy, Belgia, oraz Grecja). W Luksemburgu np. za ofertę rażąco niską uznaje się ofertę z ceną tak niską, że nie pozostawia ona miejsca na zysk dla wykonawcy (innymi słowy wykonawca oferuje wykonanie robót lub dostarczenie określonych produktów „po kosztach”). W innych krajach z kolei za ofertę rażąco niską uznaje się taką, która zawiera cenę w określony sposób odbiegającą od szacunku zamawiającego (np. Portugalia). Jeszcze inne kraje stosują metodę mieszaną (Litwa). Kraje skandynawskie z kolei (Dania, Szwecja, Finlandia oraz Norwegia) wiążą kwestie rażąco niskiej oferty z przepisami o nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty rażąco niskiej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i może być ukarane grzywną przez instytucje odpowiedzialne za ochronę konkurencji (nawet 10 % obrotu w danym roku danego przedsiębiorstwa).

Na Litwie szef Urzędu Zamówień Publicznych przyjął we wrześniu 2009 r. wytyczne, które definiują jak należy rozumieć ofertę rażąco niską. Zgodnie z wytycznymi za taką uważa się ofertę zawierającą cenę uniemożliwiającą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a w szczególności: ofertę z ceną o co najmniej 15 % niższą niż średnia cena wszystkich ofert lub z ceną o co najmniej 30 % niższą niż wartość szacunkowa określona przez zamawiającego. Wskaźniki te mają zastosowanie zarówno do zamówień o wartościach przekraczających progi unijne jak i udzielanych w tzw. procedurach uproszczonych.

Z kolei w Portugalii jest kilka metod oceny czy oferta jest rażąco niska. Jako punkt odniesienia stosuje się tzw. cenę bazową, która najczęściej (ma bowiem kilka definicji w ustawie) oznacza maksymalną kwotę jaką może wydać zamawiający na dane zamówienie (nie jest to więc wartość szacunkowa). Zamawiający sam może określić cenę, którą będzie uznawał za rażąco niską i podać ją w dokumentacji przetargowej/zaproszeniu do składania ofert. W jaki sposób określi poziom ceny rażąco niskiej zależy tylko od niego – może to być równie dobrze cena niższa o więcej niż 10 % od ceny bazowej, jak też niższa o 70 %. Wskaźnik ten może być w każdym postępowaniu inny. Po drugie, jeśli wskaźnik ten nie jest określony przez zamawiającego, za ofertę rażąco niską uznaje się zgodnie z portugalską ustawą o zamówieniach publicznych ofertę tańszą o więcej niż 40 % od ceny bazowej (roboty budowlane) lub 50 % (dostawy i usługi) – ale tylko w sytuacji, kiedy wykonawcy

¹¹⁷ Proponowana treść art. 69 projektu dyrektywy, KOM(2011) 896 wersja ostateczna.

znają cenę bazową (jej podanie nie jest obowiązkowe). Po trzecie, zamawiający może sam uznać, że ma do czynienia z ofertą rażąco niską, ale musi być w stanie uzasadnić swoją decyzję.¹¹⁸

Kluczowym zagadnieniem, którym TSUE zajmował się kilkakrotnie była możliwość automatycznego odrzucania ofert na podstawie zależności matematycznej. Trybunał zawsze stwierdzał, że porównanie cen przy pomocy zależności matematycznych może służyć ułatwieniu decyzji co do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, nie może skutkować automatycznym odrzuceniem ofert¹¹⁹. W nowszym wyroku TSUE dopuścił taką możliwość w przypadku zamówień podprogowych a jednocześnie mających charakter transgraniczny stwierdzając, że obowiązek wyjaśniania rażąco niskich cen „nie ma zastosowania w przypadku, gdy w związku z nadzwyczaj dużą ilością ofert mogącą skutkować koniecznością przeprowadzenia przez instytucję zamawiającą kontrydiktoryjnych postępowań sprawdzających obejmujących tak dużą liczbę ofert, że przekraczałoby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami, przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określa rozsądny próg, powyżej którego zastosowanie będzie miało automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.¹²⁰” Co do zasady więc, zgłaszane postulaty odrzucania ofert np. odbiegających o 20% od kosztorysu nie mogą być implementowane.

Powziąwszy wątpliwość co do wysokości ceny, zamawiający „zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne”. Zapytanie powinno więc wskazywać wątpliwości zamawiającego oraz elementy oferty wymagające wyjaśnienia. W razie sporu co do zasadności odrzucenia oferty „do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty¹²¹.” Treść żądania jest więc decydująca przy ocenie wyjaśnień. Zamawiający nie może odrzucić oferty z powodu braku wyjaśnień, o które nie prosił w swoim żądaniu.

Jeśli chodzi o okoliczności, które mogą być badane „jakkolwiek wyliczenie zawarte w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2004/18 nie jest wyczerpujące, to jednak nie jest ono czysto informacyjne, i w związku z tym nie pozostawia instytucjom zamawiającym swobody przy ustalaniu, jakie są istotne okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, zanim odrzucona zostanie oferta jawiąca się jako rażąco niska.¹²²” Konieczność wzięcia pod uwagę wymienionych w przepisie okoliczności nie stoi, jak się wydaje, na przeszkodzie uwzględnienia innych powodów podnoszonych przez wykonawcę.

Celem procedury wyjaśniania cen jest ustalenie rzeczywistej realności ceny, nie wypełnienie formalnej wymiany pism: „zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontrydiktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.¹²³” Prawo nie precyzuje ani pojęcia konsultacji występującego w dyrektywie, ani pojęcia debaty użytego przez TSUE w tym wyroku, niemniej za rażąco z nimi sprzeczną należy uznać praktykę jednorazowego pytania i jednorazowej odpowiedzi na nie. Debata (konsultacje) powinna trwać czas niezbędny, aby wykonawca mógł wykazać, że jego oferta jest poważna. Ewentualne argumenty o sprawności postępowania również należy brać pod uwagę, jednak nie mogą one prowadzić do faktycznego pozbawienia wykonawcy możliwości obrony swojej oferty.

Zamawiający winien ocenić wyjaśnienia wykonawcy wraz z przedkładanymi przez niego dowodami. W przypadku nieprzekonywujących wyjaśnień oferta winna być odrzucona. Odrzucenie oferty może

¹¹⁸ Informacja za Polskim Kongresem Drogowym zamieszczona na <http://www.pkd.org.pl/index.php?a=akt1&id=391&nr=0&tt=kom&kk=26&b=>

¹¹⁹ Wyrok z 10 lutego 1982 r. w sprawie Transporoute 76/81, wyrok z 22 czerwca 1989 r. w sprawie Fratelli Costanzo C-103/88.

¹²⁰ Wyrok z 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06.

¹²¹ Wyrok z 9 marca 2012 r. w sprawie C - 599/10.

¹²² Wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-292/07 Komisja przeciwko Belgii.

¹²³ Wyrok z 9 marca 2012 r. w sprawie C - 599/10.

zostać zaskarżone przez wykonawcę w trybie przewidzianym w ustawodawstwie krajowym, które powinno być zgodne ze standardami określonymi w dyrektywie odwoławczej¹²⁴.

W przypadku stwierdzenia, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez wykonawcę pomocy państwowej w sposób niezgodny z prawem unijnym, instytucja zamawiająca powiadamia o tym fakcie Komisję.

b. Stosowane rozwiązania

Problem rażąc niskich cen w różnym stopniu dotyczy różnych krajów. Mogą mieć na to wpływ zarówno obyczaje rynkowe, jak i stosowanie mechanizmów zapobiegających oferowaniu rażąco niskich cen (co bez wątplenia jest rozwiązaniem właściwszym od odrzucania ofert zawierających rażąco niską cenę).

Zasady postępowania z ofertami zawierającymi cenę podejrzenie niską zostały opisane we wcześniejszym rozdziale. W tym miejscu należy zauważyć próby dookreślenia pojęcia rażąco niskiej ceny. Projekt nowej dyrektywy zawierał definicję rażąco niskiej ceny tj. ceny uzasadniającej wszczęcie postępowania wyjaśniającego. Ostatecznie jednak zrezygnowano z regulowania tej kwestii. Nie oznacza to, iż nie da się, czy też nie byłoby zasadne wprowadzenie takiej regulacji. W trakcie ewaluacji nie stwierdzono definicji rażąco niskiej ceny w prawie Zjednoczonego Królestwa. Natomiast stosowna definicja znajduje się we włoskim kodeksie zamówień publicznych i jest znacznie bardziej skomplikowana od powszechnie formułowanych w Polsce postulatów odrzucania ofert odbiegających od szacowanej wartości zamówienia o więcej, niż 20%.

Definicja rażąco niskiej ceny we Włoszech

W celu stwierdzenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny dokonuje się następujących obliczeń:

- 1) W pierwszej kolejności liczone są różnice, rabaty w stosunku do wartości zamówienia. Zasada jest, iż w treści ogłoszenia znajduje się informacja o szacowanej wartości zamówienia. Wykonawcy składają oferty cenowe wyrażone w wartościach bezwzględnych (w euro), które są przeliczane na % rabaty w stosunku do wartości zamówienia. Oferty z ceną przekraczającą wartość zamówienia są odrzucane.
- 2) Następnie tworzy się listę ofert przetargowych w porządku rosnącym rabatów, oferty zawierające taki sam rabat umieszcza się oddzielnie na liście, bez zachowania konkretnej kolejności.
 1. 6,836 %
 2. 7,358 %
 3. 8,333 %
 4. 8,657 %
 5. 12,777 %
 6. 13,089 %
 7. 14,679 %
 8. 15,874 %

¹²⁴ dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (dotyczy zamówień publicznych tzw. sektora klasycznego, czyli objętych obecnie dyrektywą 2004/18) oraz dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (czyli objętych obecnie dyrektywą 2004/17) zmienione przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. 2007/66/WE zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

9. 16,149 %
10. 17,189 %
11. 17,385 %
12. 17,899 %
13. 18,688 %

- 3) Określa się dziesięć procent liczby złożonych ofert i otrzymaną liczbę zaokrągla się w górę (np. 10% z 13 ofert wynosi 1,1, a po zaokrągleniu w górę – 2).
- 4) Odkłada się na bok tymczasowo liczbę ofert równą liczbie, o której mowa w pkt 3) z obu stron listy tj. zarówno o najmniejszym, jak i największym rabacie (w przypadku 11 ofert odcina się dwie najtańsze (12. i 13.) i dwie najdroższe (1. i 2.)).
- 5) Oblicza się średnią arytmetyczną rabatów oferowanych w ofertach, które pozostają po odcięciu najtańszych i najdroższych, zgodnie z pkt 4) (w analizowanym przykładzie wynosi ona 13,79%).
- 6) Identyfikuje się oferty, w których rabat jest wyższy od średniego (od 7. do 11.) i liczy się różnicę między każdym z tych rabatów a rabatem średnim (o ile rabat są wyższe od średniego).
 1. 14,679 % - 13,79% = 0,89
 2. 15,874 % - 13,79% = 2,08
 3. 16,149 % - 13,79% = 2,36
 4. 17,189 % - 13,79% = 3,40
 5. 17,385 % - 13,79% = 3,59
- 7) Następnie liczy się średnią wartość liczb obliczonych w pkt 6) i dodaje się ją do średniego rabatu obliczonego w pkt 5).

$$13,79\% + 2,46\% = 16,255\%$$

- 8) Oferty zawierające rabat wyższy od obliczonego w pkt 7) uznaje się za rażąco niskie (w analizowanym przykładzie są to oferty od 10. do 13.)

W przypadku zamówień poniżej progów UE oferty rażąco niskie są odrzucane (w analizowanym przykładzie zostałyby wybrana oferta nr. 9). W przypadku zamówień o wartości większej – wszczynana jest procedura wyjaśniania ceny, a ponadto (w zależności od stosowanego wzoru do punktacji ofert) w punkcie anomalii (wysokość rabatu wyliczona w pkt 7) zmienia nachylenie wykres (przy dalszym obniżaniu ceny liczba punktów przybywa znacznie wolniej, niż przy różnicach cenowych powyżej punktu anomalii).

Wydaje się, że ten sposób dochodzenia do określenia poziomu ceny, przy której powinno rodzić się podejrzenie ceny rażąco niskiej, mimo, że dość skomplikowany (w Internecie dostępne są arkusze liczące punkt anomalii <http://www.mediagraphic.it/anomalia.php>), uwzględnia nie tylko wartości średnie, ale również odchylenie od średniej w sytuacji, gdy mała liczba ofert nie pozwala na poważne wyliczenie np. odchylenia standardowego (oczywiście, przy liczbie ofert poniżej pięciu powyższych obliczeń się nie dokonuje).

2.3 Porównanie rozwiązań stosowanych w Polsce i innych krajach i rekomendacje

2.3.1 Kwalifikacja wykonawców

a. System certyfikacji

Porównanie

Podstawową różnicą w zakresie badania wiarygodności wykonawców zamówień publicznych między Polską i innymi krajami UE są systemy certyfikacji. Istnieją one nie tylko w Wielkiej Brytanii i Włoszech, ale w większości krajów UE. System może być prosty: jedna instytucja certyfikująca, jak w Wielkiej Brytanii lub złożony: badaniem i certyfikacją zajmuje się wiele podmiotów, które są akredytowane i kontrolowane przez administrację, jak SOA we Włoszech. Posiadanie certyfikatu nie może być bezwzględnie wymagane, gdyż zamawiający musi zawsze dopuścić wykonawcę nieposiadającego certyfikatu i samodzielnie dokonać oceny jego wiarygodności (według wymagań dla uzyskania odpowiedniego certyfikatu).

Istnienie systemu certyfikacji:

- 1 podnosi profesjonalizm badania wiarygodności wykonawców: badaniem zajmują się profesjonaliści z różnych branż (inżynierowie, ekonomiści, prawnicy), dysponują dłuższym czasem, nie są związani formalną procedurą składania i uzupełniania dokumentów,
- 2 obniża koszty udziału w postępowaniu: mimo opłat za certyfikat, pozyskanie certyfikatu zwalnia wykonawcę z konieczności kopiowania i dostarczania w ramach każdego postępowania szeregu dokumentów i zapobiega popełnieniu błędów proceduralnych
- 3 upraszcza procedurę udzielenia zamówienia: weryfikacja certyfikatu zamiast szeregu dokumentów podmiotowych jest znacznie prostsze, nie wymaga wiedzy specjalistycznej od zamawiającego.

Warunkiem skuteczności systemu jest coroczna, a w razie potrzeby częstsza, weryfikacja bieżącej sytuacji wykonawców na podstawie aktualnych, dostarczanych dokumentów.

Rekomendacja.

Należy wprowadzić w Polsce system certyfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie projektowania, budowy i nadzoru nad realizacją robót.

Uwagi.

Jest to rekomendacja horyzontalna. Wymagana jest zmiana przepisów ustawy Pzp, a także wydanie rozporządzenia wykonawczego.

Decyzja o wprowadzeniu w Polsce systemu certyfikacji powinna być poprzedzona konsultacjami ze środowiskiem zamawiających i wykonawców. W następnej kolejności należy wybrać model organizacyjno-prawny systemu. Zasady certyfikacji, w szczególności wymagania stawiane dla poszczególnych rodzajów certyfikatów muszą być uzgodnione z organizacjami przedsiębiorców, izbami branżowymi i wiodącymi zamawiającymi.

Wprowadzenie systemu certyfikacji wymaga zmiany ustawy oraz wydania rozporządzenia wykonawczego. Zmiana ustawy mogłaby zostać dokonana w ramach przygotowania nowej ustawy uwzględniającej nowe dyrektywy.

W związku z powyższym MIR powinno zainicjować powołanie międzyresortowego zespołu, którego zadaniem byłaby koordynacja konsultacji, analiza wniosków, sporządzenie rekomendacji co do potrzeby stworzenia systemu certyfikacji, a po potwierdzeniu takiej potrzeby – wypracowanie zasad

i przygotowanie projektów zmian legislacyjnych. W skład zespołu powinni wchodzić przedstawiciele MIR, Ministerstwa Gospodarki, UZP, PARP, CUPT. Do udziału należy zaprosić przedstawicieli izb gospodarczych i stowarzyszeń przedsiębiorców.

b. Prekwalifikacja

Porównanie

W państwach UE znacznie częściej, niż w Polsce stosuje się tryby udzielania zamówień przewidujące prekwalifikację: przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny. Mimo, że wiedza w tym zakresie i argumenty przemawiające za przetargiem ograniczonym wydają się powszechnie dostępne (jest to jedna z rekomendacji CUPT zawartych w opracowaniu z 2011 r.), nadal powszechnie stosowanym w Polsce pozostaje przetarg nieograniczony.

Tryby przewidujące prekwalifikację w znacznie większym stopniu pozwalają na wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Po pierwsze, nie wystarczy spełnić minimalnych warunków udziału w postępowaniu, lecz trzeba wykazać się czymś więcej – zgodnie z przyjętymi kryteriami kwalifikacji. Po drugie, orzecznictwo KIO przyjęło, że przy ocenie wykonawców w oparciu o kryteria kwalifikacji zamawiający nie musi uwzględniać doświadczenia używanego wykonawcy przez podmioty trzecie (inaczej, niż przy ocenie spełniania warunków udziału).

Warunkiem stosowania prekwalifikacji jest, oczywiście, istnienie szerokiej konkurencji, tj. znacznie większej liczby wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia w stosunku do wielkości tzw. krótkiej listy. Oznacza to z jednej strony, że w przypadku, gdy potencjalnych wykonawców zamówienia jest mniej, niż 7-10, właściwym trybem powinien pozostać przetarg nieograniczony. Z drugiej strony, krótka lista wykonawców powstająca w wyniku prekwalifikacji nie powinna być zbyt długa. Co do zasady, powinno to być nie więcej, niż 5-7 wykonawców (HA standardowo prekwalifikuje 5 wykonawców).

Przyjęcie założenia dłuższej listy (zwłaszcza kilkunasto- lub 20-miejscowej) powoduje fikcję prekwalifikacji: do udziału w postępowaniu są dopuszczeni nie tylko najlepsi wykonawcy, ale również gorsi, słabsi. Ponieważ utrzymanie odpowiedniej jakości realizacji zamówień pociąga za sobą określone koszty (np. lepszy sprzęt, wyższe płace, bardziej rygorystyczna kontrola jakości), gorsi wykonawcy są w stanie złożyć tańsze oferty, co w przypadku braku zrównoważenia ceny innymi kryteriami o odpowiedniej wadze nie daje szans na uzyskanie zamówienia przez wykonawców najlepszych. Ponadto, zapraszając nadmierną liczbę wykonawców do udziału w postępowaniu, zamawiający nie może realnie oczekiwać zbyt dużego nakładu pracy przy składaniu ofert, tylko wykonawca mający świadomość, że jest jednym z 5-7 zaproszonych może poświęcić dużo pracy i pieniędzy na przygotowanie oferty, co z kolei zapobiega zawieraniu umów w ciemno („kupowaniu kota w worku”), gdy oferta składa się jedynie z oferowanej ceny.

Kryteria kwalifikacji nie powinny bazować na ocenie liczby wykonanych w przeszłości zamówień, gdyż takie podejście doprowadziłoby do wyłonienia stałej grupy dopuszczanych do udziału wykonawców. Kryteria kwalifikacji powinny badać stopień podobieństwa poprzednich zamówień do będącego przedmiotem postępowania oraz z większej mierze bazować na ocenie kwalifikacji personelu dedykowanego do realizacji zamówienia (według zasad stosowanych przez HA).

Rekomendacja.

Należy propagować stosowanie trybów umożliwiających prekwalifikację oraz praktykę kwalifikowania do udziału w postępowaniu zapewniającej konkurencję liczby wykonawców (uświadamiając zamawiającym wady kwalifikowania nadmiernej liczby wykonawców).

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa kluczowa.

MIR powinien zainicjować działania edukacyjne zmierzające do zwiększenia udziału trybów przewidujących prekwalifikację, w szczególności przetargu ograniczonego w zamówieniach publicznych oraz stosowania efektywnych zasad prekwalifikacji.

Po roku od zakończenia powyższych działań należy ocenić ich skuteczność poprzez wskaźnik udziału trybów przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego w ogólnej liczbie zamówień. W przypadku, gdyby udział tych trybów nadal był niewielki (poniżej 20%), należało będzie rozważyć zastosowanie silniejszych narzędzi wpływu na praktykę beneficjentów (zamawiających), w tym wydanie wytycznych, a nawet zmianę przepisów ustawy Pzp.

c. Kwalifikacja konsorcjów

Powszechnie przyjętym w Polsce ostatnimi laty sposobem potwierdzenia spełniania wymagań przez konsorcjum jest proste sumowanie potencjałów członków konsorcjum (z obowiązkiem liczenia łącznej płynności kilku firm na czele). Wszelkie wymagania co do poszczególnych członków konsorcjum uznaje się za nielegalne. Tymczasem standardowo np. we Włoszech wymagania wobec konsorcjów stawiane są w ten sposób, że lider konsorcjum musi spełniać warunek dla pojedynczego wykonawcy w 40%, a pozostali członkowie konsorcjum w 10%. Uzasadnienie takiego formułowania warunków doświadczenia i obrotów jest oczywiste: w konsorcjum musi być przynajmniej jeden podmiot określonej wielkości, a pozostali członkowie też nie powinni być „mrówkami”. Wydaje się, że czas jest najwyższy, aby powrócić do dobrych praktyk stosowanych onegdaj również w Polsce. Tym bardziej, że nowa dyrektywa w art. 19 ust. 2 stanowi: „W razie potrzeby instytucje zamawiające mogą w dokumentach zamówienia sprecyzować sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej, o których mowa w art. 58, pod warunkiem że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne.”

Rekomendacja.

Należy dopuścić i promować stawianie warunków wobec konsorcjum w sposób specyficzny, inny, niż proste sumowanie potencjałów tam, gdzie jest to uzasadnione, w szczególności w zakresie doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej.

Uwagi.

Jest to rekomendacja horyzontalna. Wymagana jest zmiana przepisów ustawy Pzp.

UZP zobowiązany jest opracować projekt nowej ustawy uwzględniającej nowe dyrektywy. W tej ustawie powinien znaleźć się przepis implementujący art. 19 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Z uwagi na utrwaloną linię orzecznictwa KIO, która jest niezgodna z rekomendacją i treścią nowej dyrektywy, nie jest możliwe dokonanie zmiany praktyki bez zmiany przepisów ustawy Pzp.

2.3.2 Badanie wiedzy i doświadczenia

a. Warunki i kryteria kwalifikacji w zakresie wiedzy i doświadczenia

Badanie wiedzy i doświadczenia wykonawców w UE nie koncentruje się na liczbie wykonanych w przeszłości zamówień i precyzyjnej definicji zamówienia podobnego, jak w Polsce. Co do zasady, wymaga się doświadczenia w realizacji dwóch podobnych zamówień i nie punktuje się większej liczby wykonanych zamówień – odwrotnie, niż w Polsce, gdzie najczęściej jako kryterium kwalifikacji stosuje się liczbę wykonanych w przeszłości zamówień podobnych. Praktyka ta prowadzi do absurdów zdobywania referencji „na kilogramy” i jednocześnie przyczynia się do

utrwalania status quo: wykonawca z największym doświadczeniem zawsze ma najwięcej punktów a nowy podmiot nie ma szansy na uzyskanie zamówienia.

Istotą badania doświadczenia wykonawcy w Polsce (a także osi wielu sporów przed KIO) jest sposób sporządzenia definicji zamówienia podobnego. Zamawiający starają się maksymalnie precyzyjnie oddać istotę zamówienia w definicji zamówienia podobnego, przy czym chodzi o podobieństwo do całości zamówienia. Tymczasem we Włoszech specyfikuje się rodzaje przewidzianych do wykonania robót i bada kompetencje wykonawcy do realizacji tych asortymentów robót, natomiast w Wielkiej Brytanii wymienia się zakresy prac i odpowiedzialności wykonawcy i analizuje doświadczenie zdobyte w wymaganym zakresie. Dodatkowo, w ramach kryteriów kwalifikacji stosuje się jako kryterium stopień podobieństwa wcześniej wykonanych zamówień do tego, które jest przedmiotem postępowania. Takie podejście umożliwia z jednej strony uwzględnienie zamówień daleko różnych (HA uwzględnia doświadczenie spoza dróg), z drugiej promowanie wykonawcy, który ma doświadczenie w bliźniaczym zakresie.

W Polsce nie dokonuje się oceny jakościowej wykonania poszczególnych zobowiązań wykonawcy, poprzestając na żądaniu poświadczenia ogólnej satysfakcji klienta („wykonano należyście”) z realizacji całości zamówienia. Taka ocena (0-1, należyście-nienależyście) nie daje żadnej podstawy do rozróżnienia słabych i mocnych stron wykonawcy, powoduje wystawianie pozytywnych referencji w każdym przypadku poza ewidentnym niewykonaniem lub rażąco nienależytym wykonaniem zamówienia. Tymczasem np. HA stosuje bardzo szczegółowy formularz oceny jakości wykonania poszczególnych obowiązków w ramach poprzednich umów. Tylko takie podejście może zróżnicować wykonawców i pokazać ich słabe strony, nie skazując jednocześnie na wykluczenie. Przy okazji wykonawcy stale dążą do podnoszenia jakości w obszarach słabiej ocenionych i przedstawiają nowe realizacje, w których uzyskali wyższą ocenę.

Rekomendacja.

Zamawiający powinien w treści ogłoszenia definiować zakres zamówienia poprzez wskazanie rodzajów robót (prac) i/lub zakresów odpowiedzialności wykonawcy wraz z podaniem ich wartości.

Warunki udziału powinny odnosić się nie do definicji zamówienia podobnego jako całości, lecz do poszczególnych rodzajów i zakresów prac.

Kryteria kwalifikacji nie powinny oceniać liczby poprzednio wykonanych zamówień, lecz stopień ich podobieństwa do przedmiotu zamówienia oraz jakość wykonania poszczególnych rodzajów i zakresów prac (nie całości umowy).

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa kluczowa.

MIR powinien zainicjować działania edukacyjne zmierzające do upowszechnienia stosowania:

- krótkiego opisu przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu poprzez wykaz kluczowych prac (robót) w podziale na kategorie wraz z podaniem ich wartości,
- warunków udziału w postępowaniu odwołujących się do wartości wykonanych w przeszłości prac (robót) poszczególnych kategorii o określonej wartości – proporcjonalnej do wartości prac (robót) przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia,
- kryteriów kwalifikacji oceniających stopień podobieństwa poprzednio wykonanych zamówień do rodzaju prac (robót) przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia oraz jakości wykonania poszczególnych rodzajów i zakresów prac (robót).

b. Referencje

W niektórych krajach UE przepisy określają wzór referencji, jakie zamawiający publiczny zobowiązany jest wystawić wykonawcy zamówienia. W innych krajach zamawiający mają prawo określić standardowe wzory obowiązujące u tego zamawiającego. Wykonawcy zobowiązani są dołączyć referencje według wzoru lub udostępnić zamawiającemu dane kontaktowe do poprzednich klientów, aby zamawiający mógł samodzielnie zwrócić się o wypełnienie referencji. W przeciwieństwie do składanych w Polsce jednozdaniowych referencji ("projekt wykonano należycie"), z których nic nie wynika, wzory te wymagają przedstawienia bardzo wielu informacji o zamówieniu, zarówno o jego zakresie, jak i sposobie wykonania. Tylko taki, zestandaryzowany, sposób przedstawiania referencji daje możliwość rzetelnego zbadania doświadczenia wykonawcy. Formularz referencji powinien, o ile to możliwe, przedstawiać informacje odpowiadające sposobowi formułowania warunków udziału w zakresie doświadczenia: posługiwać się tą samą klasyfikacją prac (robót) i odpowiedzialności wykonawcy. Ustalenie wzoru listu referencyjnego nie może, oczywiście, ani działać wstecz, ani wobec inwestorów prywatnych, czy spoza Polski, niemniej w okresie kilku lat umożliwiłoby głębsze i zarazem sprawniejsze badanie doświadczenia wykonawców.

Rekomendacja.

Należy wprowadzić do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) możliwości żądania poświadczenia (referencji) według formularza, którego wzór lub zakres zostanie ustalony w treści tego rozporządzenia (w postaci załącznika) wraz z instrukcją jego wypełniania i interpretowania.

Uwagi.

Jest to rekomendacja horyzontalna. Wymagana jest zmiana Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

UZP zobowiązany jest opracować projekt nowego Rozporządzenia uwzględniającego nowe dyrektywy. Przy okazji zmiany Rozporządzenia należy opracować – na podstawie analizy stosowanych w innych krajach UE formularzy referencji – wzorcowy formularz umożliwiający implementację tej rekomendacji oraz rekomendacji programowej dotyczącej warunków i kryteriów kwalifikacji w zakresie wiedzy i doświadczenia.

2.3.3 Badanie potencjału kadrowego

a. Średnie zatrudnienie

W odróżnieniu od Wielkiej Brytanii i Polski, we Włoszech kładzie się silny nacisk na sprawy pracownicze. Przy certyfikacji bierze się pod uwagę liczbę osób zatrudnionych na umowy o pracę na czas nieoznaczony, przestrzeganie zbiorowych układów pracy, wysokość funduszu płac, świadczenia socjalne itp. Przy takim systemie nie mają szans na uzyskanie zamówienia firmy zatrudniające ludzi *ad hoc*, na potrzeby realizacji konkretnego zamówienia. Zważywszy chęć promocji zatrudnienia i zwalczanie krótkookresowych umów cywilnoprawnych - praktyka włoska jest skarbnicą pomysłów do wdrożenia. Od zaraz (a właściwie od dawna – choć niezwykle rzadko w przeszłości było to stosowane) zamawiający mogą stawiać warunek dotyczący średniej rocznej liczby zatrudnionych pracowników.

Rekomendacja.

Należy promować stawianie warunków udziału dotyczących średniego rocznego zatrudnienia odpowiedniej (proporcjonalnej) liczby pracowników oraz wprowadzanie do

umów wymogów zatrudniania przynajmniej części osób biorących udział w realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę.

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa operacyjna.

MIR powinien w ramach działań edukacyjnych w zakresie zamówień publicznych, w tym zalecanych do podjęcia w ramach innych rekomendacji, zwracać uwagę na stosowanie różnego rodzaju klauzul społecznych, w szczególności:

- warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do średniego rocznego zatrudniania określonej, proporcjonalnej liczby pracowników oraz
- zawierania w istotnych postanowieniach umowy zobowiązania do zatrudniania przynajmniej części osób biorących udział w realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę.

b. Personel kluczowy

Jeśli chodzi o personel kluczowy, to największą wagę do jego oceny przywiązuje HA, przy czym nie chodzi o wymagania formalne w zakresie uprawnień i doświadczenia wyrażającego się w latach przepracowanych (lub liczbie projektów) na określonym stanowisku (pełnienia określonej funkcji) – jak to się bada w Polsce. Kwalifikacje personelu przewidzianego do realizacji zamówienia są oceniane w ramach kryterium StART (kryterium kwalifikacji o wadze 65% stosowane w przypadku większych przedsięwzięć). Podkryteria oceniane w ramach tego kryterium (przywództwo, współpraca, łańcuch zakupów, dostarczanie wartości, różnorodność i włączenie, zrównoważony rozwój) nie są oceniane na podstawie dokumentów, opracowań załączanych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w takim przypadku nie można mieć pewności co do ich pochodzenia), lecz na podstawie prezentacji prowadzonych przez pracowników wykonawcy i dyskusji. Prezentacje powinny być prowadzone przez osoby przewidziane do czynnej roli w trakcie realizacji zamówienia. W ten sposób, na podstawie osobistego spotkania z przyszłą kadrą zarządzającą realizacją zamówienia, audytorzy określają stopień pewności należytego wykonania zamówienia. Należy natomiast rekomendować badanie kwalifikacji personelu kluczowego w trakcie bezpośredniego spotkania.

Ponadto należy jak najszybciej implementować nowe dyrektywy w zakresie możliwości stosowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do kwalifikacji personelu (por. Rekomendacja dotycząca kryteriów oceny ofert).

Rekomendacja.

Ocena kwalifikacji kluczowego personelu powinna odbywać się poprzez ocenę wiedzy i sposobu podejścia do realizacji kluczowych zadań.

Ocena proponowanego sposobu realizacji zamówienia powinna, przynajmniej częściowo, odbywać się na podstawie prezentacji, dyskusji, rozwiązywania przez personel wykonawcy problemów, zadań w trakcie bezpośredniego spotkania z komisją przetargową.

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa kluczowa.

MIR powinien zainicjować działania edukacyjne zmierzające do upowszechnienia stosowania oceny kwalifikacji kluczowego personelu poprzez ocenę wiedzy i sposobu podejścia do realizacji kluczowych zadań i rozwiązywania problemów.

2.3.4 Badanie sytuacji ekonomicznej

a. Sytuacja ekonomiczna – obrót (przychód)

Określenie wielkości wymaganego przychodu w stosunku do wartości zamówienia odbywa się w HA poprzez wyliczenie wskaźnika notacji, przy obliczaniu którego przychód stanowi tylko jeden z elementów. W zrównoważonej sytuacji przyjmuje się, że wykonawca powinien wykazać przychód w wysokości 3-krotności wartości zamówienia, o które się ubiega. Proporcja ta może być niższa, o ile wykonawca dysponuje wyjątkowymi aktywami lub referencjami, nigdy jednak nie może być niższa, niż 133%. We Włoszech wystawia się certyfikat w zakresie określonych robót na wartość przychodu osiągniętego przez wykonawcę z tytułu tych robót. W treści ogłoszeń żądano wykazania w ciągu pięciu lat obrotu w wysokości 3-krotności wartości zamówienia. Nowa dyrektywa przesądziła, że wymagany roczny przychód nie może być wyższy, niż 2-krotność wartości zamówienia, chyba, że zachodzą szczególne okoliczności (projekt przewidywał 3-krotność). Nie wskazano w treści dyrektywy, że chodzi o wartość zamówienia sprowadzoną do roku, niemniej wydaje się, że tak należy przepis interpretować (żądanie nawet dwukrotności wartości zamówienia realizowanego trzy lata oznaczałoby w praktyce 6-krotność rocznej wartości zamówienia).

Rekomendacja.

Należy wymagać od wykonawców rocznego przychodu w wysokości 2-krotności rocznej wartości zamówienia, a w przypadku, gdy realizacja zamówienia wiąże się z dodatkowym ryzykiem - większego.

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa operacyjna.

MIR powinien w ramach działań edukacyjnych w zakresie zamówień publicznych, w tym zalecanych do podjęcia w ramach innych rekomendacji, zwracać uwagę na to, iż właściwym, proporcjonalnym poziomem wymaganego przychodu powinna być dwukrotna wartość zamówienia (sprowadzona do roku).

b. Sytuacja ekonomiczna – analiza wskaźnikowa

Dokonanie analizy wskaźnikowej sytuacji ekonomicznej wykonawcy nie wydaje się trudne. Wyliczenie wysokości stosowanych w UE wskaźników nie wymaga wiadomości specjalnych. Wśród badanych wskaźników wymienia się: wskaźnik płynności bieżącej, wskaźnik długu do kapitału własnego, wysokość straty lub zysku. Żadne opracowania o tym nie wspominają, jednak oczywistym wydaje się, że w przypadku konsorcjum wskaźniki liczone są odrębnie dla każdego członka i każdy musi potwierdzić spełnianie np. warunku płynności lub rentowności. Z drugiej strony, interpretacja wysokości wskaźników nie zawsze musi być jednoznaczna i dlatego w przypadkach wątpliwych decyzja podejmowana jest na podstawie szerszej analizy, metodą ekspercką.

Rekomendacja.

Należy badać podstawowe wskaźniki ekonomiczne wykonawców, zwłaszcza w zakresie płynności, zadłużenia i rentowności. Należy opracować wskaźnik zagregowany i jednocześnie formułę umożliwiającą dopuszczenie do udziału wykonawcy, którego wskaźnik nie osiąga wymaganej wielkości, lecz przy pomocy innych narzędzi wykaże on wystarczającą sytuację ekonomiczną (np. zapewni wystawienie gwarancji przez spółkę-matkę).

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa kluczowa.

MIR powinien zainicjować działania edukacyjne zmierzające do upowszechnienia stosowania oceny sytuacji ekonomicznej przy pomocy analizy wskaźnikowej.

c. Sytuacja ekonomiczna – solidarna odpowiedzialność

Istotnym problemem dotyczącym sytuacji ekonomicznej jest udostępnianie potencjałów przez podmioty trzecie. Możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego jest w tym zakresie – zważywszy charakter zasobów – powszechnie nadużywana. Podobne trudności spotykano na terenie UE. Stąd nowa dyrektywa przesądza o możliwości żądania solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego udzielającego wykonawcy swojego potencjału finansowego lub ekonomicznego. Należy jak najszybciej implementować dyrektywę w tym zakresie.

Rekomendacja.

Możliwość polegania na potencjale ekonomicznym i finansowym podmiotów trzecich powinna wiązać się z ponoszeniem przez ten podmiot solidarnej odpowiedzialności wobec zamawiającego za należyte wykonanie zamówienia.

Uwagi.

Jest to rekomendacja horyzontalna. Wymagana jest zmiana przepisów ustawy Pzp.

UZP zobowiązany jest opracować projekt nowej ustawy uwzględniającej nowe dyrektywy. Przynajmniej część norm zawartych w nowej dyrektywie, w szczególności możliwość wymagania solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał ekonomiczny i finansowy powinna być implementowana jak najszybciej.

2.3.5 Kryteria oceny ofert

a. Stosowanie kryteriów pozacenowych

Kryteria pozacenowe są w Polsce stosowane wyjątkowo i to pomimo podejmowanych działań edukacyjnych promujących ich stosowanie oraz pomimo szeregu przypadków obrazujących katastrofalne dla wszystkich skutki zlecenia realizacji zamówień po najniższej cenie. Tymczasem w UE jest to powszechna praktyka, która wynika nie tylko ze świadomości i odpowiedzialności zamawiających, ale również przepisów prawa. Włoski dekret DPR 207/10 nakazuje w stosunku do określonych zamówień przypisanie kryteriom pozacenowym wagi co najmniej 65%, analizowane przetargi HA dawały kryteriom pozacenowym wagę 60% i 70%. Nowa dyrektywa kładzie nacisk na dokonywanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Z drugiej strony, nie należy bezkrytycznie i bezwyjątkowo promować kryteriów pozacenowych, np. wybór oferty na budowę w oparciu o poprawnie sporządzoną dokumentację projektową może być dokonany wyłącznie w oparciu o kryterium cenowe.

Przepisy prawa mogą określać pewne wymagania co do kryteriów oceny ofert i ich wag, nie powinny jednak przesądzać jakie kryteria i z jakimi wagami mają być stosowane w konkretnych rodzajach zamówień. Przepisy muszą dawać zamawiającym dużą swobodę w tym zakresie. Z drugiej strony, przepisy mogą wymuszać na zamawiających stosowanie profesjonalnego podejścia do określenia kryteriów oceny ofert i ich wag (przepisy włoskie wskazują wprost na konieczność zastosowania jednej z wymienionych metod wspomaganie podejmowania decyzji). W Polsce, mimo, że takie szkolenia są oferowane od 18 lat, zainteresowanie zamawiających jest znikome. Stosowane są kryteria przypadkowe, nie prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty, kryteria, których potrzeby zastosowania zamawiający nie jest w stanie rzetelnie uzasadnić.

Stosowanie kryteriów pozacenowych nie może polegać na tym, że sztucznie dodawane są kryteria takie, jak termin realizacji o wadze np. 5%. Prawdopodobnie taki byłby skutek wprowadzenia przepisu nakazującego stosowanie innych, niż cena kryteriów. Tymczasem chodzi o jakość realizacji zamówienia, o pewność dochowania wymagań, o długoterminowe rezultaty itp. Co do

zasady, większość właściwych kryteriów to kryteria, których ocena jest niewymierna, nie poddaje się algorytmizacji. Co prawda, żaden przepis polski nie zakazuje stosowanie kryteriów niewymiernych, jednak powszechna świadomość zamawiających nie dopuszcza ich stosowania. Wydaje się, że jest to w dużej mierze wynik kontroli podważających rzetelność oceny, która nie jest oparta na formule matematycznej (wskazano w raporcie, że orzecznictwo KIO nie sprzeciwia się stosowaniu tego typu kryteriów).

Jeśli chodzi o sposób oceny ofert, to praktyka angielska polega przede wszystkim na przyjęciu niezmiennej skali oceny i punktowaniu ofert w odniesieniu do cech i stopnia ich spełniania określonych w tabeli stanowiącej zewnętrzny punkt odniesienia (porównywanie ofert z wzorcem). Praktyka włoska polega przede wszystkim na porównywaniu ofert parami (jak to się dzieje w MHA i innych metodach) i punktowaniu ich w stosunku do siebie nawzajem (porównywanie ofert ze sobą). Zważywszy, że obie metody mają swoje zalety i wady, należy obie dopuścić, wskazując na konieczność świadomego wyboru między nimi (dotychczas w Polsce promowano porównywanie ofert ze sobą w kryterium cenowym i porównywanie ich z wzorcem w pozostałych kryteriach, co nie jest właściwe i może prowadzić do istotnego zachwiania wynikami oceny).

Rekomendacja.

Należy opracować wzorcowe przykłady kryteriów oceny ofert.

Należy promować stosowanie profesjonalnych metod wspomaganie podejmowania decyzji dla ustalenia kryteriów i ich wag.

Należy promować stosowanie różnych, dostosowanych do specyfiki przedmiotu zamówienia zasad oceny ofert, zarówno w zakresie kryteriów wymiernych, jak i niewymiernych.

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa kluczowa.

MIR powinien zainicjować działania edukacyjne zmierzające do upowszechnienia stosowania różnych uzasadnionych kryteriów oceny ofert.

b. Kwalifikacje personelu

Zakaz stosowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy obowiązujący od wielu lat na terenie UE został niedawno zniesiony na mocy nowych dyrektyw. Stosowanie kryteriów odnoszących się do kwalifikacji personelu zostało dopuszczona w przypadku zamawiania usług oraz robót budowlanych w formule „zaprojektuj i zbuduj”. Stosowanie takich kryteriów byłoby w pełni uzasadnione w przypadku projektowania oraz nadzoru nad robotami. Należy jak najszybciej implementować dyrektywę w tym zakresie.

Rekomendacja.

Należy szybko implementować i propagować stosowanie kryteriów odnoszących się do kwalifikacji personelu w przypadku zamawiania usług oraz robót budowlanych w formule „zaprojektuj i zbuduj”.

Uwagi.

Jest to rekomendacja horyzontalna. Wymagana jest zmiana przepisów ustawy Pzp.

UZP zobowiązany jest opracować projekt nowej ustawy uwzględniającej nowe dyrektywy. Przynajmniej część norm zawartych w nowej dyrektywie, w szczególności możliwość stosowania kryteriów odnoszących się do kwalifikacji personelu w przypadku zamawiania usług oraz robót budowlanych w formule „zaprojektuj i zbuduj” powinna być implementowana jak najszybciej.

c. Ocena ofert

Ze stosowaniem kryteriów jakościowych powinien być powiązany minimalny wymagany poziom jakości, poniżej którego oferta nie jest rozpatrywana na etapie oceny. HA odrzuca oferty, których ocena w jakimkolwiek kryterium jakościowym jest poniżej 60% możliwych do zdobycia punktów. Zastrzeżenie takie jest konieczne i w pełni uzasadnione. Tymczasem w Polskiej praktyce, nawet, jeśli zamawiający przewiduje ocenę jakościową, zwykle stwierdza, że nieprzedłużenie do oferty części merytorycznej lub jej niedostateczna ocena skutkuje przyznaniem 0 punktów. W efekcie jako najkorzystniejszą ofertę (sic!) wybiera się ofertę, która wskazuje na niezrozumienie przedmiotu zamówienia za to jest niedroga!

Kryteria jakościowe odnoszą się zwykle do badania opracowań i dokumentów załączanych do oferty, takich, jak metoda realizacji zamówienia. Ocena oferty dokonana w ten sposób nie bierze pod uwagę prawdopodobieństwa realizacji zamówienia w sposób opisany w ofercie. Stąd zatrzymanie się na ocenie dokumentu pod kątem jakości proponowanych rozwiązań nie daje gwarancji ich implementacji w rzeczywistości (dokument taki można np. kupić na rynku). Dlatego zapewne HA na drugim etapie oceny ofert stara się ocenić na ile proponowane rozwiązania mają szanse być zastosowane przy realizacji zamówienia. Ocena ta odbywa się w oparciu o doświadczenie wykonawcy, przy czym nie chodzi tu o ocenę samego doświadczenia (co – jako kryterium podmiotowe – jest zakazane), lecz o określenie w jaki sposób doświadczenie wykonawcy gwarantuje realizację deklaracji zawartych w dokumentach jakościowych. Jest to niezwykle istotny i całkowicie pomijany w Polsce aspekt (wręcz uważa się, że całkowicie nierealne deklaracje wykonawców muszą być uwzględniane z pełną powagą tylko dlatego, że zostały złożone na piśmie i są wiążące).

W niemal wszystkich zamówieniach w Polsce jest stosowany do oceny kryterium ceny jeden wzór: $Pof = Cmin/Cof \times Pmax$, gdzie Pof – liczba punktów przyznawanych ofercie, Cmin – najniższa cena, Cof – cena oferty punktowanej, Pmax – maksymalna liczba punktów za cenę. Tymczasem jest to najgorszy z możliwych wzorów: nie mający żadnego uzasadnienia merytorycznego i prowokujący do oferowania rażąco niskich cen (wykonawca najtańszy nie tylko zyskuje najwięcej punktów, ale również największą przewagę w stosunku do niewiele droższych). Przepisy włoskie, choć dopuszczają stosowanie i tego wzoru, wskazują na możliwość zastosowania innych, znacznie właściwszych wzorów. Ich cechą wspólną jest próba odzwierciedlenia zmieniającej się wartości pieniądza z punktu widzenia zamawiającego oraz zapobieżenie oferowaniu przez wykonawców rażąco niskich cen. Podobny w przebiegu wzór zaproponował UZP w swojej publikacji, niestety przyjmując jako punkty odniesienia ceny ofert. Tymczasem istotą wzorów stosowanych we Włoszech jest ocena rabatu w stosunku do budżetu zamawiającego, nie cen bezwzględnych (oferta z ceną w wysokości budżetu zamawiającego otrzymuje 0 pkt).

Rekomendacja.

Należy w przypadku kryteriów jakościowych promować określanie przez zamawiających minimalnego poziomu jakości, poniżej którego oferta powinna być odrzucana.

Należy promować stosowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do stopnia pewności wykonania zamówienia zgodnie z zaoferowaną metodą. W ramach tej oceny powinno się brać pod uwagę jego dotychczasowe doświadczenie, doświadczenie osób, którymi dysponuje, znajomość metod, technologii itp.

Należy propagować stosowanie różnych formuł matematycznych do oceny ofert w kryteriach wymiernych.

Uwagi.

Jest to rekomendacja programowa kluczowa.

MIR powinien zainicjować działania edukacyjne zmierzające do upowszechnienia stosowania różnych uzasadnionych sposobów oceny ofert.

3 Zestawienie wniosków i rekomendacji

3.1 Kwalifikacja wykonawców

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
1.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	W wielu krajach UE funkcjonują systemy certyfikacji wykonawców zamówień publicznych, które zapobiegają uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę i obniżają koszty postępowań. (str. 133)	Należy wprowadzić w Polsce system certyfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie projektowania, budowy i nadzoru nad realizacją robót. (str. 133)	UZP	Nowelizacja ustawy Pzp		2015-06-30	Rekomendacja horyzontalna	Infrastruktura i Środowisko 2014-1020	
2.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Tryby udzielania zamówień przewidujące prekwalifikację, w znacznie większym stopniu pozwalają na wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. W Polsce najczęściej stosowany pozostaje przetarg nieograniczony. (str. 134)	Należy propagować stosowanie trybów umożliwiających prekwalifikację oraz praktykę kwalifikowania do udziału w postępowaniu zapewniającej konkurencję liczby wykonawców (uświadamiając zamawiającym wady kwalifikowania nadmiernej liczby wykonawców). (str. 134)	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – kluczowa	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	
3.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach	W przeciwieństwie do innych krajów, w Polsce dopuszcza się zawsze proste sumowanie potencjałów członków konsorcjum, co nie	Należy dopuścić i promować stawianie warunków wobec konsorcjum w sposób specyficzny, inny, niż proste sumowanie potencjałów tam, gdzie jest to	UZP	Nowelizacja ustawy Pzp		2015-06-30	Rekomendacja horyzontalna	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
	drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	jest uzasadnione. (str. 135)	uzasadnione, w szczególności w zakresie doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej. (str. 135)							

3.2 Badanie wiedzy i doświadczenia

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
4.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	W Polsce warunki udziału w zakresie doświadczenia bazują na definicji zamówienia podobnego, lecz bez specyfikowania rodzajów prac. Tymczasem w UE warunki dotyczą poszczególnych rodzajów prac, co zwiększa rzetelność oceny wykonawcy. Ocena doświadczenia wykonawców w Polsce bazuje na jednozdaniowych referencjach, w UE wymaga się szczegółowych informacji. (str. 136)	Zamawiający powinien w treści ogłoszenia definiować zakres zamówienia poprzez wskazanie rodzajów robót (prac) i/lub zakresów odpowiedzialności wykonawcy wraz z podaniem ich wartości. Warunki udziału powinny odnosić się nie do definicji zamówienia podobnego jako całości, lecz do poszczególnych rodzajów i zakresów prac. Kryteria kwalifikacji nie powinny oceniać liczby poprzednio wykonanych zamówień, lecz stopień ich podobieństwa do przedmiotu zamówienia oraz jakość wykonania poszczególnych	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – kluczowa	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany / możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
			rodzajów i zakresów prac (nie całości umowy). (str. 136)							
5.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Brak standardowych formularzy referencji utrudnia, a nawet uniemożliwia rzetelną ocenę doświadczenia wykonawcy. W wielu krajach UE takie formularze obowiązują w randze przepisów. (str. 137)	Należy wprowadzić do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane możliwość żądania poświadczenia (referencji) według formularza, którego wzór lub zakres zostanie ustalony w treści tego rozporządzenia (w postaci załącznika) wraz z instrukcją jego wypełniania i interpretowania. (str. 137)	Prezes Rady Ministrów	Nowelizacja przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.		2015-06-30	Rekomendacja horyzontalna	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

3.3 Badanie potencjału kadrowego

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany / możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
6.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych	Mimo takiej możliwości, polscy zamawiający nie wymagają zatrudniania personelu. Tymczasem wiele krajów promuje stałe zatrudnienie pracowników	Należy promować stawianie warunków udziału dotyczących średniego rocznego zatrudnienia odpowiedniej (proporcjonalnej) liczby pracowników oraz wprowadzanie do umów wymogów	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – operacyjna	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
	realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	realizujących zamówienia publiczne. (str. 137)	zatrudniania przynajmniej części osób biorących udział w realizacji zamówienia na podstawie umów o pracę. (str. 137)							
7.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Ocena kwalifikacji personelu w Polsce odbywa się wyłącznie na podstawie dokumentów. Nic jednak nie zastąpi bezpośredniego spotkania z komisją przetargową, co dodatkowo stanowi dowód dysponowania personelem oraz potwierdza samodzielność pracy członków zespołu. (str. 138)	Ocena kwalifikacji kluczowego personelu powinna odbywać się poprzez ocenę wiedzy i sposobu podejścia do realizacji kluczowych zadań. Ocena proponowanego sposobu realizacji zamówienia powinna, przynajmniej częściowo, odbywać się na podstawie prezentacji, dyskusji, rozwiązywania przez personel wykonawcy problemów, zadań w trakcie bezpośredniego spotkania z komisją przetargową. (str. 139)	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – kluczowa	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

3.4 Badanie potencjału ekonomicznego

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
8.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach	Warunek w zakresie przychodu bywa w Polsce stawiany zbyt wysoko, lecz jeszcze częściej zbyt nisko. Znacznie niżej, niż w UE. Należy ujednoczyć	Należy wymagać od wykonawców rocznego przychodu w wysokości 2-krotności rocznej wartości zamówienia, a w przypadku, gdy realizacja zamówienia	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – operacyjna	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
	drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	praktykę. (str. 139)	wiąże się z dodatkowym ryzykiem - większego. (str. 139)							
9.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Polscy zamawiający – mimo takiej możliwości – <i>de facto</i> nie badają sytuacji ekonomicznej wykonawców, poza przychodem, który nie jest wystarczającym dowodem. W innych krajach przeprowadza się analizę wskaźnikową, a w przypadkach wątpliwych, ekspercką. (str. 139)	Należy badać podstawowe wskaźniki ekonomiczne wykonawców, zwłaszcza w zakresie płynności, zadłużenia i rentowności. Należy opracować wskaźnik zagregowany i jednocześnie formułę umożliwiającą dopuszczenie do udziału wykonawcy, którego wskaźnik nie osiąga wymaganej wielkości, lecz przy pomocy innych narzędzi wykaże on wystarczającą sytuację ekonomiczną. (str. 139)	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – kluczowa	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	
10.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego jest powszechnie nadużywana. Nowa dyrektywa przesądza o możliwości żądania solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego używającego wykonawcy swojego potencjału finansowego lub ekonomicznego. (str. 140)	Możliwość polegania na potencjale ekonomicznym i finansowym podmiotów trzecich powinna wiązać się z ponoszeniem przez ten podmiot solidarnej odpowiedzialności wobec zamawiającego za należyte wykonanie zamówienia. (str. 140)	UZP	Nowelizacja przepisów ustawy Pzp		2015-06-30	Rekomendacja horyzontalna	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

3.5 Kryteria oceny ofert

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
11.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Mimo publikacji i rekomendacji nie są w Polsce stosowane kryteria pozacenowe, zwłaszcza jakościowe. Kryteria i ich wagi nie mogą być przypadkowe, lecz przemyślane, dobrze uzasadnione. Mimo braku takiego zakazu w ustawie Pzp, w powszechnej świadomości kryteria muszą być wymierne. (str. 141)	Należy opracować wzorcowe przykłady kryteriów oceny ofert. Należy promować stosowanie profesjonalnych metod wspomagania decyzji dla ustalenia kryteriów i ich wag. Należy promować stosowanie różnych, dostosowanych do specyfiki przedmiotu zamówienia zasad oceny ofert, zarówno w zakresie kryteriów wymiernych, jak i niewymiernych. (str. 142)	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – kluczowa	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	
12.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Zakaz stosowania kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy obowiązujący od wielu lat na terenie UE został niedawno zniesiony na mocy nowych dyrektyw: zostało dopuszczone stosowanie kryteriów odnoszących się do kwalifikacji personelu. (str. 141)	Należy szybko implementować i propagować stosowanie kryteriów odnoszących się do kwalifikacji personelu w przypadku zamawiania usług oraz robót budowlanych w formule „zaprojektuj i zbuduj”. (str. 141)	UZP	Nowelizacja przepisów ustawy Pzp		2015-06-30	Rekomendacja horyzontalna	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	
13.	Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego	Kryteria jakościowe bez minimalnej jakości wymaganej od oferty (standard w UE) nie przynoszą oczekiwanych skutków.	Należy w przypadku kryteriów jakościowych promować określanie przez zamawiających minimalnego poziomu jakości,	MIR	Promocja dobrej praktyki: publikacja, szkolenia.		2015-06-30	Rekomendacja programowa – kluczowa	Infrastruktura i Środowisko 2014-2020	

Nr	Tytuł raportu	Wniosek (strona w raporcie)	Rekomendacja (strona w raporcie)	Adresat Rekomendacji	Sugerowany sposób wdrożenia	Status	Sugerowany/ możliwy termin realizacji	Klasyfikacja	Obszar Tematyczny	Dodatkowe uwagi
	w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE	Nie można ślepo ufać zapewnieniom wykonawcy, lecz weryfikować je pod kątem realności wykonania oferowanej jakości. Weryfikację tą należy odróżniać od kryteriów podmiotowych, które są zakazane. Ocena ceny oferty nie jest, wbrew pozorom, oczywista. Należy stosować właściwe, algorytmizowane metody oceny ofert (z pewnością nie wzór powszechnie w Polsce stosowany: $C_{min}/cof.$ (str. 142)	poniżej którego oferta powinna być odrzucana. Należy promować stosowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do stopnia pewności wykonania zamówienia zgodnie z zaoferowaną metodą. W ramach tej oceny powinno się brać pod uwagę jego dotychczasowe doświadczenie, doświadczenie osób, którymi dysponuje, znajomość metod, technologii itp. Należy propagować stosowanie różnych formuł matematycznych do oceny ofert w kryteriach wymiernych. (str. 143)							

4 Załączniki

4.1 Zagadnienia i pytania badawcze

Zestaw zagadnień i pytań badawczych do tego badania został określony przez Zamawiającego w SIWZ, a następnie uzupełniony przez Wykonawcę w ofercie. Poniżej przedstawiono sformułowania zagadnień badawczych oraz wszystkie pytania badawcze z zachowaniem ich oryginalnej numeracji - w kolejności odpowiadającej głównym obszarom tematycznym badania oraz strukturze raportu.

4.1.1 Identyfikacja i analiza rozwiązań stosowanych w ramach POIiŚ

Zagadnienie badawcze:

Identyfikacja i analiza rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w zamówieniach publicznych na roboty budowlane i na usługi w zakresie wykonania dokumentacji projektowej oraz pełnienia nadzoru inwestorskiego, w zakresie inwestycji drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ przez GDDKiA i PKP PLK S.A. w działaniach 6.1, 6.2, 7.1, 7.2, 7.3 i 8.2 – próba projektów, w ramach których zostaną wybrane do analizy postępowania przetargowe (ok. 60 postępowań) zostanie podana Wykonawcy przez Zamawiającego.

1. Kwalifikacja wykonawców

4. *Jakie czynniki brali pod uwagę zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełnienia poszczególnych **warunków udziału** w postępowaniu?*
5. *Czy **warunki udziału** w postępowaniu zostały określone adekwatnie z punktu widzenia sprawnej realizacji zamówienia?*
9. *Jakie **dobre praktyki [dotyczące kwalifikacji wykonawców]** w zakresie rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert można wskazać na podstawie analizowanej próby zamówień realizowanych w ramach projektów POIiŚ?*
10. *Jak oceniana jest **wiedza i praktyki beneficjentów** (GDDKiA, PKP PLK S.A.) w zakresie stosowania ~~pozacenowych kryteriów oceny~~ ofert oraz formułowania **wymagań w zakresie warunków udziału** w postępowaniu pozwalających na wybór najlepszego wykonawcy?*
14. *Jakie stosowano **tryby** udzielania zamówień? Czy stosowano przetarg ograniczony? Jeśli nie, to dlaczego. Czy stosowano negocjacje z ogłoszeniem? Jeśli nie, to dlaczego. Ilu wykonawców kwalifikowano do udziału w postępowaniu? Dlaczego?*

2. Kryteria oceny ofert

1. *Jakie **kryteria oceny ofert** były stosowane w przetargach w analizowanej próbie, z uwzględnieniem trybu przetargu, rodzaju zamówienia i wartości zamówienia? Czy zamawiający stosowali **pozacenowe kryteria oceny ofert**? Jakie to były kryteria? Jakim wagom przypisano im wagi?*
2. *Czy w postępowaniach, w których określono **pozacenowe kryteria oceny oferty**, miały one istotny/realny wpływ na gradację ofert i ostateczny wybór wykonawcy (tj. czy zmieniłaby się kolejność ofert w przypadku gdyby jedynym kryterium była cena?)? Jak w tym zakresie oceniane są wagi przypisywane do poszczególnych kryteriów?*
3. *Dlaczego zamawiający stosowali wyłącznie **kryterium ceny** (jeśli dotyczy) i nie podjęli próby stosowania kryteriów pozacenowych?*
9. *Jakie **dobre praktyki [dotyczące kryteriów oceny ofert]** w zakresie rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert można wskazać na podstawie analizowanej próby zamówień realizowanych w ramach projektów POIiŚ?*
10. *Jak oceniana jest **wiedza i praktyki beneficjentów** (GDDKiA, PKP PLK S.A.) w zakresie stosowania **pozacenowych kryteriów oceny** ofert oraz ~~formułowania wymagań w zakresie warunków udziału~~ w postępowaniu pozwalających na wybór najlepszego wykonawcy?*

3. Ceny rażąco niskie

12. Czy wśród analizowanej próby zamówień publicznych wystąpiły przypadki zastosowania procedury dotyczącej badania i odrzucenia oferty z powodu **rażąco niskiej ceny**? W przypadku zastosowania takiej procedury, jakie działania i decyzje podjął w konsekwencji zamawiający?
13. Jak oceniane jest praktyczne zastosowanie procedury dotyczącej badania i odrzucania ofert z powodu **rażąco niskiej ceny**? Czy istniejące regulacje w tym zakresie są wystarczające? Czy mają one praktyczne zastosowanie?

4. Przebieg postępowania

6. Czy w badanych przetargach wystąpiły **trudności w przeprowadzeniu procedury przetargowej** w związku z dodatkowymi pytaniami do treści SIWZ, wyjaśnieniami, odwołaniami itp. dotyczącymi kryteriów oceny oferty lub warunków udziału w postępowaniu? Z czego wynikały te trudności, jakie były konsekwencje, jak można ich unikać?
11. Czy w analizowanej próbie zamówień publicznych wystąpiły przypadki **odrzucenia ofert**? Jeśli tak to jakie były powody?

5. Realizacja zamówień

7. Czy w zamówieniach wystąpiły problemy ze sprawną **realizacją zamówienia** spowodowane przesunięciem terminów przez wykonawcę inwestycji lub napotkano innego rodzaju problemy (np. zagrożenie zejściem/zejście wykonawcy z placu budowy, problemy z finansowaniem, roszczenia wykonawcy, identyfikowane istotne wady, usterki.)? W jakim stopniu zidentyfikowane problemy mogły być konsekwencją zastosowanych **kryteriów oceny** oferty (ze szczególnym uwzględnieniem stosowania wyłącznie kryterium najniższej ceny) lub określonych **warunków udziału** w postępowaniu?
8. Czy w analizowanych zamówieniach nastąpiły **zmiany w kontrakcie** (aneksy do umowy)? Jakie były powody konieczności wprowadzenia zmian (wzrost wartości, zmiana zakresu, itp.?) Czy wystąpienie takich przypadków ma związek z sytuacjami gdy cena wybranej oferty znacznie odbiega od wyceny dokonanej przez zamawiającego? Czy można zidentyfikować bezpośredni związek między określonymi zmianami w kontrakcie i zastosowaniem konkretnych **kryteriów oceny** oferty lub **oceną potencjału wykonawcy** (warunki udziału w postępowaniu)? Jeśli tak, proszę opisać te relacje.
15. Jakie **terminy realizacji** zamówień były określane przez zamawiających (odrębnie dla projektowania, nadzoru i budowy)? Czy terminy projektowania uwzględniały konieczny harmonogram prac projektowych, uzgodnień, pozyskiwania odpowiednich zgód itp. Czy terminy robót budowlanych uwzględniały technologię robót, organizację pracy? Czy terminy nadzoru inwestorskiego były powiązane z terminem realizacji robót? Czy umowy przewidywały możliwość zmiany terminów w przypadku wystąpienia niekorzystnych okoliczności? Jakże to były okoliczności? Czy zdarzały się okoliczności nieprzewidziane, które wpływały na termin realizacji?

4.1.2 Analiza porównawcza projektów porównywalnych z krajów UE

Zagadnienie badawcze:

Benchmarking rozwiązań w systemie oceny i wyboru ofert w postępowaniach dla porównywalnych inwestycji realizowanych w krajach członkowskich UE (ze szczególnym uwzględnieniem Niemiec, Francji, Wielkiej Brytanii, Włoch i Hiszpanii), z analizą możliwości ich stosowania na gruncie prawa polskiego.

1. Porównanie rozwiązań stosowanych w Polsce i innych krajach

1. *Jakie **wspólne elementy oraz szczególne praktyki w porównaniu do polskich rozwiązań** można zidentyfikować w systemach zamówień publicznych innych krajów członkowskich UE w zakresie rozwiązań stosowanych podczas oceny i wyboru ofert (stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, obowiązek określania znaczenia (wag) kryteriów, sposób oceny potencjału*

wykonawcy, formułowanie warunków udziału w postępowaniu, ocena rażąco niskiej ceny, i odrzucanie ofert)?

2. Kwalifikacja wykonawców - analiza

2. Jaka jest praktyka w zakresie formułowania ~~kryteriów oceny ofert~~ oraz **oceny potencjału wykonawcy** w innych krajach UE w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane realizowane w formule „wybuduj” i „zaprojektuj i wybuduj” oraz na usługi na wykonanie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru inwestorskiego ?
8. W jaki sposób zamawiający w innych krajach UE oceniają **potencjał wykonawcy**?
9. Czy w ramach **kryteriów oceny ofert** zamawiający oceniają **jakość personelu** wyznaczonego do realizacji zamówienia? Czy istnieją w tym zakresie szczególne regulacje w poszczególnych państwach, które na to pozwalają?
10. Jak są określane **warunki udziału w postępowaniu** w innych krajach członkowskich, z uwzględnieniem trybu przetargu, rodzaju i wartości zamówienia? Jak określane są sposoby dokonania oceny ich spełnienia?
14. Na ile **warunki udziału** w postępowaniu oraz kryteria kwalifikacji muszą być jednoznacznie określone?
15. Czy przy ocenie **potencjału wykonawcy** uwzględnia się jego inne, aktualne zobowiązania?
16. Na jakich zasadach należy uwzględniać **potencjał udostępniany wykonawcom** przez podmioty trzecie?
17. Jakie stosowano **tryby udzielania zamówień**? Czy stosowano przetarg ograniczony? Dlaczego. Czy stosowano negocjacje z ogłoszeniem? Dlaczego. Ilu wykonawców kwalifikowano do udziału w postępowaniu? Dlaczego.

3. Kwalifikacja wykonawców - porównanie

11. *Które ze zidentyfikowanych warunków oraz sposobów dokonania oceny ich spełnienia określanych w innych państwach UE można bezpośrednio stosować na gruncie prawa krajowego, z uwzględnieniem obowiązujących regulacji unijnych oraz mając na uwadze aktualne orzecznictwo w obszarze formułowania **warunków udziału w postępowaniu**?*
12. *Czy można wskazać **slabe strony krajowego systemu**, biorąc pod uwagę skuteczność rozwiązań stosowanych w innych krajach w ~~porównaniu do niewielkiego wykorzystania pozacenowych kryteriów oceny ofert~~ i [zakresie] sposobu **oceny potencjału wykonawcy** w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, dokumentację projektową i pełnienie nadzoru w Polsce? Z czego one wynikają? Jak można im zaradzić?*

4. Kryteria oceny ofert - analiza

2. Jaka jest praktyka w zakresie formułowania **kryteriów oceny ofert** oraz ~~oceny potencjału wykonawcy~~ w innych krajach UE w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane realizowane w formule „wybuduj” i „zaprojektuj i wybuduj” oraz na usługi na wykonanie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru inwestorskiego ?
3. Czy w innych krajach członkowskich stosuje się powszechnie **pozacenowe kryteria oceny oferty** w postępowaniach o zamówienie publiczne na roboty budowlane, na dokumentację projektową, i nadzór inwestorski dla inwestycji kolejowych i drogowych? Jeśli tak, to jakie? Jakie mają znaczenie (przypisane wagi)? W jaki sposób są oceniane?
5. Czy w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane w zakresie infrastrukturalnych inwestycji drogowych i kolejowych stosuje się **kryteria dotyczące kalkulacji kosztów w okresie użytkowania**, jeśli tak to jakie (wraz ze sposobem oceny i znaczeniem)?
6. Czy wśród postępowań przetargowych na roboty budowlane w zakresie inwestycji drogowych i kolejowych istnieją przypadki zastosowania **kryteriów promujących kwestie ekologiczne** (np. w przypadku rozbiórki, koszt likwidacji odpadów niebezpiecznych, wyliczenie zysków

z wykorzystania przetworzonych materiałów odpadowych, takich jak asfalt itp.), jeśli tak to jakie?

7. Proszę wskazać przykłady zastosowania i opisanie poszczególnych **kryteriów pozacenowych** (w odniesieniu do postępowań na roboty budowlane i usługi na wykonanie dokumentacji przetargowej i pełnienie nadzoru inwestorskiego w inwestycjach drogowych i kolejowych w Polsce i w krajach członkowskich UE) wymienionych w Art. 53 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE z dn. 31 marca 2004 r. (dyrektywa klasyczna) oraz w art.91 ust 2. Ustawy Pzp tj. m.in. jakość, wartość techniczna, parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub wykonania zamówienia itp.

5. Kryteria oceny ofert - porównanie

4. Które z **kryteriów pozacenowych** stosowanych w innych krajach UE w zakresie zamówień na roboty budowlane, na dokumentację projektową i nadzór inwestorski w obszarze inwestycji drogowych i kolejowych można stosować na gruncie prawa krajowego, z uwzględnieniem obowiązujących regulacji unijnych? W jaki sposób można je implementować, mając na uwadze aktualne orzecznictwo w zakresie kryteriów oceny ofert? Jakie wagi im przypisać? Czy stosowanie tych kryteriów wiąże się z ryzykiem składania odwołań w tym zakresie? Jeśli tak, dlaczego?
12. Czy można wskazać **słabe strony krajowego systemu**, biorąc pod uwagę skuteczność rozwiązań stosowanych w innych krajach w porównaniu do niewielkiego wykorzystania pozacenowych **kryteriów oceny ofert** i sposobu ~~oceny potencjału wykonawcy~~ w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, dokumentację projektową i pełnienie nadzoru w Polsce? Z czego one wynikają? Jak można im zaradzić?

6. Ceny rażąco niskie

13. Jak oceniana jest skuteczność mechanizmów dotyczących oceny **rażąco niskiej ceny** w innych krajach UE? Jakie przykłady z innych krajów UE można wskazać w zakresie odrzucania ofert o rażąco niskiej cenie? Od czego zależy skuteczność tego mechanizmu?

4.1.3 Analiza aktualnych dokumentów i opracowań

Zagadnienie badawcze:

Analiza publikacji, opinii, stanowisk, interpretacji, dokumentów KE, projektowanych zmian w legislacji (w szczególności projekt nowej Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych), krajowego i unijnego orzecznictwa, innych dokumentacji przetargowych w zakresie stosowanych rozwiązań w systemie oceny i wyboru ofert.

Pytania badawcze:

1. *Opis stanu orzecznictwa, opinii, stanowisk, istniejących publikacji, planowanych zmian w prawie dotyczącym zamówień publicznych itp. w zakresie rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w projektach drogowych i kolejowych w postępowaniach na roboty budowlane i usługi na wykonanie dokumentacji przetargowej i pełnienie nadzoru inwestorskiego.*
2. *Jakie wnioski płyną z dotychczasowego orzecznictwa krajowego i unijnego (**KIO, Sądy, ETS (TSUE)**) w zakresie kryteriów oceny ofert, oceny potencjału wykonawcy, oceny rażąco niskiej ceny, odrzucania ofert, dla zamówień na roboty budowlane oraz usługi na wykonanie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru inwestorskiego w zakresie inwestycji drogowych i kolejowych?*
3. *Jakie dobre i złe praktyki można wskazać na podstawie dostępnych publikacji, orzecznictwa, komentarzy, opinii, stanowisk, interpretacji, innych postępowań itp. w zakresie stosowania **konkretnych pozacenowych kryteriów oceny oferty** (w tym sposobu oceny tych kryteriów), **sposobu oceny potencjału wykonawcy** (w tym sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu), **oceny rażąco niskiej ceny i odrzucania ofert,***

w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, dokumentację przetargową i pełnienie nadzoru w zakresie inwestycji drogowych i kolejowych?

- 4. Jakie zmiany w odniesieniu do dotychczas stosowanych rozwiązań w systemie oceny i wyboru ofert mogą przynieść zapisy nowej Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane i na usługi w zakresie wykonania dokumentacji projektowej i pełnienia nadzoru inwestorskiego, w projektach drogowych i kolejowych?*
- 5. Czy projektowane regulacje nowej Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych znajdują odzwierciedlenie w aktualnym orzecznictwie i dotychczasowych interpretacjach prawa w zakresie rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w zamówieniach publicznych?*
- 6. Czy identyfikowany jest problem zbyt rygorystycznych przepisów prawa polskiego w zakresie zamówień publicznych lub zbyt rygorystycznej interpretacji prawa, wobec regulacji unijnych (istniejących i projektowanych) i w porównaniu do innych krajów UE?*

4.2 Formularze ankiet i scenariusze wywiadów

4.3 Katalog dobrych praktyk (w oddzielnym dokumencie)