



Warszawa,

2022 roku

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.119.2021.PW

KND/123/21/DKZP

Komendant
24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego
ul. Nowowiejska 20
11-500 Giżycko

W odpowiedzi na pismo z dnia 14 marca 2022 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz kolorowych atramentowych urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG** (znak postępowania: 24/2021), uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu” podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 16 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust 2 ustawy Pzp z uwagi na określenie w dokumentach zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60%, które faworyzuje materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne, co faktycznie pozbawiło wykonawców oferujących materiały inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurencyjnego o udzielenie zamówienia, wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 7 marca 2022 r., przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.119.2021.PW).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 16 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust 2 ustawy Pzp z uwagi na określenie w dokumentach zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60%, które faworyzuje materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne, co faktycznie pozbawiło wykonawców oferujących materiały inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurencyjnego o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do ww. naruszeń stwierdzonych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 7 marca 2022 r., Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach podniósł, że zgłasza zastrzeżenia do wszystkich wskazanych w *Informacji* naruszeń, tj. w zakresie, gdyż przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

2) przejrzysty

3) proporcjonalny.

1) Zdaniem Zamawiającego, potwierdzeniem tego, że kontrolowane postępowania zapewniało konkurencję może świadczyć fakt, że w postępowaniu prowadzonym przez 24 WOG w Giżycku oferty złożyło 5 wykonawców. Tymczasem średnia liczba ofert składanych w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych wynosiła 2,78, natomiast w 2019 r. liczba ta wynosiła 2,48. Zdaniem Zamawiającego powyższe, w połączeniu z zastosowaną w przedmiotowym postępowaniu metodą opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie produktów referencyjnych i z dopuszczeniem złożenia rozwiązań równoważnych (art. 99 ust. 5-6 ustawy) sprawiło, że Zamawiający także opisał przedmiot zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i zapewnił przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej zauważył, że *nabywał materiały eksploatacyjne do urządzeń 16 producentów w tym: BROTHER, CANON, EPSON, HP, KONICA, MINOLTA, KYOCERA, LEXMARK, OKI, OLIVETTI, PANASONIC, RICOH, SAMSUNG, SHARP, TOSHIBA, XEROX czy ZEBRA. Sformułowany zarzut, że: „(...) kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60 %, które faworyzuje materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne, co faktycznie pozbawiło wykonawców oferujących inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurencji o udzielenie zamówienia”, nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego ani faktycznego. W opinii Zamawiającego: Konkurować o zamówienie można było wszystkimi materiałami eksploatacyjnymi zarówno referencyjnymi jak równoważnymi i żadna z ofert z tego powodu nie podlegała odrzuceniu. To, że nie wszystkie oferowane Zamawiającemu produkty mogły otrzymać punkty w ramach kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” nie oznacza dyskryminacji. Postępowanie prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji na: „Zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz kolorowych atramentowych do urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG”, ze względu na różnorodność wymaganych materiałów eksploatacyjnych, był skierowany przede wszystkim do dostawców materiałów eksploatacyjnych różnych wytwórców. Te zaś podmioty dysponują dostępem do właściwie nieograniczonej liczby produktów praktycznie wszystkich producentów. Poszczególne producenci sprzętu i urządzeń związanych z szeroko rozumianym drukowaniem, ograniczają się do sprzedaży swoich produktów, a nie sprzedają produktów firm konkurujących z tym podmiotem.*

Odnosząc się do przedstawionych powyżej argumentów Zamawiającego, należy w pierwszej kolejności wyjaśnić, że opisanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie należy czytać samodzielnie, w oderwaniu od całej treści naruszenia.

W *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stwierdzono w związku z art. 240 ust. 2 oraz 242 ust. 2 ustawy Pzp i sprecyzowano, iż dotyczyło ono ściśle określonego działania Zamawiającego, polegającego na opisanu w dokumentach zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60%, które faworyzuje materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały

równoważne, które to działanie spowodowało konkretny skutek w postaci pozbawienia wykonawców oferujących materiały inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurencyjności o udzielenie zamówienia. Zatem przedstawiony w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* zarzut dopiero czytany łącznie, a nie rozbity na poszczególne części, jak przedstawiono to w zastrzeżeniach, pozwala dostrzec treść naruszenia art. 16, który został uzasadniony konkretnym stanem faktycznym.

Jednocześnie, wskazany przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli fakt, że przedmiot zamówienia, z uwagi na potrzeby Zamawiającego, obejmował materiały eksploatacyjne do urządzeń wielu producentów, jak i fakt, że w postępowaniu wpłynęło 5 ofert i żadna nie została odrzucona, nie są okolicznościami, które mają wpływ na ocenę naruszenia określonego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

Jak wskazał sam Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, podmioty, do których skierowane było przedmiotowe postępowanie (dostawców materiałów eksploatacyjnych różnych wytwórców), *dysonują dostępem do właściwie nieograniczonej liczby produktów praktycznie wszystkich producentów*. Powyższe stwierdzenie Zamawiającego świadczy jedynie o tym, że różnorodność urządzeń, do których Zamawiający zamawiał materiały eksploatacyjne nie miała znaczenia dla konkurencyjności postępowania, gdyż i tak każdy z wykonawców, do których skierowane było postępowanie posiada dostęp do materiałów wszystkich tych producentów. Przy czym Zamawiający pominął, że nie wszyscy wykonawcy, zajmujący się dystrybucją materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, opierają swoją działalność na handlu materiałami oryginalnymi.

Zamawiający mimo, że zapewnił dostęp do zamówienia szerokiej liczbie wykonawców zajmujących się dystrybucją wyłącznie oryginalnych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, to poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert będących przedmiotem kontroli, doprowadził do sytuacji, w której opis kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” dyskryminował cały segment produktów w postaci materiałów eksploatacyjnych równoważnych materiałom rekomendowanym przez producenta urządzenia. W praktyce takie kryterium oceny ofert wyłączało możliwość konkurencyjności o uzyskanie zamówienia wszystkim wykonawcom, których działalność opiera się w dużej mierze na dystrybucji materiałów eksploatacyjnych zamiennych - równoważnych materiałom rekomendowanym przez producenta urządzenia.

Zasada uczciwej konkurencji wprowadza tymczasem zakaz dyskryminacji lub faworyzowania zarówno wykonawców, jak i produktów, w ramach opisu przedmiotu zamówienia, a także opisu kryteriów oceny ofert. Okoliczność, iż opis kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” nie wyłącza możliwości zaoferowania materiałów równoważnych nie przesądza ostatecznie, że kryterium to nie narusza zasady uczciwej konkurencji. W okolicznościach niniejszej sprawy, co zostało wykazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, sposób sformułowania kryterium ograniczył możliwość konkurencyjności przez wykonawców oferowanymi produktami poprzez daleko idącą dyskryminację tańszych produktów, które nie posiadają rekomendacji producenta urządzeń, choć są względem nich równoważne pod względem możliwości zastosowania.

O powyższym świadczy fakt, że spośród 5 ofert, które wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu tylko oferta jednego Wykonawcy obejmowała materiały eksploatacyjne równoważne i jak już zostało wykazane w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* mimo zdecydowanie najniższej ceny została pod względem punktowym zdeklasowana przez pozostałe oferty, które obejmowały wyłącznie oryginalne materiały eksploatacyjne.

2) Nie można również zgodzić się z wyrażonym w zastrzeżeniach do wyniku kontroli poglądem Zamawiającego, że każdy Wykonawca składając ofertę w postępowaniu na zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz kolorowych atramentowych do urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG, wedle swojego uznania mógł zaproponować materiały oryginalne lub materiały innych producentów. Była to samodzielna decyzja biznesowa Wykonawca, który mógł przede wszystkim chcieć zaoferować niższą cenę zyskując punkty w kryterium ceny, ale tracąc je w kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”. Wykonawca mógł jednak zaryzykować i kosztem utraty punktów w kryterium „cena” zyskać ich większą ilość w kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych.”

W przedstawionym sposobie rozumowania Zamawiający pomija fakt, że zastosowany system przyznawania punktów wyłącznie za oferowane materiały oryginalne spowodował, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, wobec wag pozostałych kryteriów oceny ofert, wykonawcy oferujący materiały równoważne nie mogli faktycznie rywalizować z wykonawcami oferującymi wyłącznie materiały pochodzące od producenta urządzeń, co zostało już wykazane w uzasadnieniu *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

Warto przypomnieć w ślad za *Informacją o wyniku kontroli doraźnej*, że aby Wykonawca X mógł rywalizować z Wykonawcą Y, który złożył ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, musiałby zaoferować cenę w wysokości 65 435 zł, co stanowi 11,5% ceny zaoferowanej przez Wykonawcę Y. Należy przy tym pamiętać, że Wykonawca X zaoferował aż 908 sztuk materiałów zalecanych przez producenta. Wykonawca, który zdecydowałby się na zaoferowanie wyłącznie materiałów równoważnych nie miałby nawet matematycznych szans, żeby uzyskać przedmiotowe zamówienie, gdyż łącznie mógłby uzyskać jedynie 40 pkt: 30 pkt w kryterium cenowym oraz 10 pkt w kryterium terminu realizacji. W konsekwencji jedynie w przypadku wykluczenia wszystkich wykonawców, którzy zaoferowali produkty rekomendowane przez producenta urządzeń drukujących lub w przypadku odrzucenia wszystkich ofert takich wykonawców, możliwy byłby wybór oferty wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą równoważne materiały eksploatacyjne.

A zatem jak wykazano w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu nie eliminował wprawdzie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zamierzali zaoferować produkty nierekomendowane przez producenta urządzeń, ale zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zostały zachowane tylko pozornie. Zastosowane kryterium oceny ofert powodowało bowiem, że tacy wykonawcy otrzymywaliby znacząco mniejszą liczbę punktów w ramach kryterium pozacenowego „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, co dawało znikomą szansę na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej.

3) Zamawiający uzasadniając swoje zastrzeżenia od wyniku kontroli podał również, że zamówienie było skierowane przede wszystkim do podmiotów dostarczających materiały eksploatacyjne drukujących oraz kolorowych atramentowych do urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG. Oznacza to, że żaden konkretny producent czy produkt nie był preferowany w tym kryterium, bowiem kryterium dotyczyło preferencji dla ogromnej liczby dostępnych na rynku produktów. Użyte w pkt 4.4. SWZ doprecyzowanie słowa „oryginalne” wraz z dopuszczeniem w pkt

4.5. SWZ także dedykowanych przez producenta sprzętu lub dystrybutora sprzętu drukującego materiały eksploatacyjne, umożliwiły ogromnej liczbie materiałów eksploatacyjnych, pochodzących zarówno od producentów sprzętu jak i innych podmiotów uzyskanie punktów w zakresie kryterium - rodzaj materiałów eksploatacyjnych.

W tym miejscu należy wskazać, że zawarte w opisie kryteriów oceny ofert zapisy, ujęte w rozdziale XVIII SWZ - pkt 4.4. oraz 4.5., tylko w wyjątkowych sytuacjach, ściśle określonych przez Zamawiającego, oferują możliwość przyznania punktów za materiały eksploatacyjne równoważne. Zgodnie z treścią ww. punktów SWZ:

4.4. Przez użycie słowa „oryginalne” Zamawiający rozumie materiał eksploatacyjny:

a) **fabrycznie nowy**, wyprodukowany przez producenta sprzętu do którego jest przeznaczony o parametrach nie powodujących utraty gwarancji. Posiadający atest oficjalnego dystrybutora urządzeń na Polskę i spełnia wszystkie wymagania określone przez producenta urządzeń

w których materiały będą zastosowane.

b) **opatrzone w logo producenta** sprzętu, do którego są przeznaczone.

c) **zapakowane w oryginalne opakowania**.

4.5. Wyjątkiem są jakościowo równoważne materiały eksploatacyjne dedykowane przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego w przypadku:

a) materiałów specjalnego przeznaczenia - sublimacyjne, termotransferowe;

b) materiałów, których oryginalny producent nie produkuje (nie sprzedaje) lub zakończył już produkcję (starsze modele urządzeń drukujących).

Z powyższych zapisów należy wywnioskować, że równoważnym materiałem eksploatacyjnym zostaną przyznane punkty wyłącznie jeżeli są one materiałami specjalnego pochodzenia – sublimacyjnymi, termotransferowymi lub materiałem, których oryginalny producent nie produkuje lub zakończył produkcję przy jednoczesnym wymogu, że materiały te będą dedykowane przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego.

W tym miejscu należy wskazać, że jak wynika z „ZESTAWIENIA CENOWEGO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ oraz załącznik nr 1 do umowy, Zamawiający wymagał łącznie jedynie 62 sztuk materiałów eksploatacyjnych sublimacyjnych i termotransferowych. Opisana w pkt 4.5. lit. a) SWZ sytuacja może dotyczyć zatem jedynie niewielkiej części całego zamówienia, tj. pozycji 174 – 176 w których Zamawiający wymagał 22 sztuk taśmy termotransferowej do urządzeń drukujących GODEX oraz pozycji 182 – 185, w których Zamawiający wymagał 40 sztuk atramentu sublimacyjnego GRAWERTON INK do urządzeń drukujących RICOH Aficio 3110 DN.

Jednocześnie Zamawiający w przypadku pozycji 182-185 wskazał z nazwy, iż wymaga atramentu firmy GRAWERTON INK, zatem nadal każdy inny atrament, pochodzący od innego producenta, nawet w przypadku posiadania identycznych właściwości i parametrów, nie mógłby otrzymać punktów w kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”.

Niezależnie od powyższego, wskazane wyżej pozycje zestawienia cenowego przedmiotu zamówienia (174-176, 182-185) dotyczyły jedynie 62 sztuk materiałów eksploatacyjnych, co przy

całym zamówieniu opiewającym na przeszło 1600 sztuk stanowi wartość znikomą. Dodatkowo brak jest podstaw, aby uznać, że materiały, których oryginalny producent nie produkuje (nie sprzedaje) lub zakończył już produkcję stanowiły znaczącą część zamówienia oraz, że w ogóle w jakiegokolwiek części były objęte przedmiotem zamówienia. Należy również pamiętać, że w odniesieniu do materiałów sublimacyjnych i termotransferowych oraz materiałów, których oryginalny producent nie produkuje, wymogiem koniecznym nadal pozostaje fakt ich dedykowania przez producenta lub dystrybutora urządzenia. Zamawiający nie przedstawił również faktycznego wpływu zapisów rozdziału XVIII pkt 4.5. SWZ na możliwość otrzymywania punktów w kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” przez materiały eksploatacyjne równoważne. Zatem z punktu widzenia przedmiotowej kontroli doraźnej ww. zapisy pozostają bez wpływu na przedstawione w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* zarzuty.

4) Zamawiający wyraził również pogląd, iż nie naruszył także dyspozycji art. 240 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem 2. *Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.* W postępowaniu na „Zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz kolorowych atramentowych do urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG” kryterium rodzaj materiałów eksploatacyjnych o wadze 60% po pierwsze nie pozostawiał Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż w Rozdziale XVIII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert (str. 21) w pkt 4.3. wskazał Zamawiający, iż:

„4.3) rodzaj materiałów eksploatacyjnych (Y) (ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzeń), Zamawiający oceni w sposób następujący:

$Y = IM(OO) : IM(ON) \times 60$

gdzie: **IM(OO)** - ilość (szt.) materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów” oferty ocenianej

IM(ON) - ilość (szt.) materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu oferty z największą ilością „oryginałów”

- co oznacza, że w sposób obiektywnie weryfikowalny każdy Wykonawca był jednakowo, wg wzoru matematycznego oceniony w tym kryterium.

W ocenie Zamawiającego: wzór uwzględniający rodzaj materiałów eksploatacyjnych pozwalał każdemu podmiotowi uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapoznać się ze sposobem oceny ofert w ramach tego kryterium. Działania Zamawiającego czyniły zadość wskazówkom zawartym w orzeczeniu TSUE z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Niderlandów (ECLI:EU:C:2012:284) w którym Trybunał wskazał między innymi na następujące kryteria udzielenia zamówienia na gruncie prawa unijnego:

- zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości wymagają, by kryteria udzielenia zamówienia były obiektywne i gwarantowały obiektywne porównanie i ocenę ofert w warunkach konkurencji, nie przyznając instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody,
- kryteria udzielenia zamówienia powinny być sformułowane w sposób umożliwiający wszystkim odpowiednio poinformowanym i dochowującym należytej staranności wykonawcom zapoznanie się z ich dokładnym zakresem i rozumienie ich w ten sam sposób.

Zdaniem Zamawiającego: zastosowane przez 24 WOG kryterium „rodzaj materiałów

eksploatacyjnych" jest w pełni zgodne z wymienionymi wyżej wytycznymi. Po pierwsze kryterium jest obiektywne bowiem odnosi się do rodzajowej cechy jaką ma materiał eksploatacyjny, w dodatku cechy którą wskazuje wykonawca, a Zamawiający tylko weryfikuje. Po drugie oceniana jest cecha materiału eksploatacyjnego, a więc kluczowego elementu przedmiotu zamówienia, w związku z czym pozwala Zamawiającemu ocenić poziom oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, o czym stanowi art. 240 ust. 2 ustawy. Po trzeci wszystkie podmioty w tym wszyscy Wykonawcy zostali o tym kryterium, jego znaczeniu (wadze) i sposobie oceny odpowiednio poinformowani i mogli się z ich dokładnym zakresem i rozumieniem zapoznać, gdyż było to opisane w SWZ, co jest zgodne z wytycznymi zawartymi w orzeczeniu TSUE w sprawie C-368/10.

Wnoszący zastrzeżenia skonstatował, że: *Potwierdzeniem prawidłowego działania 24 WOG w Giżycku jest fakt, iż w postępowaniu będącym przedmiotem kontroli Prezesa UZP:*

- 1) *Nie wniesiono odwołania na treść SWZ ani na treść ogłoszenia o zamówienia ani*
- 2) *Nie wniesiono odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty.*

W odniesieniu do powyższego, należy powtórzyć za Informacją o wyniku kontroli doraźnej, że sposób w jaki Zamawiający opisał kryterium dotyczące jakości – „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż cechy techniczne, czy jakościowe, czy też eksploatacyjne lub środowiskowe w ogóle w tym kryterium nie są brane pod uwagę. Jedynym aspektem, który ma znaczenie przy ocenie tego kryterium jest to czy dany materiał jest wyprodukowany ewentualnie dedykowany przez producenta, co w praktyce oznacza, że jest materiałem oryginalnym. Zatem każdy inny materiał eksploatacyjny, choćby posiadający identyczne cechy z materiałem eksploatacyjnym producenta, będzie materiałem niepreferowanym przez Zamawiającego. Tym samym należy uznać, że ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert faktycznie faworyzuje określoną grupę dostawców, tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, a równocześnie te same kryteria stawiają w gorszej sytuacji wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie rekomendowane przez producentów urządzeń drukujących.

Należy również wyjaśnić, że wniesienie odwołania jest prawem, a nie obowiązkiem wykonawców i wiąże się nie tylko z kosztem wniesienia wpisu, ale również z koniecznością poświęcenia innych zasobów przedsiębiorstwa. Nie każdy wykonawca zdecyduje się zatem na wniesienie odwołania nawet jeżeli w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Należy również wyjaśnić, że kontrola doraźna przeprowadzana przez Prezesa UZP służy ustaleniu czy działania bądź zaniechania zamawiającego były zgodne z przepisami ustawy Pzp i jest wszczynana wyłącznie w przypadkach uzasadnionego przypuszczenia naruszenia przepisów ustawy, które mieć wpływ na wynik postępowania. Co więcej kontrola ta jest przeprowadzana wyłącznie w sytuacjach, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie było przypadku wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej lub gdy ewentualne odwołanie nie zostało rozpatrzone ze względów formalnych. Powyższe wynika z faktu, że kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych prowadzona na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy Pzp nie jest narzędziem służącym do weryfikacji orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Działanie takie mogłoby stanowić narzędzie służące obejściu przepisów regulujących procedurę zaskarżania orzeczeń i powodowałoby, że zamawiający pozostawałby w nieświadomości, jakie jego zachowanie ostatecznie zostanie uznane za prawidłowe, co w rezultacie wpływałoby negatywnie na spójność systemu zamówień publicznych. Argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą niewniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej powoduje brak wystąpienia podstaw faktycznych oraz prawnych do kwestionowania prawidłowości działania Zamawiającego,

zaprzecza zatem istocie kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa UZP. A zatem fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu żaden z wykonawców nie zdecydował się na wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej nie stanowi dowodu na prawidłowość działań Zamawiającego.

5) Zdaniem Zamawiającego, nie znajduje także podstaw prawnych i faktycznych zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 w związku z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp. W opinii Zamawiającego: *z treści (...) przepisu wynika, że katalog kryteriów oceny ofert określony w w/w przepisie jest katalogiem niepełnym, czego potwierdzeniem jest użycie zwrotu „w szczególności” we wprowadzeniu do wyliczenia. Oznacza to, że Zamawiający może zastosować inne kryteria oceny ofert niż wskazane w cytowanym przepisie, o ile jest związane z przedmiotem zamówienia. Jak wymaga tego ustawodawca w art. 241 ust. 1-2 ustawy kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, zaś związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia **w dowolnych aspektach** oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, **nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.** Za nieuprawnione należy uznać pogląd wyrażony w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 7 marca 2022 roku, że: „(...) przez przyznanie 60 % punktów za sam fakt zaoferowania produktów rekomendowanych przez producenta sprzętu, odwołano się tak naprawdę do parametru nie mającego niż wspólnego z jakością produktu ani żadną jego cechą. Nie ma zatem żadnego obiektywnego uzasadnienia dla premiowania produktów oryginalnych, w sytuacji gdy produkty zamiennne są w istocie równoważne „oryginałom”. Gdyby przyjęć powyższy sposób rozumowania należałoby podważyć całą treść ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych dotycząca przedmiotowych środków dowodowych dotyczących żądania dołączenia etykiet (art. 104 ustawy), żądania dołączenia certyfikatów do oferty (art. 105 ustawy) i znacznej części podmiotowych środków dowodowych, które nie wprost, i to w zakresie częściowym potwierdzają pewne wybrane cechy przedmiotowe oferowanej dostawy, usługi lub roboty budowlanej bądź wybrane właściwości podmiotowe Wykonawcy np. zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego itp. Nie jest niczym uzasadnione twierdzenie, że rekomendowane przez producenta sprzętu materiały eksploatacyjne nie mają nic wspólnego a jakością produktu ani żadną jego cechą. Z wiedzy posiadanej przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, że rekomendacje producenta urządzenia są przyznawane produktom umożliwiającym prawidłowe, ciągłe i efektywne działanie. Podstawą tych rekomendacji są cechy techniczne, cechy jakościowe i warunki eksploatacyjne. Pogląd wyrażony w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 marca 2022 r., kłóci się z wiedzą i doświadczeniem, dostępnymi uczestnikom wymiany gospodarczej.*

Dalej Zamawiający wskazał, że: *Dla zrozumienia specyfiki udzielania zamówień na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, kluczowe znaczenie ma fakt, iż materiał eksploatacyjny stanowi niewielki element całego złożonego urządzenia, którego funkcją jest zapewnianie druku czy powielania treści w wersji papierowej. Opisanie dokładnych wymiarów, kształtu, budowy, użytego materiału do wykonania materiałów eksploatacyjnych dla ogromnej ilości urządzeń będących w posiadaniu zamawiającego nie jest obiektywnie możliwe, gdyż dane te są niedostępne dla żadnego Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający - tak jak ma to miejsce w tym konkretnym postępowaniu - nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" można opisać*

przedmiot zamówienia poprzez wskazania, o których mowa w art. 99 ust. 5 ustawy. Z tych samych względów ten „aspekt oferowanego przedmiotu zamówienia” podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

W końcowej części zastrzeżeń od wyniku kontroli Zamawiający wyraził opinię, że żadna z czynności Zamawiającego nie była niezgodna z jakimkolwiek przepisem ustawy lub innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Przedstawiona w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 7 marca 2022 r. symulacja rozkładu punktów może co najwyżej zobrazować wadliwość taktyki Wykonawcy, który nie uzyskał maksymalnej liczby punktów.

W odniesieniu do powyższych twierdzeń Zamawiającego należy w pierwszej kolejności wskazać za Informacją o wyniku kontroli doraźnej, że fakt, iż przepis art. 242 ust. 2 ustawy Pzp nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, nie oznacza dowolności w kształtowaniu tych kryteriów. Kryteria powinny być ustalone z poszanowaniem określonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Zastosowanie określonych kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Jak wynika z przedstawionych wyżej zastrzeżeń, Zamawiający uzasadnia prawidłowość opisu kryterium oceny ofert – „rodzaj materiału eksploatacyjnego”, brakiem naruszeń w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazuje, że kryterium to miało związek z przedmiotem zamówienia. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zarzucano Zamawiającemu niezgodnego z przepisami ustawy Pzp opisu przedmiotu zamówienia, jak również nie stwierdzono braku związku ww. kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia, jednakże fakt niewykazania naruszeń w tym zakresie nie oznacza, że Zamawiający w sposób prawidłowy opisał kryterium oceny ofert, mające w założeniu odnosić się do jakości przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zastosowany przez Zamawiającego zakłada bowiem traktowanie na równi produktów oryginalnych oraz równoważnych. Dopiero wprowadzenie przez Zamawiającego do kryterium oceny ofert rozróżnienia między produktami oryginalnymi a równoważnymi, sprowadzającego się wyłącznie do przyznawania punktów tym pierwszym i nie przyznawania punktów tym drugim, decyduje o tym, że w gruncie rzeczy kryterium tego nie można po pierwsze zakwalifikować jako kryterium jakościowe oraz co istotniejsze kryterium to zostało opisane z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Prawidłowe opisanie kryterium jakości powinno zakładać co do zasady przyznawanie punktów za spełnianie przez produkt określonych przez zamawiającego wymagań na ustalonym przez niego poziomie lub w większym stopniu niż określony przez niego poziom minimalny. Zwykle oferowany przedmiot zamówienia dodatkowo punktowany jest w kryterium jakości ze względu na posiadanie dodatkowych cech albo charakteryzowanie się odpowiednio większym lub mniejszym ich nasileniem, aniżeli wymogi progowe zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Z kolei niespełnienie minimalnych wymogów Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej ze specyfikacją warunków zamówienia. Tym samym zamawiający opisując kryterium oceny ofert, które z założenia ma być kryterium jakościowym powinien odnieść się do konkretnych parametrów technicznych. Przy czym nie chodzi tu o opisywanie wymiarów konkretnych materiałów eksploatacyjnych, gdyż kompatybilność z urządzeniami drukującymi powinna wynikać z wymagań minimalnych opisu

przedmiotu zamówienia, ale o parametry nawiązujące np. do maksymalnej ilości wydrukowanych stron jakie jest w stanie zapewnić dany toner lub jakości wydruku. W konsekwencji prawidłowe opisanie jakościowego kryterium oceny ofert na materiały eksploatacyjne zgodnie z przepisami ustawy Pzp powinno oznaczać premiowanie cech produktów, które wykraczają poza minimalne wymagania zamawiającego bez względu na to czy są to materiały eksploatacyjne oryginalne czy równoważne. Jeżeli zatem zamawiający ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia nie jest w stanie opisać konkretnych parametrów technicznych oraz określić, które z nich są dla niego na tyle istotne, że będzie premiował wykraczanie przez te parametry ponad wymagania minimalne, to powinien zrezygnować z ustanawiania kryterium jakościowego i ograniczyć się wyłącznie do wskazania parametrów równoważności do produktów oryginalnych w opisie przedmiotu zamówienia.

Przyznawanie przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu dodatkowych punktów wyłącznie oryginalnym materiałom eksploatacyjnym jest tym bardziej niezrozumiałe wobec następujących zapisów SWZ zawartych w rozdziale III – Opis przedmiotu zamówienia:

*5. Przez **równoważny materiał eksploatacyjny** należy rozumieć produkt kompatybilny z urządzeniem, do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (zgodnie z zapisami pkt 5.1.) (pojemność tuszu/tonera, wydajność i jakość wydruku) nieregenerowany, niezawierający elementów poprzednio eksploatowanych, uzupełnianych bądź przerabianych, objęty gwarancją przydatności do użycia, do czasu wyczerpania się środka barwiącego, jednak nie krócej niż 12 miesięcy w przypadku dostarczonych materiałów eksploatacyjnych liczonych od dnia dostawy.*

5.1. Uwaga!

*W przypadku materiałów równoważnych Zamawiający w zestawieniu cenowym określa pojemnik/opakowanie (kartridż, kaseta), w którym ma być materiał eksploatacyjny oraz w kolumnie nr 3 zestawienia cenowego określa **minimalną wydajność/ pojemność stanowiącą kryterium oceny równoważności (wydajność/ pojemność produktu równoważnego nie może być mniejsza niż podana w ww. kolumnie!)***

Opis jest słowny lub podany indywidualnym kodem oryginalnego producenta w którym określone są parametry pojemnika/opakowania.

5.2. Jakość oferowanych produktów równoważnych musi pozwolić na uzyskanie minimalnych wydajności (zgodnie z wartościami kolumny nr 3 zestawienia cenowego) oraz jakości wydruków w porównaniu do materiałów zalecanych i stosowanych w urządzeniach przez producentów urządzeń.(...).

8. Wykonawca oferujący produkty równoważne zobowiązany jest na 2 dni przed podpisaniem umowy dostarczyć:

8.1.zaświadczenia od producenta bądź głównego dystrybutora sprzętu, potwierdzające, że oferowane produkty równoważne są przez niego akceptowane i nie spowodują utraty gwarancji urządzeń objętych gwarancją.

8.2.certyfikat potwierdzający, że proces produkcji materiałów przebiega zgodnie z normą ISO-9001 lub równoważny;

8.3.certyfikat ISO-14001 lub równoważny na proces produkcji materiałów eksploatacyjnych, pozwalający zweryfikować, czy producent spełnia przepisy związane z ochroną środowiska

oraz potwierdzający, że materiały są produkowane w sposób bezpieczny i nie wpływający negatywnie na środowisko;

8.4. w celu potwierdzenia równoważności oferowanych produktów w zakresie wydajności drukowania: a) dla wszystkich oferowanych równoważnych tonerów czarnych potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 19752 wystawione i podpisane przez producenta; b) dla wszystkich oferowanych równoważnych tuszy potwierdzenie zgodności parametrów technicznych, w tym wydajności określonych na podstawie normy ISO 24711 wystawione i podpisane przez producenta.

9. Wykonawca udziela 12 miesięcznej gwarancji na dostarczone materiały i 24 miesięcznej gwarancji „door -to-door” na urządzenia wielofunkcyjne liczonej od dnia dostawy, a w przypadku dłuższej gwarancji producenta na okres przewidziany w karcie gwarancyjnej. Bieg okresu gwarancyjnego rozpoczyna się z chwilą podpisania stosownego dokumentu odbioru.

Jednocześnie odpowiadając na uwagę Zamawiającego kwestionującą rolę przedstawionej w *Informacji o wynik kontroli doraźnej symulacji*, należy wyjaśnić, iż symulacja ta ilustruje obrazowo oraz w odniesieniu do faktycznej sytuacji jaka miała miejsce w niniejszym postępowaniu w jaki sposób przedmiotowe kryterium oceny ofert – „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” wyłączało efektywną konkurencję.

Warto również zwrócić uwagę na treść uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 r. (sygn. akt. KIO/KD 16/20), która zapadła w podobnym stanie faktycznym i prawnym. Izba orzekła wówczas m.in. że: *W rozpoznawanej sprawie zakwestionowane kryterium jakościowe sprowadzało się de facto do punktowania produktów określonego pochodzenia (rekomendowanych przez producenta urządzeń). Jednocześnie Zamawiający wprost wskazał, że produktom równoważnym punktów nie przyzna. Przyjmując, że produkty równoważne to produkty o takich samych właściwościach, „tak samo dobre”, należy stwierdzić, że Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której określony produkt nie mógł uzyskać punktów, nawet jeśli byłby tak samo dobrej jakości. Zatem zakwestionowane kryterium oceny ofert w sposób nieuzasadniony i niedający się uzasadnić dbałością o jakość zamawianych materiałów, prowadziło do promowania materiałów konkretnego pochodzenia, a Zamawiający z góry odmówił punktacji produktom równoważnym, bez badania i oceny, czy posiadają one cechy, na których Zamawiającemu zależy. Takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp¹.*

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymuje stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 7 marca 2021 r. naruszenie przepisów art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na określenie w dokumentach zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60%, które faworyzuje materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne, co faktycznie pozbawiło wykonawców oferujących materiały inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurowania o udzielenie zamówienia.

¹ Art. 242 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp stanowią odzwierciedlenie przywołanych w uchwale przepisów art. 91 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 8 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 13/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie zasługują na uwzględnienie. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ***Zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz kolorowych atramentowych urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG*** (znak postępowania: 24/2021).