

Sygn. akt KIO/KD 13/22

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 kwietnia 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 17 marca 2022 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

24 Wojskowy Oddział Gospodarczy

ul. Nowowiejska 20

11-500 Giżycko

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej DKZP.WKZ2.442.119.2021.PW z dnia 7 marca 2022 r., w przedmiocie zamówienia publicznego:

Zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz kolorowych atramentowych urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

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

UZASADNIENIE

24 Wojskowy Oddział Gospodarczy, dalej „Zamawiający”, przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1129 z późn. zm.; dalej: ustawa Pzp albo Prawo zamówień publicznych), postępowanie na zakup materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz kolorowych atramentowych urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 WOG (znak postępowania: 24/2021). Postępowanie zostało wszczęte w dniu 20 maja 2021 r. Wartość postępowania oszacowano na kwotę 472 551,11 zł, co stanowiło równowartość 110 685,85 euro.

W tymże postępowaniu Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przeprowadził kontrolę doraźną, w wyniku której w Informacji o wyniku kontroli z dnia 7 marca 2022 r. stwierdził naruszenie 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 konkurencyjności o udzielenie zamówienia.

Prezes UZP ustalił i stwierdził, co następuje:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 maja 2021 r. pod nr 2021/BZP/00060494/01.

Postępowanie było prowadzone w trybie podstawowym zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, w którym Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji.

Rozdział III Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, dotyczący opisu przedmiotu zamówienia stanowił, że:

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kolorowych atramentowych urządzeń wielofunkcyjnych na rzecz 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku wg ilości i asortymentu podanego w załączniku nr 2 do SWZ— zestawienie cenowe.
2. Materiały eksploatacyjne i urządzenia wielofunkcyjne powinny być produktami nowymi, do wytworzenia których zastosowano nieużywane wcześniej części i komponenty, kompatybilne z urządzeniami, do których są przeznaczone o parametrach niepowodujących utraty gwarancji urządzeń, w których będą zastosowane tzn. materiał eksploatacyjny fabrycznie nowy mający

od producenta (dystrybutora) urządzeń zgodę na ich stosowanie, do których są przeznaczone w zakresie pojemności, wydajności, jakości wydruku. Zapakowane w oryginalne opakowania producenta z widocznym logo, symbolem produktu, nazwą producenta, typem urządzenia do którego są przeznaczone i terminem przydatności do użytku, (...)

4. Jeżeli w jakimkolwiek miejscu opisu przedmiotu zamówienia lub w jego załącznikach materiał jest opisywany ze wskazaniem znaków towarowych lub pochodzenia to przyjmuje się, że takim wskazaniom towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia skorzystał z dyspozycji wyrażonej w art. 99 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na specyfikację przedmiotu zamówienia oraz brak możliwości jego opisanie w sposób wyczerpujący za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń. Znaki towarowe służą celom identyfikacyjnym, a wskazane materiały eksploatacyjne określają oryginalne materiały zalecane przez producenta danego urządzenia, do którego materiał jest przeznaczony. Materiały te należy traktować jako wzorzec materiałów eksploatacyjnych: ich parametrów technicznych, eksploatacyjnych, użytkowych oraz jakościowych (np. wydajność tonera, jakość druku). Obowiązek udowodnienia, że oferowane wyroby są równoważne spoczywa na Wykonawcy.

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.

6. Przez użycie słowa „oryginalne” Zamawiający rozumie materiał eksploatacyjny:
 - 6.1. 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.
 - 6.2. opatrzone w logo producenta sprzętu, do którego są przeznaczone.
 - 6.3. zapakowane w oryginalne opakowania.
7. Wyjątkiem są jakościowo równoważne materiały eksploatacyjne dedykowane przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego w przypadku:
 - 7.1. materiałów specjalnego przeznaczenia - sublimacyjne, termotransferowe;
 - 7.2. materiałów, których oryginalny producent nie produkuje (nie sprzedaje) lub zakończył już produkcję (starsze modele urządzeń drukujących).
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.

10. Przy dostawie materiałów Wykonawca nie może zaoferować produktu równoważnego, który nie został zaakceptowany przez Zamawiającego w trakcie trwania postępowania przetargowego jak i producenta urządzeń, w których będą użyte. (...)

15. Wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiającego za wady, które posiadać będzie dostarczony przedmiot zamówienia. W przypadku zaistnienia takiej sytuacji zastosowanie będą miały odpowiednie przepisy Kodeksu Cywilnego.

16. W przypadku oferowania przez Wykonawcę produktów równoważnych ciężar udowodnienia, że oferowany przedmiot zamówienia jest równoważny i spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ spoczywa na Wykonawcy.

17. Wykonawca oferujący produkty równoważne, w razie wybrania jego oferty, ponosił będzie odpowiedzialność za uszkodzenia urządzeń eksploatowanych przez Zamawiającego, powstałe na skutek zastosowania w nich produktu równoważnego.

Jak stanowi rozdział XVIII SWZ - OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT:

3. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się niżej opisanymi kryteriami oceny ofert:

3.1. cena oferty brutto (C) — znaczenie 30%

3.2. termin realizacji (T) (realizacja każdorazowo zamówienia w dniach liczonych od dnia złożenia zamówienia) — znaczenie 10%

3.3. rodzaj materiałów eksploatacyjnych (Y) (ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzeń) — znaczenie 60%

4. Sposób oceny:

4.1. cena oferty brutto (C) oceniona będzie na podstawie sumarycznej ceny brutto zawartej w formularzu ofertowym, wg wzoru: $C = C_n : C_b \times 30$ gdzie: C_n cena najkorzystniejszej oferty C_b — cena oferty badanej

4.2. termin realizacji (T) (realizacja każdorazowo zamówienia w dniach liczonych od dnia złożenia zamówienia), Zamawiający oceni w sposób następujący: - 10 dni — 10 punktów - 20 dni — 5 punktów - 30 dni — 1 punkt

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”

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).

5. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, który uzyska największą liczbę punktów (W) wg wzoru: $C+T+Y$.

Zgodnie z informacjami zawartymi w protokole postępowania sporządzonym na druku ZP-TP:

> Wartość zamówienia w wysokości 472 551, 11 zł (110,685,85 euro) została ustalona w dniach 04-07.05.2021 r. na podstawie średniej wartości materiałów eksploatacyjnych zakupionych w latach 2018 i 2019 oraz pobranych ze stron internetowych,

> Termin składania ofert upłynął w dniu 31.05.2021 r. o godz. 08:05,

> Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 602 744,00 zł brutto,

> Do upływu terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty:

1. Mak Sp. z o.o. — cena oferty brutto: 570 546,57 zł; termin realizacji: 10 dni; ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów”: 1 624 sztuk,

2. PRINTEX Sp. z o.o. Sp.k. — cena oferty brutto: 569 000,00 zł; termin realizacji: 10 dni; ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów”: 1 624 sztuk — 185 pozycji,

3. JM Data Sp. z o.o. Sp. k. — cena oferty brutto: 585 644,82 zł; termin realizacji: 10 dni; ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów”: 1 623 sztuki w poz. 1-176; 178-185 oraz 24 sztuki w ramach poz. 177 łącznie 1647 sztuk (oferta zawiera 100% materiałów oryginalnych),

4. NETPRINT S.C. J.W., B.S. — cena oferty brutto: 501 268,05 zł; termin realizacji: 10 dni; ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów”: 908 sztuk,

5. P.W. MULTIKOM A. P.— cena oferty brutto: 633 537,96 zł; termin realizacji zamówienia: 10 dni; ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu „oryginałów”: (100%) 1 618 sztuk.

> W postępowaniu nie odrzucono żadnych ofert,

> Ofertom przyznano następującą punktację:

1. Mak Sp. z o.o. — kryterium cena oferty brutto: 26,36; kryterium termin realizacji: 10,00; kryterium ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu: 60,00; suma punktów: 96,36,

2. PRINTEX Sp. z o.o. Sp. k. - kryterium cena oferty brutto: 26,43; kryterium termin realizacji: 10,00; kryterium ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu: 60,00; suma punktów: 96,43,

3. JM Data Sp. z o.o. Sp.k. kryterium cena oferty brutto: 25,68; kryterium termin realizacji: 10,00; kryterium ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu: 60,00; suma punktów: 95,68,

4. NETPRINT S.C. J. W., B. S.- kryterium cena oferty brutto: 30,00; kryterium termin realizacji: 10,00; kryterium ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu: 33,45; suma punktów: 73,45,

5. P.W. MULTIKOM A. P.— kryterium cena oferty brutto: 24,43; kryterium termin realizacji: 10,00; kryterium ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu: 60,00; suma punktów: 94,43.

> Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Wykonawcy PRINTEX Sp. z o.o. Sp. K., z którym następnie w dniu 17.06.2021 r. została zawarta umowa w sprawie zamówienia.

W piśmie z dnia 24 czerwca 2021 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Urzędu o podanie podstawy faktycznej oraz prawnej, w oparciu o którą w przedmiotowym postępowaniu ustanowione zostały ww. kryteria oceny ofert, Zamawiający wyjaśnił, że: w tym jak również wcześniej prowadzonych postępowaniach na zakup materiałów eksploatacyjnych stosuje jako pozacenowe kryterium oceny ofert rodzaj materiałów eksploatacyjnych, które pozwalają Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty, która obejmuje swoją treścią przedmiot zamówienia o najlepszych parametrach jakościowych. Stosowanie materiałów eksploatacyjnych innych niż rekomendowane przed producenta urządzeń drukujących w ubiegłych latach przyczyniło się do zwiększonej częstotliwości awarii drukujących urządzeń komputerowych. Powodowało to przerwy w pracy tych urządzeń oraz dodatkowe wydatki budżetowe na usuwanie awarii oraz co gorsze utratę gwarancji. Zamawiający dodatkowo punktując produkt oryginalny chce w szczególności uniknąć takich sytuacji jak: utrata gwarancji producenckiej na urządzenie, odpłatna naprawa, obciążenie kosztami naprawy Wykonawcy, który zaoferował zamienniki, przerzucanie odpowiedzialności za powstałe uszkodzenia pomiędzy producentem urządzenia a oferentem zamiennika, wydłużanie terminów naprawy i podnoszenie jej kosztów — również pośrednich. Zamawiający był zatem uprawniony do takiego sformułowania kryteriów oceny ofert w zakresie jakości, aby sprzyjać otrzymaniu produktu w pełni kompatybilnego z posiadanymi urządzeniami.

Następnie Zamawiający wskazał, że jego zdaniem kryterium pozacenowe - rodzaj materiałów eksploatacyjnych o wadze 60 % nie dyskryminuje produktów równoważnych oraz nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający opisując kryterium jakościowe — rodzaj materiałów eksploatacyjnych — uznał za „oryginał” produkt spełniający poniższe warunki:

„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”.

Jednocześnie Zamawiający uznał, iż powyższe warunki „oryginału” spełniają „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)".

Tym samym należy uznać, iż opisane kryterium jakościowe „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” zapewniło dopuszczenie składania ofert, których przedmiotem są materiały eksploatacyjne wyprodukowane zarówno przez producenta urządzenia, jak i przez wytwórców alternatywnych, którzy oferują materiały równoważne (zamienniki) dla oryginalnych produktów pod warunkiem dedykowania ich przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego, co zaprzecza twierdzeniom Wykonawcy o dyskryminacji produktów równoważnych.

Dalej Zamawiający poinformował, że budując kryteria jakościowe oceny ofert — rodzaj materiału eksploatacyjnego — o wadze 60 % nie naruszył przesłanek wynikających z art. 67 ust. 4 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, który stanowi, że kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawionych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia.

W ocenie Zamawiającego oceny ofert w zakresie kryterium jakościowego — „rodzaj materiału eksploatacyjnego” — nie zostało ukształtowane na zasadzie dowolności i nie powoduje naruszenia zasad udzielenia zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający dokonując oceny ofert wziął pod uwagę również materiały równoważne (zamienniki) dla oryginalnych produktów pod warunkiem dedykowania ich przez producenta lub dystrybutora sprzętu drukującego.

W dalszej części wyjaśnień Zamawiający wskazał, że nie zgadza się również z twierdzeniami, iż dobór kryterium oceny ofert:

„1 cena oferty brutto (C) — znaczenie 30%

2. termin realizacji (T) (realizacja każdorazowo zamówienia w dniach liczonych od dnia złożenia zamówienia — znaczenie 10%

3. rodzaj materiałów eksploatacyjnych (Y) (ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzeń) — znaczenie 60%”

ma na celu wybór oferty z naruszeniem zasady najkorzystniejszego bilansu jakości do ceny — art. 239 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca uznany za najkorzystniejszego — PRINTEX sp. z o.o. sp. k.— zaproponował 100% (1624 szt.) materiałów uznanych przez opisane powyżej kryterium jakościowe za „oryginalne” za kwotę

569. 000,00 zł, zaś inny Wykonawca, który zaproponował 59,47% (908 szt.) materiałów uznanych przez opisane powyżej kryterium jakościowe za „oryginalne” za kwotę 501.268,05 zł. Różnica między cenami oferty Wykonawcy najkorzystniejszego a ww. ofertą, to kwota 67.731,95 zł (11,90%). Analizując arytmetyczną cen ofert Wykonawców, którzy w przedmiotowym postępowaniu zaproponowali 100% (1624 szt.) materiałów uznanych za „oryginalne” — 589.682,34 zł w stosunku do firmy, która zaproponowała 59,47% (908 szt.) materiałów uznanych za „oryginalne” za kwotę 501.268,05 zł to kwota 88.414,29 zł (14,99%). Mając na uwadze powyższe dane liczbowe nie można uznać twierdzeń Firmy NETPRINT s.c., iż Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy z naruszeniem bilansu jakości do ceny.

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

Jak stanowi art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, 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 przedstawionych w ofertach.

W świetle art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Przepis art. 242 ust. 2 ustawy Pzp nie określa zamkniętego katalogu kryteriów oceny ofert, pozostawiając zamawiającym znaczny zakres swobody, nie oznacza to dowolności w kształtowaniu tych kryteriów, które 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.

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

Zamawiający jako gospodarz postępowania, może zatem dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Zamawiający podlega jednak ograniczeniom wynikającym z określonych w art. 16 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Troska Zamawiającego o uzyskanie zamówienia o najwyższej jakości, zasługuje na pełną aprobatę, jednakże nie usprawiedliwia promowania produktów pochodzących od konkretnych producentów. Jakość zamawianych materiałów może i powinna być przez Zamawiającego promowana poprzez ocenę konkretnych cech czy właściwości zamawianych produktów, nie zaś przez wskazanie, że produkty określonego pochodzenia uzyskują dodatkowe punkty, podczas gdy produkty pochodzące od innych producentów takich punktów nie otrzymują, niezależnie od tego, czy faktycznie są produktami gorszej jakości czy niespełniającymi konkretnych oczekiwań. Zgodnym z ustawą wyrazem dążenia do zapewnienia należytej jakości przedmiotu zamówienia byłoby odwołanie się w kryteriach oceny ofert do określonych właściwości materiałów, na których Zamawiającemu zależy, a ewentualny wpływ na awaryjność sprzętu mógłby być brany pod uwagę przy ocenie konkretnych produktów pod kątem spełniania określonych w SIWZ oczekiwań Zamawiającego.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy należy wskazać, że Zamawiający w rozdziale III SWZ oraz w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, dokładnie wskazał jakimi parametrami muszą charakteryzować się oferowane tonery równoważne, aby mogły zostać dopuszczone w przedmiotowym postępowaniu, np.: 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, kasetę), 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.

Tymczasem w opisie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, przez przyznanie 60% punktów za sam fakt zaoferowania produktów rekomendowanych przez producenta sprzętu, odwołano się tak naprawdę do parametru nie mającego nic wspólnego z jakością produktu ani żadną inną jego cechą. Nie ma zatem żadnego obiektywnego uzasadnienia dla premiowania produktów oryginalnych, w sytuacji gdy produkty zamienne są w istocie równoważne „oryginałom”.

Odnosząc się do art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, kryterium to 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 zalecany przez producenta, co w praktyce oznacza, że jest materiałem oryginalnym producenta. 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.

W tym miejscu należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu kryterium jakościowe „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” było kluczowe bowiem stanowiło 60% wagi wszystkich kryteriów. Pozostałe kryteria to cena — 30% oraz termin realizacji — 10%. Jednocześnie Zamawiający do obliczania punktów za ww. kryterium jakościowe zastosował

następujący wzór: $Y = IM(OO) : IM(ON) \times 60$ 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”.

Zastosowany przez Zamawiającego system przyznawania punktów wyłącznie za oferowane materiały zalecane przez producenta urządzeń spowodował, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, w obliczu wag pozostałych kryteriów oceny ofert, wykonawcy oferujący materiały równoważne nie mogli rywalizować na równych warunkach z wykonawcami oferującymi wyłącznie materiały zalecane przez producenta urządzeń.

Zestawienie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przyznana im punktacja wyraźnie ukazuje dysproporcje pomiędzy wykonawcami oferującymi, tzw. oryginały, a tymi wykonawcami, którzy oferują „zamienniki”. Oferta najkorzystniejsza cenowo zawierająca ponad 50% materiałów zalecanych przez producenta została „zdeklasowana” przez pozostałe oferty zawierające komplet materiałów „oryginalnych”, mimo że były droższe o 68-133 tys. zł.

Prosta symulacja na przykładzie oferty złożonej przez ww. Wykonawcę NETPRINT S.C., który zaoferował najmniejszą ilość oferowanych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta sprzętu i przy zastosowaniu podanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert ich wag oraz sposobu przyznawania punktów jeszcze lepiej ukazuje w jaki sposób przedmiotowe kryterium wyłączało efektywną konkurencję.

Mając na uwadze, że każdy z Wykonawców dostał maksymalną liczbę punktów w kryterium terminu realizacji (10 pkt) należy zauważyć, że Wykonawca NETPRINT, aby mógł zrównać się pod względem punktowym ze zwycięską ofertą Wykonawcy PRINTEX Sp. z o.o. Sp.k., który otrzymał maksymalną liczbę pkt w kryterium jakościowym (60 pkt), musiałby otrzymać maksymalnie 3,45 pkt w kryterium cenowym: $3,45 \text{ pkt} + 10 \text{ pkt} + 60 \text{ pkt} = 73,45 \text{ pkt}$. Mając na uwadze powyższe, do obliczenia jaką dokładnie cenę musiałby zaoferować Wykonawca NETPRINT S.C., aby uzyskać przedmiotowe zamówienie, zastosowano równanie z jedną niewiadomą przy użyciu podanego przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania wzoru, według którego przyznawana była punktacja w kryterium cena, gdzie C stanowi cenę jaką musiałby zaoferować Wykonawca NETPRINT S.C., aby złożyć ofertę równie korzystną co Wykonawca PRINTEX Sp. z o.o. Sp.k.

$$c : 569\,000 \times 30 = 3,45 \quad c = 3,45 \times 569\,000 : 30 \quad c = 65\,435$$

Jak wynika z powyższego, aby Wykonawca NETPRINT mógł konkurować z Wykonawcą PRINTEX Sp. z o.o. Sp.k., który złożył ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, musiałby zaoferować cenę w wysokości 65 435 zł, co stanowi 11,5% ceny

zaoferowanej przez Wykonawcę PRINTEX Sp. z o.o. Należy przy tym pamiętać, że Wykonawca NETPRINT zaoferował aż 908 sztuk materiałów zalecanych przez producenta.

A zatem Wykonawca, który zdecydowałby się na zaferowanie 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 zaferowali 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.

Opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu nie eliminował wprawdzie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zamierzali zaferować 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 jak to zostało wskazane powyżej dawało znikomą szansę na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Co więcej Zamawiający za pomocą ustanowionego kryterium nie weryfikował obiektywnych cech przedmiotu zamówienia, które mogą przełożyć się na korzystniejsze warunki wykonania umowy. Kryterium to nie służyło zatem wyborowi oferty obiektywnie najkorzystniejszej, natomiast miało na celu eliminację konkretnych produktów czy też produktów konkretnego pochodzenia, w tym przypadku produktów, które nie są „oryginalne”, tzn. zalecane przez producentów urządzeń drukujących.

Reasumując, Zamawiający ustanawiając jakościowe kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60% w sposób faworyzujący materiały konkretnego pochodzenia poprzez przyznawanie ofertom punktów za materiały dedykowane przez producenta „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne, bez badania i oceny cech tych materiałów pozbawił możliwości uzyskania zamówienia wykonawców oferujących materiały równoważne spełniające wszystkie opisane w dokumentacji postępowania wymagania, czym naruszył art. 16 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, co w przedmiotowej sprawie miało wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Prezesa Urzędu treść gwarancji udzielanej przez producenta na sprzęt, dla którego są oferowane tonery, nie stanowi uzasadnienia dla preferowania dostarczenia

wyłącznie „oryginalnych” materiałów eksploatacyjnych, zwłaszcza gdy zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz w postanowieniach umownych przerzucają na wykonawców odpowiedzialność oraz obowiązek naprawy w przypadku wystąpienia uszkodzeń sprzętów drukujących spowodowanych zastosowaniem materiałów równoważnych, co zostało sprecyzowane przez Zamawiającego również w przedmiotowym postępowaniu w rozdziale III pkt 17 SWZ.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w dniu 17 marca 2022 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej.

W zastrzeżeniach Zamawiający podkreślił, że przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że w postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców. Ponadto, dzięki zastosowanej metodzie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie produktów referencyjnych i z dopuszczeniem złożenia rozwiązań, Zamawiający nie tylko opisał przedmiot zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ale także zapewnił przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Umknął uwadze w toku kontroli fakt, że w tym konkretnym postępowaniu zamawiający 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. 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 to ze względu na różnorodność wymaganych materiałów eksploatacyjnych, było skierowane przede wszystkim do dostawców materiałów eksploatacyjnych różnych wytwórców. Te zaś podmioty dysponują dostępem do właściwie nieograniczonej liczby produktów praktycznie wszystkich producentów. Poszczególni producenci sprzętu i urządzeń związanych z szeroko rozumianym drukowaniem, ograniczają się do sprzedaży swoich produktów, a nie sprzedaży produktów firm konkurujących z tym podmiotem.

W związku z tym każdy wykonawca składając ofertę w postępowaniu wedle swojego uznania mógł zaproponować materiały oryginalne lub materiały innych producentów. Była to samodzielna decyzja biznesowa wykonawcy, 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”. Prawdliwość zastosowanej strategii zakupowej można zweryfikować dopiero po zakończeniu postępowania. Reguły gry, określone przez Zamawiającego, były znane wszystkim wykonawcom od dnia upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ i zapewniały one zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jak również przejrzystość i proporcjonalność postępowania. Wyrazem tego był fakt, że żaden z wykonawców na żadnym etapie postępowania nie skorzystał ze środków ochrony prawnej, co pośrednio dowodzi prawidłowości działania Zamawiającego.

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, umożliwiały ogromnej liczbie materiałów eksploatacyjnych, pochodzących zarówno od producentów sprzętu jak i innych podmiotów uzyskanie punktów w zakresie kryterium — rodzaj materiałów eksploatacyjnych.

Zamawiający nie naruszył także dyspozycji art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem kryterium rodzaj materiałów eksploatacyjnych o wadze 60% po pierwsze nie pozostawiał Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż w sposób obiektywnie weryfikowalny każdy wykonawca był jednakowo, wg wzoru matematycznego oceniony w tym kryterium. Co więcej zastosowany wzór uwzględniający rodzaj materiałów eksploatacyjnych pozwalał każdemu podmiotowi uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zapoznanie 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.

Zastosowane kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” jest w pełni zgodne z wytycznymi TSUE. 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 Pzp. 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. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, iż w postępowaniu nie wniesiono odwołania na treść SWZ ani na treść ogłoszenia o zamówienia ani nie wniesiono odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty. Świadczyć to może o tym, że wykonawcy mieli wiedzę o zasadach składania ofert, oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty i że reguły te były w pełni obiektywne i weryfikowalne.

Zdaniem Zamawiającego nie znajduje także podstaw prawnych i faktycznych zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 w związku z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp. 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 nic 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 przyjąć powyższy sposób rozumowania należałoby podważyć całą treść ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych dotyczącą 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 z 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. W każdym przypadku, sposób oceny w ramach kryterium oceny ofert, należy dostosować do przedmiotu zamówienia i powinien on być pochodną tego, jak zmierzyć jakość w przypadku materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących.

W żadnym miejscu Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 marca 2022 r. nie stwierdzono, aby kryterium rodzaj materiałów eksploatacyjnych, było kryterium nie związanym z przedmiotem zamówienia. Dla zrozumienia specyfiki udzielania zamówień na dostawy 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. Co więcej w systemie zamówień publicznych taka okoliczność, stanowi uzasadnioną podstawę rezygnacji z postępowania konkurencyjnego i umożliwia zawarcie umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgadzał się także z zarzutem naruszenia art. 240 ust. 2 ustawy. Zamawiający — wbrew stwierdzeniom zawartym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 7 marca 2022 r. - zastosował kryterium oceny ofert i jego opis nie pozostawiający Zamawiającemu nie tylko nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty, ale przez to że jest warunkowany danymi podanymi przez wykonawcę, które następnie podstawia się do wzoru, ma cechy pełnego obiektywizmu. Ponadto, zastosowane wyżej kryterium oceny ofert umożliwia weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, co wypełnia dyspozycję art. 240 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie podzielał także zawartego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 7 marca 2022 r. zarzutu naruszenia art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przywołany przepis wymienia i to nie enumeratywnie katalog kryterium oceny ofert, czego potwierdzeniem jest użycie w tym uregulowaniu zwrotu „w szczególności”, a ponadto z tego przepisu w żaden sposób nie wynika, że kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” jest nieprawidłowe. W systemie prawa cywilnego, którego elementem jest system zamówień publicznych, konieczne jest wykazanie niezgodności Zamawiającego z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa. Art. 242 ust. 2 ustawy Pzp nie formułuje żadnego bezwzględnie obowiązującego nakazu lub zakazu, z którym byłaby niezgodna oferta wybranego wykonawcy lub z którym niezgodne byłoby postanowienia SWZ, którą sporządził Zamawiający.

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. Wykonawca równie dobrze mógł zaoferować rozwiązania podlegające dodatkowemu punktowaniu np. oferując oryginalne materiały eksploatacyjne i mógłby uzyskać wyższą liczbę punktów. Przy zastosowaniu innego kryterium oceny ofert, Zamawiający zastosowałby inne kryteria weryfikacji jakości, które mogłoby spowodować identyczne rozstrzygnięcie postępowania. Składanie ofert z określoną ceną i określonymi produktami jest pochodną wszystkich postanowień SWZ a nie jednego kryterium oceny ofert. Jeżeli nie wyrażoną wprost sugestią kontrolujących jest, aby Zamawiający żądał od wykonawców próbek wszystkich materiałów eksploatacyjnych będących przedmiotem zamówienia, to Zamawiający obawia się, że tak weryfikowana jakość oferowanych produktów spowoduje ogromny wzrost kosztów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w stopniu, który ograniczy konkurencję. Celem zaś Zamawiającego jest wybór najkorzystniejszej oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, zgodnie z zasadą efektywności o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to jest najlepszą jakością dostaw, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że 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 konkurencji o udzielenie zamówienia, wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 7 marca 2022 r.

Prezes UZP podnosił w pierwszej kolejności, 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. 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 (dostawcy materiałów eksploatacyjnych różnych wytwórców), dysponują dostępem do właściwie nieograniczonej liczby produktów praktycznie wszystkich producentów. Powyższe stwierdzenie Zamawiającego świadczy jedynie o tym, że różnorodność urzędzeń, 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 urzędzeń 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 urzędzeń 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 urzędzenia. W praktyce takie kryterium oceny ofert wyłączało możliwość konkurowania o uzyskanie zamówienia wszystkim wykonawcom, których działalność opiera się w dużej mierze na dystrybucji materiałów eksploatacyjnych zamiennych równoważnych materiałom rekomendowanym przez producenta urzędzenia.

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 konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami poprzez daleko idącą dyskryminację tańszych produktów, które nie posiadają rekomendacji producenta urzędzeń, 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.

Ponadto, 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 NETPRINT mógł rywalizować z Wykonawcą PRINTEX Sp. z o.o. Sp.k., który złożył ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu, musiałby zaoferować cenę w wysokości 65 435 zł, co stanowi 11,5% ceny zaoferowanej przez Wykonawcę PRINTEX Sp. z o.o. Należy przy tym pamiętać, że Wykonawca NETPRINT 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.

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.

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. Z powyższych zapisów należy wywnioskować, że równoważnym materiałem eksploatacyjnym zostaną przyznane punkty wyłącznie jeżeli są one materiałami specjalnego pochodzenia — sublimacyjnymi, termotransferowymi lub materiałami, 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.

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 może 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.

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 ustalane 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 związania 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.

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.

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał 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.

W konsekwencji zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zastrzeżenia Zamawiającego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza

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

Izba stwierdziła, iż w toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia Prezesa UZP w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zostało stwierdzone w związku z art. 240 ust. 2 oraz 242 ust. 2 ustawy Pzp i polegało na opisanu w dokumentach zamówienia kryterium oceny ofert o nazwie „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” o wadze 60% w sposób faworyzujący materiały konkretnego pochodzenia przez przyznawanie wyłącznie punktów za materiały „oryginalne” przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne. Powyższe doprowadziło do pozbawienia wykonawców oferujących materiały inne niż pochodzące od określonych producentów możliwości konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustanowione przez Zamawiającego kryterium oceny ofert faktycznie faworyzuje określoną grupę dostawców, tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, równocześnie stawiając w gorszej sytuacji wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie rekomendowane przez producentów urządzeń drukujących.

Jak słusznie zauważył kontrolujący, zastosowany system przyznawania punktów wyłącznie za oferowane materiały oryginalne spowodował, że w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec wag pozostałych kryteriów oceny ofert, wykonawcy oferujący materiały równoważne nie mogli faktycznie rywalizować z wykonawcami oferującymi wyłącznie materiały pochodzące od producenta urządzeń. Skład orzekający podzielił stanowisko prezentowane w Informacji 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.

Izba oceniła, że jakkolwiek troska Zamawiającego o uzyskanie zamówienia o najwyższej jakości zasługuje na pełną aprobatę, nie może ona stanowić usprawiedliwienia dla promowania materiałów konkretnego pochodzenia przez przyznawanie wyłącznie punktów za

materiały oryginalne przy jednoczesnym zaniechaniu przyznawania punktów za materiały równoważne. Jakość zamawianych materiałów może i powinna być przez Zamawiającego promowana przez ocenę konkretnych cech czy właściwości zamawianych produktów, nie zaś przez wskazanie, że jedynie produkty oryginalne uzyskają dodatkowe punkty, podczas gdy produkty równoważne takich punktów nie otrzymają, niezależnie od tego, czy faktycznie są produktami gorszej jakości czy niespełniającymi konkretnych oczekiwań. Zgodnym z ustawą Pzp wyrazem dążenia do zapewnienia należytej jakości przedmiotu zamówienia byłoby więc odwołanie się w kryteriach oceny ofert do określonych właściwości materiałów, na których Zamawiającemu zależy.

Izba nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. Takie uprawnienie Zamawiającego wynika z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, który – nie określając zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty – zezwala na ich dowolne ustalenie. Jednakże w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców swoboda ustalania kryteriów oceny ofert doznaje dalszych ograniczeń. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz określeniu kryteriów oceny ofert w sposób nieprowadzący do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, takiego, które nie da się usprawiedliwić obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

W doktrynie uznaje się, iż zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Kryteria oceny ofert formułowane w postępowaniu nie powinny więc ograniczać możliwości konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami przez dyskryminację tańszych produktów, które nie posiadają rekomendacji producenta urzędów, choć są względem nich równoważne pod względem możliwości zastosowania.

W konsekwencji Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie, gdyż doszło do naruszenia ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazanych przez Prezesa UZP.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....