Sygn. akt: KIO 1607/21

WYROK
z dnia 1 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 1 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. W. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J. W., B. S. z siedziba w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10**w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Skarb Państwa - Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu usunięcie z rozdziału XXIII swz postanowień dotyczących kryterium oceny ofert o nazwie Rodzaj oferowanych produktów,**
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Skarb Państwa - Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. W. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J. W., B. S. z siedziba w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **zamawiającego – Skarb Państwa - Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J. W. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J. W., B. S. z siedziba w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10**kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tj. po 6 800zł. dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 1607/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na dostawę tonerów, kaset atramentowych i innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 maja 2021 r. za numerem 2021/BZP 00062102/01.

W dniu 28 maja 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. W. i B. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J. W., B. S. z siedziba w Oświęcimiu, ul Unii Europejskiej 10. Odwołanie zostało podpisane przez obu wspólników. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 maja 2021 r.

Odwołujący zarzucają zamawiającemu naruszenie przepisów prawa, to jest:

-art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy oraz art. 241 ust. 3 ustawy poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Rodzaj oferowanych produktów" o łącznej wadze 48,65 pkt, w którym za każdy zaoferowany fabrycznie nowy toner, nową kasetę atramentową oraz nowy materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta urządzeń, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt, choć takie określenie kryterium oceny ofert:

- zakłóca uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż znacząco premiuje wykonawców oferujących produkty oryginalne, tym samym zmuszając do zaniechania oferowania produktów równoważnych spełniających wszystkie kryteria przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (art 16 pkt 1 ustawy),
- jedynie pozornie umożliwia oferowanie produktów równoważnych (art. 99 ust. 4-6 a contrario ustawy),
- nie prowadzi do ustalenia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy, tj. nie pozwala na ocenę tego, która oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 2 ustawy),
- w ogóle nie odwołuje się do kryterium jakości, gdyż sam fakt, iż produkt jest „oryginalny" obiektywnie nie ma wpływu na jego jakość w rozumieniu art. 242 ust. 2 ustawy,
- dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 ustawy).

Wnieśli o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ przez usunięcie kryterium nr 2 „Rodzaj oferowanych produktów" i oraz nakazanie dokonania czynności w postaci zmiany treści SIWZ przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób nie uwzględniający jakiegokolwiek nawiązania do producenta materiału;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwot: po 1/2 uiszczonej opłaty od odwołania oraz po h wysokości kosztów obsługi prawnej w związku z wywiedzionym odwołaniem, przy czym koszty te zostaną wykazane najpóźniej na rozprawie.
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na okoliczności tam przytoczone.

Wskazali, że przysługuje im legitymacja do wystąpienia z odwołaniem, albowiem mają interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jako podmiot zawodowo trudniący się sprzedażą materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kopiujących oraz aktywnie biorący udział w postępowaniach organizowanych przy zastosowaniu Prawa zamówień publicznych, chcą złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Równocześnie ich interesy i prawa są zagrożone poprzez czynność zamawiającego, albowiem chcą zawrzeć w ofercie dużą ilość produktów równoważnych, spełniających kryteria opisane w SIWZ.

Zamawiający dopuścił możliwość oferowania produktów równoważnych (tzw. zamienników). Za produkt równoważny zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych (rozdz. IV — Opis przedmiotu zamówienia, pkt 4 SWZ).
W wypadku zaoferowania produktów równoważnych zamawiający zażądał następujących przedmiotowych środków dowodowych (rozdz. V Przedmiotowe środki dowodowe):
1) „raporty z testów" przeprowadzonych według norm:
a)ISO/IEC 19752 (lub równoważnej) — norma określająca wydajność dla wkładów z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych,
b)ISO/IEC 24711 (lub równoważnej) — norma określająca wydajność dla kaset z kolorowym i monochromatycznym tuszem do drukarek atramentowych,
c)ISO/IEC 19798 (lub równoważnej) — norma określająca wydajność dla wkładów z tonerem do kolorowych drukarek laserowych,
d)ISO/IEC 24712 (lub równoważnej),
- wydane przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości, potwierdzające, że oferowane produkty, w zależności od rodzaju, odpowiadają tym normom,
2. karty charakterystyki materiałów przygotowane zgodnie z wymogami Rozporządzenia WE 1907/2006 REACH, paragraf 31, załącznik II, który został zmieniony Rozporządzeniem WE 2015/830 z dnia 28.05.2015 r. ze sprostowaniem z dnia 17.01.2017 r.
3. w przypadku zaoferowania tonerów korporacyjnych oświadczenie producenta tonerów, potwierdzające, że są to oryginalne materiały, o takiej samej wydajności tylko w innym opakowaniu.
Równocześnie w rozdziale XXIII. „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" zamawiający wśród dwóch kryteriów przewidział kryterium oceny „Rodzaj oferowanych produktów" i jednoznacznie uzależnił to kryterium wyłącznie od tego, czy oferowane produkty są oryginalne (pochodzą od producenta sprzętu kopiującego/drukującego), czy też są produktami równoważnymi. Drugim kryterium była cena.
Kryterium temu przyznano wagę 48,65% punktów, a kryterium „cena" — 51,35% punktów, czyli oznacza to w praktyce, że każdy oferent starający się zaoferować produkty zamienne, niezależnie od ich ceny, nie ma możliwości wygrania z oferentem oferującym produkty oryginalne.
Kryterium to zbudowano następująco: „w kryterium Rodzaj oferowanych produktów za każdy zaoferowany fabrycznie nowy toner, nową kasetę atramentową oraz nowy materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta urządzeń, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt. W tym kryterium zamawiający przyzna maksymalnie 48,65 pkt."
I na dowód powyższych okoliczności odwołujący załączyli treść SWZ
NETPRINT s.c. wystosowało do zamawiającego pismo wzywając go równocześnie do zmiany treści SWZ oraz wytykając naruszenie prawa wynikające z takiej redakcji specyfikacji, ale do upływu dnia składania odwołania nie uzyskał na nie pozytywnej odpowiedzi. Na dowód powyższego załączyli treść pisma NETPRINT.
W ocenie odwołujących ta czynności zamawiającego, tj. wadliwe sporządzenie SWZ w zakresie opisu kryteriów oceny ofert, w sposób oczywisty narusza przepisy powołane w petitum, Skutkuje bowiem tym, że przesądzający wpływ na wybór oferty będzie miało to, czy wykonawca zaoferuje produkty oryginalne, czy nie.
Zwrócili uwagę, że kryteria oceny ofert, jakie zamawiający ma prawo samodzielnie ustalić, z jednej strony muszą utrzymywać się w ramach określonych w przepisach ustawy (głównie art. 240-242 i 245 ustawy) i nie mogą prowadzić do wynaturzenia istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zgodności z zasadami obiektywizmu (równego traktowania wykonawców) i uczciwej konkurencji. Zatem każda cecha (kryterium), od którego uzależniona jest ocena ofert, musi się wiązać z obiektywnymi i mierzalnymi cechami produktu, które wyróżniają go na gruncie konkurencji lub po prostu odpowiadają oczekiwaniu zamawiającego, przy czym oczekiwania te z pewnością nie mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji wykonawców tylko dlatego, że zamawiający preferuje produkty „oryginalne" a nie równoważne. Zatem choć zamawiający sam decyduje, jakie dostawy lub usługi są mu potrzebne (i w tym sensie cechy podane w opisie przedmiotu zamówienia mogą być subiektywne i swobodnie dobrane), to jednak owa swoboda decyzyjności ograniczona jest pewnymi ramami ustawowymi, zwłaszcza zaś zakazem bezpośredniego lub pośredniego eliminowania z postępowania ofert produktów równoważnych. Konsekwencją powyższego jest zatem i to, że na decyzję o wyborze oferty w tym konkretnym postępowaniu (z perspektywy zasady obiektywizmu i zakreślonych opisem przedmiotu zamówienia oczekiwań zamawiającego) powinny wpływać obiektywne parametry jak: wydajność, wytrzymałość, jakość wydruku, kompatybilność z urządzeniem drukującym, niezawodność, wydajność. Na „jakość" może wpływać to, czy produkt jest fabrycznie nowy, czy regenerowany, czy spełnia określone normy i czy potwierdzono adekwatnymi dokumentami, że normy owe są spełnione. Wszystkie te cechy zamawiający ujął w kryteriach, jakie powinien spełniać oferowany produkt (Rozdział V Opis przedmiotu zamówienia), zatem niespełnianie tych cech samo w sobie prowadzić powinno do odrzucenia oferty podmiotu, który zaoferuje produkty niezgodne z opisem zamówienia i niezgodne z oczekiwaniem zamawiającego.
Zamawiający dobrał zatem to kryterium z naruszeniem art. 239 ust. 2 ustawy, art. 240 ust. 2 i art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 ustawy.
Tymczasem w opisie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, przez przyznanie prawie połowy ogólnej liczby punktów za sam fakt zaoferowania produktów oryginalnych, odwołano się tak naprawdę do parametru nie mającego nic wspólnego z ‚jakością" produktu ani żadną inną mierzalną i obiektywnie uzasadnioną jego cechą. Zamawiający nie kieruje się tu bowiem w ogóle cechami technicznymi produktu, czy innymi cechami , jakościowymi", ale tak naprawdę doprowadza do sytuacji, w której najkorzystniejszą ofertą będzie tylko taka, która będzie zawierała produkty wyłącznie lub głównie oryginalne. Tego zamawiającemu robić nie wolno z uwagi na treść art. 99 ust. 46 ustawy. Przepis ten wprost zabrania przygotowywania opisu zamówienia w sposób, jaki uniemożliwi oferowanie rozwiązań równoważnych. Równocześnie działanie takie narusza art. 16 pkt 1 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro oferta spełniająca wszystkie kryteria zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia będzie oceniana znacznie gorzej niż inna — analogiczna tylko dlatego, że nie zaoferowano produktów pochodzących od konkretnego producenta.
Takie określenie kryteriów oceny ofert narusza także art. 241 ust.1 i 3 ustawy, albowiem nie odwołuje się ono do

przedmiotu zamówienia, lecz de facto prowadzi do punktowania właściwości wykonawcy, a w szczególności jego technicznych, skoro a priori uznaje się za gorsze produkty tego wykonawcy, który zdecyduje się zaoferować produkty równoważne, a za lepsze — produkty „markowe".
W takim stanie rzeczy, treść wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia przytoczona na wstępie uzasadnienia, jawi się jako wyłącznie fasadowa i de facto wyłącznie stwarzająca pozory zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, albowiem krytykowane w niniejszym odwołaniu ukształtowanie kryteriów oceny ofert wymusza na wykonawcach odstąpienie od oferowania produktów równoważnych. Tylko bowiem oferując produkty oryginalne mogą liczyć na wygraną.
Na marginesie odwołujący zwrócili uwagę, że art. 10 ust. 1 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku z 13.04.2016 r. (którą to ustawą nadano kompetencje PCA do akredytowania jednostek badawczych oraz kompetencje tych jednostek do oceny zgodności produktów z normami) stanowi, co następuje: domniemywa się, że wyrób spełnia określone wymagania, jeżeli jest zgodny z postanowieniami norm zharmonizowanych, ich częściami lub dokumentami, o których mowa w ust. 4 tego przepisu. Tym samym wprowadzono do polskiego porządku prawnego domniemanie prawne, zgodnie z którym produkt posiadający certyfikat wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez PCA jest zgodny z określoną normą zharmonizowaną. Oznacza to, że nie jest wymagany żaden inny ani dalej idący dowód na ten fakt, a każdy, kto owo domniemanie chce obalić, musi swoje twierdzenia udowodnić zaprzeczając w ten sposób treści certyfikatu. Powyższe oznacza zatem też i to, że na gruncie ustawy istnieje domniemanie, iż każdy produkt posiadający certyfikat wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez PCA (lub równoważną na gruncie europejskim) jest produktem równoważnym.
Zamawiający żąda właśnie raportów z testów przeprowadzony przez podmiot uprawniony na gruncie tej ustawy.
Nie może być więc tak, że choć bezsporne dla zamawiającego staje się to, iż produkt „nieoryginalny" jest w istocie „równoważny" oryginałowi, to mimo wszystko „premiuje się" w jakikolwiek sposób produkty „oryginalne", gdyż traci to jakiekolwiek obiektywne uzasadnienie. Bezpośrednio korzystają na tym wyłącznie producenci i dostawcy sprzętu „oryginalnego", co tylko pogłębia przepaść między takimi potentatami rynkowymi a mniejszymi podmiotami oferującymi rozwiązania równoważne.
Jak wskazano powyżej, odwołujący posiadają legitymację do wystąpienia z niniejszym środkiem ochrony prawnej :
Jako przedsiębiorcy od 2007 roku prowadzą sprzedaż materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kopiujących. W ofercie posiadają m.in. produkty producentów materiałów równoważnych, które legitymują się certyfikatami oraz raportami z badań wydanymi przez podmiot akredytowany przez PCA. Często, z dużym powodzeniem, występują w postępowaniach prowadzonych na gruncie ustawy oferując rozwiązania równoważne i równocześnie spełniające kryteria jakościowe, dzięki czemu nasze oferty są dużo bardziej korzystne finansowo niż oferty zbudowane wyłącznie na produktach oryginalnych. Podmioty współpracujące z firmą odwołującego są zadowolone nie tylko z przebiegu współpracy, ale także z jakości oferowanych produktów równoważnych.
W niniejszym postępowaniu zamierzają złożyć ofertę bazującą także na tzw. „zamiennikach", zatem utrzymanie w mocy zapisów SWZ w poddanym procesowej krytyce fragmencie skutkować będzie naruszeniem ich praw i interesów, gdyż, świadomi są tego, iż nie mogą w takim wypadku wygrać z innymi podmiotami, które zdecydują się zaoferować wyłącznie (albo głównie) produkty oryginalne.
Co do zwrotu kosztów postępowania:
Zgodnie z treścią odnośnego rozporządzenia, są uprawnieni do żądania zwrotu kosztów postępowania, na które składa się m.in. wpis (7.500 zł), opłata od pełnomocnictwa (17 zł) oraz inne uzasadnione koszty poniesione przez odwołujących, do których należy zaliczyć także koszty obsługi prawnej (do kwoty 3.600 zł).
Koszty te wykażą najpóźniej na rozprawie rachunkami i potwierdzeniami przelewów.
Ponieważ prowadzą przedsiębiorstwo w ramach spółki cywilnej i obaj występują jako skarżący, to obaj są wierzycielami z tytułu roszczenia o zwrot kosztów postępowania. W polskim systemie prawnym nie występuje żaden przypadek ustawowej solidarności wierzycieli, nawet w wypadku wspólności łącznej praw, jak w spółce cywilnej (możliwa jest tylko umowna solidarność wierzycieli), więc zgodnie z zasadami dotyczącymi świadczeń podzielnych (art. 397 1 i 2 KC), wierzytelność dzieli się na tyle równych części, ilu jest wierzycieli. Zatem każdemu ze wspólników przysługuje roszczenie o zwrot na jego rzecz połowy kwoty kosztów postępowania.
Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.
Zamawiający stwierdził, że wskazane zarzuty są bezpodstawne.
Zamawiający przygotował i wszczął przedmiotowe postępowanie dochowując szczególnej staranności, stosując jako zasadę naczelną zachowanie uczciwej konkurencji.
Zamawiający określając przedmiot zamówienia postępował m. in. zgodnie z art. 99 ust. 1 i 5 ustawy. W opisie przedmiotu zamówienia dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych.
Zamawiający skorzystał z uregulowań dotyczących kryteriów oceny ofert zawartych w prawie krajowym, które znajdują swoje odniesienie w postanowieniach art. 67 ust. dyrektywy 2014/24/UE, z którego wynika, że kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych, są: albo wyłącznie najniższa cena albo, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego takie jak: a) jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki; b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub c) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. Gdy instytucja zamawiająca udziela zamówienia określa ona w ogłoszeniu o zamówieniu lub/i w dokumentach zamówienia, albo w przypadku dialogu konkurencyjnego w dokumencie opisowym, wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej, Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.
Zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników.
Zamawiający określił w kryterium oceny ofert, że produkty oryginalne będą wyżej punktowane w kryterium „jakość" z uwagi na fakt, że są one produktami zalecanymi przez producentów posiadanych przez zamawiającego urządzeń, gwarantują tym samym taką samą stałą jakość wydruku dla każdej strony, co ma szczególne znaczenie przy wydrukach precyzyjnych, niwelują ryzyko wystąpienia uszkodzeń urządzenia i wydłużonej procedury dochodzenia roszczeń z tego tytułu oraz pozwala uniknąć odrzucenia reklamacji dotyczącej tonerów lub urządzeń ze względu na stosowanie nieoryginalnych materiałów eksploatacyjnych.

Dodatkowo około 25% użytkowanych sprzętów drukujących u zamawiającego jest nowych, na gwarancji, gdzie producenci zalecają stosowanie jedynie oryginalnych wkładów drukujących.
Dlatego właśnie zamawiający dodatkowo punktuje produkt oryginalny - chcąc w szczególności uniknąć sytuacji utraty gwarancji producenckiej na urządzenia, odpłatnej naprawy, obciążania kosztami naprawy oferenta zamiennika, przerzucania odpowiedzialności za powstałe uszkodzenie pomiędzy producentem urządzenia a oferentem zamiennika, wydłużania terminów naprawy i podnoszenia jej kosztów, również pośrednich, utraty gwarancji ze względu na stosowanie nieoryginalnych materiałów eksploatacyjnych.
Zgodnie z wiedzą zamawiającego grono dostawców tuszy, tonerów i materiałów eksploatacyjnych jest duże, zarówno "oryginałów" jak i zamienników i każdy z nich ma możliwość zaopatrywania się w odpowiedni asortyment u różnych producentów. Nie jest to handel koncesjonowany, albo "wyłączny" dla konkretnego Wykonawcy, czy wąskiej grupy wykonawców, Zamawiający nie ogranicza konkurencji i dostępu do zamówienia w sposób nieuzasadniony.
W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 (Sygn. akt: KIO/KD 16/20) Prezes Urzędu Zamówier Publicznych podkreślił, że "Zamawiający przyznając w kryterium „Jakość materiałów eksploatacyjnych" wagę 70%, spowodował, że było to kryterium decydujące o ocenie oferty w całej klasyfikacji punktowej. Praktyczne konsekwencje tych postanowień SIWZ opisano w Informacji o wyniku kontroli w szczególności w przypadku zaoferowania przez wykonawcę wyłącznie materiałów równoważnych o bardzo niskich cenach, w porównaniu do oferty przewidującej wyłącznie materiały rekomendowane i jednocześnie wielokrotnie droższe. Polega ona bowiem wyłącznie na podstawieniu produktów i cen występujących na rynku, lecz odmiennych od tych, które wystąpiły w postępowaniu, do wzoru ustalonego przez Zamawiającego. Przedstawienie takiej operacji wskazuje, że oferta zawierająca w części lub w całości produkty nie stanowiące produktów rekomendowanych przez producenta urządzeń, nawet przy zastosowaniu znacznie niższych cen, nie miałaby szans na wybór jako oferta najkorzystniejsza. Faktycznym skutkiem ww. kryterium, zwłaszcza w kontekście przyznanej mu wagi 70%, było faworyzowanie wykonawców prowadzących działalność handlową o określonym profilu. Krajowa Izba Odwoławcza nie zgadza się jednak ze stwierdzeniem, że było to kryterium odnoszące się do właściwości wykonawcy.".
Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której opis kryterium „Jakość materiałów eksploatacyjnych" spowodowała dyskryminację dla całego segmentu produktów w postaci materiałów eksploatacyjnych równoważnych materiałom rekomendowanym przez producenta urządzenia. Jak zatem wynika z powyższego, sporne kryterium dyskryminowało określone produkty ze względu na ich cechę (de facto za pochodzenie od określonego producenta), nie dotyczyło natomiast cech podmiotowych (sytuacji, potencjału) wykonawcy, który je oferuje. Kryteria oceny ofert mogą dotyczyć określonych cech dostaw będących przedmiotem zamówienia. Cecha konkretnych produktów objętych przedmiotem zamówienia nie może być uznana za kryterium podmiotowe w rozumieniu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp z tego powodu, że określony krąg wykonawców takich produktów nie oferuje. Gdyby przyjąć taki sposób wnioskowania, należałoby dojść do nieuprawnionego zdaniem Izby wniosku, że niemal każde jakościowe kryterium oceny ofert dotyczy właściwości wykonawcy, w tym znaczeniu, że promuje lub dyskryminuje wykonawców mających w swojej ofercie produkty o określonych cechach, wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w skróconym terminie czy też mających możliwość udzielić wydłużonej gwarancji. W związku z powyższym Izba nie podziela stanowiska Prezesa Urzędu, że zastosowane w przedmiotowym postępowaniu kryterium jakościowe odnosi się do właściwości wykonawcy, co narusza przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.
Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz byty zgodne z zasadą wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy pzp, w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Zamawiający (Najwyższa Izba Kontroli) w postępowaniu BGO-BGZ.261 ,010.2021 .DP. wskazał w kryterium "rodzaj oferowanych produktów" wagę tego kryterium na poziomie 48,65% przyznając za każdy zaoferowany produkt 0,05 pkt. Nie jest to kryterium przeważające i nie można zgodzić się z zarzutem, że przesądza ono o wyniku przedmiotowego postępowania.
W dalszym ciągu największy udział w obliczeniu arytmetycznym wartości najkorzystniejszej oferty pozostaje w kryterium cena (51 ,35%). Kryterium jakościowe pozostaje niższe niż 50% w stosunku do wagi kryterium cena i trudno zarzucić mu działanie na zasadzie kryterium podmiotowego. Sporne kryterium eliminuje określone produkty ze względu na ich cechę, nie dotyczy cech podmiotowych (sytuacji, potencjału) wykonawcy, który je oferuje. Kryteria oceny ofert mogą przecież dotyczyć określonych cech dostaw będących przedmiotem zamówienia. Cecha konkretnych produktów objętych przedmiotem zamówienia nie może być uznana za kryterium podmiotowe.
Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie prowadził do wyeliminowania żadnego z Wykonawców. Zamawiający określił przedmiot zamówienia oraz dopuścił zaoferowanie produktów równoważnych dokładnie wskazując w rozdziale IV SWZ warunki równoważności:
"Równoważność - Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych
4.1.Zgodnie z postanowieniami art. 99 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia krfieria stosowane w celu oceny równoważności.
4.2.Za produkt równoważny Zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych.
4.3.Dodatkowe informacje dotyczące równoważności, znajdują się w załączniku nr 1 do SWZ (OPZ) oraz załączniku nr 2 do SWZ (Formularz ofertowy),
4.4.W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje produkt równoważny, informacja o tym musi znaleźć się w ofercie (załącznik nr 2 do SWZ).
4.5.Odpowiednie informacje należy wpisać w kolumnie nr 4 w tabeli znajdującej się w załączniku nr 2 do SWZ. W przeciwnym razie, w przypadku wyboru jego oferty, Wykonawca musi dostarczyć materiały zgodne z ofertą
Zamawiający stanowczo odrzuca zarzut, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję. Każdy z Wykonawców ma dowolność w zaoferowaniu asortymentu wyprodukowanego przez producentów poszczególnych urządzeń lub przez innych producentów. Zamawiający nie ogranicza możliwości złożenia oferty w sposób uczciwy, równy i konkurencyjny dla wszystkich wykonawców.
To zamawiający decyduje o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert w zależności od swoich potrzeb, dostosowując ich

wybór i wagę w celu najkorzystniejszego z jego punktu widzenia uzyskania konkretnego zamówienia. Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień zamawiający wprowadził obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.
Najkorzystniejsza oferta jest rozumiana przez ustawę - Prawo zamówień publicznych jako oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną (por. art 239 ust. 2 ustawy pzp). Z ustawy pzp wynika więc, że zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji, jakie kryteria oceny ofert będą stosowane w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia itp.
Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby kryteria te odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy pzp, w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.12.2008 r. (sygn akt: KIO/UZP 1362/08) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.04.2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 368/09)
Przed wyborem najkorzystniejszej oferty brak jest możliwości określenia czy zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert. Zamawiający podkreślił, że zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez wybranie oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert. Powyższe wskazuje, iż zarzut w zakresie naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp jest błędny.
Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokładnie opisał zarówno w SWZ, jak i w ogłoszeniu do postępowania kryteria oceny złożonych ofert. Przypisał im odpowiednio punktację:
kryterium cena – 51, 35 pkt i kryterium jakościowe "rodzaj oferowanych produktów" - przypisując wagę 48,65 pkt.
Zamawiający określił w kryterium oceny ofert, że produkty oryginalne będą wyżej punktowane w kryterium „jakość” z uwagi na fakt, że są one produktami zalecanymi przez producentów posiadanych przez zamawiającego urządzeń, gwarantują tym samym taką samą, stałą jakość wydruku dla każdej strony, co ma szczególne znaczenie przy wydrukach precyzyjnych, niwelują ryzyko wystąpienia uszkodzeń urządzenia i wydłużonej procedury dochodzenia roszczeń z tego tytułu.
Dodatkowo około 25% użytkowanych sprzętów drukujących jest nowych, na gwarancji, gdzie producenci zalecają stosowanie jedynie oryginalnych wkładów drukujących. Dlatego właśnie zamawiający dodatkowo punktuje produkt oryginalny - chce w szczególności uniknąć sytuacji: utraty gwarancji producenckiej na urządzenia, odpłatnej naprawy, obciążania kosztami naprawy oferenta zamiennika, przerzucania odpowiedzialności za powstałe uszkodzenie pomiędzy producentem urządzenia a oferentem zamiennika, wydłużania terminów naprawy i podnoszenia jej kosztów, również pośrednich.
Zgodnie z wiedzą Zamawiającego grono dostawców tuszy, tonerów i materiałów eksploatacyjnych jest duże, zarówno "oryginałów" jak i zamienników i każdy z nich ma możliwość zaopatrywania się w odpowiedni asortyment u różnych producentów. Nie jest to handel koncesjonowany, albo "wyłączny" dla konkretnego Wykonawcy, czy wąskiej grupy wykonawców.
Zamawiający „ma złe doświadczenia" w stosowaniu materiałów eksploatacyjnych tonerów nieoryginalnych (wyprodukowanych przez inny podmiot niż producent urządzenia, do którego były stosowane). Ich użycie niejednokrotnie powodowało problemy - wydrukowanie kilku stron powodowało wysypywanie się proszku lub mniejszą od zadeklarowanej wydajność, niską jakość wydruku (rozmazywanie, czarne smugi itd.). Często po zainstalowaniu tonerów równoważnych drukarki sygnalizują w dalszym ciągu brak tonera, zgłaszanych jest wiele usterek lub uszkodzeń sprzętu. Zamawiający nie stawia w pozycji uprzywilejowanej jakiegokolwiek producenta który mógłby złożyć najkorzystniejszą ofertę - ponieważ całe postępowanie obejmuje po kilkanaście urządzeń kilku zupełne innych marek (producentów).
Doświadczenie zamawiającego wskazuje, że w podobnych przedmiotowo postępowaniach obejmujących różnorodne materiały eksploatacyjne, oferty składają dystrybutorzy tych materiałów, mogący oferować zarówno materiały eksploatacyjne równoważne, jak i oryginalne, tym samym zachowana jest konkurencyjność, a przy tak skonstruowanych kryteriach oceny ofert każdy z tych wykonawców ma równe szanse w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto z powszechnie dostępnych informacji wynika, że i wnioskodawca oferuje oba rodzaje materiałów eksploatacyjnych.
Zamawiający ma możliwość wyboru kryteriów wedle uznania. Należy pamiętać, że przepis ten nie stanowi katalogu zamkniętego kryteriów oceny ofert, wskazuje tytko na jakie kryteria zamawiający powinien zwracać uwagę, które z jego punktu widzenia będą przydatne.
Zamawiający podkreślił, iż przyjęte kryteria oceny ofert nie pozostawiają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Co wskazuje, iż zarzut w zakresie naruszenia art. 240 ust. 2 ustawy pzp jest błędny.
Przyjęte w przedmiotowym postępowaniu kryteria - wbrew twierdzeniu odwołującego - dotyczą przedmiotu zamówienia, dlatego zamawiający nie narusza w żaden sposób ustawy pzp. Co więcej kryterium jakości jest wprost przywołane w ustawie pzp, tym bardziej jego zastosowanie jest jak najbardziej uzasadnione.
Kryterium jakości w żaden sposób nie odnosi się do właściwości wykonawców, w tym nie odnosi się do ich wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Kryterium jakości odnosi się do oferowanych produktów, tj. przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zarzut w zakresie naruszenia art. 241 ust. 3 ustawy pzp nie znajduje odzwierciedlenia postanowieniach SWZ, w szczególności w określonych kryteriach oceny ofert.
Zamawiający ma prawo dokonać wyboru w jaki sposób dokona wyboru najkorzystniejszej oferty, czy zgodnie z art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp czy zgodnie z art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Zastosowanie art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp nie stanowi naruszenia art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, co więcej uznanie, iż wskazując kryteria oceny ofert inne niż tylko cena lub koszt narusza się art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp skutkowałoby koniecznością unieważnienia wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których występuje więcej niż jedno kryterium. Zastosowanie więcej niż jednego kryterium nie może być podstawą do stawiania zarzuty naruszenia art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 242 ust. 2 ustawy pzp nie określił jaki punkt z przytoczonego art. i ust. został, według niego, naruszony. zamawiający stoi na stanowisku, iż zgodnie z art. 242 ust, 2 pkt 1 ustawy pzp przyjęte

kryteria oceny ofert są prawidłowe i w sposób oczywisty odnoszą się do jakości oferowanego asortymentu. Dla przykładu: jeśli wymagany jest toner X do drukarki producenta Y, to w kryterium jakościowym, jeśli wykonawca Y (będący producentem urządzenia) i wykonawca Z (dystrybutor, pośrednik sprzedający tonery) zaoferują toner X (taki sam, od tego samego producenta) to obaj wykonawcy w kryterium jakościowym uzyskają taką samą liczbę punktów, co jasno wskazuje na brak preferencji ze względu na właściwości wykonawcy, i co za tym idzie należy uznać, iż ocena jakościowa dotyczy tylko i wyłącznie oferowanego przedmiotu zamówienia, co jest zgodne z przepisami ustawy pzp. Powyższe wskazuje, iż brak jest podstaw do stawiania zarzutu naruszenia art. 242 ust. 2 ustawy pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. swz, wraz z załącznikami, zmian swz i dwóch notatek służbowych.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.

1 . Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż, dostawa i przeniesienie na Zamawiającego własności fabrycznie nowych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) zawiera:

2.1. załącznik nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (załącznik określa szczegółowo przedmiot zamówienia oraz zawiera kryteria / opis równoważności),

2.2. Załącznik nr 2 do SWZ - Formularz ofertowy (załącznik określa wymagania Zamawiającego w zakresie określonych parametrów oraz zawiera kryteria równoważności),

2.3. załącznik nr 3 do SWZ - Wzór umowy (załącznik zawiera zasady i warunki na jakich Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie).

3. Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych. Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp jako powody nie dokonania podziału zamówienia na części Zamawiający wskazuje następujące okoliczności:

3.1. Dostawy fabrycznie nowych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych są możliwe do zrealizowania przez jednego Wykonawcę.

3.2. Powyższe dostawy nie wymagają podziału na części i są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

3.3. Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych ze względu na jednolitość całego zamówienia jakim jest ww. dostawa. Podzielenie zamówienia na części nie miałoby wpływu na liczbę potencjalnych Wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Przewiduje się, że przy podziale zamówienia na części ceny jednostkowe tonerów będą wyższe.

3.4. Ponadto postępowanie prowadzone jest poniżej progów unijnych, co nie utrudni małym lub średnim przedsiębiorcom wzięcia udziału w postępowaniu.

4. Równoważność - Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych

4.1. Zgodnie z postanowieniami art. 99 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

4.2. Za produkt równoważny Zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych.

4.3. Dodatkowe informacje dotyczące równoważności, znajdują się w załączniku nr 1 do SWZ (OPZ) oraz załączniku nr 2 do SWZ (Formularz ofertowy).

4.4. W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje produkt równoważny, informacja o tym musi znaleźć się w ofercie (załącznik nr 2 do SWZ).

4.5. Odpowiednie informacje należy wpisać w kolumnie nr 4 w tabeli znajdującej się w załączniku nr 2 do SWZ. W przeciwnym razie, w przypadku wyboru jego oferty, Wykonawca musi dostarczyć materiały zgodne z ofertą.

XXIII.OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT

1 . Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów w poniższych kryteriach:

1.1.cena ofertowa - (51 maks. 51,35 pkt;

1.2.rodzaj oferowanych produktów - (48,65%) waga 48,65 pkt.

W kryterium Rodzaj oferowanych produktów za każdy zaoferowany fabrycznie, nowy toner, nową kasetę atramentową, nowy materiał eksploatacyjnych zalecany przez producenta urządzenia, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt.

Opis przedmiotu zamówienia (OPZ).

1 . Przedmiotem zamówienia jest:

Sprzedaż, dostawa i przeniesienie na Zamawiającego własności fabrycznie nowych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych.

2. Pod pojęciem „fabrycznie nowe" Zamawiający rozumie produkty nieużywane, nieuszkodzone, wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed datą dostawy do magazynu w budynku Najwyższej Izby Kontroli w Warszawie (02-056 Warszawa) przy ul. Filtrowej 57, wolne od wad fizycznych i prawnych, w oryginalnych opakowaniach producenta, z widoczną nazwą producenta urządzenia do którego produkt jest przeznaczony, z symbolem produktu, numerem katalogowym i datą produkcji, posiadające wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset atramentowych oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych, które będą spełniały wymogi i parametry wskazane w Załączniku nr 2 do SWZ, i które będą mogły być użytkowane zgodnie z przeznaczeniem. Produkty muszą być materiałami zalecanymi przez producentów urządzeń, do których są przeznaczone lub równoważnymi.

3. Przez produkt równoważny zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych.

4. W przypadku, gdy wykonawca zaproponuje produkt równoważny, informacja o tym musi znaleźć się w ofercie.

Odpowiednie informacje Wykonawca musi wpisać w kolumnie nr 4 Tabeli w Załączniku nr 2 do SWZ, tj. nazwę producenta, kod produktu nadany przez producenta, oferowaną wydajność produktu.
Przedstawiona przez Wykonawcę wydajność tonerów, kaset atramentowych musi być określona za pomocą pomiaru zgodności z normą ISO/IEC 19752 lub równoważną, normą ISO/IEC 24711 lub równoważną, normą ISO/IEC 19798 lu równoważną oraz normą lSO/IEC 24712 lub równoważną.
Ponadto produkty równoważne muszą posiadać karty charakterystyki produktów przygotowane zgodnie z wymogami Rozporządzenia WE 1907/2006 REACH, paragraf 31, załącznik II, który został zmieniony Rozporządzeniem WE 2015/830 z dnia 28.05.2015 r. ze sprostowaniem z dnia 17.012017 r.
5. Zamawiający dopuszcza tonery korporacyjne. W przypadku zaoferowania takich tonerów odpowiednie informacje Wykonawca musi wpisać w kolumnie nr 4 Tabeli w Załączniku nr 2 do SWZ. Toner korporacyjny musi spełniać warunki określone w pkt 2 OPZ
6. Szczegółowy wykaz tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych zawierający modele urządzeń jakie użytkuje Zamawiający, rodzaj tonera, kasety atramentowej oraz innych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzenia oraz ilości dostaw w okresie objętym zamówieniem, znajduje się w Tabeli w Załączniku nr 2 do SWZ.
Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 do swz pkt. III w wykazie tonerów, kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych zamawiający wskazał po jednym zalecanym przez producenta materiale eksploatacyjnym najczęściej któremu służyło wskazanie na pochodzenie od producenta urządzenia np. HP, Samsung, Toshiba, Lexmark.
Par. 5 Obowiązku wykonawcy. Warunki gwarancji
Okres gwarancji na dostarczone tonery, kasety atramentowe oraz inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych liczy się od daty ich odbioru przez zamawiającego, na warunkach wskazanych w umowie i wynosi 24 miesiące. W przypadku ujawnienia w okresie gwarancji wad tonerów lub kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych (wydajność, jakość lub niezawodność dostarczonych tonerów lub kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych niekorzystnie odbiega od wymagań producenta urządzeń), wykonawca zobowiązany będzie do bezpłatnej wymiany na nowe, wolne od wad, w terminie nie dłuższym niż 3 dni robocze od dnia zgłoszenia przez zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail. Wymiana nastąpi w siedzibie zamawiającego.
W przypadku wymiany tonerów lub kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych na nowe wolne od wad, okres gwarancji biegnie na nowo, od daty ich odbioru.
Wykonawca zobowiązuje się do pokrycia kosztów naprawy urządzenia, gdy jego uszkodzenie powstało w wyniku stosowania tonera lub kasety atramentowej lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych dostarczonego przez wykonawcę. Za podstawę żądania przez zamawiającego naprawy urządzenia uważa się pisemną opinię autoryzowanego serwisu producenta urządzenia. Koszty naprawy mogą zostać pokryte z wynagrodzenia wykonawcy, o którym mowa w par. 7 ust. 1 umowy lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w par. 9 umowy, na co wykonawca wyraża zgodę.
Z notatki służbowej z dnia 31 maja 2021 r. wynika, że kryteria oceny ofert zostały ustalone przez wnioskującego i opisane we wniosku o wszczęcie postępowania. Wniosek wraz z projektem umowy i wszystkimi załącznikami trafił do Biura Organizacyjnego Wydziału Obsługi Prawnej w celu zaopiniowania pod względem formalno-prawnym. Opiniująca wniosek Pani mecenas L. S. nie wniosła na tym etapie żadnych zastrzeżeń w stosunku do zaproponowanych kryteriów. Komisja chcąc zabezpieczyć interes Izby, preferowała materiały oryginalne, bo biorąc pod uwagę to, że niektóre urządzenia są na gwarancji i nie można stosować zamienników - groziłoby to utratą gwarancji, oraz aby zapewnić wysoką jakość wydruków (zamienniki powodowały wysypywanie się tonerów w maszynach, złą jakość wydruku w postaci braku właściwych kolorów oraz inne usterki) uznała działania za jak najbardziej zasadne.
Ocena materiału dowodowego zgromadzonego przez Izbę:
Izba ustaliła, że zamawiający postawił wymagania dotyczące wykazywania się przez wykonawców oferujących rozwiązania równoważne certyfikatami PCA, a także raportami z badań na zgodność z normą. Izba ustaliła, że sformułowanie materiał eksploatacyjny mieści w swoim znaczeniu pojęciowym także toner i kasetę atramentową. Izba oceniła, że użyte w kryterium oceny ofert sformułowanie „materiał eksploatacyjnych zalecany przez producenta urządzenia" oznacza materiał wyprodukowany przez tego producenta. Jest to konkretny typ i model do danego urządzenia, najczęściej różniący się tylko tym czy zamawiany jest do druku monochromatycznego, czy w kolorze lub różnicą w wydajności drukowanych stron. Tym samym zamawiający w załączniku nr 2 pkt. III tabeli wskazał konkretne produkty pochodzące od określonych producentów, których zastosowanie będzie punktował, wszystkie inne produkty niezależnie od ich cech jakościowych, wydajnościowych, kompatybilności nie będą premiowane w kryterium oceny ofert, nawet wtedy, gdy zamawiający uzna je za produkty równoważne. Izba dostrzegła, że do wiedzy powszechnej należy, że producenci urządzeń choć nie deklarują utraty gwarancji w przypadku użycia produktu równoważnego, to nie deklarują woli naprawy w ramach gwarancji uszkodzeń wywołanych użyciem materiału eksploatacyjnego pochodzącego od innego producenta niż producent urządzenia. Jednak Izba ustaliła, że zgodnie z par. 5 wzoru umowy zamawiający w tym zakresie ma zagwarantowaną naprawę przez wykonawcę wybranego w tym postępowaniu.
Izba zważyła, co następuje:
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.
Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy oraz art. 241 ust. 3 ustawy poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Rodzaj oferowanych produktów" o łącznej wadze 48,65 pkt, w którym za każdy zaoferowany fabrycznie nowy toner, nową kasetę atramentową oraz nowy materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta urządzeń, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt, choć takie określenie kryterium oceny ofert:
- zakłóca uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż znacząco premiuje wykonawców oferujących produkty oryginalne, tym samym zmuszając do zaniechania oferowania produktów równoważnych spełniających wszystkie kryteria przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (art 16 pkt 1 ustawy),

- jedynie pozornie umożliwia oferowanie produktów równoważnych (art. 99 ust. 4-6 a contrario ustawy),
- nie prowadzi do ustalenia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy, tj. nie pozwala na ocenę tego, która oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 2 ustawy),
- w ogóle nie odwołuje się do kryterium jakości, gdyż sam fakt, iż produkt jest „oryginalny" obiektywnie nie ma wpływu na jego jakość w rozumieniu art. 242 ust. 2 ustawy,
- dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 ustawy)
Zarzut potwierdził się.
W pierwszej kolejności Izba przypomni stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r. (C-448/01) stwierdził:
Kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania; Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnośnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów).
A zatem:
- przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bez pośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert,
pod warunkiem jednak, że:
- są związane z przedmiotem zamówienia,
- nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
- są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
- są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;
- zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów;
- odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc – odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium za-mawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem);
- każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie w toku postępowania, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób;
Jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być ocenianie tylko pod względem pozostałych kryteriów i wtedy całość procedury musi być unieważniona.
Izba zwraca uwagę, że już w tym krótkim fragmencie Trybunał podkreślił, że swoboda zamawiającego w doborze kryteriów oceny ofert kończy się z chwilą, gdy kryterium zaczyna godzić w uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Trybunał spośród cech jakimi charakteryzować się powinno dobrze skonstruowane kryterium oceny ofert wskazał, że dobre kryterium to takie, które nie ogranicza konkurencji i nie wprowadza nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm). Również przepis art. 240 ust. 2 ustawy wskazuje, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Izba ustaliła, że materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta, to zgodnie z załącznikiem nr 2 pkt III do siwz materiał wyprodukowany przez producenta, na dodatek ściśle określony, zatem każdy inny materiał eksploatacyjny, choćby posiadający identyczne cech z materiałem eksploatacyjnym producenta, będzie materiałem niepreferowanym przez zamawiającego. Tym samym ustanowione przez zamawiającego kryterium oceny ofert preferuje określoną grupę dostawców tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, nie preferując wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie oferujących materiałów eksploatacyjnych „zalecanych". Tym samym ustanowione kryterium ogranicza konkurencję i wprowadza nieuzasadnioną preferencję. Nadto odnosząc się do art. 240 ust. 2 ustawy 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. Jedyną rzeczą, która interesuje zamawiającego, to czy dany materiał jest materiałem oryginalnym producenta. W ocenie Izby rację należy przyznać odwołującemu, że takie kryterium jest niedopuszczalne tak z mocy prawa krajowego jak i z mocy prawa pierwotnego Unii Europejskiej, które stanowią orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W ocenie Izby zadaniem odwołującego w tym postępowaniu było jedynie wykazanie, że kryterium jest kryterium niedopuszczalnym na gruncie ustawy. Odwołujący nie jest zobowiązany dowodzić, że niemożliwe jest złożenie przez niego konkurencyjnej oferty. Nawet jeśli odwołujący byłby w stanie złożyć ofertę, która miałaby szansę na wybór, np. drastycznie zaniżając cenę oferowanych przez siebie towarów, to w ocenie Izby nie powoduje, że kryterium staje się legalne. Co więcej przedmiotem analizy jest konkretne kryterium oceny ofert, a nie zbiór wszystkich kryteriów. Zamawiający natomiast broniąc się przed zarzutem sprzecznego z ustawą kryterium powinien był wykazać, że kryterium nie preferuje określonej grupy podmiotów i że jest kryterium pozwalającym na weryfikację złożonych ofert pod kątem zaproponowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał jedynie na swoje złe doświadczenia, co do których zabezpieczył się już wzorem umowy, jednak w żaden sposób nie wykazał, że oferty z tzw. zamiennikami mają szansę na uzyskanie zamówienia. Argument, że zamawiający w załączniku nr 2 wskazał urządzenia różnych producentów nie przemawia w ocenie Izby za tym, że konkurencyjność postępowania została zachowana. Przeciwnie w ocenie Izby ta

konkurencyjność została jeszcze bardziej zawężona do tych podmiotów, które są partnerami jak największej liczby producentów, których urządzeń zamawiający używa. Co więcej jest to nawet kryterium dyskryminujące samych producentów, bo o ile Toshiba i HP często traktują swoje materiały eksploatacyjne jako gwarantujące jakość producenta, to sam producent Lexmark, o ile nie posiada podpisanych umów z innymi producentami, co do nich oferowałby zamienniki i uzyskał mniejszą liczbę punktów niż np. dystrybutor, który posiada umowy partnerskie z wszystkimi producentami urządzeń posiadanych przez zamawiającego.
Co więcej zamawiający powołał się na uchwałę Izby w sprawie sygn. akt KIO/KD 16/20 wybiórczo przywołując jej treść. W tej sprawie bowiem Izba wcale nie zaakceptowała preferowania materiałów eksploatacyjnych producenta i uznała, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie wskazując przede wszystkim na to, 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", należ 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 Pzp.".

Izba uznała, że argumentacja o mniejszej wydajności zamienników, ich niższej jakości, czy podwyższonym wpływie na awaryjność urządzeń nie została przez zamawiającego w żaden sposób wykazana. Nadto Izba wzięła pod uwagę brzmienie par. 4 wzoru umowy – Reklamacja:

1. Jeżeli dostarczone tonery, kasety atramentowe lub inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych będą wadliwe, lub nie będą spełniały parametrów określonych w Załączniku nr 1 do Umowy lub będą niezgodne z Zamówieniem, Zamawiający będzie miał prawo odmówić przyjęcia danej dostawy w całości lub w części.

2. Jeżeli okoliczności, o których mowa w ust. 1, zostaną stwierdzone po dokonaniu odbioru ilościowego, Zamawiający zawiadomi o tym fakcie Wykonawcę, przekazując mu za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail protokół reklamacyjny.

3. Zamawiający w każdym momencie realizacji przedmiotu Umowy zastrzega sobie prawo do wykonania badań w celu sprawdzenia zgodności dostarczonych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych z opisem podanym w Załączniku nr 1 do Umowy. Jeżeli uzyskany wynik badania wskaże na dostarczenie innego tonera lub kasety atramentowej lub innego materiału eksploatacyjnego do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych niż żądany przez Zamawiającego i zaoferowany przez Wykonawcę, Wykonawca zostanie obciążony kosztami badań oraz zostanie mu naliczona kara umowna w wysokości 12% wartości kwoty brutto, o której mowa w S 7 ust. 1 Umowy. W takim przypadku Zamawiający ma również prawo odstąpić od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

4. W przypadkach określonych w ust. 2 i 3, Wykonawca jest zobowiązany odebrać tonery lub kasety atramentowe lub inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych na własny koszt w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego reklamacji i w tym terminie dostarczyć Zamawiającemu tonery lub kasety atramentowe lub inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych, zgodnie z Zamówieniem, wolne od wad i spełniające wymogi określone w Załączniku nr 1 do Umowy, bez prawa żądania dodatkowych opłat z tego tytułu.

Z postanowień tych wynika, że zamawiający zabezpieczył się także na wypadek spadku wydajności, jakości. Tym samym zamawiający nie wykazał, że za pomocą ustanowionego kryterium będzie weryfikował obiektywne cechy przedmiotu zamówienia, które przełożą się na realnie korzystniejsze warunki wykonania umowy dla zamawiającego. Kryteria oceny ofert mają służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej, a nie eliminacji konkretnych produktów, czy produktów konkretnego pochodzenia. Kryteria nie służą także ograniczeniu obaw zamawiającego. Skoro sam zamawiający uznaje dany produkt za równoważny produktowi oryginalnemu, to w ocenie Izby jeśli mimo to chce preferować produkt oryginalny, powinien premiować takie jego cechy, które rzeczywiście przekładają się na korzyści, ekonomiczne, jakościowe, społeczne, czy środowiskowe. Z tego tez względu Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 16 ust. 1 ustawy, art. 240 ust. 2 i art. 242 ust. 2 ustawy. Izba natomiast uznała, że zamawiający prawidłowo opisał kryteria równoważności tym samym nie naruszyła art. 99 ust. 4 -6 ustawy. Przepis art. 239 ust. 2 ustawy odnosi się do oferty, a nie czynności zamawiającego, art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosi się do kryterium ceny lub kosztu, a w tym postępowaniu kwestionowane jest kryterium mieszane kosztowo-jakościowe i to w zakresie kryteriów jakościowych. Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu usunięcie kryterium Rodzaj oferowanych produktów. Izba uznając prawo zamawiającego do kształtowania kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem art. 240 ust. 2 i 242 ustawy, nie nakazała brzmienia postanowień swz w tym zakresie, zwłaszcza, że żądanie odwołującego w tym zakresie obejmowało jedynie takie ukształtowanie kryteriów, które nie uwzględniało jakiegokolwiek nawiązania do producenta materiału, co w ocenie Izby nie jest konkretnym żądaniem odwołania, a dopuszczającym swobodę zamawiającego.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) tj. nakazała zamawiającemu zwrot na rzecz odwołującego kosztów uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł. i kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie ze złożoną fakturą.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

……