

Sygn. akt: KIO/KD 16/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 kwietnia 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z 10 marca 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Marszałka Województwa Podkarpackiego**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 3 marca 2020 r. (znak: KND/44/19/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do drukujących urządzeń komputerowych*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**
Członkowie : **Katarzyna Brzeska**
Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do drukujących urządzeń komputerowych*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób odnoszący się do właściwości podmiotu oferującego konkretną markę produktu;
- 2) art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez określenie kwoty wadium w wysokości większej niż 3% wartości zamówienia;
- 3) art. 38 ust. 1 pkt 1 oraz art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaniechanie zamieszczenia na stronie internetowej treści zapytań wraz z wyjaśnieniami;
- 4) art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez żądanie przedstawienia dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Przedmiotem wniesionych zastrzeżeń, a w konsekwencji rozpoznania przez Izbę, jest naruszenie wskazane w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli.

W zakresie tego naruszenia w toku kontroli ustalono następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia była dostawa fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do drukujących urządzeń komputerowych, z podziałem na 5 części. Zamawiający ustalił dla każdej z części, dwa kryteria oceny ofert:

1. Cena dostawy – 30 %;
2. Jakość materiałów eksploatacyjnych – 70 %.

Zamawiający zaznaczył, że każdemu zaoferowanemu przez wykonawcę rodzajowi materiału eksploatacyjnego, który jest rekomendowany przez producenta urządzenia, zostanie przyznana odpowiednia ilość punktów zgodnie z punktacją zamieszczoną w tabeli, natomiast każdemu zaoferowanemu przez wykonawcę rodzajowi materiału eksploatacyjnego, który jest równoważny rekomendowanemu przez producenta urządzenia, zostanie przyznane „0” punktów.

Przed upływem wyznaczonego terminu, tj. do dnia 25.04.2019 r., do Zamawiającego wpłynęły – na każdą z części postępowania – 3 oferty. Wszyscy wykonawcy zaproponowali wskazane przez zamawiającego materiały eksploatacyjne. Tym samym żaden z wykonawców nie zaproponował produktów równoważnych.

W dniu 20 marca 2019 r. X zwróciła się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących postanowień SIWZ, w tym wniosła o zmianę SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, które zdaniem wykonawcy zostały opisane przez zamawiającego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na ww. wnioski.

W toku kontroli Zamawiający wyjaśnił: (...) zamawiający określił kryteria oceny ofert zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 1 oraz art. 91 ust. 2a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm) i odnoszą się one w szczególności do jakości przedmiotu zamówienia. Nieuprawnioną jest teza Firmy X, która zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ponieważ w tym postępowaniu Zamawiający nie postawił żadnych warunków udziału w postępowaniu a przedmiot zamówienia został opisany zgodnie za zasadami określonymi w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w tym, jak również wcześniej prowadzonych postępowaniach na dostawę fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do drukujących urządzeń komputerowych stosuje kryteria oceny ofert, które pozwalają Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty, która obejmuje swoją treścią przedmiot zamówienia o najlepszych parametrach jakościowych, nie uniemożliwiając żadnemu podmiotowi złożenia oferty, czego dowodem jest to, że na każdą z pięciu części w tym postępowaniu zostały złożone po trzy ważne oferty. Zamawiający zastosował tożsame (takie same) kryteria oceny ofert na dostawę fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do drukujących urządzeń komputerowych odnoszące się w szczególności do jakości przedmiotu zamówienia już w kilku przeprowadzonych postępowaniach, w których składanych było znacznie więcej ofert – w tym również Firmy X co zaprzecza tezie, że Zamawiający poprzez zastosowane kryteria oceny ofert utrudnia uczciwą konkurencję. Stosowanie materiałów eksploatacyjnych innych niż rekomendowane przez 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 był zatem uprawniony do takiego sformułowania kryteriów oceny ofert w zakresie jakości aby sprzyjać otrzymaniu produktu w pełni kompatybilnego z posiadanymi urządzeniami (...).

Prezes Urzędu podkreślił, że kryterium pozacenowe „Jakość materiałów eksploatacyjnych” posiada wagę 70%, co czyni je kluczowym kryterium w ramach oceny ofert, mogącym mieć decydujący wpływ na wynik postępowania. Stwierdził, że biorąc pod uwagę zastrzeżenie, że każdemu zaoferowanemu przez wykonawcę rodzajowi materiału eksploatacyjnego, który jest równoważny rekomendowanemu przez producenta urządzenia, zostanie przyznane „0” punktów, oferta zawierająca w części lub w całości produkty nie stanowiące produktów rekomendowanych przez producenta urządzeń, nawet przy zastosowaniu znacznie niższych cen, nie miałaby jednak szans na wybór jako oferta najkorzystniejsza. 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.

Zdaniem Prezesa Urzędu opisanie przedmiotu zamówienia na materiały eksploatacyjne zgodnie z przepisami ustawy Pzp powinno zapewniać 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, przez wytwórców alternatywnych materiałów eksploatacyjnych należy rozumieć krajowych i zagranicznych producentów nowych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, którzy nie są jednocześnie producentami tych urządzeń.

W Informacji o wyniku kontroli wskazano, że w kryterium jakości punkty przyznawane są najczęściej za spełnianie przez oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia, 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. Natomiast niespełnienie progu minimalnego wymogów zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zainteresowany zakupem produktów o wymaganej jakości powinien mieć możliwość podejmowania działań mających na celu zapewnienie wymiernych rezultatów w zakresie właściwej eksploatacji, bezawaryjności i żywotności urządzeń oraz odpowiedniego okresu eksploatacji materiałów. Nie ma zatem przeszkód, aby zamawiający, uwzględniając własne potrzeby oraz cel, jakemu służyć ma przedmiot zamówienia, dokonał jego opisu w taki sposób, który zapewnia dostawy produktów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących o określonych parametrach technicznych dotyczących np. wydajności, okresu eksploatacji, jakości wydruku czy też kompatybilności z innymi urządzeniami, o ile tak przygotowany opis nie będzie ograniczać konkurencji np. wyłącznie do producenta urządzeń drukujących. Nerozerwalnie z opisem przedmiotu zamówienia związane powinny być też opracowywane przez zamawiającego kryteria oceny ofert, w tym w szczególności kryteria pozacenowe.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający opracowując kryteria oceny ofert i ich wagi, powinien przygotowywać je w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza

w kontekście wymaganych parametrów technicznych. Pozacenowe kryteria oceny ofert nie mogą natomiast odnosić się do właściwości podmiotowych oferenta.

Zdaniem Prezesa Urzędu, opis przedmiotu zamówienia sformułowany w niniejszym postępowaniu nie eliminował wprawdzie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zamierzali zaoferować produkty nierekomendowane przez producenta urządzeń, lecz zastosowane kryterium oceny ofert powodowało, że tacy wykonawcy otrzymywaliby mniejszą liczbę punktów w ramach kryterium pozacenowego „Jakość materiałów eksploatacyjnych”, co jak to zostało wskazane powyżej dawało znikomą szansę na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Zastosowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Jakość materiałów eksploatacyjnych”, w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, tj. jakościowych cech przedmiotowych produktu, ale do właściwości podmiotu oferującego konkretną markę produktu, a zatem stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenie do Informacji o wyniku kontroli, w zakresie naruszenia wskazane w punkcie 1 tej Informacji.

Zamawiający podniósł, że zastosowane kryteria oceny ofert pozwalały na dokonanie wyboru oferty, która obejmuje swoją treścią przedmiot zamówienia o najlepszych parametrach jakościowych, nie uniemożliwiając żadnemu podmiotowi złożenia oferty, czego dowodem jest to, że na każdą z pięciu części w tym postępowaniu zostały złożone po trzy ważne oferty. Intencją Zamawiającego jest dbałość o finanse publiczne, a stosowanie materiałów eksploatacyjnych innych niż rekomendowane przez 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. W czasie prowadzonej kontroli wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przesłał część protokołów na okoliczność stwierdzonych awarii sprzętu drukującego, wynikających ze stosowania tzw. „zamienników”. Zamawiający był zatem uprawniony do takiego sformułowania kryteriów oceny ofert w zakresie jakości aby sprzyjać otrzymaniu produktu w pełni kompatybilnego z posiadanymi urządzeniami.

Zdaniem Zamawiającego nieuprawniona jest teza, że zastosowane kryterium pozacenowe w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, ale do właściwości podmiotu oferującego konkretną markę produktu. Zamawiający podniósł, że podmioty, które złożyły oferty nie są podmiotami oferującymi konkretną markę produktu, a w swojej ofercie

posiadają również materiały równoważne (zamienniki). Podmioty te nie są również producentami urządzeń drukujących, w związku z tym niezasadnym jest stwierdzenie, że Zamawiający ograniczył konkurencję wyłącznie do producenta urządzeń drukujących.

Zamawiający zakwestionował symulację, na którą powołano się w Informacji o wyniku kontroli. Zdaniem Zamawiającego jest ona nieuprawniona i jest sugestią zaczerpniętą z wniosku o przeprowadzenie kontroli doraźnej skierowanego do Prezesa Urzędu Zamówień przez X, a stwierdzenie naruszeń przepisów prawa winno dotyczyć czynności, które miały miejsce w postępowaniu i nie może być wynikiem symulacji.

W ocenie Zamawiającego, skoro *opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie eliminował wprawdzie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zamierzali zaoferować produkty nierekomendowane przez producenta urządzeń*, to Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, nie naruszając art. 7 ust. 1. Jeżeli zastosowane kryterium oceny ofert powodowało, że tacy wykonawcy otrzymywaliby mniejszą liczbę punktów w ramach kryterium pozacenowego, co dawało znikomą szansę na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej, to Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 2 i ust. 3 poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób odnoszący się do właściwości podmiotu oferującego konkretną markę produktu.

Zamawiający podniósł, że określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie nieograniczona możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego kreują budowę kryteriów oceny ofert, których kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Oczywiście Zamawiający nie może wprowadzać kryteriów oceny ofert odnoszących się do jakości (cech) przedmiotu zamówienia, które są nieistotne z punktu widzenia celu, któremu przedmiot ma służyć. Zamawiający wykazał jednak w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą przyjęcia takich, a nie innych kryteriów oceny ofert.

Zamawiający wyjaśnił, że produkty rekomendowane są 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 np. dyplomów, oficjalnej korespondencji, niwelują ryzyko wystąpienia uszkodzeń urządzenia i wydłużonej procedury dochodzenia roszczeń z tego tytułu.

Zamawiający dodatkowo punktując produkt rekomendowany chce w szczególności uniknąć sytuacji utraty gwarancji producenckiej na urządzenia, odpłatnej naprawy, obciążania kosztami naprawy oferenta zamiennika, przerzucania się odpowiedzialnością za powstałe uszkodzenie pomiędzy producentem urządzenia a oferentem zamiennika, wydłużania terminów naprawy i ponoszenia jej kosztów, również pośrednich. Zamawiający wskazał, że od wdrożenia tego systemu zakupów materiałów eksploatacyjnych nie wystąpiły już przypadki uszkodzeń urządzeń drukujących, których przyczyną byłyby te materiały.

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że podmioty, które złożyły oferty nie są podmiotami oferującymi konkretną markę produktu ani producentami urządzeń drukujących, a w swojej ofercie posiadają również materiały równoważne (zamienniki, Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający w nieuprawniony sposób zawęży zakres zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W Informacji o wyniku kontroli zauważono, że opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie eliminował z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zamierzali zaoferować produkty nierekomendowane przez producenta urządzeń. Jednakże 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. Z zasady uczciwej konkurencji wynika zakaz dyskryminacji lub faworyzowania zarówno wykonawców, jak i produktów, w ramach opisu przedmiotu zamówienia, a także opisu kryteriów oceny ofert. Okoliczność, że opis kryterium „Jakość materiałów eksploatacyjnych” nie godzi bezpośrednio w określoną kategorię wykonawców (w szczególności poprzez całkowite wyeliminowanie możliwości jej zaoferowania) nie przesądza ostatecznie, że kryterium to realizuje zasadę uczciwej konkurencji. W okolicznościach niniejszej sprawy wykazano bowiem w Informacji o wyniku kontroli, że sposób sformułowania kryterium ograniczył możliwość konkurowania przez wykonawców oferowanymi produktami poprzez daleko idącą dyskryminację tańszych produktów, które nie posiadają rekomendacji producenta urządzeń, choć są względem nich równoważne pod względem możliwości zastosowania.

Zdaniem Prezesa Urzędu wskazana powyżej dyskryminacja wynika w pierwszej kolejności z zastrzeżenia w rozdz. XIII SIWZ, że każdemu zaoferowanemu przez wykonawcę rodzajowi materiału eksploatacyjnego, który jest równoważny rekomendowanemu przez producenta urządzenia, zostanie przyznane „0” punktów. Po drugie, kryterium „Jakość materiałów eksploatacyjnych” została przyznana waga 70%, co powoduje, że było to kryterium decydujące o ocenie oferty w 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.

W ocenie Prezesa Urzędu brak jest podstaw aby uznać próbę zakwestionowania przez Zamawiającego zasadności takiej symulacji, która istotnie została przedstawiona przez wykonawcę X. 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.

Prezes Urzędu nie zgodził się z twierdzeniem, że opis ww. kryterium realizuje zasadę uczciwej konkurencji, gdyż nie dyskryminuje wprost żadnego wykonawcy. Podniósł, że nieuczciwą dyskryminacją dotknięty został bowiem cały segment produktów, tj. materiały eksploatacyjne nie posiadające rekomendacji producenta, lecz będące względem nich równoważne. Warto zauważyć, że do kręgu zasad określających sposób przygotowania opisu przedmiotu zamówienia należy art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (...). Przepis ten wyraża zatem zakaz opisu, który może prowadzić m.in. do wyeliminowania niektórych produktów. Niewątpliwie należy uznać, że taka dyrektywa odnosi się w równym stopniu do sposobu opisu kryteriów oceny ofert, które z założenia wyrastają z opisu przedmiotu zamówienia i jego specyfikacji w danym postępowaniu.

Prezes Urzędu wskazał, że powyższa ocena sposobu opisu kryterium doprowadziła do stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli, że opis tego kryterium narusza również art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z tej przyczyny, że dotyczy właściwości wykonawcy. W istocie bowiem szansę na uzyskanie zamówienia mieli wyłącznie wykonawcy oferujący materiały

eksploatacyjne posiadające rekomendację producenta urządzeń. Wykonawcy nie posiadający takich materiałów, a oferujący zgodne z SIWZ materiały równoważne, nie mieli zatem realnych szans na uzyskanie zamówienia. W konsekwencji wykonawcy współpracujący z dostawcami rekomendowanych materiałów eksploatacyjnych byli znacząco faworyzowani w stosunku do wykonawców nie dystrybuujących takich materiałów. Kryterium „Jakość materiałów eksploatacyjnych” różnicowało zatem ocenę ofert pod względem właściwości działalności handlowej wykonawców, nie zaś pod względem parametrów oferowanych produktów. Należy podkreślić, że o ocenie prawidłowości opisu kryterium oceny ofert nie przesądza jego nazwa, lecz faktyczny skutek, jaki wywołuje w procesie oceny ofert. W niniejszej sprawie skutkiem było zaś faworyzowanie wykonawców o określonym profilu handlowym, co należy zakwalifikować jako właściwość wykonawcy. Faktycznym skutkiem ww. kryterium, zwłaszcza w kontekście przyznanej mu wagi 70%, było faworyzowanie wykonawców prowadzących działalność handlową o określonym profilu.

Prezes Urzędu zaznaczył, że Zamawiający uprawniony jest do realizowania w ramach opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu kryteriów oceny ofert, swoich uzasadnionych potrzeb. Środkiem służącym do zabezpieczenia jakości nabywanych dostaw jest przede wszystkim opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zapewnia dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących o określonych parametrach technicznych dotyczących np. wydajności, okresu eksploatacji, jakości wydruku czy też kompatybilności z innymi urządzeniami. Ponadto zamawiający zawsze dysponuje możliwością zastrzeżenia w umowie odpowiednich wymagań względem gwarancji na oferowane produkty, zabezpieczających uprawnienia Zamawiającego w kwestii naprawy, czy też wymiany wadliwych produktów. Jednakże dążenie do nabycia produktu danego rodzaju nie może prowadzić do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych. W niniejszej sprawie środki zastosowane przez Zamawiającego w postaci naruszającego zasadę uczciwej konkurencji opisu pozacenowego kryterium oceny ofert nie mogą być uzasadnione w świetle podnoszonych w zastrzeżeniach okoliczności. Zamawiający dysponował innymi, wymienionymi przykładowo wyżej, narzędziami służącymi zabezpieczeniu jego interesów. Zastosowanie kryterium oceny ofert, które wyeliminowało możliwość zaoferowania całego segmentu produktów – równoważnych materiałów eksploatacyjnych – stanowiło środek nieproporcjonalny do założonych celów. Zamawiający nie przedstawił takich nadzwyczajnych okoliczności, które uzasadniałyby zastosowanie środka rażąco godzącego w zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie jest sporny, istotą sporu jest ocena zastosowanego przez Zamawiającego kryterium pozacenowego pod kątem jego zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, że kryterium pozacenowe w kontrolowanym postępowaniu zostało określone z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, nie zgadza się jednak ze stwierdzeniem, że było to kryterium odnoszące się do właściwości wykonawcy. Niezależnie jednak o takiej – nieuprawnionej zdaniem Izby – kwalifikacji kryterium pozacenowego, stwierdzić należy, że zostało ono sformułowane w sposób niezasadnie ograniczający konkurencję, co powoduje, że zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Stosownie do art. 91 ust. 2 ustawy Pzp:

– ust. 2: Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

- ust. 2c: Kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz w odniesieniu do poszczególnych etapów ich cyklu życia, w tym procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.
- ust. 3: Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zawiera bezwzględny zakaz określenia kryteriów oceny ofert, które odnoszą się do właściwości wykonawcy, tj. są związane z jego sytuacją podmiotową. Niedopuszczalne jest więc stosowanie takich kryteriów oceny ofert, które dotyczą określonej cechy charakteryzującej wykonawcę. Za kryterium takie należałoby uznać kryterium odnoszące się do określonego potencjału podmiotowego wykonawcy, takiego jak jego doświadczenie, sytuacja finansowa, i tym podobne aspekty, w tym takie, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą być poddane badaniu w ramach warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby nie sposób uznać, że kryterium jakościowe, polegające na przyznaniu punktów za zaoferowanie materiału eksploatacyjnego, który jest rekomendowany przez producenta urządzenia, odnosi się do właściwości wykonawcy. Jest to kryterium wprost odnoszące się do cech oferowanych materiałów. Zauważyć należy, że w odpowiedzi na zastrzeżenia 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 przyjęć 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.

Niezależnie jednak od powyższego Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie podkreślenia wymaga, że chociaż przepis art. 91 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. 7 ust. 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.

Warto w tym zakresie zwrócić uwagę na 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, 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 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.

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, że w przedmiotowym postępowaniu granice swobody Zamawiającego w określaniu kryteriów oceny ofert zostały przekroczone, prowadząc do znacznego ograniczenia konkurencji. Przekonująca jest przedstawiona w Informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia argumentacja wykazująca, że wykonawcy oferujący materiały inne niż pochodzące od określonych producentów zostali pozbawieni faktycznej możliwości konkurowania o udzielenie zamówienia, a Zamawiający nie przedstawił w zastrzeżeniach okoliczności, które podważałyby zasadność tej argumentacji.

Odnosząc się do stanowiska, że prawem Zamawiającego jest określenie takich kryteriów, które zapewnią lepszą jakość wykonania zamówienia, podkreślić należy, że kierowanie się jakością zamawianych produktów nie może usprawiedliwiać ustalania kryteriów oceny ofert w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp. Zgodzić należy się ze stwierdzeniem, że Zamawiający jako gospodarz postępowania, może dobrać kryteria oceny

ofert w taki sposób, aby dokonać zakupu najlepiej odpowiadającego jego potrzebom, Zamawiający podlega jednak ograniczeniom wynikającym z określonych w art. 7 ust.1 ustawy Pzp zasad udzielania zamówień publicznych. Jakkolwiek troska Zamawiającego o uzyskanie zamówienia o najwyższej jakości zasługuje na pełną aprobatę, nie może ona stanowić usprawiedliwienia dla 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 otrzymają, 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 więc 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.

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”, należałoby 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.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....