

**Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej**  
**ul. Nowogrodzka**  
**1/3/5 00-513 Warszawa**

**Dotyczy:** postępowania o udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę materiałów eksploatacyjnych (znak: 2/BA/PN/2017)

Szanowni Państwo,

Działając w oparciu o art. 38 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: Ustawą) oraz po analizie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej: SIWZ), zwracamy się do Państwa z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści SIWZ w zakresie dotyczącym kryteriów oceny ofert. Zgodnie z brzmieniem pkt 13 ust. 13.2 i 13.2.2.2 SIWZ Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert przedstawił kryterium jakości rozumianej jako rodzaj materiałów eksploatacyjnych pochodzących od producenta sprzętu drukującego.

Treści SIWZ w brzmieniu przedstawionym powyżej może być traktowana, jako naruszenie art. 91 ust. 2 Ustawy oraz art. 7 ust. 1 Ustawy. Kryterium oceny ofert sformułowane przez Zamawiającego w treści SIWZ w istocie nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, w szczególności nie odnosi się do jego jakości, funkcjonalności czy też parametrów technicznych, a ponadto w sposób nieuzasadniony prowadzi do ograniczenia kręgu wykonawców mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu.

Faktycznie bowiem tak sformułowane kryterium oceny ofert wskazuje na konkretny produkt pochodzący od konkretnego wytwórcy. Inaczej mówiąc Zamawiający stosuje w przedmiotowym postępowaniu kryterium pochodzenia produktów, które to kryterium nie zostało przewidziane w przepisach Ustawy.

Niezależnie od powyższego tak sformułowane kryterium oceny ofert nie znajduje też uzasadnienia w sytuacji gdy w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział jakichkolwiek testów wydajnościowych ( a ograniczył się jedynie do pozornego zapisu )

„ Oferowane przez wykonawcę materiały eksploatacyjne muszą posiadać wydajność zgodną z następującymi normami (lub równoważnymi do nich): 1) ISO/IEC 19752 – dla wkładów z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych; 2) ISO/IEC 19798 – dla wkładów z tonerem do kolorowych drukarek laserowych; znak sprawy: 2/BA/PN/2017 5 3) ISO/IEC 24711 – dla kaset z kolorowym i monochromatycznym tuszem do drukarek atramentowych. „

oferowanych produktów (choćaby z punktu widzenia wydajności oferowanych materiałów eksploatacyjnych w postaci przedstawienia raportu z testów dla każdego oferowanego produktu równoważnego potwierdzający, że podana wydajność tonerów jest wynikiem przeprowadzenia testów zgodności z normami: ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC19798 dla wkładów do drukarek kolorowych ISO/IEC 24712 dla kolorowych cartridge atramentowych ISO/IEC 24711 dla wkładów z atramentem w kolorze czarnym (tuszy) wystawione przez niezależny podmiot posiadający stosowną akredytację w zakresie badania produktów pod kątem spełniania powyższych norm.) w celu ustalenia i porównania rzeczywistych parametrów poszczególnych produktów. Tylko bowiem obiektywne wyniki testów jakościowych, w zestawieniu z minimalnymi parametrami oczekiwanymi przez Zamawiającego, a które powinny być opisane w treści SIWZ, mogłyby stanowić podstawę do przyznania większej ilości punktów tym produktom, które osiągnęłyby lepsze wyniki w tychże testach.

Tym samym Zamawiający w sposób nieuzasadniony, niemający oparcia w jakichkolwiek czynnikach obiektywnych i całkowicie arbitralny preferuje produkty pochodzące od jednego wytwórcy – tj. od producenta sprzętu używanego przez Zamawiającego. Zamawiający a priori zakłada, że produkty zamiennie, mimo, że dopuszczone do obrotu rynkowego, są gorszej jakości od produktów pochodzących od producenta sprzętu używanego przez Zamawiającego, co nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Powyższe oznacza, że Zamawiający w sposób nieobiektywny różnicuje punktację na korzyść wyrobów pochodzących od jednego producenta, w porównaniu do rozwiązań równoważnych zapewniających te same funkcjonalności, jednakże pochodzących od różnych producentów (tj. pochodzących od podmiotów nie będących producentami sprzętu używanego przez Zamawiającego). Tym samym Zamawiający faktycznie, w sposób istotny ogranicza krąg wykonawców mogących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, co z kolei może stanowić o naruszeniu art. 7 ust. 1 Ustawy.

Powyższe twierdzenia znajdują też uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO). Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok KIO z dnia 4 lipca 2014 r. (sygn. KIO 1211/14; KIO 1221/14; KIO 1222/14) z którego wynika, iż: *„Choć zamawiającemu w myśl art. 91 ust. 2 p.z.p. pozostawiono pewną dowolność w zakresie formułowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, to jednak jego swoboda nie pozostaje nieograniczona. Również w tym zakresie obowiązuje nakaz takiego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, które zapewni zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.).”*

Do podobnego wniosku doszła KIO w wyroku z dnia 3 października 2013 r. (sygn. KIO 2259/13) mianowicie: *„Kryterium oceny ofert, które dopuszcza ocenę właściwości technicznych nieweryfikowalnych w treści oferty godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.”* Należy też zwrócić uwagę, że zasady określania kryteriów oceny ofert ujął w sposób

kompleksowy Europejski Trybunał Sprawiedliwości (zwany dalej: ETS) w wyroku z dnia 17 września 2002 r. (sygn. C-513/99), w którym ETS wskazał, że kryteria muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą przyznawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (wybór arbitralny jest zakazany) oraz mają być wskazane w dokumentacji przetargowej i ogłoszeniu o przetargu, oraz pozostawać w zgodzie z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

Ponadto w dniu 24 stycznia 2017 r. zostało ogłoszone postanowienie w sprawie odwołania wykonawcy ACTION S.A. w restrukturyzacji w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Lotnictwa na: dostawę tuszy i tonerów do urzędzeń biurowych zamawiającego ( sygn.. akt. KIO 93/17). W Którym to zamawiający uznał odwołanie w obawie przed orzeczeniem KIO ( skan odwołania firmy ACTION S.A. przekazuje w formie załącznika do pisma.

Pamiętać też należy, iż istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania danego zamówienia ale przede wszystkim troska Zamawiającego o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi. Obowiązek zapewnienia przez Zamawiającego racjonalnego gospodarowania tymiż środkami wynika z przepisów ustawowych dotyczących dysponowania środkami publicznymi. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na dyspozycję art. 17 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.2005.14.114), gdzie jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych traktuje się niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych określenie kryteriów oceny ofert. Ponadto w myśl art. 17 ust. 1c te same ustawy naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych w inny sposób niż określony w art. 17 ust. 1 i 1b, jeżeli miało ono wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, chyba że nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.

W związku z powyższym prosimy o dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez usunięcie z treści SIWZ kryterium oceny ofert promującego materiały eksploatacyjne w postaci kryterium jakości rozumianej jako rodzaj materiałów eksploatacyjnych pochodzących od producenta sprzętu drukującego.

- **Załączniki**
- **Skan odwołania ACTION S.A.**



Adres korespondencyjny:  
Action S.A., Zamienie, ul. Dawidowska 10, 05-500 Piaseczno  
tel.: +48 22 332 16 00, fax: +48 22 332 16 10  
www.action.pl; action@action.pl

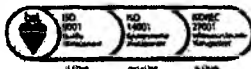
Piaseczno, dn. 13.01.2017 r.

Instytut Lotnictwa  
Al. Krakowska 110/114  
02-256 Warszawa  
fax: +48 22 846 65 67  
fax: (+48) 22 846 44 32  
e-mail: [edvta.sitnik@ilot.edu.pl](mailto:edvta.sitnik@ilot.edu.pl)  
e-mail: [anna.bartkowska@ilot.edu.pl](mailto:anna.bartkowska@ilot.edu.pl)

Zgodnie z art. 27 ust 2 Ustawy prawo zamówień publicznych proszę o niezwłoczne przesłanie potwierdzenia otrzymania Odwołania.

**ACTION S.A.**  
w restrukturyzacji  
01-248 Warszawa, ul. J. Kazimierza 46/54  
miejsce prowadzenia działalności:  
Zamienie, ul. Dawidowska 10, 05-500 Piaseczno  
01-248 Warszawa, ul. J. Kazimierza 46/54  
tel. 332-16-00+01, NIP 527-11-07-221

**Activejet**



Action S.A. w restrukturyzacji  
z siedzibą przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa  
NIP 527-11-07-221

Sąd Rejestrowy dla M. St. Warszawy w Warszawie  
XII Wydział Gospodarczy KRS 0000214038  
Kapitał Zakładowy 1 695 700 PLN w całości wpłacony

Warszawa, dnia 13 stycznia 2017 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17a**

**02-676 Warszawa**

**Odwołujący:**

Action S.A. w restrukturyzacji

ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa

*Adres do korespondencji:*

Zamienie, ul. Dawidowska 10

05-500 Piaseczno

e-mail: [action@action.pl](mailto:action@action.pl)

tel.: +48/ 022 332 16 00

fax: +48/ 022 332 16 10

**Zamawiający:**

Instytut Lotnictwa

Al. Krakowska 110/114

02-256 Warszawa

[www.ilot.edu.pl](http://www.ilot.edu.pl)

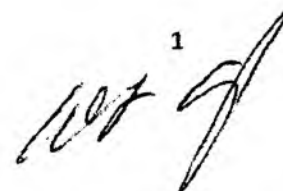
e-mail: [anna.bartkowska@ilot.edu.pl](mailto:anna.bartkowska@ilot.edu.pl)

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Dostawa tuszy i tonerów do urządzeń biurowych.**

**Znak sprawy: NR 71/ZZ/AZLZ/2016**

**Ogłoszenie o zamówieniu: zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3.01.2017 (2017/S 001-001057).**

**Wartość zamówienia: powyżej 209 000 euro**

 1

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm. – dalej ustawa „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowym sformułowaniu w wyżej wymienionym postępowaniu, w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ kryteriów oceny ofert w zakresie wskazaniem poniżej w treści odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam:

- naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 91 ust 2 w szczególności pkt 1, art. 91 ust 2c oraz ust 3 Pzp poprzez opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium „rodzaj oferowanych tuszy/tonerów” w sposób naruszający równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu,
- naruszenie art. 29 ust 2 oraz 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a jednocześnie opisanie kryteriów oceny równoważności w sposób pozorny.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

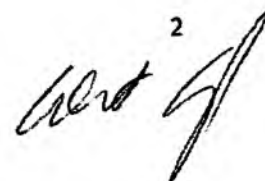
- usunięcie kryterium oceny ofert „rodzaj oferowanych tuszy/tonerów” w jego aktualnym brzmieniu względnie modyfikację sposobu oceny ofert w ramach tego kryterium oceny w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i powiązany z jakością/parametrami technicznymi przedmiotu oferty.

### **Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania**

Odwołujący wskazuje, że jest podmiotem posiadającym możliwość złożenia konkurencyjnej oferty w niniejszym postępowaniu, a możliwości tej nie ograniczają żadne przepisy prawa. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niezgodny z prawem sposób dokonania przez Zamawiającego opisu kryterium oceny ofert i sposobu przyznawania w jego ramach punktów, w praktyce eliminuje możliwość złożenia konkurencyjnej oferty w oparciu o materiały eksploatacyjne równoważne, których jest producentem, o parametrach i właściwościach nie niższych niż produkty producentów urządzeń kopiująco-drukujących.

### **UZASADNIENIE**

Zgodnie z treścią Specyfikacji pkt IV Opis przedmiotu zamówienia - przedmiotem zamówienia jest dostawa tuszy i tonerów do urządzeń biurowych Zamawiającego. Urządzenia biurowe

 2

Zamawiającego obejmują: drukarki, kserokopiarki, urządzenia wielofunkcyjne, faksy, plotery, których wykaz stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ. Termin realizacji zamówienia to 4 lata od daty podpisania umowy lub do wykorzystania kwoty wynikającej z umowy.

Zamawiający wymaga aby wykonawcy dostarczali przedmiot zamówienia fabrycznie nowy, nieuszkodzony, wolny od wad i odpowiadający obowiązującym normom oraz posiadające niezbędne certyfikaty i atesty (w przypadku produktów, których to dotyczy), zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Specyfikacja zawiera następujące wymagania odnośnie oferowanych materiałów eksploatacyjnych:

14. *Materiały eksploatacyjne (tusze i tonery) do urządzeń blurowych Zamawiającego muszą spełniać następujące wymagania:*

1) *mają być maksymalnej wydajności (jeśli dla danego modelu urządzenia istnieje materiał o zwiększonej wydajności, wykonawca zobligowany jest zaoferować materiał o zwiększonej wydajności) według norm ISO/IEC 19752 – norma pomiarów wydajności tonerów do monochromatycznych drukarek laserowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe); ISO/IEC 19798 – norma pomiarów wydajności kartridży tonerowych dla kolorowych drukarek laserowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe); ISO/IEC 24711 – norma pomiarów wydajności dla kolorowych kartridży atramentowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe); ISO/IEC 24712 – norma pomiarów wydajności kartridży atramentowych lub tonerowych dla kolorowych drukarek atramentowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe).*

2) *ich użycie nie może powodować utraty gwarancji,*

3) *mają być nowe, w oryginalnych opakowaniach producenta i zabezpieczone gwarancją nienaruszenia opakowania,*

4) *posiadać na opakowaniach kod materiału eksploatacyjnego oraz nazwę sprzętu, do którego są przeznaczone,*

5) *posiadać na produkcie indywidualny kod producenta, umożliwiający jednoznaczną identyfikację materiału, zgodny z oznaczeniem producenta urządzenia*

6) *praca materiałów eksploatacyjnych w urządzeniach biurowych musi być bezawaryjna i bezproblemowa oraz nie może powodować ograniczeń funkcji i możliwości sprzętu oraz jakości kopii wyspecyfikowanych w warunkach technicznych producenta sprzętu (urządzenia),*

7) *nie mogą być regenerowane, tzn. takie, w procesie wytwarzania których zostały wykorzystane gotowe elementy pochodzące z już użytych materiałów eksploatacyjnych, takie jak np. obudowy itp.,*

8) *nie mogą być poddawane procesowi ponownego napełnienia,*

9) *nie mogą powodować uszkodzenia urządzeń, w których będą eksploatowane*

15. *Zamawiający nie dopuszcza materiałów eksploatacyjnych w zestawach w przypadku, gdy dostępne są w sprzedaży materiały sprzedawane jako pojedyncze kolory.*

16. *Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia została wskazana bezpośrednio lub pośrednio pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) oznacza to określenie standardu i właściwości technicznych. Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów eksploatacyjnych równoważnych pod warunkiem, że zapewnią one uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych, niż materiały wzorcowe tj. spełniających wymagania techniczne, funkcjonalne i jakościowe co najmniej takie same lub lepsze.*

17. *Jako materiały wzorcowe Zamawiający rozumie materiały oryginalne tzn. zalecane przez producenta danego urządzenia wskazanego w załączniku nr 1 do SIWZ.*

18. Jeżeli w niniejszym opisie przedmiotu zamówienia występują odniesienia do norm, dopuszczalne jest stosowanie odpowiednich norm równoważnych, o ile zastosowane normy zagwarantują utrzymanie standardów na poziomie nie gorszym niż wymagania określone we wskazanych normach.

W dalszej części specyfikacja określa wymagania Zamawiającego odnoszące się do oferowanych materiałów równoważnych wskazując w szczególności:

19. W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę tuszy i tonerów równoważnych:

1) Wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do każdego proponowanego produktu:

a) wyników testów wykonanych przez producenta artykułów równoważnych potwierdzających, że wydajność oferowanego artykułu równoważnego jest taka sama lub wyższa w stosunku do oryginalnego, produkowanego przez producenta sprzętu do którego jest przeznaczony;

b) badań wydajnościowych, według których określona zostanie wydajność, badania muszą być przeprowadzone zgodnie z normami: ISO/IEC 19752 – norma pomiarów wydajności tonerów do monochromatycznych drukarek laserowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe); ISO/IEC 19798 – norma pomiarów wydajności kartridży tonerowych dla kolorowych drukarek laserowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe); ISO/IEC 24711 – norma pomiarów wydajności dla kolorowych kartridży atramentowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe); ISO/IEC 24712 – norma pomiarów wydajności kartridży atramentowych lub tonerowych dla kolorowych drukarek atramentowych oraz do komponentów drukujących w dowolnym urządzeniu wielofunkcyjnym, które posiada cyfrową ścieżkę wydruku (np. wielofunkcyjne urządzenia posiadające komponenty drukarkowe).

2) Za artykuły równoważne Zamawiający uznał artykuły fabrycznie nowe o wydajności nie mniejszej niż artykuły wzorcowe potwierdzone dokumentem z przeprowadzonych badań wydajnościowych zgodnie z w/w normami.

3) Materiały nie mogą mieć śladów poprzedniego używania, uszkodzenia, nie mogą być regenerowane albo prefabrykowane.

4) Zastosowanie materiałów równoważnych nie może naruszać warunków gwarancji urządzeń, a w przypadku jej naruszenia Wykonawca przejmie na siebie wszystkie obowiązki wynikające z ww. gwarancji.

5) w przypadku dostawy produktów równoważnych wymagane jest podanie na opakowaniu oznaczenia oryginalnego materiału eksploatacyjnego, którego dotyczy dany zamiennik (produkt równoważny).

6) Wykonawca bierze na siebie pełną odpowiedzialność za uszkodzenia sprzętu spowodowane używaniem zaoferowanych materiałów.

20. W przypadku uszkodzenia urządzenia:

1) Zamawiający:

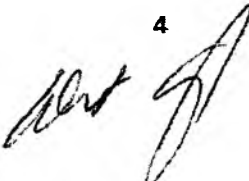
a) Zleca dokonanie ekspertyzy przyczyny uszkodzenia w autoryzowanym serwisie producenta uszkodzonego urządzenia,

b) Powiadamia Wykonawcę o zaistniałym uszkodzeniu (w przypadku uzyskania pisemnej opinii uszkodzenia urządzenia przez wadliwy tusz/toner)

2) Wykonawca:

a) Po uzyskaniu informacji o zaistniałym uszkodzeniu urządzenia, zobowiązany jest dokonać stosownej zapłaty za naprawę oraz wykonać ekspertyzę w autoryzowanym serwisie, w terminie do 7 dni od daty zakończenia naprawy.

b) Dostarczyć bezpłatnie nowe wkłady drukujące do naprawionego urządzenia. W przypadku, gdy przyczyną uszkodzenia urządzenia jest tusz/toner równoważny, Wykonawca winien wymienić bezpłatnie na nowy, wolny od wad produkt oryginalny tzn. zalecany przez producenta danego urządzenia.

4  




21. W przypadku uzyskania informacji, o której mowa w ust. 20 pkt. 2a Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia na okres naprawy urządzenia zastępczego o nie gorszych parametrach technicznych od urządzenia zastępowanego w następnym dniu roboczym po uzyskaniu ww. informacji

22. Wykonawca udziela gwarancji na dostarczone produkty na okres 12 miesięcy liczony od dnia dokonania dostawy i podpisania dokumentu WZ przez przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, ale nie krótszy niż gwarancja producenta.

Powyższe rozbudowane wymagania odnoszą się do oferowanych materiałów równoważnych wobec produktów i jak wynika z tak sformułowanego opisu kryteriów oceny równoważności wobec produktów wzorcowych, ich rolą jest eliminacja produktów, które w istocie równoważnymi nie są i zagwarantowanie należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego sposób opisanie powyższych kryteriów oceny równoważności pozwala na zaoferowanie wyłącznie materiałów, jak wskazuje to Zamawiający w SIWZ, które zapewnią one uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych, niż materiały wzorcowe tj. spełniających wymagania techniczne, funkcjonalne i jakościowe co najmniej takie same lub lepsze.

Jednocześnie jednak Zamawiający w postępowaniu zastosował w celu oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej następujące kryteria oceny:

**XX. Kryteria oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej**

- 1) Kryterium Ceny - waga 30%
- 2) Kryterium terminu dostawy- waga 10%
- 3) Kryterium rodzaju oferowanych tuszy/tonerów – waga 60%.

Jak wynika z ustalonego w SIWZ opisu sposobu oceny ofert w ramach kryterium o nazwie „Kryterium rodzaju oferowanych tuszy/tonerów”:

Maksymalna liczba punktów do uzyskania 60 pkt. Punkty zostaną przyznane na podstawie ilości urządzeń wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ, do których Wykonawca zaoferuje tusze/tonery oryginalne tzn. zalecane przez producenta danego urządzenia. Punkty zostaną podstawione do wzoru:

Roferty

$R = \text{-----} * 60 \text{ pkt.}$

$R_{max}$

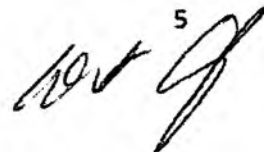
gdzie:

$R$  – liczba punktów uzyskanych w kryterium rodzaju oferowanych tuszy/tonerów,

Roferty – ilość urządzeń, do których zaoferowane zostały tusze/tonery oryginalne w ofercie

badanej,

$R_{max}$  – największa ilość urządzeń, do których zaoferowane zostały tusze/tonery oryginalne

5  


w złożonych ofertach

#### Stan prawny.

Zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy Pzp, nadrzędnym celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę:

- a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo
- b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt;

Z kolei zgodnie z art. 7 ust 1 Pzp w brzmieniu po nowelizacji z lipca 2016r. obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga by środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco, rec. 2002, s-I-11453). W ten sam sposób państwa członkowskie są związane zasadą proporcjonalności podczas procesu transpozycji prawa unijnego do prawa krajowego. Już w 2004 r. ustawodawca unijny przyjmując dyrektywę 2004/18/WE w pkt 2 preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE – w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności. Zasada ta wymaga przeprowadzenia dwustopniowego testu wprowadzanego środka w celu stwierdzenia:

- 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji?
- 2) Jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy nie wykracza on poza to co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?

Oznacza to, w odniesieniu do przyjmowanych kryteriów oceny ofert, że Zamawiający nie powinien formułować ich w sposób oderwany od rzeczywistego przedmiotu zamówienia i taki, który realnie dopuszcza konkurencję i prowadzi do wyboru oferty obiektywnie najkorzystniejszej.

Nowelizacja ustawy Pzp jaka nastąpiła w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) dokonała istotnych zmian w zakresie mechanizmów stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert vide uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji Pzp (Druk 366 -

<http://seim.gov.pl/Seim8.nsf/druk.xsp?nr=366>). W dokumencie podkreśla się że jednym z celów nowelizacji jest upowszechnienie pozacenowych kryteriów oceny ofert poprzez zastosowanie wymuszonego przez ustawodawcę mechanizmu obowiązkowego udziału takich kryteriów dla kategorii zamawiających klasycznych (art. 91 ust 2a Pzp).

Zgodnie z art. 91 ust 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z art. 91 ust 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne. Wprowadzony nowelizacją art. 91 ust 2c Pzp wskazuje że kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą dostaw, 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.

Zgodnie z regulacjami Dyrektywnymi – tak w szczególności Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

Motyw (89) preambuły Dyrektywy wskazuje, że:

*Pojęcie „kryteriów udzielenia zamówienia” jest kluczowe dla niniejszej dyrektywy(...). Można to osiągnąć poprzez zastosowanie jako nadrzędnej koncepcji terminu „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, gdyż wszystkie zwycięskie oferty powinny być ostatecznie wybierane zgodnie z tym, co poszczególne instytucje zamawiające uznają za rozwiązanie najkorzystniejsze ekonomicznie spośród zaoferowanych.*

Motyw (90) preambuły Dyrektywy wskazuje, że:

*Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Należy wyraźnie określić, iż ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny, co zawsze powinno obejmować element cenowy lub kosztowy.*

Motyw (92) preambuły Dyrektywy wskazuje, że:

*Oceniając najlepszą relację jakości do ceny, instytucje zamawiające powinny określić kryteria ekonomiczne i jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia, na podstawie których przeprowadzą ocenę. Kryteria te powinny zatem umożliwić ocenę porównawczą poziomu wykonania oferowanego w każdej z ofert w kontekście przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji technicznej.*

*(...)Wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru oraz powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji, a także powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów.*



Zgodnie z art. 67 ust 2 Dyrektywy – Kryteria udzielenia zamówienia

*2. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia zgodnie z art. 68; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, która szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Kryteria takie mogą np. obejmować:*

*a) jakość, w tym wartość techniczna (...).*

Jak wynika z powyższego zestawienia przepisów – tak na poziomie krajowym jak i wspólnotowym – nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego jest w przypadku stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert ścisłe powiązanie ich z przedmiotem zamówienia i preferowanie za pomocą narzędzia jakim są kryteria oceny ofert obiektywnie korzystniejszych.

Jak wskazuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, tak przykładowo wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. (C-513/99) Concordia Bus w zakresie wytycznych formułowania kryteriów oceny ofert przez Zamawiających:

*Po pierwsze, kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia. Celem stosowania kryterium oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej, zatem wszystkie kryteria muszą być nakierowane na identyfikację tej oferty, która jest najlepsza.*

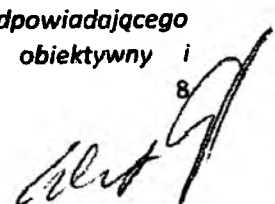
*Po drugie, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający musi opierać swoją decyzję na obiektywnych przesłankach. Niedozwolone byłoby takie kryterium, które dawałoby zamawiającemu nieograniczoną swobodę (arbitralnego) wyboru.*

*Po trzecie, kryteria oceny ofert muszą być stosowane zgodnie z wymogami procedury udzielania zamówienia określonej w dyrektywie. Znaczący to w szczególności, że powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom – w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych, tak żeby wszyscy oferenci byli ich świadomi podczas przygotowywania swoich ofert.*

*Po czwarte wreszcie, kryteria oceny ofert muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą swobody świadczenia usług i z zasadą niedyskryminacji.*

Także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w prezentowanych opiniach prawnych wskazuje na konieczność formułowania kryteriów oceny ofert w postępowaniach w sposób nie naruszający zasad Pzp. W szczególności jak wynika z opinii „Kryteria oceny ofert w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.” (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/kryteria-oceny-ofert-w-swietle-przepisow-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-po-nowelizacji-z-dnia-29-sierpnia-2014-r.>).

*Katalog kryteriów zawarty w znowelizowanym przepisie art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, analogicznie jak dotychczas, jest katalogiem otwartym, zaś kryteria w nim podane mają wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający nadal zachowuje swobodę w doborze kryteriów oceny ofert, których zastosowanie w okolicznościach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwi wybór optymalnej oferty pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Stosowane kryteria powinny mieć charakter obiektywny i*



niedyskryminacyjny, jak też spełniać inne warunki określone w ustawie (por. np. wynikający z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zakaz stosowania kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy).

Analogicznie w publikacji „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie pod redakcją Jacka Sadowego – Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych”

W wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r. (C-448/01) Europejski Trybunał Sprawiedliwości stanął na stanowisku, iż kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, a 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. A zatem:

- przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm);(...)

- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);

W dalszej części publikacji wskazuje się w szczególności:

2.1.6. Charakterystyka przykładowych pozacenowych kryteriów oceny ofert. Jakość Dyrektywa 85/374/EEC z dnia 25 lipca 1985 roku o odpowiedzialności producentów za szkody wywołane wadami produktów określa jakość jako „prawdopodobieństwo spełnienia oczekiwań klienta” i jednocześnie określa, że wadą jest to, czego klient ma prawo nie oczekiwać. Normy ISO definiują jakość jako „ogół cech i właściwości wyrobu lub usługi decydujących o zdolności wyrobu do zaspokojenia stwierdzonych lub przewidywanych potrzeb” [PN-ISO 8402:1994 1996, s. 12]. Słownik języka polskiego przedstawia definicję jakości jako „właściwość, rodzaj, gatunek, wartość; zespół cech stanowiących o tym, że dany przedmiot jest tym przedmiotem, a nie innym” [Słownik języka polskiego, 2002, t. I, s. 769].

Stąd kryterium jakości w zamówieniach publicznych będzie dotyczyć spełniania przez oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia, określonych przez zamawiającego wymagań na ustalonym przez niego poziomie lub w większym stopniu niż określony przez niego poziom. W szczególności oferowany przedmiot zamówienia będzie punktowany w tym kryterium z uwagi na posiadanie dodatkowych cech albo charakteryzowanie się odpowiednio większym lub mniejszym ich nasileniem, aniżeli wymogi progowe zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, których niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Prawidłowe posłużenie się kryterium jakości wymaga od zamawiającego nie tylko zamieszczenia w ogłoszeniu i SIWZ informacji, że przewiduje on zastosowanie takiego kryterium oraz przypisania mu określonej wagi, ale przede wszystkim opisanie, jakie cechy przedmiotu oferty oraz w jakim zakresie będą brane pod uwagę przy przyznawaniu punktacji w tym kryterium.

(...)

Przy formułowaniu kryterium jakości, zamawiający powinien dysponować wiedzą, uzyskaną samodzielnie lub za pośrednictwem biegłego, dotyczącą cech produktów dostępnych na rynku,

wplywających na ich jakość. W kryterium jakości powinno się w największym możliwym stopniu stosować wymierne wskaźniki służące do określenia występowania istotnych dla zamawiającego cech ocenianego przedmiotu.

Należy również zauważyć, że w przedmiotowej kwestii jest jednolita linia orzecznictwa KIO, która obliuguje Zamawiających do przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych podczas formułowania decydujących dla rozstrzygnięcia postępowania kryteriów oceny ofert. Tak przykładowo:

KIO 1211/14; KIO 1221/14; KIO 1222/14      wyrok KIO      2014-07-04

LEX nr 1495753

*Choć zamawiającemu w myśl art. 91 ust. 2 p.z.p. pozostawiono pewną dowolność w zakresie formułowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, to jednak jego swoboda nie pozostaje nieograniczona. Również w tym zakresie obowiązuje nakaz takiego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, które zapewni zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.).*

analogicznie:

KIO 627/14      wyrok KIO      2014-04-11

LEX nr 1459184

*Zamawiający kierując się specyfiką zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na jak najkorzystniejszych warunkach powinien starannie rozważyć czy ograniczyć kryteria oceny ofert tylko do parametru ceny czy uwzględnić również inne elementy, które mogą mieć wpływ na otrzymanie końcowego produktu. Dobór takich kryteriów powinien pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia oraz być proporcjonalny i uwzględniać specyfikę zamówienia.*

oraz

KIO 1314/13      wyrok KIO      2013-06-20

LEX nr 1374806

*Z treści przepisu art. 91 p.z.p. wynika, iż kryteria oceny ofert mogą dotyczyć wyłącznie przedmiotu zamówienia. Choć lista kryteriów nie jest listą wyczerpującą i zamawiający może określić własny zestaw kryteriów, to kryteria nie mogą być dowolne i uznaniowe ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Kryteria muszą być sformułowane obiektywnie, odnosić się wyłącznie do przedmiotu zamówienia i należy je stosować jednakowo wobec wszystkich oferentów.*

*Treść i konfiguracja kryteriów oceny ofert przetargowych podyktowane być powinny interesami publicznymi, artykułowanymi jedynie przez organizatora przetargu. W przypadku przetargów o zamówienia publiczne kryteria wyboru ofert dobierane być muszą dla selekcji zapewniającej wybór rzeczywiście najkorzystniejszej publicznie oferty zgodnie z ewentualnie obowiązującymi w tym zakresie przepisami, w szczególności ustawy o finansach publicznych.*

*Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej powinny mieć bezpośredni związek z ekonomicznymi interesami zamawiającego, nie wykonawcy. Będą one pewnym przejawem zbilansowanych interesów*

*zamawiającego: w zależności od tego, jaką wagę procentową przypisze cenie, a jaką pozostałym kryteriom odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, tak należy rozumieć jego Interesy ekonomiczne w danym zamówieniu.*

Izba odnosiła się także w swoim orzecznictwie do kwestii dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowej sprawie pośrednio mamy z nim do czynienia - przykładowo wyrok z dnia 26 sierpnia 2015 roku Sygn. akt. KIO 1727/15 w którym stwierdzono że "Izba stoi na stanowisku, że żądanie przez Zamawiającego oryginalnych materiałów eksploatacyjnych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia funkcjonującym w przedmiotowym postępowaniu, jest niedopuszczalne, gdyż ma charakter dyskryminacyjny i narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp".

### **Ocena zastosowanego w Postępowaniu kryterium oceny ofert**

Jak wynika z SIWZ mechanizm oceny ofert w zakresie kryterium, które przesądzi o wyborze oferty najkorzystniejszej (skrócenie terminu dostaw bazując na doświadczeniu Odwołującego z innych postępowań będzie przez każdego z wykonawców zaoferowane na poziomie pozwalającym na uzyskanie w ramach tego kryterium oceny maksymalnej ilości punktów) sprowadza się w istocie do doprowadzenia przez Zamawiającego do wyboru oferty wyłącznie na podstawie rodzaju oferowanych tuszy/tonerów (przy czym punktowany jest fakt pochodzenia materiału od konkretnego producenta, a nie faktyczny rodzaj materiału).

Tymczasem pod pojęciem rodzaj materiałów eksploatacyjnych Zamawiający rozumie ilość urządzeń do których Wykonawca zaoferuje tusze/tonery oryginalne tzn. zalecane przez producenta danego urządzenia (tzw. wzorcowe – czyli oryginalne materiały producentów urządzeń – w praktyce producenci nie zalecała żadnych innych poza własnymi).

Zatem z jednej strony Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w trybie art. 29 ust 1 Pzp wskazuje w Załączniku nr 1 wykaz urządzeń posiadanych do których mają służyć kupowane materiały eksploatacyjne co jest zgodne z Pzp, z drugiej strony definiuje w sposób detaliczny wymagania odnośnie warunków oceny równoważności. Zgodnie z art. 30 ust 5 Pzp w takiej sytuacji obowiązkiem Wykonawcy powołującego się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest wykazanie, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Odwołujący spełnia kryteria oceny równoważności dla produktów jakie zamierza zaoferować Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu.

W sytuacji gdy taki proces dowodowy zostanie skutecznie przeprowadzony przez Odwołującego bądź wykonawcy oferującego równoważne materiały zgodnie z Pzp w trakcie prowadzonego postępowania na etapie oceny ofert (gdyby wykonawca tego dowodu nie przeprowadził sankcją jest odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust1 pkt 2 Pzp) należy uznać że produkt taki jest zgodny z SIWZ i ma cechy i parametry wymagane przez Zamawiającego. Zatem z jednej strony formalnie Zamawiający dopuszcza oferty równoważne, a z drugiej czyni składanie ofert z produktami równoważnymi czynnością pozorną. Potwierdzeniem tego jest również fakt, że z matematycznego punktu widzenia nie ma najmniejszej możliwości, aby oferta zawierająca produkty równoważne miała choćby teoretyczne szanse bycia konkurencyjną. Pomimo formalnego dopuszczenia produktów równoważnych do postępowania, Zamawiający tak naprawdę poprzez przyjęte kryteria, omija przepisy Prawa zamówień publicznych i eliminuje produkty równoważne, czego czynić nie może.

Na tej zasadzie Zamawiający mógłby stosować mechanizm punktacji oparty na zasadzie kryterium oceny ofert „cena” o wadze 1% i „oryginał producenta urządzeń” 99%. Teoretycznie, także w takiej sytuacji, złożenie oferty z równoważnikiem byłoby możliwe. Postanowienia dotyczące równoważności są pozorne i wobec wykazanych powyżej faktów nie mają zastosowania, gdyż oferty je zawierające z matematycznego punktu nie mają najmniejszych szans być korzystniejszymi przy tak spreparowanym kryterium oceny ofert.

Tymczasem, Zamawiający w przypadku tonerów innych niż zalecane przez producentów urządzeń przewiduje, że produkty takie pomimo że z udowodnioną równoważnością, nadal *de facto* równoważne oryginałom nie są. Jak inaczej bowiem oceniać zastosowanie kryterium oceny ofert które prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty tylko na podstawie źródła pochodzenia oferowanego produktu (czy precyzyjniej rekomendacji producenta urządzeń który jest zainteresowany uzyskaniem takiego zamówienia).

W takim przypadku trudno uznać, że tak opisane kryterium oceny ofert w istocie jest związane z samym przedmiotem zamówienia, kryterium tak opisane w rzeczywistości stanowi wyraz preferencji podmiotowej – źródła pochodzenia materiałów, co stanowi naruszenie art. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 91 ust 2 i 91 ust 2c Pzp. Takie założenie narusza art. 91 ust. 3 Pzp, gdyż odwołuje się do właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności technicznej.

Trudno mówić że zastosowane kryterium stanowi kryterium obiektywne, odnoszące się do jakości przedmiotu zamówienia. *De facto* o ocenie punktowej i wyborze oferty najkorzystniejszej decyduje ilość oferowanych oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, jakość w tym przypadku nie ma żadnego znaczenia. Nawet sytuacja gdy materiał równoważny mówiąc kolokwialnie jest lepszy (np. bardziej wydajny) od oryginału nie ma wpływu na ocenę takiej oferty (oferowanego przedmiotu) ponieważ produkt taki nie ma rekomendacji producenta urządzeń.

Przyjęty przez zamawiającego sposób oceny ofert produktów wykonawcy, które nie będą pochodziły od producenta urządzenia, powoduje, że jego oferta zawsze będzie niżej oceniona niż oferta zawierająca produkty producenta. Powyższe kryterium nie jest w żaden sposób obiektywne, nie odnosi się do jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, zastosowania najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, kosztów eksploatacji, serwisu oraz terminu wykonania zamówienia, a z góry subiektywnie przyjmuje lepszą ocenę ofertę zawierającą tylko materiały producenta urządzenia.

Uwzględniając wagę przedmiotowego kryterium ubieganie się o to zamówienie oferując produkty inne niż oryginalne jest nieracjonalne. Poniżej Odwołujący prezentuje przykładowe zestawienie hipotetycznych cen ofert zamienników i oryginałów (jak wskazano to powyżej termin realizacji dostaw nie będzie miał realnego wpływu na wynik tego postępowania - co najwyżej powodując zmniejszenie znaczenia kryterium cena).

12  




| Symulacja 1  | Wartość oferty | Pkt. Cena | Pkt Termin dostawy | Liczba tuszy tonerów oryginalnych | Liczba tuszy tonerów równoważnych | Pkt Rodzaj | Suma  |
|--------------|----------------|-----------|--------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|------------|-------|
| Wykonawca A1 | 100 000,00     | 30,00     | 10                 | 0                                 | 147                               | 0,00       | 40,00 |
| Wykonawca B1 | 300 000,00     | 10,00     | 10                 | 147                               | 0                                 | 60,00      | 80,00 |
| Symulacja 2  | Wartość oferty | Pkt. Cena | Pkt Czas dostawy   | Liczba tuszy tonerów oryginalnych | Liczba tuszy tonerów równoważnych | Pkt Rodzaj | Suma  |
| Wykonawca A1 | 1,00           | 30,00     | 10                 | 0                                 | 147                               | 0          | 40,00 |
| Wykonawca B1 | 1 000 000,00   | 0,00      | 10                 | 147                               | 0                                 | 60         | 70,00 |
| Symulacja 3  | Wartość oferty | Pkt. Cena | Pkt Czas dostawy   | Liczba tuszy tonerów oryginalnych | Liczba tuszy tonerów równoważnych | Pkt Rodzaj | Suma  |
| Wykonawca A2 | 200 000,00     | 30,00     | 10                 | 73                                | 74                                | 29,80      | 69,80 |
| Wykonawca B2 | 300 000,00     | 20,00     | 10                 | 147                               | 0                                 | 60,00      | 90,00 |
| Symulacja 4  | Wartość oferty | Pkt. Cena | Pkt Czas dostawy   | Liczba tuszy tonerów oryginalnych | Liczba tuszy tonerów równoważnych | Pkt Rodzaj | Suma  |
| Wykonawca A3 | 232 000,00     | 30,00     | 10                 | 97                                | 47                                | 39,59      | 79,59 |
| Wykonawca B3 | 300 000,00     | 23,20     | 10                 | 147                               | 0                                 | 60,00      | 93,20 |

**Legenda:**

Wykonawca A1 - wykonawca, który złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze równoważne (100%)

Wykonawca B1 - wykonawca, który złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze oryginalne (100%)

Wykonawca A2 - wykonawca, który złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze równoważne (50%) i oryginalne (50%) - cena oferty wzrasta proporcjonalnie

Wykonawca B2 - wykonawca, który złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze oryginalne (100%)

Wykonawca A3 - wykonawca, który złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze równoważne (34%) i oryginalne (66%) - cena oferty wzrasta proporcjonalnie

Wykonawca B3 - wykonawca, który złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze oryginalne (100%)

Na potrzeby przykładu (Symulacja 1) przyjęto wartość oferty zawierającej zamienniki w kwocie 100 000 PLN. Wartość oferty zawierającej tylko oryginały (OEM) przyjęto w kwocie 300 000 PLN (bardzo ostrożny szacunek, gdyż oferty OEM są znacznie nawet 3-4 krotnie wyższe).

W Symulacji 2 dla wykazania kuriozalności omawianego kryterium faworyzującego Wykonawców składających swoje oferty w oparciu o produkty oryginalne (OEM) przyjęto nieracjonalnie wysokie wartości oferty opartej wyłącznie na oryginalnych tuszach/tonerach (OEM) w wysokości 1 000 000,00 PLN w porównaniu z ofertą złożoną przez wykonawcę oferującego jedynie zamienniki ze skrajnie ceną ofertową 1 PLN. Nawet wówczas Wykonawca bazujący jedynie na zamiennikach nie ma żadnych szans na otrzymanie zamówienia.

W Symulacji 3 i 4 wykazano, że nawet w sytuacji gdyby wykonawca zaoferował zamienniki w proporcji do oryginałów odpowiednio 50% do 50% i 34% do 66% to i tak nie miałby szans otrzymać więcej punktów niż jego konkurent oferujący tylko tonery oryginalne ponieważ wówczas cena oferty musiałaby znacznie wzrosnąć (symulacje uwzględniają jedynie proporcjonalny wzrost ceny – odpowiednio do udziału tonerów oryginalnych w ofercie oraz ich wyższej ceny).

Przedstawiona symulacja jednoznacznie dowodzi, że wartość oferty OEM nie ma znaczenia dla jej oceny. Oferta OEM (materiały oryginalne) będzie ZAWSZE korzystniej oceniona od oferty zawierającej materiały równoważne.

Oznacza to, że tak przyjęte kryterium oceny ofert ma na celu jedynie obejście prawa i stanowi o wsparcie dla konkretnych nazwanych bezpośrednio producentów. Zapisy dotyczące równoważności są pozorne i wobec wykazanych powyżej faktów nie mają zastosowania, gdyż oferty je zawierające z matematycznego punktu nie mają najmniejszych szans być korzystniejszymi przy tak spreparowanym kryterium oceny ofert.

Sama ewentualna trudność w określeniu i zdefiniowaniu kryteriów oceny ofert w postępowaniu nie może stanowić dostatecznego argumentu dla stosowania półśrodków jak w przedmiotowym postępowaniu. Ocena ofert jest sprowadzona aktualnie do oceny: producent tonerów produkujący drukarki maksymalna ilość punktów, producent równoważnych materiałów brak punktów – ocena negatywna. Należy zauważyć, że z naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, mamy do czynienia w sytuacji, gdy Zamawiający określa w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie jest uzależnione wyłącznie od woli innego podmiotu, a nie od czynników obiektywnych, co stawia zarazem tego Wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych, a jednocześnie ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców (wyr. KIO z 26.4.2011 r., KIO 752/11). W przedmiotowym postępowaniu żaden wykonawca nie ma możliwości złożenia oferty w sposób, który mógłby konkurować z ofertą pochodzącą od Wykonawcy będącym przedstawicielem producenta materiałów urządzeń, których dotyczy zamówienie publiczne. Ewentualne nabycie towarów jest uzależnione od autoryzowanych przez producenta podmiotów, które faktycznie są konkurentami takiego wykonawcy. Standardem również jest wspieranie cenowe autoryzowanych sprzedawców (przez producentów oryginałów), którzy w ten sposób znajdują się w pozycji uprzywilejowanej.

Odwołujący jest producentem markowych tuszy i tonerów Active Jet oraz Actis. Zarówno producent jako podmiot legitymuje się odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi posiadanie wdrożonych systemów zarządzania jakością, w szczególności:

- aktualnym Certyfikatem Nr: FS 87760 potwierdzającym że działa w oparciu o System Zarządzania Jakością zgodny z wymaganiami ISO 9001:2008 w zakresie handel i dystrybucja towarów branży teleinformatycznej, AGD, RTV. Produkcja i projektowanie zestawów komputerowych (w zakresie konfiguracji, montażu, testowania i serwisu) oraz materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących,

- aktualnym Certyfikatem Nr: EMS 91202 potwierdzającym że działa w oparciu o System Zarządzania Środowiskowego zgodny z wymaganiami ISO 14001:2004 w zakresie handel i dystrybucja towarów branży teleinformatycznej, AGD, RTV. Produkcja i projektowanie zestawów komputerowych (w zakresie konfiguracji, montażu, testowania i serwisu) oraz materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących.



Dodatkowo produkowane przez Odwołującego tusze oraz tonery posiadają konieczne certyfikaty potwierdzające wymagania norm wystawione przez TUV Rheinland Polska Sp. z o.o., w szczególności certyfikat TM 61000290.001 potwierdzający zgodność produkowanego asortymentu z wymaganiami norm, w szczególności dla tonerów ISO/IEC 19752:2004 ISO/IEC 19752:2004/Cor 1:2012 ISO/IEC 19798:2007 ISO/IEC 19798:2007/Cor 1:2012, zaś dla tuszy ISO/IEC 24711:2007 ISO/IEC 24711:2007/Cor 1:2012 ISO/IEC 24712:2007.

Najwyższą jakość produkowanych materiałów eksploatacyjnych potwierdzają także zrealizowane dostawy takich artykułów, w tym także dla klientów będących Zamawiającymi w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Tymczasem Zamawiający z góry ustalił w przedmiotowym Postępowaniu, że produkty innych producentów niż producent oryginałów są z definicji gorszej jakości, z czym Odwołujący nie może się zgodzić. Produkty oryginalne są z reguły droższe od produktów równoważnych ale wcale to nie oznacza, że są lepsze.

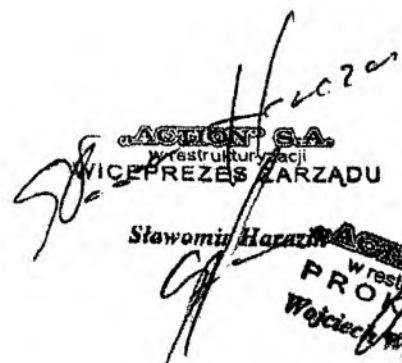
#### **Podsumowując powyższe ustalenia w ocenie Odwołującego:**

- zastosowane kryterium oceny ofert jest kryterium, które w istocie jest związane z producentem urządzeń nie zaś rzeczywistym przedmiotem zamówienia jakim jest dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń posiadanych przez Zamawiającego,
- kryterium źródła pochodzenia asortymentu, bo takim *de facto* jest kryterium rodzaj materiałów nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej,
- opis oceny równoważności ma cechy czynności pozornej, gdyż pomimo że wykonawca taką równoważność w pełni wykaże, w rzeczywistości oferta taka nie jest traktowana jako równoważna ale gorsza i to w sposób czyniący ubieganie się o takie zamówienie z ofertą równoważną pozbawione racjonalnego celu,
- tak skonstruowane jak w przedmiotowym SIWZ kryterium oceny ofert w sposób jednoznaczny prowadzi do żądania oryginalnych materiałów eksploatacyjnych, co zrównuje to kryterium oceny z naruszającym podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych opisem przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust 2 Pzp.

Mając powyższe na względzie wnosimy jak na wstępie.

#### **Załączniki:**

1. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
2. odpis z KRS Odwołującego
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

  
AGRON S.A.  
w restrukturyzacji  
WICEPREZES Zarządu  
Sławomir Harazin  
PROKURATOR  
Województwo Śląskie