

[REDAKTOWANE] dnia 15 kwietnia 2015 r.

Shżba Wywiadu Wojskowego
Biuro Finansowo-Logistyczne
Seksja Zamówień Publicznych
00-909 Warszawa.60
tel./fax. 261 832 352

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek, faksów i kserokopiarek dla Shżby Wywiadu Wojskowego.

Oznaczenie sprawy: SW W/ZP-2/BFL/2015.

[REDAKTOWANE] działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z p. zm.) zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie i zmianę treści SIWZ w pkt. 13. *Opis kryterium z ich znaczeniem oraz sposób oceny ofert*, w której Zamawiający określił, że ocena ofert, oprócz ceny, będzie uzależniona w części od oceny rodzaju produktu, które wykonawca przedstawi w swojej ofercie, a która z góry przyznaje punkty ofercie wykonawcy, który zaoferuje najwięcej materiałów eksploatacyjnych oryginalnych pochodzących od producenta urządzeń dla wszystkich pozycji formularza cenowego, a żadnych punktów w przypadku zaoferowania materiałów równoważnych.

Zdaniem pytającego ustalone kryteria w ten sposób oceny oferty w sposób istotny narusza art. 7 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 91 ust. 2 i ust. 3 tej ustawy i w związku z art. 29 ust. 1 i 2 i 3 ww. Prawa oraz dyskryminuje wykonawców oferujących zamienniki do określonych przez zamawiającego urządzeń, gdyż nie zapewnia równego traktowania wszystkich wykonawców i utrudnia uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 7 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 91 ust. 2 ww. Prawa, Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia, a zgodnie art. 91 ust. 3 ww.

Prawa, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Ponadto powyższe ocena ofert faktycznie określa warunki przetargu z naruszeniem norm wynikających z art. Art. 29. ust. 1, 2, i 3 ww. Prawa, który stanowi, że *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* 2. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.* 3. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.*

Jako dopuszczalne należy uznać określenie przez Zamawiającego w specyfikacji jakich urządzeń ma dotyczyć postępowanie poprzez określenie producenta urządzenia, o tyle Prawo zamówień publicznych nie pozwala na przyjęcie jako kryterium oryginalność lub nie oferowanego produktu, gdyż zgodnie z ww. przepisem zawsze obok określenia producenta powinno być wskazanie w specyfikacji „lub równoważne”. Przyjmując za podstawę oceny okoliczność czy wykonawca zaoferował oryginalne produkty producenta urządzenia, z góry ustalił, że produkty innych producentów są gorszej jakości, co bardzo często nie jest zgodne z prawdą. Takie założenie narusza art. 91 ust. 3 ww. Prawa, gdyż odwołuje się do *właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności technicznej.* 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. Nie ulega wątpliwości, że powyższe kryterium całkowicie jest sprzeczne z kryteriami dopuszczonym przez Prawo zamówień publicznych, w szczególności w zakresie oddziaływania na środowisko, gdyż wyprodukowanie nowego produktu przez producenta urządzenia w większym stopniu oddziałuje na środowisko, niż jeżeli przedmiotem dostawy miał być zamiennik np. nie tylko regenerowany przez innego producenta, ale wytwarzającego nowy produkt przy użyciu nadających się do tego elementów, gdyż faktycznie w tym przypadku mamy do czynienia nie wątpliwie również z zagospodarowaniem odpadu, a w pierwszym nie koniecznie. Przyjęte kryterium zatem przez zamawiającego nie wpływa z korzyścią na oddziaływanie środowiska jest sprzeczne z ww. przepisem Prawa zamówień publicznych.

Pytający pragnie zwrócić uwagę, 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 (innego wykonawcy), 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 nie każdy wykonawca ma możliwość złożenia oferty w sposób który mógłby konkurować z ofertą pochodzącą od wykonawcy będącym przedstawicielem producenta materiałów urządzeń, których dotyczy zamówienie publiczne, gdyż w praktyce nie każdy wykonawca ma możliwości zakupu bezpośrednio od producenta materiałów eksploatacyjnych, a ewentualne nabycie towarów jest uzależnione od autoryzowanych przez producenta podmiotów, które faktycznie są konkurentami takiego wykonawcy.

Z tych też względów zapis specyfikacji w części dotyczącej Kryteria i sposób oceny ofert o treści :

„13. Opis kryterium z ich znaczeniem oraz sposób oceny ofert

1. W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjmą następujące kryteria:

- cena za wykonanie przedmiotu zamówienia 50 %

- rodzaj materiałów eksploatacyjnych 50 %

Oferty oceniane będą punktowo. Maksymalna liczba punktów, jaką, po uwzględnieniu wag,

może osiągnąć oferta, wynosi 100 pkt.

2. Wartość punktowa za cenę będzie wyliczona wg wzoru:

$$C = \frac{C_{\min}}{C_b} \times 50\% \quad \times 100 \text{ pkt}$$

gdzie:

C - kryterium: cena

C_{\min} - najniższa cena oferowana spośród zaproponowanych we wszystkich ważnych ofertach

C_b - cena oferty badanej

Do obliczeń będą brane wartości brutto.

3. Wartość punktowa za rodzaj materiałów eksploatacyjnych będzie wyliczona w następujący sposób:

a) ocenie podlegać będą poszczególne grupy materiałów eksploatacyjnych w liczbie 129 pozycji asortymentowych,

b) elementy składające się na kryterium „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”:

- materiały eksploatacyjne producentów sprzętu wskazanego w formularzu cenowym - za każdą pozycję asortymentową (pozycję w tabeli formularza cenowego) - 1,

- materiały eksploatacyjne innych producentów sprzętu niż wskazani w formularzu cenowym - za każdą pozycję asortymentową (pozycję w tabeli formularza cenowego) - 0.

c) Wartość punktowa wyliczona będzie wg wzoru

$$R_m = \frac{R_b}{R_{\max}} \times 50\% \quad \times 100 \text{ pkt}$$

gdzie:

R_m - kryterium: rodzaj materiału

R_b - liczba pozycji materiałów eksploatacyjnych producentów sprzętu wskazanego w formularzu cenowym oferty badanej

R_{\max} - największa liczba pozycji materiałów eksploatacyjnych producentów sprzętu wskazanego w formularzu cenowym we wszystkich ważnych ofertach

4. Zamawiający wybierze ofertę, która otrzyma największą liczbę punktów wynikających z przyjętych kryteriów (cena + rodzaj), wyliczoną wg wzoru:

$$W = C + R_m$$

gdzie:

W - suma punktów otrzymanych przez daną ofertę.

C - ilość punktów otrzymanych w kryterium: cena.

R_m - ilość punktów otrzymanych w kryterium: rodzaj materiałów eksploatacyjnych."

w sposób istotny dyskryminują wykonawców nie oferujących materiałów producentów urządzeń, gdyż zamawiający nie odwołuje się przy tak opisanym przedmiocie zamówienia do określenia „lub równoważny” do czego zobowiązany jest treścią normy prawnej z art. 29 ust. 3 oraz art. 91 ust. 2 ww. Prawa. Faktycznie wymusza na wykonawcach chcących zrealizować to zamówienie do oferowania tylko oryginalnych produktów producenta urządzeń, gdyż to one zawsze zdobędą najwięcej punktów przy tak określonym sposobie oceny ofert. Z góry zakładają, że oferty innych producentów są gorszej jakości.

Oznacza to, że zapis specyfikacji w powyższym zakresie w sposób ewidentny naruszają art. 29 ust. 3 ww. Prawa zamówień publicznych, gdyż zamawiający pod pojęciem produktów oryginalnych musi przyjąć również produkt równoważny, a czego w tym punkcie brak.

Przyjęte kryterium „rodzaj” materiału nie jest dopuszczone przez Prawo zamówień publicznych. Kryterium: pochodzenie poszczególnego materiału świadczy o dyskryminacji części wykonawców.

Gdyby ustawodawca chciał jako dopuszczalne kryterium oceny oferty przyjąć, że może to być ilość zaoferowanych produktów oryginalnych producenta urzędnika, nie wątpliwie taki zapis w art. 91 ust. 2 ww. Prawa znalazł by się obok takich jak: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Z treści art. 29 wynika jednak, że zamawiającemu nie wolno dyskryminować ofert innych wykonawców oferujących tzw. zamienniki i zawsze przy każdym zapisie dot. oryginalnych produktów producenta urządzeń zamawiający obowiązany jest dodać zapis o treści: lub równoważny”.

Gdyby któryś z wykonawców zaoferował produkty równoważne w cenie po 0,01 grosz nigdy jego oferta nie wygra z ofertą zawierającą oryginały. 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

Jeżeli materiał równoważny spełnia taką samą funkcjonalność jak produkt oryginalny i ma takie same parametry techniczne, nie jest sprawiedliwe przyznanie mu mniejszej ilości punktów. Zamawiający nie może wymagać aby wykonawcy dostarczyli tylko oryginalne produkty, a do tego sprowadza się kryterium siwz ustalone przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu poprzez przyjęte kryteria ocen oferty Zamawiający wkracza w zagadnienie wymagań, które powinny być jasne i precyzyjne, a nie mogą z góry zakładać, że jakieś produkty są lepsze, a inne gorsze, pomimo tego, że Zamawiający nie zna co zostanie zaoferowane przez poszczególnych wykonawców. Przyjęte kryteria mają na celu wyeliminować produkty równoważne, wśród który mogą zdarzać się produkty wadliwe, tak samo jak wśród produktów oryginalnych. Jednak kwestia wadliwości produktów nie powinna być załatwiana na etapie oceny ofert, bo Zamawiający nie ma żadnej gwarancji, że produkty oryginalne nie będą wadliwe, co może mieć np. miejsce w przypadku dostaw produktów przechowywanych w nieodpowiednich warunkach, z dawną datą produkcji, zalane wodą. Przyjęte kryteria powodują, że produkty takie Zamawiający ocenia wyżej od produktów równoważnych, których wydajność często jest wyższa. Eliminacja produktów wadliwych powinna następować poprzez określenie w warunkach umowy stosowanych obowiązków leżących po stronie wykonawcy, jak np. zapłata kar umownych, naprawienie wszelkich szkód wywołanych wadliwym towarem, co jak wynika z projektu warunków umowy jest już przez Zamawiającego określone w stopniu wystarczającym. Należy pamiętać, że produkty oryginalne są z reguły droższe od produktów równoważnych ale wcale to nie oznacza, że są lepsze.

Przyjęte kryteria w przedmiotowym postępowaniu wcale nie odnoszą się do oceny parametrów technicznych. Zamawiający z góry założył, że tylko produkty oryginalne są lepsze i to bez żadnej analizy. Stanowiska Zamawiającego w żaden sposób nie uzasadnia również złe doświadczenie z produktami równoważnymi, gdyż w tym zakresie przysługują mu roszczenia z tytułu rękojmi, gwarancji oraz kar umownych, odszkodowania, jeżeli takie nie były ustalone lub zastosowane w poprzednim dostawach wcale to nie oznacza, że w przypadku produktów równoważnych realizacja zamówień odbędzie się z zaktóceniami.

Należy zauważyć, że i tak Zamawiający nie ma gwarancji, iż wykonawcy złożą oferty tylko na produkty oryginalne i nawet w tym postępowaniu jest możliwe, że Zamawiający nadal będzie obowiązany kupować zamienniki, co przepisy i sama

Zamawiający dopuszczają. niesprawiedliwie jednak ocenia Zamawiający produkty równoważne.

Należy stwierdzić, że przyjęte kryteria nie mają na celu wyeliminowanie nierzetelnych wykonawców, tylko produkty równoważne, cel ten jest sprzeczny z Prawem zamówień publicznych.

Obiektywne kryterium oznacza, że musi ono być spełniane przez wszystkich wykonawców obecnych na rynku, którzy mogliby zrealizować dane zamówienie publiczne, odniesienie kryterium oceny ofert do ilości zaoferowanych materiałów producenta urzędu czyni to kryterium nieobiektywne, gdyż odnosi się tylko do jednego podmiotu jakim jest producent urzędu.

Powyższy sposób oceny oferty powoduje, że produkty o takich samych cechach jakości, funkcjonalności, parametrach technicznych, zastosowanych najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, kosztów eksploatacji, serwisu oraz terminach wykonania zamówienia, są gorzej punktowane niż produkty nie pochodzące od producenta urzędu, nawet wtedy kiedy ich jakość, parametry techniczne mogą być nawet lepsze niż producenta urzędu.

W związku z powyższym wnosimy o zmianę opisu kryteriów oraz sposobu oceny ofert i przyjęcie kryterium: Cena -80 % a np. termin dostawy (5/7/10 dni) lub okres gwarancji (12/18/24 miesiące) - 20%.

Przypominam, że zgodnie z art. 7 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, czego jak wynika z treści ww. wzoru umowy brakuje w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zgodnie z stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień publicznych prezentowanym na stronie internetowej urzędu: <http://www.uzp.gov.pl>: *opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakemu ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.*

„Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” – opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. W jednym z wyroków Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził: „Narusza tę zasadę [zasadę uczciwej konkurencji] sam fakt rażąco nieadekwatnego dla wielkości przedmiotu zamówienia określenia wymaganego od oferentów rocznego pułapu przerobu, który eliminuje wszystkich nie spełniających tego wymogu. Interes prawny w zmianie takiego zapisu ma każdy z oferentów, który poprzez ten warunek zostałby wykluczony z przetargu.”

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2013 r. KIO 1314/13, *prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję.*

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26-04-2013 KIO 833/13, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Ze względu na rażące naruszenie ww. przepisów przez Państwa, które zostały dokonane w stosunku nie tylko do mojego klienta, ale wszystkich wykonawców oferujących produkty równoważne, wzywam do zaprzestania ww. praktyk.

Należy zauważyć, że zgodnie z uzasadnieniem do Poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 10 lipca 2013 r. (RPU VII, poz. 1653), zbyt rygorystyczne traktowanie wykonawców jeżeli ich działanie nie nosi znamion winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, nie ma uzasadnienia.

W załączeniu przesyłamy również opinię UZP dotyczącą Kryteriów oceny ofert w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r. Po analizie siwz oraz opinii UZP stwierdzić należy, że Zamawiający nie uwzględnił powyższej opinii przy opracowywaniu siwz przedmiotowego postępowania, gdyż cena decyduje tylko w 50% o wyborze oferty.

Zgodnie z treścią tej opinii: *ustawa nie precyzuje, w ilu procentach o wyborze danej oferty ma decydować cena, a w ilu pozostałe kryteria. Decyzję w tym zakresie, analogicznie jak w dotychczasowym stanie prawnym, podejmuje każdorazowo sam zamawiający, kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz własnymi potrzebami. Cena może, a nawet powinna w dalszym ciągu stanowić podstawowe i najważniejsze kryterium udzielenia zamówienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę zasadę efektywnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Zastosowanie obok ceny także innych kryteriów nie powinno bowiem prowadzić do sytuacji, w której instytucje publiczne wydają więcej niż to konieczne środków publicznych, których nie mają w nadmiarze, płacąc za te właściwości przedmiotu zamówienia, których nie potrzebują.*

Wybór oferty w oparciu o te kryteria będzie dokonany niezgodny z treścią ww. opinii, gdyż przyjęte kryteria radykalnie łamią przepisy Prawa zamówień publicznych.

Przyjęte zapisy siwz w zakresie kryterium oceny oferty powodują niedopuszczenie produktów równoważnych do postępowania i w oparciu o takie kryterium nigdy oferta zawierająca produkty równoważne nie wygra niniejszego postępowania. Jeżeli wykonawca zaoferowałby materiały równoważne nawet po cenie 0,01 zł, najkorzystniejszą ofertą i tak będzie wybrana oferta, która zaoferuje produkty oryginalne, gdyż nawet jeżeli oferta z materiałami równoważnymi za cenę dostanie maksymalną ilość punktów to i tak za rodzaj otrzyma zero punktów, a oferta zawierająca oryginały otrzyma za rodzaj materiału maksymalną ilość punktów i co najmniej kilkadziesiąt punktów za cenę.

Jeżeli zamawiający widzi inaczej kalkulację arytmetyczną zastosowanego wzorów w opisie kryteriów oceny oferty, przedmiotowego przetargu winien wykazać, że jest inaczej.

Skutkiem przyjętej oceny ofert z postępowania wyeliminowano, bez żadnego merytorycznego uzasadnienia, wykonawców oferujących materiały równoważne, świadczy o dyskryminacji niektórych wykonawców, ich nierównym traktowaniu i naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji.

Pogląd taki potwierdza m.in. opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 06.02.2015 r. znak UZP/DP/O/026/88/15/AG, KW-1096/15, zgodnie z którą: *zastosowane przez zamawiającego kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, cech przedmiotowych produktu, ale do właściwości podmiotu oferującego konkretną markę produktu, a zatem narusza art. 91 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Żądanie przez zamawiającego*

oryginalnych materiałów eksploatacyjnych zarówno w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteriów oceny ofert, jest niedopuszczalne, gdyż w obydwu przypadkach ma charakter dyskryminacyjny i narusza art. 7 ust. 1 ww. ustawy.

Opinia ta została następnie potwierdzona przez UZP pismem z dnia 03.04.2015 r. UZP/DP/O/026/322/15/MO.

Ze względu na rażące naruszenie ww. przepisów przez Państwa, które zostały dokonane w stosunku nie tylko do mojego klienta, ale wszystkich wykonawców oferujących produkty równoważne, wzywam do zaprzestania ww. praktyk.

W załączeniu opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 06.02.2015 r. znak UZP/DP/O/026/88/15/AG, KW-1096/15 oraz pismo z dnia 03.04.2015 r. UZP/DP/O/026/322/15/MO oraz opinia UZP dot. kryteriów oceny ofert.

Otrzymują:

- 1) Adresat
- 2) A/a

Warszawa, dnia 06.02.2015 r.

UZP/DP/O/026/88/15/AG

KW-1096/15

W odpowiedzi na pismo przekazane drogą elektroniczną w dniu 21 stycznia 2015 r., dotyczące wydania opinii w sprawie przyjmowanych przez niektórych zamawiających kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących w ten sposób, że obok kryterium ceny stosują kryterium rodzaju materiału i przyznają punktację, która faworyzuje materiały oryginalne pochodzące od producenta urządzenia, uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

I. Odwołując się do europejskiego orzecznictwa w zakresie kryteriów oceny ofert podnieść należy, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r. (sprawa C-448/01) wskazał, że przyjęte przez instytucje zamawiające kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców, np. dla dużych firm. W związku z tym 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 zamienniki dla oryginalnych produktów. Przy czym przez wytwórców alternatywnych materiałów eksploatacyjnych należy rozumieć krajowych i zagranicznych producentów nowych materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących, którzy nie są jednocześnie producentami tych urządzeń.

Zamawiający jest uprawniony do takiego opisania przedmiotu zamówienia oraz doboru takich kryteriów oceny ofert, które odpowiadają jego wymaganiom i zapewnią otrzymanie przedmiotu zamówienia o oczekiwanej przez niego jakości. Kryterium „wartość techniczna”, o którym mowa w art. 53 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, sprowadza się do takich aspektów jak: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne (wskazane jako przykładowe pozacenowe kryteria oceny ofert w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp – por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1819/13, KIO 1835/13, KIO 1839/13). W kryterium jakości punkty przyznaje się 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. W szczególności oferowany przedmiot zamówienia będzie punktowany w tym kryterium ze względu na posiadanie dodatkowych cech albo charakteryzowanie się odpowiednio większym lub mniejszym ich nasileniem, aniżeli wymogi progowe zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Niespełnienie progu minimalnego wymogów zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zainteresowany zakupem produktów należytej 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, że żąda 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 opis ten nie będzie ograniczać konkurencji np. wyłącznie do producenta urządzeń drukujących.

II. Z przywołanego przez Pana przykładowego postępowania wynika, że zamawiający poza kryterium cenowym (50%) zastosował kryterium rodzaju materiałów eksploatacyjnych (50%) w ramach którego przyznawał:

- 100 pkt ofertom zawierającym wyłącznie materiały eksploatacyjne zalecane przez producentów urządzeń;
- 5 pkt ofertom zawierającym w części lub nie zawierającym materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producentów urządzeń.

Skala punktowa przyjęta przez zamawiającego może wskazywać, że pozacenowe kryterium oceny ofert odnosi się do jakości wydruku, lecz prawidłowo sformułowane kryterium oceny ofert dotyczące jakości wydruku powinno zostać opisane poprzez określenie wymagań technicznych, jak np.: wydajność tonera (liczba drukowanych stron), stopień zaczernienia strony, okres eksploatacji, a dodatkowo zamawiający mógłby żądać załączenia do oferty próbek wydruku. Opis przedmiotu zamówienia sformułowany przez zamawiającego nie eliminuje wprawdzie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy zamierzają zaoferować produkty niezalecane przez producenta urządzeń, lecz zastosowane kryterium oceny ofert powoduje, że tacy wykonawcy otrzymywali mniejszą liczbę punktów w ramach kryterium pozacenowego „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, przy nieco wyższej punktacji w ramach kryterium cenowego, które podobnie jak kryterium pozacenowe miało identyczną wagę, tj. 50%.

Przy zastosowaniu obliczeń symulacyjnych, uwzględniających ww. punktację, oferta zawierająca w części lub w całości produkty nie stanowiące produktów zalecanych przez producenta urządzeń, nawet przy zastosowaniu znacznie niższych cen, nie miałaby jednak szans na wybór jako najkorzystniejsza. W konsekwencji, jedynie w przypadku wykluczenia wszystkich

wykonawców, którzy oferują produkty oryginalne producenta urządzeń drukujących lub w przypadku odrzucenia wszystkich ofert takich wykonawców, możliwy byłby wybór oferty wykonawcy, który złożył ofertę zawierającą zamienniki.

Zastosowane przez zamawiającego kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, cech przedmiotowych produktu, ale do właściwości podmiotu oferującego konkretną markę produktu, a zatem narusza art. 91 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.). Żądanie przez zamawiającego oryginalnych materiałów eksploatacyjnych zarówno w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak i kryteriów oceny ofert, jest niedopuszczalne, gdyż w obydwu przypadkach ma charakter dyskryminacyjny i narusza art. 7 ust. 1 ww. ustawy.

III. Powyższa opinia stanowi ogólną interpretację przepisów prawa. Urząd Zamówień Publicznych nie znając wszystkich okoliczności konkretnej sprawy, ani nie mając podstaw prawnych do ich pełnego wyjaśnienia, nie może doradzać w kwestii indywidualnego stosowania przepisów prawa.

Z poważaniem,

Departament Prawny

Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa, dnia 03.04. 2015 r.

UZP/DPI/O/026/322/15/MO

W nawiązaniu do pisma przesłanego drogą elektroniczną dnia 9 marca 2015 r., dotyczącego wydania opinii w sprawie przyjmowanych przez niektórych zamawiających kryteriów oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących w ten sposób, że obok kryterium ceny stosują kryterium rodzaju materiału i przyznają punktację, która faworyzuje materiały oryginalne pochodzące od producenta urządzenia, uprzejmie informuję, że Urząd Zamówień Publicznych podtrzymuje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 6 lutego 2015 r., znak: UZP/DPI/O/026/88/15/AG, KW-1098/15.

Zastosowane przez zamawiających kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych”, w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, cech jakościowych produktu, ale preferuje podmiot oferujący konkretną markę produktu, a zatem narusza art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Żądanie przez zamawiającego oryginalnych materiałów eksploatacyjnych producenta urządzeń drukujących w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, bez dopuszczenia składania ofert równoważnych, jak i stosowanie kryteriów oceny ofert preferujących konkretną markę produktu, jest niedopuszczalne, gdyż w obydwu przypadkach ma charakter dyskryminacyjny i narusza art. 7 ust. 1 ww. ustawy.

DYREKTOR
Departamentu Prawnego
Rafał Jedziszewski

04.04.2015

KRYTERIA OCENY OFERT W ŚWIETLE PRZEPISÓW USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PO NOWELIZACJI Z DNIA 29 SIERPNI 2014 R.



[Serwis informacyjny](#) > [Zagadnienia merytoryczne](#) > [Prawo krajowe](#) > [Opinie prawne](#) > [Dotyczące ustawy PZP](#) > **Kryteria oceny ofert w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.**

Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), obowiązującą od dnia 19 października 2014 r., została dokonana zmiana przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”, w zakresie kryteriów oceny ofert. Po pierwsze, zmienione zostało brzmienie przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dodanie do wymienionych w nim przykładowych kryteriów oceny ofert, kryteriów odnoszących się do aspektów społecznych i innowacyjnych, oraz rozszerzony został opis kryteriów środowiskowych. Po drugie, został dodany przepis art. 91 ust. 2a, który ma na celu ograniczenie stosowania przez zamawiających ceny jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty tylko do tych zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. W przypadku pozostałych zamówień zamawiający jest obowiązany stosować obok ceny jeszcze co najmniej jedno kryterium oceny ofert spośród wymienionych w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp lub inne, związane z przedmiotem zamówienia.

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). Uwzględnienie w przykładowym katalogu kryteriów oceny ofert z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp nowych kryteriów, stanowi jedynie uzupełnienie tego katalogu i ma na celu zachęcić zamawiających do dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria społeczne, środowiskowe i innowacyjne.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu 18 października 2014 r. kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert tylko w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp nie precyzuje pojęć „powszechnie dostępny” oraz „ustalone standardy jakościowe”, niemniej jednak tożsame sformułowania normatywne funkcjonują już w ustawie Pzp na gruncie art. 70, kształtującego przesłanki udzielenia zamówienia w trybie zapytanie o cenę. Kierując się zatem zasadami prawidłowej wykładni przepisów prawnych, należałoby przypisać obu sformułowaniom takie samo znaczenie, uwzględniając jednocześnie specyfikę obu Instytucji.

Podkreślenia wymaga, że zakres przesłanek zastosowania trybu zapytania o cenę, odnosi się tylko do zamówień, których przedmiotem są usługi oraz dostawy. Przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp ma natomiast zastosowanie do wszystkich zamówień powszechnie dostępnych o ustalonych standardach, a zatem do zamówień na dostawy, usługi jak i na roboty budowlane. Uwzględniając jednak praktyczne aspekty zamówień na roboty budowlane, charakteryzujące się często dużą złożonością oraz indywidualnym dostosowaniem dokumentacji przetargowej do każdorazowych potrzeb inwestycyjnych zamawiającego, uznać należy, że w przypadku robót budowlanych wykazanie powszechnej dostępności takiego przedmiotu będzie często niezwykle trudne. Tym samym, przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wprowadza warunek stosowania kryterium cenowego ograniczając go do prostych, nieskomplikowanych zamówień, w tym również do prostych zamówień na roboty budowlane.

Zakres zastosowania trybu zapytanie o cenę, odnosi się tylko do zamówień, których przedmiotem są usługi lub dostawy, natomiast zakres zastosowania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp dotyczy wszystkich pozostałych trybów udzielania zamówień, w których zamawiający dokonuje wyboru jednej ze złożonych ofert, bez względu na przedmiot zamówienia, który może dotyczyć dostaw, usług lub robót budowlanych, z wyłączeniem licytacji elektronicznej. Zawarte w art. 91 ust. 2a zastrzeżenie odnoszące się do treści art. 76 ust. 2 ustawy Pzp oznacza, iż tryb licytacji elektronicznej w oparciu o przepis art. 74-81 ustawy Pzp może mieć zastosowanie w odniesieniu do każdego rodzaju zamówienia, nie zaś wyłącznie do zamówień powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych.

Zamawiający posiadający status jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885, z późn. zm.) oraz zamawiający będący państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) dokonując wyboru oferty wyłącznie w oparciu o kryterium ceny zobowiązani są do wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób uwzględnili w odniesieniu do przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający udzielając zamówienia, którego przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, stosując wyłącznie kryterium ceny powinni przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić te elementy, które będą miały wpływ na koszty związane z eksploatacją oraz utylizacją przedmiotu zamówienia.

Powyższy obowiązek nie będzie miał jednak zastosowania w odniesieniu do zamówień udzielanych w trybie zapytanie o cenę. Jak zostało wskazane powyżej, tryb zapytanie o cenę może być stosowany wyłącznie w odniesieniu do dostaw lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, a zatem w odniesieniu do zamówień, których charakter i specyfika uzasadniają, także w świetle art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, zastosowanie jako jedynego kryterium wyłącznie kryterium ceny. Zatem, zgodnie z przepisem art. 70 ustawy Pzp zastosowanie przez zamawiającego trybu zapytanie o cenę czyni bezprzedmiotowym wykonywanie czynności z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, która ma uzasadniać zastosowanie wyłącznie ceny jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ustawa nie precyzuje, w ilu procentach o wyborze danej oferty ma decydować cena, a w ilu pozostałe kryteria. Decyzję w tym zakresie, analogicznie jak w dotychczasowym stanie prawnym, podejmuje każdorazowo sam zamawiający, kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz własnymi potrzebami. Cena może, a nawet powinna w dalszym ciągu stanowić podstawowe i najważniejsze kryterium udzielenia zamówienia, zwłaszcza biorąc pod uwagę zasadę efektywnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych. Zastosowanie obok ceny także innych kryteriów nie powinno bowiem prowadzić do sytuacji, w której instytucje publiczne wydają więcej niż to konieczne środków publicznych, których nie mają w nadmiarze, płacąc za te właściwości przedmiotu zamówienia, których nie potrzebują.

Reasumując, od dnia 19 października 2014 r., zamawiający może zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert wyłącznie w przypadku przedmiotów zamówienia powszechnie dostępnych na rynku i o ustalonych standardach jakościowych, chyba że udziela zamówienia w trybie licytacji elektronicznej. W pozostałych przypadkach, z wyłączeniem trybu zapytanie o cenę, oprócz kryterium cenowego, zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty zobowiązany jest wprowadzić także inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, przy czym doboru poszczególnych kryteriów, jak i przypisania im odpowiedniej wagi dokonuje zamawiający stosownie do okoliczności udzielania zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia.

wytworzył: Jakub Beli
opublikował: Jakub Beli
zmodyfikował: Jakub Beli
 rozwiń historię wersji

data wytworzenia: 2014-10-23 10:24:00
data publikacji: 2014-10-22 10:23:15
data modyfikacji: 2014-10-23 10:24:00
ilość odwiedzin: 13051