

Oświęcim, dnia 01.06.2022 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa**

Odwołujący: 1. Jerzy Wasiela, NIP: 549-223-89-09
2. Bartosz Szostak, NIP: 549-225-53-80
– wspólnicy spółki cywilnej pod firmą: **Netprint s.c J. Wasiela, B. Szostak ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim** (siedziba i adres korespondencyjny)
NIP spółki cywilnej: 549-23-77-143
telefon: (33) 842-27-44 (faks: wewn. 25)
adres poczty elektronicznej odwołującego: o.poludniak@netprint.com.pl

Zamawiający: 14. Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu
Adres: ul. Bukowska 34, 60-811 Poznań
www.14wog.wp.mil.pl, Tel. 261 574 802
e-mail - 14wog.przetargi@ron.mil.pl
REGON: 302067654, NIP: 779 240 46 61

dotyczy postępowania nr: 22/z/2022

Odwołanie

od czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu treści SWZ w zakresie załącznika nr 5 - projektu umowy w sposób niezgodny przepisami ustawy pzp.

Zamawiającemu zarzucamy naruszenie przepisów prawa, to jest:

- 1) **art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1-4 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 101 ust. 6 Pzp w zw. z art. 105 ust. 1-3 Pzp i w zw. z art. 219 Pzp i art. 223 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 353[1] Kc poprzez:** skutkujące naruszeniem zasad równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności oraz naruszeniem zakresu zasady swobody umów ukształtowanie treści postanowień umowy stanowiącej załącznik do SWZ polegające na zawarciu w § 3 ust. 5 projektu umowy (zał. nr 5 do SWZ) zapisu następującej treści:

„Wykonawca gwarantuje wymianę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących na oryginalne, jeżeli w wyniku zainstalowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych urządzenie nie zapewnia właściwego wydrukowania co najmniej jednego z następujących kolorów: czarnego, czerwonego, bordowego, pomarańczowego, żółtego, ciemno zielonego, jasno zielonego, jasno niebieskiego, ciemno niebieskiego, fioletowego lub kolory te nie posiadają odpowiednich parametrów (nie dotyczy przypadku kiedy przyczyną złej jakości wydruku jest zużycie kaset z tonerem). W przypadku braku odpowiedzi ze strony lub wątpliwości ze Wykonawcy wyrażonej na piśmie w ciągu 3 dni od powstania roszczenia Zamawiający może zlecić sprawdzenie urządzenia drukującego oraz wydanie ekspertyzy w autoryzowanym serwisie. Jeżeli zastrzeżenie co do jakości wydruku zostaną potwierdzone (przyczyną

złej jakości wydruku lub wadliwego działania urządzenia są materiały eksploatacyjne) koszty sprawdzenia - ekspertyzy pokrywa Wykonawca.”,

który to zapis:

- narusza przepisy bezwzględnie obowiązującego prawa, to jest art. 99 ust. 1-4 i 6 Pzp, albowiem prowadzi do pośredniego wprowadzenia rozwiązania umożliwiającego Zamawiającemu uzyskanie materiałów tzw. „oryginalnych” (pochodzących od producenta sprzętu), z wyłączeniem normalnej procedury reklamacji asortymentu wadliwego (tj. wymiana na inny egzemplarz, wolny od wad),
- narusza także przepis art. 105 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku, albowiem w powiązaniu z zapisami SWZ dotyczącymi przedmiotowych środków dowodowych prowadzi do wykluczenia, tj. uznania za produkt nierównoważny materiałów posiadających certyfikaty gwarantujące odpowiednią jakość, w tym jakość produkcji, oraz wydajność, co prowadzi do umownego przełamania domniemania prawnego, jakie niesie ze sobą certyfikat zgodności z normami ISO,
- narusza art. 219 i art. 223 ust. 1 Pzp, bo pośrednio prowadzi do możliwości zmiany oferty po terminie do składania ofert, przy czym korzyść z tego tytułu zastrzega wyłącznie jednostronnie dla zamawiającego,
- jest nieproporcjonalny, gdyż wyraźnie premiuje pozycję Zamawiającego dając mu szerokie możliwości faktycznego kwestionowania jakości dostarczonych materiałów, przenosząc wszystkie ryzyka z tym związane wyłącznie na Wykonawcę, w tym ryzyko: kosztów weryfikacji wadliwości sprzętu, ale przede wszystkim kosztów dostawy materiałów oryginalnych w miejsce zamienników, czyli materiałów o wiele droższych, co w konsekwencji prowadzi do jednostronnej zmiany przedmiotu zamówienia i narzucenia Wykonawcy obowiązku dostarczania materiałów nieobjętych jego ofertą,
- jest nieproporcjonalny także w odniesieniu do innych postanowień umownych dających Zamawiającemu szerokie prawa w wypadku uzyskania produktu wadliwego (kary umowne, obowiązek dostawy produktu wolnego od wad).

W powołaniu na powyższy zarzut **wnosimy o:**

- **uwzględnienie** odwołania i **nakazanie** Zamawiającemu Skarbowi Państwa – 14 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Poznaniu: **modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez:**

- **usunięcie** z załącznika nr 5 do SWZ – wzoru umowy zapisu § 3 ust. 5 **w całości – względnie**
- **zmianę** treści załącznika nr 5 do SWZ – wzoru umowy zapisu § 3 ust. 5 **w ten sposób, że przyjmie on następującą treść:** „Wykonawca gwarantuje wymianę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących na wolne od wad, jeżeli w wyniku zainstalowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych urządzenie nie zapewnia właściwego wydrukowania co najmniej jednego z następujących kolorów: czarnego, czerwonego, bordowego, pomarańczowego, żółtego, ciemno zielonego, jasno zielonego, jasno niebieskiego, ciemno niebieskiego, fioletowego lub kolory te nie posiadają odpowiednich parametrów (nie dotyczy przypadku kiedy przyczyną złej jakości wydruku jest zużycie kaset z tonerem).”;

- **zasądzenie** od Zamawiającego na rzecz każdego odwołujących kwoty: uiszczonej opłaty od odwołania oraz kosztów obsługi prawnej w związku z wywiedzionym odwołaniem, zgodnie z zestawieniem kosztów i faktur, jakie zostanie dołączone na dalszym etapie postępowania odwoławczego;

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wynikające z ich treści oraz przytoczone szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Uzasadnienie

I / Mamy interes prawny w wywiedzeniu odwołania, dlatego że jako podmiot trudniący się zawodowo sprzedażą materiałów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń kopiujących bierzemy udział w tego typu postępowaniach o udzielenie zamówienia. Niejednokrotnie nasze oferty są najkorzystniejsze, wykonujemy znaczną ilość takich umów i przy tym wszystkim nasze oferty bazują na materiałach zamiennych, które dzięki posiadanym certyfikatom i raportom z badań mogą być uznawane za równoważne produktom oryginalnym.

Dowód (zał. nr 1) - zaświadczenie o zrealizowaniu umowy (referencje)
 - przykładowe oferty z innych postępowań
 - informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty

II / Co do postawionych zarzutów:

Ogłoszenie w sprawie niniejszego postępowania zamieszczono w BZP w dniu 27.05.2022 r. Przedmiotowe postępowanie dotyczy dostawy materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących tj. drukarek laserowych, atramentowych, ploterów, urządzeń wielofunkcyjnych oraz materiałów eksploatacyjnych do urządzeń kserograficznych w ilościach i asortymencie wymienionym w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. (rozdz. III ust. 1)

Zamawiający dopuścił stosowanie rozwiązań równoważnych, pod warunkiem, że oferowane materiały eksploatacyjne są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia pod względem wskazanych parametrów technicznych, są równoważne pod względem jakościowym i eksploatacyjnym, posiadające wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników. Ponadto oferowane produkty równoważne są kompatybilne z urządzeniami, do których mają być stosowane, właściwie sygnalizują poziom zużycia materiału, zapewniają właściwą eksploatację, bezawaryjność i żywotność urządzeń na poziomie nie gorszym od tego, jaki zapewniają materiały oryginalne, wyprodukowane przez producentów urządzeń, nie pogorszą jakości parametrów pracy urządzeń. Jakość wydruku, wydajność, szybkość schnięcia (utrwalenia), nie zamazywania się druku odpowiada wyrobowi producenta urządzenia, w tym również w zakresie bezawaryjnej pracy tego urządzenia, w którym będzie zainstalowany (rozdz. III ust. 4 pkt 6).

W rozdz. IV Zamawiający zastrzegł, że wykaz przedmiotowych środków dowodowych nie podlega uzupełnieniu w myśl art. 107 ust. 2 ustawy oraz że są one składane w celu potwierdzenia zgodności zaoferowanych przez Wykonawcę równoważnych materiałów eksploatacyjnych.

W wypadku rozwiązań równoważnych zażądano następujących przedmiotowych środków dowodowych (rozdz. IV SWZ):

„1) Dokument, certyfikat, zaświadczenie wydany(e) przez podmiot uprawniony do kontroli jakości dający gwarancję, że oferowany produkt oraz jego proces wytwarzania są badane i nadzorowane przez niezależną od producenta danego wyrobu Jednostkę Certyfikującą

posiadającą akredytację wydaną przez PCA tj. Polskie Centrum Akredytacji (krajową jednostkę akredytującą upoważnioną do akredytacji jednostek oceniających zgodność na podstawie ustawy z dnia 13.04.2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 514) i jednocześnie dającą możliwość sprawdzenia na stronie PCA

(w zakładce jednostki certyfikujące wyroby) <https://www.pca.gov.pl/akredytowane-podmioty/akredytacje-aktywne/jednostki-certyfikujace-wyroby/> czego dotyczy ten dokument (w tym przypadku potwierdzamy że dotyczy certyfikacji wyrobów).

Przez podmiot uprawniony do kontroli jakości rozumie się podmiot zewnętrzny posiadający stosowną akredytację pod kątem wymogów ww. norm oraz mający siedzibę w państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, to zaświadczenie podmiotu zewnętrznego, niezależnego uprawnionego do kontroli jakości oferowanego asortymentu. Zamawiający nie zaakceptuje potwierdzenia równoważności zaoferowanych materiałów poprzez załączenie do oferty wyników z testów wydajności mierzonych zgodnie z ww. normami ISO wystawionych przez producenta materiału eksploatacyjnego lub podmiot do tego nieuprawniony. Wskazany dokument, certyfikat, zaświadczenie o którym mowa musi odnosić się do zaoferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych zawartych w załączniku nr 2 - Formularz cenowy do SWZ w poz. od 1 do 64; 69 do 74; 84 do 89. Z dokumentu musi wynikać że wydajność zmierzona została według norm ISO/IEC 19798, ISO ISO/IEC 19752, ISO/IEC 24711, ISO/IEC 24712 oraz że certyfikacji dokonano wg programu zgodnego z jedną ze wskazanych poniżej norm lub równoważnych UE:

- normą PN-EN ISO/IEC 17065 Ocena zgodności - Wymagania dla jednostek certyfikujących wyroby, procesy i usługi;
- normą PN-EN ISO/IEC 17030 Ocena zgodności - Wymagania ogólne dotyczące znaków zgodności strony trzeciej;
- normą PN-EN ISO/IEC 17067 Ocena zgodności – Podstawy certyfikacji wyrobów oraz wytyczne dotyczące programów certyfikacji wyrobów;
- normą PN-EN ISO/IEC 17020 Ocena zgodności - Wymagania dotyczące działania różnych jednostek przeprowadzających inspekcję.

Opisany dokument, certyfikat, zaświadczenie ma zawierać datę wydania oraz datę ważności zachowaną dzięki corocznemu przeglądowi dokumentacji oferowanego wyrobu równoważnego oraz nie rzadszej niż raz w roku kontroli Warunków Techniczno-Organizacyjnych zakładu(ów) produkcyjnego(ych) aktualną na dzień składania oferty. Przyznanie dokumentu Wykonawcy musi zostać poprzedzone badaniem wydajności zgodnie z w/w normami wszystkich oferowanych równoważnych materiałów eksploatacyjnych zawartych w załączniku nr 2 - Formularz cenowy do SWZ w poz. od 1 do 64; 69 do 74; 84 do 89 z jednoznacznym potwierdzeniem zgodności wskazanych wyrobów w przedmiotowym dokumencie a oferowanych przez Wykonawcę.

2) Raporty z testów wydane przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (w rozumieniu definicji podmiotu uprawnionego do kontroli jakości określonej w ppkt. 1) potwierdzające wydajność mierzoną zgodnie z normą ISO/IEC 19752 dla tonerów monochromatycznych, ISO/IEC 19798 dla tonerów kolorowych, ISO/IEC 24711 i ISO/IEC 24712 dla wkładów atramentowych.

Opisane powyżej raporty z testów mają zawierać wszystkie informacje dotyczące wyników, warunków i sposobu testowania, gdzie uwzględnia się m.in. średnią ilość wydruków, odchylenie standardowe, dolną granicę przedziału ufności, datę testowania, liczbę testowanych kaset, liczbę kaset użytych do obliczeń, typ kasety, czy stosowano procedurę wstrząsania, tryb drukowania, liczbę urządzeń użytych w teście, użyty nośnik, format papieru, orientację podawania papieru, system operacyjny, oprogramowanie, wersje sterownika drukarki, wersje strony testowej, kody testowanych wkładów, numery użytych urządzeń, temperaturę,

wilgotność otoczenia, sposób połączenia komputera z testową drukarką, zestawienie wydajności poszczególnych tonerów oferowanych przez Wykonawcę z podaniem urządzeń i warunków w jakich odbyło się badanie. Wymagane raporty muszą zostać opatrzone numerem raportu, numerem akredytacji nadanym przez PCA tj. Polskie Centrum Akredytacji (krajową jednostkę akredytującą upoważnioną do akredytacji jednostek oceniających zgodność na podstawie ustawy z dnia 13.04.2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz.514)) i jednocześnie dającą możliwość sprawdzenia na stronie PCA (w zakładce jednostki certyfikujące wyroby) <https://www.pca.gov.pl/akredytowane-podmioty/akredytacje-aktywne/jednostki-certyfikujace-wyroby/> czego dotyczy ten dokument.

3) Certyfikaty potwierdzające, że proces produkcyjny oferowanych materiałów przebiega zgodnie z normą ISO 14001 oraz 9001.

4) Pisemne oświadczenie Wykonawcy, że oferowane równoważne materiały eksploatacyjne nie naruszają praw własnościowych i patentowych producenta urządzeń drukujących, do których zostały przeznaczone oraz że ich używanie nie spowoduje utraty praw gwarancyjnych, że są one dopuszczone do obrotu na terytorium Polski. Wszystkie ww. dokumenty muszą być przedstawione Zamawiającemu w języku polskim lub przetłumaczone na język polski.

B) W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę równoważnych materiałów eksploatacyjnych w pozycjach zawartych załączniku nr 2 - Formularz cenowy do SWZ w kolumnie 5.3 Oznaczenie producenta dla pozycji 65 do 68; 75 do 83; 90 do 93 zawarto zapis „oryginał/ gwarancja” oznaczające, że urządzenia do których Zamawiający zamierza wykorzystywać wskazany asortyment są objęte gwarancją producenta a zastosowanie materiałów równoważnych jest jednoznaczne z utratą gwarancji, Wykonawca załączy wraz z ofertą:

1) Dokument, certyfikat, zaświadczenie wydany(e) przez podmiot uprawniony producenta lub dystrybutora danego sprzętu na Polskę dopuszczającego zastosowanie zaoferowanych materiałów przez Wykonawcę z zachowaniem warunków gwarancji urządzeń z uwzględnieniem czasu, dla którego wskazane urządzenia zostały objęte gwarancją producenta.”

Dowód (zał. nr 2): SWZ i załączniki

Zamawiający zatem zawarł szczegółowe zestawienie środków dowodowych mających wykazać:

- jakość produktów,
- ich wydajność,
- jakość i standardy produkcji.

Wszystkie te okoliczności muszą być udowodnione odpowiednimi certyfikatami lub raportami wystawionymi przez podmioty akredytowane przez PCA, a zatem dokumenty takie kreują domniemanie (art. 10 ust. 1 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku), że produkty legitymujące się takim certyfikatem są zgodne z odnośnymi normami.

Ponadto Zamawiający w załączniku nr 5 do SWZ – projekcie umowy zawarł szczegółową i bardzo dla niego korzystną regulację dotyczącą zasad gwarancji udzielanej przez Wykonawcę, w tym zasad bezzwłocznego wymieniania wadliwych materiałów na wolne od wad. Zastrzeżono także relatywnie wysokie kary umowne za naruszenie postanowień umownych, w tym wysokie kary umowne za brak terminowej wymiany wadliwego materiału (10% wartości tego materiału za każdy dzień opóźnienia). Zatem przy opóźnieniu w dostawie materiału wolnego od wad Zamawiający otrzymuje także rekompensatę finansową za samo opóźnienie.

Mimo tak mocnego zabezpieczenia interesów Zamawiającego, zarówno na etapie opisu kryteriów równoważności i wymagań z nimi związanych (posiadanie wymaganych certyfikatów w zasadzie gwarantuje odpowiednią jakość otrzymywanego produktu), a także na

etapie szczegółowych zapisów projektowanej umowy, Zamawiający dodatkowo zawarł zapis, zgodnie z którym w ramach gwarancji Wykonawca ma obowiązek wymienić zaoferowany produkt równoważny na produkt **oryginalny** jeśli tylko okaże się, że odwzorowanie określonych kolorów nie będzie właściwe. Ponadto w tej samej jednostce redakcyjnej Zamawiający zastrzegł, że jakiegokolwiek zastrzeżenia Wykonawcy co do zasadności zgłaszanej reklamacji będą pociągały za sobą skierowanie materiału do ekspertyzy i w wypadku pozytywnego jej wyniku, jej kosztami będzie obciążony wykonawca.

Taki zapis umowny w ocenie odwołujących narusza zarówno przepisy powszechnie obowiązującego prawa, jak i jest rażąco nieproporcjonalny, zatem nie zasługuje na to, by mógł się ostać.

Co do naruszenia prawa:

W ocenie odwołujących taki zapis prowadzi do pośredniego obejścia zakazu ograniczania konkurencji w zamówieniach publicznych poprzez żądanie wyłącznie produktów jednego producenta. Oczywistym jest, że art. 99 ust. 1-4 i 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp kreują zakaz ograniczania dostępu do rynku produktów zamiennych/równoważnych. Mówiąc inaczej: Zamawiającym nie wolno żądać produktów określonej marki. Nie kłóci się to przy tym z prawem Zamawiającego do swobodnego ukształtowania zamówienia pod kątem zindywidualizowanych potrzeb i interesów. Zamawiający może bowiem dookreślić kryteria równoważności tak, aby móc otrzymać produkt o takich samych cechach jak produkt referencyjny (tzw. oryginał), a pochodzący od innego producenta lub dostawcy.

W sytuacji gdy Zamawiający wprowadza do umowy zapis, iż jego zastrzeżenia co do odwzorowania kolorów druku powodują obowiązek wymiany zamiennika na produkt oryginalny, to tak naprawdę w ten sposób dochodzi do wymuszenia na Wykonawcy dostawy produktu oryginalnego. **Wykonawca nie może zwolnić się z obowiązku usunięcia wady poprzez dostarczenie zaoferowanego przez siebie produktu, ale wolnego od wad. Musi dostarczyć zupełnie inny produkt, pochodzący od konkretnego producenta.**

Dodatkowo Wykonawca jest zniechęcany do jakiegokolwiek kwestionowania stanowiska Zamawiającego poprzez: ryzyko obarczenia go kosztami ekspertyzy, ryzyko wydłużenia się procedury reklamacyjnej, a co za tym idzie, ryzyko zwiększających się kar umownych. Mówiąc inaczej – Zamawiający tak skonstruował zabezpieczenia jego interesów, by wykonawcy nie opłacało się kwestionować jego zastrzeżeń i aby je wykonywał na pierwsze wezwanie, co dodatkowo potęguje ryzyko nadużywania tej instytucji przez Zamawiającego.

Projektowany zapis umowny jest sprzeczny także z przepisami art. 105 ust. 1-3 Pzp i art. 10 ust. 1 ustawy o systemach zgodności. Jeśli bowiem w SWZ wymaga się dla produktów równoważnych certyfikatów i raportów z badań potwierdzających zgodność z normami ISO zarówno standardów produkcji, jak i jakości oferowanych materiałów oraz ich wydajności, to tak naprawdę wskazane w SWZ kryteria równoważności gwarantują jakość i wydajność produktów na poziomie takim jak produkt oryginalny. Wykonawca może powoływać się na domniemania prawne związane z posiadaniem certyfikatu. **Jednak na etapie wykonywania umowy już na te domniemania nie może się powołać. Nie może powiedzieć Zamawiającemu, że w miejsce uszkodzonego tonera dostarczy toner tego samego producenta wolny od wad, bo jest on wszak zgodny ze standardami i normami. Zmuszany jest do dostarczenia produktu oryginalnego.**

Prowadzi to od razu do rażącej nieproporcjonalności w zakresie ochrony interesów obu stron. Trzeba bowiem pamiętać po pierwsze o tym, że produkty oryginalne są zawsze droższe od zamienników. Czasem (zazwyczaj) różnica w cenie sięga kilkuset procent.

Dla przykładu: w niniejszej sprawie zastrzeżenia co do jakości wydruku kolorowego mogą dotyczyć następujących produktów (bo te są przeznaczone do drukarek kolorowych): KONICA MINOLTA TN216CMYK, TN324CMYK, TN321CMYK, KYOCERA TK5140 CMYK, TK5160CMYK, TK8305CMYK.

Odwołujący przedkładają z odwołaniem przykładowe oferty z innych postępowań, w których występowały te same produkty. W ofertach tych widać ceny zaoferowane przez NETPRINT oraz innych oferentów, zwłaszcza tych oferujących produkty oryginalne. Widać, że różnica w cenie ofertowej zamiennika proponowanego przez NETPRINT oscyluje w granicach 200-300% na korzyść w stosunku do oryginału oferowanego przez innych oferentów. Zatem przy każdej wymianie zamiennika na oryginał Wykonawca traci od 200 do 300 % wartości tego materiału.

Rozwiązanie to jest dla Wykonawcy niekorzystne i z tego powodu, że gdy dostarczy Zamawiającemu produkt wadliwy, to jeśli Zamawiający go zareklamuje, sam Wykonawca także może dokonać reklamacji u swojego dostawcy. W takim wypadku ma szansę „zrekompensować” sobie koszty związane z wadliwym materiałem i dostawą w jego miejsce innego, wolnego od wad. Natomiast jeżeli w wyniku reklamacji ma dostarczyć produkt oryginalny, to co prawda może swojemu dostawcy zwrócić produkt wadliwy, ale już różnicy w cenie między oryginałem a tym produktem nie zrekompensuje w ramach rękojmi. Potęguje to tylko straty po jego stronie.

Dowód (zał. nr 2): SWZ, zał. nr 5 do oferty – umowa

Dowód (zał. nr 3): przykładowe oferty odwołujących i konkurencji z innych postępowań

Ponadto w ocenie Odwołujących taki zapis prowadzi do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów art. 219 Pzp i art. 223 ust. 1 Pzp, z których wynika, że modyfikacje ofert po terminie ich składania są niedopuszczalne. Proponowany zapis umowny prowadzi do pośredniego obejścia tego zakazu (i to na jednostronną korzyść Zamawiającego). Zamawiający może bowiem wymusić na Wykonawcy dostawę zupełnie innego asortymentu niż zaoferował w ofercie. Będzie to asortyment ze swej natury droższy i równocześnie asortyment oryginalny, a nie równoważny. Ponownie trzeba zwrócić uwagę, że przy tak mocnych obwarowaniach umownych dotyczących konsekwencji zakwestionowania zasadności reklamacji (kary umowne, koszty ekspertyzy), wykonawca będzie skutecznie zniechęcony do wchodzenia w spór z Zamawiającym i zapewne wykona jego polecenia, z rażącą szkodą dla siebie i wbrew złożonej ofercie.

Dowód (zał. nr 2): SWZ, zał. nr 5 do oferty - umowa

Reasumując, w ocenie odwołujących tak zaprojektowany zapis umowny:

- narusza zasadę uczciwej konkurencji i proporcjonalności, bo premiuje dostawców oryginałów, zniechęca do oferowania produktów równoważnych, w sposób nieusprawiedliwiony rażąco premiuje sytuację prawną i ekonomiczną zamawiającego w stosunku do dostawcy,
- narusza prawo, a to: ustawowy zakaz ograniczania dostępu do rynku dla produktów równoważnych oraz zakaz budowania zamówień w oparciu o markę produktu, narusza także ustawowy zakaz modyfikowania oferty po terminie do jej składania oraz nakaz związania

ofertą, przy czym czyni to wyłącznie na korzyść zamawiającego, narusza prawo w zakresie możliwości powołania się na domniemanie prawne jakości produktu związane z posiadanymi certyfikatami,

- jest rażąco nieproporcjonalne, przez co sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku prawnego, bo: zastrzega korzyści wyłącznie dla zamawiającego, zmuszając wykonawcę do ponoszenia nieuzasadnionych i rażąco zawyżonych kosztów, wypacza prawną instytucję rękojmi i gwarancji, gdyż nie pozwala na dostawę takiej samej rzeczy wolnej od wad, ale wymusza dostawę rzeczy zupełnie innej, systemowo droższej, która wszak też nie daje gwarancji braku wad ukrytych, ponadto zapis ten automatycznie ma za zadanie zniechęcić wykonawcę do wchodzenia w jakąkolwiek polemikę z zarzutami zamawiającego, skoro zamawiający może zagrozić wykonawcy skierowaniem materiału do ekspertyzy, za którą wykonawca poniesie koszty, a dodatkowo zapłaci kary umowne.

Zwracamy w tym miejscu także uwagę na ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wydawane jeszcze pod rządami poprzedniej ustawy, ale nadal aktualne). I tak na przykład w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. **KIO 980/18**, wskazano, co następuje:

„Izba wskazuje, że w zakresie możliwości i sposobu kształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych w pełni podziela powołane przez Odwołującego stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 20 listopada 2015 r., zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 2399/15, w którym stwierdzono m. in.: ”Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić.

Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które

mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych.

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa UZP, w którym stwierdzono m. in.: „W przepisach aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) nie umieszczono szczególnych regulacji dotyczących kary umownej przyjmując, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego tworzy stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą właściwy dla prawa cywilnego. Zatem w kwestii dotyczącej kar umownych wystarczające jest odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego, określone w art. 14 i art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie w art. 36 ust. 1 pkt 16 powołanej ustawy zdefiniowano powinność zamawiającego polegającą na zawarciu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, a jednocześnie zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należy zabezpieczyć jego interes, a tym samym interes publiczny. W dokumentach, do których odwołuje się art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinny być zatem określone przez zamawiającego istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody.

W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie

nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...)

Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.(...) Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości” (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., opublikowany na stronie internetowej pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf)”.

Orzeczenie to odwołujący w pełni aprobuje. Wyjaśnia ono bardzo precyzyjnie, iż zasada swobody umów – zwłaszcza w wypadku umów zawieranych w ramach zamówień publicznych, które siłą rzeczy mają charakter adhezyjny – nie jest nieograniczona i w sytuacji, w której Zamawiający ma w zasadzie wyłączny wpływ na jej kształt, nie powinna być nieproporcjonalna i zbyt represyjna. Nie może prowadzić do wypaczenia i wynaturzenia głównej zasady stosunków cywilnych, to jest równości obu stron.

Z uwagi na powyższe – biorąc pod uwagę pozostałą treść projektu umowy zwłaszcza zaś zapis §3 ust. 4 (zwykła procedura reklamacyjna) oraz zapisy § 10 (kary umowne), w ocenie odwołujących zapis § 3 ust. 5 projektu umowy jest wadliwy w całości i powinien zostać usunięty w całości.

Gdyby jednak Izba wyraziła odmienne przekonanie, Odwołujący wskazują, że zmiana treści tego ustępu wymaga co najmniej: usunięcia obowiązku dostawy produktu oryginalnego w miejsce równoważnego oraz usunięcie zapisów o procedurze obciążania wykonawcy kosztami zlecenia ekspertyzy w wypadku zakwestionowania zarzutów o niezgodności produktu z umową. Zapis ten bowiem stanowi sam w sobie swego rodzaju „nadużycie”, narzędzie do zniechęcania wykonawcy do dochodzenia swoich praw, przez co zaburza równość stron i premiuje w sposób nieuprawniony zamawiającego.

III / Co do zwrotu kosztów postępowania:

Zgodnie z treścią odnośnego rozporządzenia, jesteśmy uprawnieni do żądania zwrotu kosztów postępowania, na które składa się m.in. wpis (7.500 zł), opłata od pełnomocnictwa (17 zł) oraz inne uzasadnione koszty poniesione przez odwołującego, do których należy zaliczyć także koszty obsługi prawnej (do kwoty 3.600 zł).

Koszty te wykażemy najpóźniej na rozprawie rachunkami i potwierdzeniami przelewów.

Ponieważ prowadzimy przedsiębiorstwo w ramach spółki cywilnej i obaj występujemy jako skarżący, to obaj jesteśmy wierzycielami z tytułu roszczenia o zwrot kosztów postępowania.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Odpis odwołania wraz ze wszystkimi załącznikami doręczyliśmy Zamawiającemu: poprzez e-mail oraz na zamieściliśmy na platformie zakupowej, na dowód czego załączam stosowne potwierdzenia.