



Warszawa, dnia 25 października 2019 r.

Wydział Zamówień Publicznych
Komendy Stołecznej Policji
WZP -.....

6200/5168/19

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na: **Dostawy materiałów eksploatacyjnych do sprzętu teleinformatycznego; WZP-5168/19/261/Ł**

Wydział Zamówień Publicznych KSP, działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 38 ust 1a i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), uprzejmie informuje o treści pytań zadanych przez Wykonawców i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach:

Pytanie nr 1:

Pytanie 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie z SIWZ sprzecznych z Ustawą zapisów promujących producentów urzędzeń drukujących ?

W Rozdziale XIII pkt 1-3 Zamawiający poinformował, że **będzie przyznawał punkty produktom równoważnym pod warunkiem, że będą sygnowane marką producenta urzędzeń**. Produktom równoważnym innych producentów punkty nie będą przyznawane.

„Rodzaj oferowanych materiałów eksploatacyjnych – opisany przez zamawiającego z dopiskiem w nawiasie „jakość” oraz informacją „za każdy zaoferowany asortyment oryginalny/asortyment równoważny (produkt jakościowo potwierdzony przez producenta urzędzeń drukujących, w danym zadaniu przyznany zostanie 1 pkt.)” Takie określenie kryterium oceny ofert jest jawną dyskryminacją pozostałych producentów materiałów eksploatacyjnych. Wnosimy zatem o zmianę pozostającą w sprzeczności SIWZ z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 2:

Pytanie 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę kryterium oceny ofert określone w części XIII SIWZ "Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert" ?

W aktualnym brzmieniu kryterium oceny ofert zostało określone :

Oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie:

Lp.	KRYTERIUM	WAGA
1.	CENA	45%
2.	RODZAJ OFEROWANYCH	55%

	MATERIAŁÓW EKSPLOATACYJNYCH	
RAZEM:		100%

· Cena brutto Znaczenie kryterium
(waga) - 45%

Oferta z najniższą ceną otrzyma 45 pkt., inne proporcjonalnie mniej według wzoru:

$$\text{Ocena punktowa (C)} = \frac{\text{najniższa cena oferty brutto}}{\text{cena brutto badanej oferty}} \times 100 \text{ pkt.} \times 45\%$$

- **Rodzaj oferowanych materiałów eksploatacyjnych** – opisany przez zamawiającego z dopiskiem w nawiasie „jakość” oraz informacją „za każdy zaoferowany asortyment oryginalny/asortyment równoważny (produkt jakościowo potwierdzony przez producenta urządzeń drukujących), w danym zadaniu przyznany zostanie 1 pkt.)

Znaczenie kryterium (waga) - 55%

Liczba punktów w kryterium rodzaj oferowanych materiałów eksploatacyjnych wg następującego wzoru:

łączna liczba wszystkich materiałów oryginalnych zaoferowanych w ofercie

· **Ocena punktowa O** = ----- x 100 pkt x 55%
łączna liczba wszystkich materiałów oryginalnych będących przedmiotem zamówienia.

Za najkorzystniejszą ofertę zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą liczbę punktów – „E”, gdzie E oznacza sumę uzyskanych punktów w kryteriach cena i rodzaj materiału eksploatacyjnego.

$$E = C + O$$

Tak zestawione kryterium oceny ofert narusza 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 materiałów eksploatacyjnych” w sposób naruszający równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Naruszony został również 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.

Czy Zamawiający dokona stosownej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

- usunięcie z kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” 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 ?

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://sejm.gov.pl/Sejm8.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, i 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 przeprowadza 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. Znaczy 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 2014r.” (<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)⁸ 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 opisania, 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, wpływających 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, artykułowymi 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".

Szczególnego podkreślenia wymaga kwestia stanowiska w analogicznej do przedmiotowej sprawie 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.

W załączeniu do przedmiotowej informacji - 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.

Ocena zastosowanego w Postępowaniu kryterium oceny ofert

Jak wynika z SIWZ mechanizmu oceny ofert w zakresie kryterium, które przesądzi o wyborze oferty najkorzystniejszej 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). Potwierdza to wyjaśnienie, w którym zamawiający określa parametr odniesienia do "Ilość sztuk materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urzędu w badanej ofercie)" (logicznym i bezspornym jest fakt, że producenci urządzeń drukujących zalecają tylko i wyłącznie swoje produkty sygnowane własną markę. 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. Informujący spełnia kryteria oceny równoważności dla produktów jakie zamierza zaoferować Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu.

W sytuacji gdy taki proces dowodowy zostanie skutecznie przeprowadzony przez Pytającego bądź wykonawcę 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 oryginalne (sygnowane marką 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 w sytuacji gdy materiał równoważny mówiąc kolokwialnie jest lepszy (np. bardziej wydajny) od oryginału nie ma wpływu na ocenę takiej oferty (oferowanego przedmiotu) ponieważ produkt taki z matematycznego punktu widzenia daje niższą punktację niż produkt OEM (oryginalny). 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 wskazujemy przykładowe zestawienie hipotetycznych cen ofert zamienników i oryginałów dla założonej ilości. Ilości w poszczególnych zadaniach nie wpływają efekt oceny:

Symulacja 1	Wartość oferty	Pkt. Cena	Liczba tuszy/tonerów oryginalnych	Liczba tuszy/tonerów równoważnych	Pkt. Rodzaj	Suma
Wykonawca A1	500 000,00	45,00	0	72	0	45,00
Wykonawca B1	1 000 000,00	22,50	72	0	55	77,50

Symulacja 2	Wartość oferty	Pkt. Cena	Liczba tuszy/tonerów oryginalnych	Liczba tuszy/tonerów równoważnych	Pkt. Rodzaj	Suma
Wykonawca A2	500 000,00	45,00	0	72	0	45,00
Wykonawca B2	5 000 000,00	15,00	72	0	55	70,00

Symulacja 3	Wartość oferty	Pkt. Cena	Liczba tuszy/tonerów oryginalnych	Liczba tuszy/tonerów równoważnych	Pkt. Rodzaj	Suma
Wykonawca A3	750 000,00	45,00	36	36	25	72,50
Wykonawca B3	1 000 000,00	30,00	72	0	55	85,00

Legenda:

Symulacja 1:

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

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

Oferta wykonawcy B1 jest dwukrotnie wartościowo wyższa od oferty A1

Symulacja 2

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

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

Oferta wykonawcy B1 jest dziesięciokrotnie wartościowo wyższa od oferty A1

Symulacja 3:

Wykonawca A1 - wykonawca złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze równoważne (50%)

Wykonawca B1 - wykonawca złożył ofertę w oparciu o tonery/tusze oryginalne (100%) Oferta wykonawcy B1 jest o 50% droższa od oferty A1

Na potrzeby przykładu (Symulacja nr 1) przyjęto wartość oferty zawierającej materiały równoważne w kwocie 500 000 PLN. Wartość oferty zawierającej tylko oryginały (OEM) przyjęto w kwocie 1 000 000 PLN (bardzo ostrożny szacunek, gdyż oferty OEM są znacznie nawet 4-5 krotnie wyższe).

W Symulacji nr 2 dla wykazania kuriozalności omawianego kryterium faworyzującego Wykonawców składających swoje oferty w oparciu o produkty oryginalne (OEM) przyjęto wysoką wartości oferty opartej wyłącznie na oryginalnych tuszach/tonerach (OEM) w wysokości 5 000 000,00 PLN (dziesięciokrotnie wyższą) w porównaniu z ofertą złożoną przez wykonawcę oferującego jedynie materiały równoważne z ceną ofertową 500 000 PLN. Nawet wówczas Wykonawca bazujący jedynie na zamiennikach nie ma żadnych szans na otrzymanie zamówienia.

Można postawić tezę, że oferta zawierające produkty równoważne NIGDY nie będzie korzystniej oceniona niż zawierająca produkty OEM. Dowód w tabeli poniżej dla skrajnego przypadku:

Wartość oferty z produktami równoważnymi: 1 zł

Wartość oferta z OEM: 500 000 000,00 zł

Symulacja 4	Wartość oferty	Pkt. Cena	Liczba tuszy/tonerów oryginalnych	Liczba tuszy/tonerów równoważnych	Pkt. Rodzaj	Suma
Wykonawca	1,00	45,00	0	72	0	45,00
Wykonawca	500 000	0,00	72	0	55	55,00

W Symulacji nr 3 wykazano, że nawet w sytuacji gdyby wykonawca zaoferował zamienniki w proporcji do oryginałów odpowiednio 50% do 50% 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).

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

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 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 możliwość złożenia oferty w sposób, który mógłby konkurować z ofertą pochodzącą od Wykonawcy będącym przedstawicielem producenta materiałów urzędów, 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.

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

Podsumowując powyższe ustalenia:

* zastosowane kryterium oceny ofert jest kryterium, które w istocie jest związane z producentem urzędów nie zaś rzeczywistym przedmiotem zamówienia jakim jest dostawa materiałów eksploatacyjnych do urzędów 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.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 3

W odpowiedzi na Państwa wyjaśnienia dotyczące dostępności na otwartym rynku mat. z poz. 50-69. niestety nie są one zgodne z prawdą. - Nie ma tych produktów na polskim rynku. Ponawiam wniosek o usunięcie ich z postępowania. Jeśli jest jak Państwo sugerują, proszę o wskazanie gdzie te materiały można zakupić? Postępowanie w takiej postaci jest niezgodne z Ustawą PZP i jeśli dojdzie do skutki będzie podlegało unieważnieniu. Przypominam że zgodnie z Ustawą PZP są Państwo zobligowani do udzielania wyczerpujących odpowiedzi na pytania w postępowaniu.

Odpowiedź na pytanie nr 3:

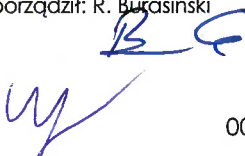
Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SIWZ. Z analizy rynku przeprowadzonej przez Zamawiającego wynika, że co najmniej 2 podmioty dysponują asortyment, o którym mowa w poz. 50-69 wskazanych w Załączniku nr 2A do SIWZ. Jednakże, nie jest ani rolą, ani uprawnieniem Zamawiającego wskazywanie potencjalnym Wykonawcom konkretnych źródeł, z których mogą pozyskać asortyment będący przedmiotem zamówienia.

Wyjaśnienia do SIWZ należy traktować wiążąco dla Stron.

ZASTĘPCA NACZELNIKA
Wydział Zamówień Publicznych
Komenda Stołecznej Policji

Łukasz WEREDA

Sporządził: R. Burasiński



Komenda Stołeczna Policji
Wydział Zamówień Publicznych
00-150 Warszawa, ul Nowolipie 2, tel. 22 603 86 08, faks. 22 603 76 42