



Wasze pismo z dnia: Znak :

Nasz znak:

Data:

BOR 03.2619.1.2022.AP

03.06.2022

## Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu

*Dot.: postępowanie w trybie podstawowym na dostawę artykułów eksploatacyjnych do drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych na potrzeby Lubelskiego Oddziału Regionalnego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa*

Lubelski Oddział Regionalny Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, zwany dalej „Zamawiającym”, w odpowiedzi na pytania, które wpłynęły w dniu 02.06.2022 r. od Wykonawcy w w/w postępowaniu, udziela wyjaśnień.

### Pytanie 1:

Czy Zamawiający wymaga określonych kwot w związku z referencjami, zał. 7 wykaz dostaw?

### Odpowiedź:

Zamawiający w Rozdziale III ust. 1 pkt 1.2. wskazał następujący warunek udziału w postępowaniu:

1. O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:
  - 1.2. Spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 116 ust. 1 ustawy w zakresie:
    - 1.2.1. **Zdolności technicznej lub zawodowej.** Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału we wskazanym zakresie, jeżeli Wykonawca wykaże, że:
      - 1.2.1.1. wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również realizuje, co najmniej 2 dostawy artykułów eksploatacyjnych o wartości brutto nie mniejszej niż 60 000 złotych brutto każda dostawa;

### Pytanie 2:

W załączeniu przesyłam pismo.

### Odpowiedź:

W zakresie wnioskowanej zmiany w projekcie umowy w paragrafie 8 „kary umowne”, pkt.2, Zamawiający nie dokonuje zmian w tym zakresie. Jest to uprawnienie a nie obowiązek Zamawiającego.

W zakresie wniosku o zmianę kryteriów oceny ofert, tj. kryterium „materiały eksploatacyjne zalecane przez producenta”, Zamawiający przychylił się do stanowiska Wykonawcy i dokonuje modyfikacji kryterium oceny ofert określonego w SWZ.

W Rozdziale XI ust. 1 i 2 otrzymuje brzmienie:

### **„Rozdział XI. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.**

1. Przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający będzie się kierował poniższymi kryteriami:
  - 1.1. Kryterium „Cena” ( $P_c$ ) – waga 60% [60 pkt], wg poniższego wzoru:

$$P_c = \frac{C_{min.}}{C_b} \times 60 \text{ pkt}$$

gdzie:

$P_c$  – ilość punktów oferty badanej w kryterium cena

$C_{min.}$  – cena najniższa spośród ważnych ofert

$C_b$  – cena oferty badanej

Ocenie będzie podlegała całkowita cena brutto oferty, podana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym.

- 1.2. Kryterium „Termin realizacji zamówienia” ( $P_r$ ) – waga 40% [40 pkt], wg poniższych zasad:
  - Termin realizacji zamówienia 28 dni od dnia podpisania umowy – 0 pkt,
  - Termin realizacji zamówienia 21 dni od dnia podpisania umowy – 20 pkt,
  - Termin realizacji zamówienia 14 dni od dnia podpisania umowy – 40 pkt.

**U W A G A:**

Zadeklarowany w formularzu oferty termin realizacji zamówienia, odnosi się do każdej z pozycji z formularza asortymentowo - cenowego.

W przypadku zaofiarowania terminu realizacji zamówienia powyżej 28 dni oferta Wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu.

W przypadku zaofiarowania terminu realizacji zamówienia poniżej 14 dni ocenie będzie podlegało 14 dni.

2. Za najkorzystniejszą w danej części zamówienia zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów obliczoną z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, wg wzoru:

$$P = P_c + P_T$$

gdzie:

**P** – łączna ilość punktów oferty w kryteriach oceny ofert,

**P<sub>c</sub>** – ilość punktów oferty w kryterium „Cena”,

**P<sub>T</sub>** – ilość punktów oferty w kryterium „Termin realizacji zamówienia”. ”

Zamawiający dokonuje uszczegółowienia/zmiany wymagań dotyczących przedmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą, w przypadku gdy Wykonawca oferuje materiały równoważne, tj. Rozdział IV.1. ust. 2 pkt 2.5. otrzymuje brzmienie:

- 2.5. W przypadku, gdy Wykonawca oferuje materiały równoważne, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający, zgodnie z treścią art. 107 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 105 ust. 1 oraz 106 ustawy Pzp, żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych:

- 2.5.1. (do każdego oferowanego materiału/artykułu równoważnego):

dokumentów/raportów z testów (w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym), zgodnie z zapisami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, tj.

2.5.1.1. certyfikaty potwierdzające, że proces produkcji zaproponowanego asortymentu równoważnego przebiega zgodnie z normami ISO 9001 lub równoważnymi;

2.5.1.2. certyfikat ISO 14001 lub równoważny na proces produkcji zaproponowanego asortymentu równoważnego, pozwalający zweryfikować czy producent spełnia przepisy związane z ochroną środowiska oraz potwierdzający, że materiały produkowane są w sposób bezpieczny i niewpływający negatywnie na środowisko;

2.5.1.3. wszystkie dane techniczne (dokładny opis) ze szczegółową specyfikacją produktu wraz z analizą porównawczą parametrów technicznych i jakościowych produktu równoważnego w stosunku do asortymentu wskazanego w odpowiedniej pozycji formularza cenowego zawartych w Załączniku nr 1 do SWZ;

2.5.1.4. wyniki testów jakościowych i wydajnościowych przeprowadzonych według standardu ISO/IEC 19752 dla tonerów do monochromatycznych drukarek laserowych;

2.5.1.5. wyniki testów jakościowych i wydajnościowych przeprowadzonych według standardu ISO/IEC 19798 dla tonerów do kolorowych drukarek laserowych.

Zamawiający wymaga, aby raport przedstawiał pełne badanie wydajności. Każdy zaofiarowany materiał równoważny powinien posiadać ww. badania. Zamawiający nie wyraża zgody na przedstawienie zaświadczeń dotyczących grupy asortymentów (tonerów). Raporty z testów ISO/IEC spełniające wymagania Zamawiającego muszą być wystawione przez jednostkę oceniającą zgodność. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). Zamawiający wymaga, aby jednostki oceniające zgodność posiadały stosowną akredytację. Akredytacja oznacza, bowiem poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz – w stosownych przypadkach – wszelkie dodatkowe wymagania. Z treści przywołanego rozporządzenia oraz obowiązującej na gruncie prawa polskiego ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2021 r. poz. 514 – t.j.) wynika, że państwo członkowskie posiada jedną krajową jednostkę

akredytującą, tj. udzielającą akredytacji na wniosek jednostek oceniających zgodność, a na mocy art. 38 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności taką jednostką jest Polskie Centrum Akredytacji. Na mocy przywołanego rozporządzenia jednostki akredytujące państw członkowskich UE są zobowiązane do współpracy międzynarodowej w zakresie akredytacji oraz wzajemnego uznawania stosownych dokumentów potwierdzających akredytację.

Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający nie przewiduje wzywania Wykonawcy do ich złożenia lub uzupełnienia. Ciężar udowodnienia „równoważności” spoczywa na Wykonawcy.

- 2.6. W przypadku, gdy dany Wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w pkt. 2.5.1.1.- 2.5.1.5., ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu Wykonawcy, oraz pod warunkiem, że dany Wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego dostawy spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia lub wymagania związane z realizacją zamówienia, Zamawiający zaakceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w pkt. 2.5.1.1.- 2.5.1.5. (art. 105 ust. 4 ustawy Pzp)

Wymagania powyższe dotyczące badań mają zastosowanie i dokonują zmian odpowiednio w zapisach w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu ofertowym i w Załączniku nr 8 – Opis przedmiotu zamówienia.

Działając na podstawie przepisu art. 286 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, Zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.

Mając na względzie treść Rozdziału IX.1. SWZ, wprowadza następującą zmianę.

Rozdział IX.1. ust 2 i 3 otrzymuje brzmienie:

2. Termin składania ofert **upływa w dniu 14 czerwca 2022 r. o godzinie 09:30**
3. Otwarcie ofert odbędzie się **w dniu 14 czerwca 2022 r. o godzinie 10:00**

Wykonawcy pozostają związani złożoną ofertą przez 30 (trzydzieści) dni kalendarzowych, do dnia 13-07-2022 r. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Z-CA DYREKTORA  
Lubelskiego Oddziału Regionalnego

Dorota Kozak





Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa  
al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,  
Lubelski Oddział Regionalny z siedzibą w Elizówce 65A k/Lublina, 21-003 Ciecierzyn

Nr postępowania: BOR03.2619.1.2022.AP

#### WNIOSEK O ZMIANĘ ZAPISÓW SWZ

1) Wnioskujemy o zmianę niezgodnego z prawem określenia kryteriów oceny ofert. Zastosowanie w postępowaniu kryterium „materiały eksploatacyjne zalecane przez producenta stanowi naruszenie przepisów prawa, to jest:

- art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 99 ust. 4-6 pzp w zw. z art. 239 ust. 2 pzp i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pzp oraz art. 241 ust. 3 pzp poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „materiały eksploatacyjne zalecane przez producenta ” o łącznej wadze 35%, w którym ocena tego kryterium ustalana będzie poniższych zasad:

oferta zawierająca 100% artykułów eksploatacyjnych\* zalecanych przez producentów urządzeń - 35 pkt,

oferta zawierająca od 91 do 99,99 % art. eksploatacyjnych\* zalecanych przez producentów urządzeń - 30 pkt,

oferta zawierająca od 81 do 90,99 % art. eksploatacyjnych\* zalecanych przez producentów urządzeń - 25 pkt,

oferta zawierająca od 71 do 80,99 % art. eksploatacyjnych\* zalecanych przez producentów urządzeń - 20 pkt,

oferta zawierająca od 61 do 70,99 % art. eksploatacyjnych\* zalecanych przez producentów urządzeń - 15 pkt,

oferta zawierająca do 60,99 % art. eksploatacyjnych” zalecanych przez producentów urządzeń - 0 pkt.

Takie określenie kryterium oceny ofert:

- zakłóca uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż znacząco premiuje wykonawców oferujących produkty oryginalne, tym samym zmuszając do zaniechania oferowania produktów równoważnych spełniających wszystkie kryteria przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (art. 16 pkt 1 pzp),

- jedynie pozornie umożliwia oferowanie produktów równoważnych (art. 99 ust. 4-6 *a contrario* pzp),  
- nie prowadzi do ustalenia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy, tj. nie pozwala na ocenę tego, która oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 2

pzp),  
- w ogóle nie odwołuje się do kryterium jakości, gdyż sam fakt, iż produkt jest „zalecany przez producenta sprzętu” („oryginalny”) obiektywnie nie ma wpływu na jego jakość w rozumieniu art. 242 ust. 2 pzp,



- dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 pzp).

Nadmienić należy, że „materiały zalecane przez producenta sprzętu” de facto sprowadzają się do zamkniętego katalogu produktów wytwarzanych przez samego producenta sprzętu.

Zwracamy uwagę, że kryteria oceny ofert, jakie Zamawiający ma prawo samodzielnie ustalić, z jednej strony muszą utrzymywać się w ramach określonych w przepisach Pzp (głównie art. 240-242 i 245 pzp) i nie mogą prowadzić do wynaturzenia istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zgodności z zasadami obiektywizmu (równego traktowania wykonawców) i uczciwej konkurencji. Zatem każda cecha (kryterium), od którego uzależniona jest ocena ofert, musi się wiązać z obiektywnymi i mierzalnymi cechami produktu, które wyróżniają go na gruncie konkurencji lub po prostu odpowiadają oczekiwaniu Zamawiającego, przy czym oczekiwania te z pewnością nie mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji Wykonawców tylko dlatego, że Zamawiający preferuje produkty „oryginalne” a nie równoważne. Zatem choć Zamawiający sam decyduje, jakie dostawy lub usługi są mu potrzebne (i w tym sensie cechy podane w opisie przedmiotu zamówienia mogą być subiektywne

i swobodnie dobrane), to jednak owa swoboda decyzyjności ograniczona jest pewnymi ramami ustawowymi, zwłaszcza zaś zakazem bezpośredniego lub pośredniego eliminowania z postępowania ofert produktów równoważnych. Konsekwencją powyższego jest zatem i to, że na decyzję o wyborze oferty w tym konkretnym postępowaniu (z perspektywy zasady obiektywizmu i określonych opisem przedmiotu zamówienia oczekiwań Zamawiającego) powinny wpływać obiektywne parametry jak: wydajność, wytrzymałość, jakość wydruku, kompatybilność z urządzeniem drukującym, niezawodność, wydajność. Na „jakość” może wpływać to, czy produkt jest fabrycznie nowy, czy regenerowany, czy spełnia określone normy i czy potwierdzono adekwatnymi dokumentami, że normy owe są spełnione. Wszystkie te cechy Zamawiający ujął w kryteriach, jakie powinien spełniać oferowany produkt (Rozdziale II Przedmiot i termin realizacji zamówienia), zatem niespełnianie tych cech samo w sobie prowadzić powinno do odrzucenia oferty podmiotu, który zaoferuje produkty niezgodne z opisem zamówienia

i niezgodne z oczekiwaniem Zamawiającego. Zamawiający dobrał zatem to kryterium z naruszeniem art. 239 ust. 2 pzp, art. 240 ust. 2 i art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 pzp.

Stanowisko w analogicznej sprawie podzieliła również Krajowa Izba Odwoławcza (na dowód czego przywołujemy wyrok z dnia 01.07.2021, sygn. KIO/1607/21 zał. nr 1), która w postępowaniu odwoławczym przychyliła się do zarzutów uwzględniając odwołanie i nakazując usunięcie postanowień dotyczących kryterium oceny ofert o nazwie „Rodzaj oferowanych produktów”.

**W związku z powyższym wnioskujemy jak na wstępie.**

Równocześnie wnioskujemy o zmiany w projekcie umowy w paragrafie 8 „Kary umowne”, pkt.2:

„Jeśli zwłoka w dostawie artykułów eksploatacyjnych/odbiorze zużytych artykułów eksploatacyjnych trwać będzie dłużej niż 3 dni, Zamawiający może dodatkowo nałożyć na Wykonawcę karę umowną w wysokości 5 000,00 zł, wyznaczyć dwudniowy termin na wykonanie zamówienia a po jego upływie (w przypadku braku dostawy/odbioru) może rozwiązać Umowę ze skutkiem natychmiastowym

Zamawiający w jednym pkt zawarł naniesienie kar za niedostarczenie materiałów jak również za odbiór zużytych materiałów. Kara jest abstrakcyjna jeśli chodzi o odbiór pustych, zużytych materiałów. Wyznaczony 2dniowy termin oraz kara 5000,00 zł za nieodebranie w terminie materiałów to wymogi nie adekwatne do wartości przedmiotu umowy. Często kurier wyznaczony do odbioru może mies. poślizg 1-go dnia i narzucanie kar w tak wysokiej kwocie jest skrajnym wymogiem, który skutkuje nawet rozwiązaniem umowy ze strony Zamawiającego.

Również pkt 7 jest abstrakcyjnie określony i również zawiera nierelatywne granice kar co do wartości umowy:



„Kary umowne za zwłokę w dostawach (tj. zgodnie z § 8 ust.1) łącznie nie mogą przekroczyć kwoty brutto określonej w § 5 ust. 3 Umowy. Do tych kar nie sumuje się kar określonych w ust. 2 Dostawa artykułów eksploatacyjnych dla Lubelskiego Oddziału Regionalnego ARiMR Strona 6 z 12 i ust. 4 niniejszego paragrafu „

Kary z tytułu pkt 2 oraz 7 są drastycznie wyższe niż wartość umowy. Zamawiający w projektowanej umowie określił restrykcyjne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości szacunkowej - kary umowne.

Wnoskujemy o zmianę zapisu oraz określenie procentowe np. 5-20%: Kary umowne za zwłokę w dostawach (tj. zgodnie z § 8 ust.1) łącznie nie mogą przekroczyć (5-20%)kwoty brutto określonej w § 5 ust. 3 Umowy.

W załączniku:

- **Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy - Zasada współdziałania**
- **wyrok KIO**





---

## Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy

### Zasada współdziałania

#### 1. Wprowadzenie

Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną. O cywilnoprawnym charakterze tej umowy świadczy przede wszystkim jej dwustronnie zobowiązujący charakter oraz odesłanie do stosowania w kwestiach nieuregulowanych w Prawie zamówień publicznych do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Jednakże pod rządami ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. procedura zawarcia umowy ograniczyła zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, w ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wykonawcy przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mieli ograniczony wpływ na kształtowanie postanowień umowy. Związane to było z faktem, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narzucał wykonawcom ubiegającym się o zamówienie wzorzec umowy w przygotowanej dokumentacji postępowania. Zamawiający w projektowanej umowie często określali restrykcyjne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia oraz jego wartości szacunkowej - kary umowne. Równie często zdarzały się sytuacje, gdzie odpowiedzialność za większość ryzyk związanych z kontraktem publicznym ponosili wykonawcy. Co prawda wykonawcy mogli wnosić o zmianę postanowień umownych, jednakże rzadko spotykało się to z akceptacją ze strony zamawiających. Tego typu działania zamawiającego miały w założeniu chronić jego interes, jako podmiotu wydatkującego środki publiczne, w konsekwencji jednak negatywnie wpływało to na efektywność ich wydatkowania oraz konkurencyjność.

W związku z powyższym pojawiła się potrzeba zmiany w obszarze przepisów dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego, w taki sposób, aby po pierwsze ograniczyć negatywne zjawisko zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających, a po drugie by wzmocnić fazę wykonania i ewaluacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy bowiem zauważyć, że zawarcie umowy o zamówienie publiczne kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże nie jest celem samym w sobie. Celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego, a zatem realizacja w określonym terminie i zgodnie z pozostałymi postanowieniami umowy roboty budowlanej, dostawy produktu/urządzenia czy też wykonanie usługi.

Urzeczywistnieniu powyższych celów ma służyć zmiana w kierunku większego zrównoważenia pozycji stron kontraktu publicznego oraz bardziej partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne. Tym celom służyć mają nw. instytucje uregulowane w przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019. Poz. 2019 ze zm).

- **Zasada współdziałania stron** – art. 431;
- **Katalog klauzul abuzywnych** – art. 433;
- **Obowiązkowe postanowienia umów** – art. 436 i 439;
- **Zaliczki i wypłata wynagrodzenia w częściach** – art. 443;

➤ Raport z realizacji zamówienia – art. 446.

2. Zasada współdziałania

*Do kogo adresowana jest zasada współdziałania?*

***Zasada współdziałania w zakresie realizacji umowy o zamówienie publiczne określona w art. 431 nowej ustawy Pzp, adresowana jest do zamawiającego oraz wybranego w postępowaniu wykonawcy, czyli stron umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie z tym przepisem zamawiający i wykonawca obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia.***

Należy wspomnieć, że zasada współdziałania nie jest instytucją nową na gruncie prawa cywilnego. Zgodnie bowiem z art. 354 § 1 KC dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Natomiast art. 354 § 2 KC wskazuje, że w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Wprowadzenie tej zasady do nowej ustawy Pzp miało zatem na celu podkreślenie roli współdziałania obu stron kontraktu publicznego oraz zaakcentowanie partnerskiego podejścia stron przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zasada współdziałania w szerokim znaczeniu polega przede wszystkim na współpracy wykonawcy z zamawiającym, przejawiającej się w szczególności koniecznością wzajemnego informowania się o przebiegu umowy, zgłaszaniu wątpliwości i problemów, a także szybkim reagowaniu i podejmowaniu decyzji, niezbędnych dla prawidłowej realizacji zobowiązania.

Obowiązek wyrażony w art. 431 Pzp dotyczy zarówno zamawiającego jak i wybranego w określonej procedurze wykonawcy. Powyższe oznacza, że obie strony kontraktu publicznego powinny działać zgodnie, w celu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Współdziałanie to, w szczególności po stronie zamawiającego może dotyczyć (w zależności od rodzaju umowy) np. obowiązku przyjęcia świadczenia, czy odbioru rzeczy przy dostawach, udzielania wskazówek, wyjaśnień, wydanie dokumentacji niezbędnej do wykonania zamówienia przy usługach czy robotach budowlanych<sup>1</sup>. Współdziałanie po stronie zamawiającego może polegać także na powstrzymaniu się od działań, które mogłyby utrudnić wykonanie świadczenia w sposób przewidziany w umowie.

Po stronie wykonawcy natomiast obowiązek współdziałania może przejawiać się w informowaniu zamawiającego o pojawieniu się wszelkich trudności związanych z realizacją zamówienia publicznego, czy też udostępnianiu zamawiającemu dokumentów związanych z wykonywanym świadczeniem.

Jednakże konkretne czynności zamawiającego i wykonawcy, które składają się na zasadę współdziałania, wynikać będą z treści łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, w szczególności z rodzaju umowy oraz z właściwych odrębnych przepisów oraz konkretnego stanu faktycznego.

<sup>1</sup> tak: W.Borysiak [w: Legalis] Osajda [red.], Kodeks cywilny. Komentarz 2020, wyd. 24, teza 72 do art. 354

W związku z powyższym zakres współdziałania oraz określenie ram współpracy powinny zostać doprecyzowane w postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odnosnie umowy o roboty budowlane, obowiązki wynikające z zasady współdziałania należy ustalić na podstawie treści konkretnej umowy, tj. szczegółowych postanowień umownych regulujących zakres uprawnień i obowiązków stron, a także przepisów KC odnoszących się do umowy o roboty budowlane (art. 647 - 658 KC). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach<sup>2</sup> wskazano, że „w szczególności przy wykonywaniu umowy o roboty budowlane obowiązki zamawiającego (inwestora) wynikające z przepisów normujących tę umowę obejmują m.in. obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. W szczególności przepis art. 647 KC wskazując na obowiązki inwestora, odsyła wprost do przepisów prawa budowlanego, określających czynności związane z przygotowaniem robót - w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu - a w końcu do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Niewątpliwym przy tym jest, że zapłaty wynagrodzenia nie można utożsamiać z obowiązkiem współdziałania przy wykonywaniu umowy, skoro zapłata powinna nastąpić dopiero po odbiorze obiektu budowlanego”.

W doktrynie prawa cywilnego wypracowanej na gruncie art. 354 § 2 KC podkreśla się, że obowiązek współdziałania przy spełnieniu świadczenia dotyczy „nie tylko samego współdziałania stron, ale także lojalności względem dłużnika i współpracy w wykonywaniu przez niego wszelkich obowiązków składających się na to zobowiązanie”<sup>3</sup>. Minimum tej lojalności to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków<sup>4</sup>. Zasada lojalności dotyczy powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych w łączącym strony stosunku prawnym<sup>5</sup>.

### 3. Katalog klauzul abuzywnych

#### *Co to są klauzule abuzywne w zamówieniach publicznych?*

***Klauzule abuzywne w umowach o zamówienie publiczne to projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją i z tego tytułu niedopuszczalne. Katalog niedozwolonych postanowień umownych sformułowany został w art. 433 nowej ustawy Pzp.***

Mając na uwadze negatywne zjawisko związane z jednostronnym kształtowaniem postanowień umownych, ustawodawca określił w art. 433 nowej ustawy Pzp katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać. Niedozwolone postanowienia umowne, czyli inaczej „klauzule abuzywne”, to termin wywodzący się z prawa cywilnego, który oznacza postanowienia wzorców umów, które kształtują prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco

<sup>2</sup> wyrok S.A. w Katowicach z 24 września 2013r., sygn. akt I ACa 549/13, Legalis

<sup>3</sup> tak: E. Gniewek, Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis, teza 2 II do art. 354

<sup>4</sup> zob. F. Błahuta, w: Komentarz KC, t.2, 1972, s. 849

<sup>5</sup> F. Błahuta, w: Resich, Komentarz, 1972, t. II, s. 849; M. Safjan, w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. I, art. 354, Nb 15; P. Machnikowski, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz, 2016, art. 354, Nb 8; zob. też A. Szpunar, Charakter, s. 16 oraz stan faktyczny wyr. SN z 5.1.2011 r., III CSK 119/10, Legalis

naruszając jego interes. W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.

**Ważne:**

***Katalog niedozwolonych postanowień przewidziany w art. 433 Pzp ma charakter zamknięty.***

Stosownie do treści art. 433 nowej ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą zawierać postanowień dotyczących:

1. odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, z zastrzeżeniem przypadków, w których jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
2. naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy, które nie jest związane w sposób bezpośredni lub pośredni z przedmiotem umowy o wykonanie zamówienia publicznego lub jej prawidłowym wykonaniem;
3. odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
4. możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron umowy o zamówienie publiczne.

**1) Odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie**

Projektowana umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może przewidywać postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia (art. 433 pkt 1) Pzp).

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, czym jest opóźnienie a czym zwłoka w wykonaniu zamówienia publicznego. W tym celu należy odwołać się do art. 476 Kc, zgodnie z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. A zatem zwłoka to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Opóźnienie natomiast to każde niewykonanie zobowiązania w terminie. Tym samym, przez zwłokę należy rozumieć kwalifikowaną formę opóźnienia. Wykonawca, który nie wykonuje zobowiązania w terminie wyznaczonym w umowie w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, pozostaje w zwłoce.

**Ważne:**

➤ ***Opóźnienie to niewykonanie zobowiązania w terminie.***



- **Zwłoka** to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Zwłoka to tzw. kwalifikowana forma opóźnienia.

Projektowane postanowienie umowne nie może dotyczyć zatem każdego przypadku opóźnienia. Z przepisu tego wynika, iż intencją ustawodawcy jest, by kary umowne były związane ze zwłoką czyli „kwalifikowaną” formą opóźnienia a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego genezę. Należy jednak podkreślić, że komentowana regulacja nie ma charakteru bezwzględnego, co oznacza, że w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia zamawiający będzie mógł zastrzec odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia. Ciężar dowodu w tym wypadku będzie spoczywał na zamawiającym, tj. musi on wykazać, że pomimo generalnego zakazu formułowania postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia, w tym konkretnym przypadku będzie istniała podstawa do tego, by takie postanowienie w umowie zamieścić.

**Przykład niedozwolonej klauzuli:**

*Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty kary umownej na rzecz zamawiającego za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia w terminach, o których mowa w umowie, niezależnie od przyczyn opóźnienia.*

**2) Naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem**

Kolejnym niedozwolonym postanowieniem umownym (art. 433 pkt 2 Pzp) jest naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Instytucja kary umownej została uregulowana w art. 483 § 1 KC, zgodnie z którym 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 Kc 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 KC kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody.

**Ważne:**

***Kara umowna to określona suma pieniędzy, którą zobowiązuje się zapłacić jedna ze stron umowy na rzecz drugiej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego***

Kara umowna ma charakter odszkodowawczo-kompensacyjny i ma na celu stymulowanie dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Jednakże zastrzeżenie kar umownych w umowach o zamówienie publiczne nie może mieć charakteru absolutnego. Oznacza to, że zamawiający jest uprawniony do kształtowania postanowień dotyczących kar umownych zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem, specyfiką i wielkością zamówienia, ale jednocześnie powinny być one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ewentualnego uszczerbku, jakiego może doznać zamawiający wskutek niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę.

Z powyższego wynika, że zamawiający, uwzględniając funkcje kary powinien tak kształtować postanowienia umowne w tym zakresie, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu lub są marginalne z punktu widzenia prawidłowego wykonania zamówienia publicznego.

Ze względu na wskazaną wyżej funkcję, kara umowna co do zasady zastrzegana jest w związku z konkretnymi nieprawidłowościami w zakresie zrealizowania przedmiotu głównego umowy. Natomiast powiązanie obowiązku zapłaty kary umownej z naruszeniem świadczeń ubocznych w stosunku do przedmiotu świadczenia głównego, narusza tę funkcję. Istotne jest zatem aby zamawiający ustalił, jakie zachowanie wykonawcy dotyczy bezpośrednio lub pośrednio przedmiotu zamówienia lub jest związane z jego prawidłowym wykonaniem, a jakie już nie jest.

### **3) Odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający**

Kolejne postanowienie (art. 433 pkt 3 Pzp), które uznane jest przez ustawodawcę za niedozwolone, związane jest z przewidywaniem odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania ma swoje źródło w przepisie art. 471 KC, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zgodnie natomiast z art. 362 KC, jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. W doktrynie i orzecznictwie z zakresu prawa cywilnego podkreśla się, że jeżeli nienależyte wykonanie zobowiązania zostało spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie wierzyciel, to dłużnik nie może być zobowiązany do zapłaty kary umownej<sup>6</sup>. Sąd Najwyższy stwierdził<sup>7</sup>, że „kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC), gdyż dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 KC domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność”.

A zatem zamawiający nie może wprowadzić do umownej odpowiedzialności wykonawcy sytuacji, w których wyłączną odpowiedzialność ponosi on sam.

6 por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12, LEX nr 1378171)

7 Wyrok SN z dnia 6 października 2010 r. sygn., akt II CSK 180/10, LEX nr 970070,

#### **Przykład niedozwolonej klauzuli:**

Wykonawca ponosi odpowiedzialności za opóźnienie wynikające z winy zamawiającego.
Wykonawca ponosi odpowiedzialność za dokumentację, którą zamawiający dostarczył wykonawcy w celu realizacji inwestycji.

#### **4) Ograniczenie zakresu zamówienia**

Ustawa Pzp w art. 433 pkt 4 wskazuje na zakaz wprowadzenia do umowy zapisów związanych z możliwością ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. Co do zasady istnieje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego, jeżeli zamawiający w dokumentach zamówienia określił minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron. Powyższe może nastąpić w trybie zmiany umowy przewidzianej w art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: a) określają rodzaj i zakres zmian, b) określają warunki wprowadzenia zmian, c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że „do powinności zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Przewidziane w warunkach zamówienia zmiany umowy wynikające z bieżących potrzeb zamawiającego, w ocenie Izby, nie mogą zostać z góry wyłączone, czy ograniczone - bez względu na uwarunkowania techniczne wykonawcy, ale ich wprowadzenie tak w odniesieniu do zakresu i terminu, jak i rozliczeń winno być ujęte w sposób czytelny i jednoznaczny w warunkach zamówienia”<sup>8</sup>.

A zatem za niedozwoloną należy uznać projektowaną klauzulę umowną, która przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

A contrario, nie można uznać projektowanej klauzuli umownej za niedozwoloną w świetle art. 433 pkt 4) Pzp, jeżeli zamawiający przewidzi możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jednocześnie wskazując minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.

#### **Mechanizm stwierdzenia, czy dane projektowane postanowienie jest abuzywne:**

Z jednej strony zakaz konstruowania niedozwolonych postanowień umownych spoczywa na zamawiającym, który przygotowuje projekt umowy, a z drugiej strony wykonawcy mają prawo do zaskarżenia projektowanych postanowień umownych niezgodnych z przepisami prawa.

- **art. 513 pkt 1) Pzp** odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania

<sup>8</sup> Por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 24/14,

---

wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy. Tym samym, jeżeli zamawiający we wzorze umowy załączonej do dokumentacji postępowania zawrze postanowienie określone w art. 433 Pzp, wówczas wykonawca będzie mógł złożyć w tym zakresie odwołanie.

- **art. 554 ust. 1 pkt 2) Pzp** - Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.
- **art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. c)** - uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.
- **art. 469 Pzp pkt 8)** – Prezes UZP przygotowuje, na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądu zamówień publicznych i podaje do publicznej wiadomości przykładowe postanowienia umowne, które mogą być niezgodne z art. 433 Pzp.

#### **4. Obowiązkowe postanowienia umów**

##### **I. Postanowienia obligatoryjne wynikające z art. 436 nowej ustawy Pzp**

W art. 436 Pzp wprowadzono katalog obowiązkowych klauzul umownych, które powinna zawierać każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na przedmiot zamówienia, wartość czy tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzającego zawarcie umowy. Art. 436 Pzp znajduje zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Należy podkreślić, że art. 436 Pzp stanowi otwarty katalog klauzul umownych, co oznacza, że poza tymi, które zostały wprost wymienione w ww. przepisie, zamawiający może wprowadzać, a w niektórych przypadkach (np. art. 437, 438, 439 Pzp) powinien wprowadzać, także inne klauzule umowne.

Ustawodawca wprowadzając obligatoryjny wykaz klauzul umownych, uznał, że stworzenie kompleksowej regulacji dotyczącej umów, która zapewni minimalne standardy, wpłynie korzystnie na sytuację wykonawców, uczyni zamawiających sektora publicznego bardziej przewidywalnymi, a tym samym zachęci wykonawców do większego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

##### **1) Termin zakończenia świadczenia**

Art. 436 pkt 1) Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zawarcia w umowie w sprawie zamówienia publicznego postanowień dotyczących planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej, oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

---

Należy tylko przypomnieć, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie narzucała zamawiającemu, jak powinien określać termin realizacji zamówienia, czy poprzez wskazanie konkretnej daty dziennej czy też wskazanie konkretnego czasookresu. Jednakże określenie terminu zakończenia świadczenia poprzez wskazanie konkretnej daty rodziło w praktyce wiele problemów i stanowiło ryzyko finansowe dla wykonawców. Zdarzały się sytuacje, że w wyniku przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia, termin realizacji zamówienia oznaczony sztywno konkretną datą był niemożliwy do zrealizowania. Tym samym w sytuacji, w której termin wykonania zamówienia ustalony był poprzez wskazanie konkretnej daty mogło wystąpić duże prawdopodobieństwo, że wykonawca nie zdąży z wykonaniem zamówienia w tym terminie, co pociągało za sobą ryzyko naliczenia kar umownych. W związku z powyższym niezbędne stało się uregulowanie sposobu ustalenia terminu zakończenia umowy.

A zatem ustawa Pzp narzuca zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca, odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę) a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało każdego z wykonawców do uwzględniania w sposób całkowicie odmienny i subiektywny związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów.

Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania.

W szczególności w przypadku umów długoterminowych, zamawiający może również przewidzieć w razie potrzeby postanowienia dotyczące planowanego terminu wykonania poszczególnych części usługi, dostawy czy roboty budowlanej, z tym że w tym przypadku należy również określić terminy cząstkowe w dniach tygodniach, miesiącach lub latach. Powyższe rozwiązanie służy zrównoważeniu stron kontraktu, stanowi wyraz bardziej partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza wspólne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyk związanych z terminem realizacji.

## **2) Warunki zapłaty wynagrodzenia**

Art. 436 pkt 2) Pzp wprowadza obowiązek zawarcia w każdej umowie o zamówienie publiczne postanowień dotyczących warunków zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Klauzula ta dotyczyć będzie w szczególności ustalenia czy płatność za wykonanie zamówienia ma charakter jednorazowy czy zamawiający będzie płacił wynagrodzenie w częściach, oraz czy udziela zaliczek na poczet wykonania zamówienia. W art. 443 ust. 1 Pzp nałożono obowiązek płatności częściowych lub udzielenia zaliczek w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, w stosunku do każdego rodzaju zamówienia publicznego. Jednakże ustawa nie ogranicza możliwości ustalenia płatności częściowych lub zaliczkowania także w stosunku do umów zawartych na okres krótszy niż 12 miesięcy.



Takimi warunkami mogą być również zasady sporządzenia określonych protokołów odbioru (częściowych, przejściowych, końcowych, ilościowych, jakościowych), załączników do nich (oświadczeń podwykonawców, kierowników robót, dostawców, certyfikatów, dokumentów gwarancji), decyzji organów, etc.

W przypadku umów na roboty budowlane zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy dodatkowe zasady wypłaty wynagrodzenia zawiera art. 447 Pzp.

**Art. 447.** 1. W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę: 1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych; 2) całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio: 1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane, 2) udzielenie kolejnej zaliczki – w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, zamawiający może wskazać w SWZ procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

### 3) Łączna maksymalna wysokość kar umownych

Ustawa Pzp wprowadza obowiązek wskazania w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3) Pzp). Zgodnie z art. 483 § 1 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Definicja kary umownej zawarta w KC przewiduje zatem, że kara umowna powinna stanowić określoną sumę. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości<sup>9</sup>.

#### **Ważne:**

Wysokość kary umownej może zostać określona kwotowo lub procentowo (jako oznaczony procent wartości całego świadczenia, którego dłużnik nie spełnił w terminie) bądź w sposób łączący obie te metody<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Wyrok SN z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14

---

Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 nowej ustawy Pzp.

**Art. 16.** *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny.*

Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, zamawiający powinien pamiętać ustalając maksymalną wysokość kar umownych, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofert wysokość kar umownych, co powoduje wzrost ceny albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.

Ustawodawca nie precyzuje górnej granicy wysokości kar, przekazując tym samym uprawnienie do jej określenia zamawiającemu, jako gospodarzowi postępowania.

**Ważne:**

**Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.**

**4) Kary umowne z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w przypadku umów zawieranych na okres powyżej 12 miesięcy**

Zgodnie z art. 436 pkt 4) lit a) Pzp, w przypadku umów na roboty budowlane, dostawy i usługi zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zamawiający jest zobligowany do wskazania w umowie wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 Pzp.

---

10 (tak: red. Osajda 2020, wyd. 24/W.Borysiak w: Kodeks cywilny. Komentarz 2020, wyd. 24, teza 62 do art. 483) Legalis

**Art. 439 ust. 5** Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z art. 439 ust. 1 -3 Pzp zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki, tj.

- 1) przedmiotem umowy są roboty lub usługi ;
- 2) okres jej obowiązywania przekracza 12 miesięcy.

Tym samym zamawiający ma obowiązek wprowadzić do umowy karę umowną w stosunku do wykonawcy za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy z tytułu zmian wysokości wynagrodzenia spowodowanej zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wysokość tej kary ustala sam zamawiający. A zatem jeżeli wykonawcy zostało zmienione wynagrodzenie na skutek okoliczności związanych ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to jest on zobligowany do zmiany wynagrodzenia przysługującej w tym zakresie podwykonawcom, z którymi zawarł umowy. Jeżeli tego nie czyni lub czyni to nieterminowo zobowiązany będzie zapłacić z tego tytułu karę umowną.

#### **5) Waloryzacja wynagrodzenia umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy**

Zgodnie z art. 436 pkt 4) lit. b) nowej Pzp w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa powinna zawierać zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
  - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
  - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
  - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Zasadniczym celem jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść w przypadku zamówienia długoterminowego, w związku z podwyższeniem obciążeń finansowych, które stanowią element kosztów jego realizacji. W oparciu o zawarte w treści umowy klauzule waloryzacyjne

dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zaistnienia zmian przepisów wymienionych w art. 436 pkt 4 lit. b) Pzp, które jednocześnie będą miały wpływ na koszty realizowanego zamówienia. Z drugiej strony ochrona taka będzie przysługiwać również zamawiającemu, w przypadku obniżenia ciężarów publicznoprawnych, które podwyższyły koszty wynagrodzenia wykonawcy. Ujmowane w treści umowy klauzule, w oparciu o które dokonywana będzie korekta wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, w sytuacji zaistnienia zmian przepisów wymienionych wprost w tym przepisie mają zastosowanie, o ile powyższe zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

**Ważne:**

**Norma przewidująca uwzględnienie w treści umowy zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy tzw. klauzul waloryzacyjnych ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że każda umowa o zamówienie publiczne zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, powinna zawierać klauzule znajdujące zastosowanie w sytuacji, gdy zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej czy też zmiana stawki podatku VAT lub stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne a także zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych wywiera wpływ na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę.**

Zmiana wynagrodzenia wykonawcy powinna być adekwatna, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa, a kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Przy czym wykonawca powinien wykazać wpływ zmiany przepisów prawa na koszty wykonania zamówienia<sup>11</sup>.

Zasadniczym warunkiem dokonania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jest, w świetle art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, wpływ zmiany przepisów prawnych na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Oznacza to, że ciężar wykazania zwiększonych kosztów ciąży na wykonawcy. Niezbędne jest zatem zawarcie we wzorze umowy postanowienia dotyczącego przedstawienia przez wykonawcę środków dowodowych stanowiących podstawę dokonania obliczeń ustalających zmiany wynagrodzenia. Ponadto należy przyjąć, że projekt umowy o zamówienie publiczne powinien również zawierać postanowienia proceduralne odnoszące się chociażby do terminu i sposobu ich wprowadzenia. Natomiast w przypadku zmiany przepisów, które będą prowadziły do zmniejszenia kosztów związanych z realizacją zamówienia, wówczas ciężar ten będzie spoczywał na zamawiającym.

Zamawiający zobligowany jest zatem do sformułowania i opisanie zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. Ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być "odpowiednie". Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian. Klauzula umowna określająca zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia może przykładowo przewidywać złożenie przez wykonawcę wniosku o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia, wraz z uzasadnieniem zawierającym szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką

<sup>11</sup> Tak: wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 346/15

pierwotnie ustalone wynagrodzenie uległoby zmianie. Uzasadnienie może składać się z pisemnego zestawienia wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników świadczących usługi, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi, a także niezbędnej dokumentacji dowodowej. Jednocześnie procedura umowna może przewidywać z jednej strony określony termin dla wykonawcy na złożenie umotywowanego wniosku (z załącznikami) a z drugiej strony termin dla zamawiającego na dokonanie weryfikacji zasadności wniosku wykonawcy i ewentualnej akceptacji żądań w pełnym zakresie bądź częściowo.

## **II. Postanowienia obligatoryjne wynikające z art. 439 nowej ustawy Pzp**

*Art. 439. 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

*2. W umowie określa się:*

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:*

*a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*

*b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;*

*3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*

*4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

*3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.*

*4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.*

*5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1–3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:*

- 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;*
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.*



Waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 nowej ustawy Pzp ma na celu zrównoważenie stron umowy o zamówienie publiczne. Klauzule określone w ww. przepisie umożliwiają przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zamiarem ustawodawcy było nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do umów na roboty budowlane i usługi przekraczających okres 12 miesięcy mechanizmów, które będą uwzględniały wpływ czynników zewnętrznych, takich jak zmiana cen materiałów lub kosztów, na rentowność realizowanego zamówienia.

Art. 439 nowej ustawy Pzp wprowadza waloryzację umowną, która umożliwia stronom umowy o zamówienie publiczne zmianę ustalonego w umowie wynagrodzenia z uwagi na okoliczności wymienione w tym przepisie. Należy zwrócić uwagę, że waloryzacja, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp dotyczy umów o roboty budowlane i usługi zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W przypadku tego typu umów, każda umowa powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

**Ważne:**

**A zatem, w umowie tej zamawiający winien określić:**

1. poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniających stronę do żądania zmiany wynagrodzenia, przy czym ustawa nie określa żadnego minimalnego progu w tym zakresie. Postanowienie ma wskazać również początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia.
2. sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia może zostać określony również przez wskazanie innej podstaw, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów.
3. sposób określenia wpływu zmiany ceny na koszty wykonania zamówienia oraz okresów, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy.
4. maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowienia.

Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia.

Zamawiający zobligowany jest zatem do sformułowania i opisanego zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia<sup>12</sup>.

Przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje równe rozłożenie ryzyka pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.

#### **5. Zaliczki i wypłata wynagrodzenia w częściach**

***Kiedy po stronie zamawiających powstaje obowiązek płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielenia zaliczki?***

**Zgodnie z art. 443 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. A zatem obowiązek płatności wynagrodzenia w częściach lub udzielenia zaliczki będzie więc dotyczyć wszystkich kategorii umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.**

Kolejnym instrumentem, który ma na celu zrównoważenie pozycji stron kontraktu publicznego oraz bardziej partnerskiego traktowania wykonawców to obowiązek, o którym mowa w art. 443 nowej ustawy Pzp, tj. obowiązek zapłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Rozwiązanie to powinno poprawić płynność finansową wykonawców, obniżyć po ich stronie koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji przełożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienie publiczne szerszej grupy wykonawców. Obowiązek ten dotyczy wszystkich kategorii umów, pod warunkiem zawarcia ich na okres dłuższy niż 12 miesięcy. A zatem dotyczy to umów na usługi, dostawy i roboty budowlane.

A zatem, zamawiający zobowiązany jest do określenia w umowie, jaki procent wynagrodzenia będzie wypłacał za poszczególne części. W przypadku zamówień na usługi powtarzające się okresowo lub ciągle stosować będzie można rozliczenia miesięczne lub kwartalne. Natomiast w przypadku dostaw np. artykułów biurowych, sprzętu IT przyjąć będzie można płatności etapowe, które następować będą po dostarczeniu danej partii. To od zamawiającego zależy, jaki model płatności częściowych przyjmie, jednakże musi pamiętać o określeniu, jaki procent wynagrodzenia będzie wypłacał za poszczególne części i jaka będzie wartość ostatniej części.

Należy też pamiętać, iż ustawodawca w zakresie ostatniej części wynagrodzenia wprowadził ograniczenie procentowe, zgodnie z którym, ostatnia część wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Postanowienia umowy regulujące rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą uzależnione są od charakteru i rodzaju zamówienia, jego zakresu i wielkości, a także sposobu oraz terminu realizacji. Zapisy umowy powinny być w każdym przypadku dostosowane do specyfiki udzielanego zamówienia.

<sup>12</sup> Uzasadnienie rządowego projektu – Prawo zamówień publicznych, druk sejm. nr 3624

W przypadku natomiast gdy zamawiający nie przewiduje płatności częściowych w umowach zawartych na okres powyżej 12 miesięcy, wówczas zamawiający zobowiązany jest przewidzieć udzielanie wykonawcy zaliczek, pozwalających na płynne finansowanie kolejnych etapów zamówienia. W tym aspekcie przepis art. 443 ust. 3 Pzp stanowi, że zaliczka nie może być mniejsza niż 5% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Należy także wspomnieć, że w przypadku innych umów, niż określone w art. 443 nowej ustawy Pzp zamawiający mają możliwość udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, o której mowa w art. 442 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek.

**Art. 442.** 1. Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

2. Zamawiający może udzielić kolejnych zaliczek, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek.

3. Zamawiający może żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku następujących formach:

1) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;

2) gwarancjach bankowych;

3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości;

5) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej;

6) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;

7) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz. U. z 2018 r. poz. 2017).

4. Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia zaliczki, jeżeli przewidywana wartość zaliczek przekracza 20% wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

5. W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Umowa może przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji tej umowy.

6. Do zamawiających, o których mowa w art. 4 pkt 2 i 3, nie stosuje się przepisów ust. 2 i 4.

## 6. Raport z realizacji zamówienia

### *Kto i kiedy ma obowiązek sporządzić raport z realizacji zamówienia?*

Obowiązek sporządzenia raportu z realizacji zamówienia spoczywa – w świetle art. 446 ust. 1 ustawy Pzp – na zamawiającym. Zgodnie z tym przepisem zamawiający sporządza raport z realizacji zamówienia, w którym dokonuje oceny tej realizacji, w przypadku gdy:

- na realizację zamówienia wydatkowano kwotę wyższą co najmniej o 10% od wartości ceny ofertowej;
- na wykonawcę zostały nałożone kary umowne w wysokości co najmniej 10% wartości ceny ofertowej;
- wystąpiły opóźnienia w realizacji umowy przekraczające co najmniej: a) 90 dni, w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro, b) 30 dni, w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych – 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro;
- zamawiający lub wykonawca odstąpił od umowy w całości lub w części, albo dokonał jej wypowiedzenia w całości lub w części.

Nową instytucją jest raport z realizacji zamówienia przewidziany w art. 446 ustawy, który ma na celu zobligowanie zamawiających w przypadku zamówień, których realizacja napotkała określone trudności, do dokonania oceny realizacji takiego zamówienia. Celem tego nowego obowiązku po stronie zamawiających jest zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych dzięki należytej przeprowadzonej ewaluacji realizacji umowy. Dzięki przeanalizowaniu treści umowy oraz sposobu jej realizacji, zamawiający może wdrożyć zmiany w odniesieniu do zamówień podobnego typu w przyszłości. A zatem, nałożony dyspozycją art. 446 Pzp obowiązek przygotowania przez zamawiających raportu z realizacji umowy jest elementem procesu, którego celem jest wzmocnienie regulacji dotyczących fazy wykonania i ewaluacji. Należy zauważyć, że obowiązek sporządzenia raportu nie ma zastosowania do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (art. 395 ust. 1 pkt 2) Pzp).

Art. 446 ust. 3 wskazuje na obligatoryjne elementy raportu, czyli informacje związane z realizacją umowy, które muszą być zawarte w raporcie. Decyzje o sposobie przygotowania tego dokumentu, z uwzględnieniem wymogów ustawowych w tym zakresie, podejmuje samodzielnie zamawiający.

1) Raport musi zawierać wskazanie kwoty, którą wydatkowano na realizację zamówienia, oraz porównanie jej z kwotą wynikającą z szacowania wartości zamówienia oraz ceną całkowitą, podaną w ofercie albo maksymalną wartością nominalną zobowiązania zamawiającego wynikającą z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe (art. 446 ust 3 pkt 1) Pzp). Powyższe informacje potrzebne są do oceny prawidłowości ustalenia szacunkowej wartości zamówienia oraz ceny zawartej w ofercie. Porównanie tych kwot pozwoli na ustalenie rzeczywistej kwoty, którą przeznaczono na realizację zamówienia.

2) Zgodnie z art. 446 ust 3 pkt 2) Pzp, raport musi zawierać wskazanie jednej z okoliczności, która warunkuje sporządzenie raportu, czyli jedną z okoliczności określonych w art. 446 ust. 1 Pzp.

3) W raporcie należy także dokonać oceny sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania, np. wskazanie momentów w których odbierane lub sprawdzane były etapy częściowe, ocena współpracy z wykonawcą, ocena jakości wykonywanych prac, czy ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia (art. 446 ust 3 pkt 3) Pzp).

4) Ostatnim obligatoryjnym elementem raportu jest wskazanie wniosków, co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień lub określenia przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem celowości, gospodarności i efektywności wydatkowania środków publicznych (art. 446 ust 3 pkt 4) Pzp).

**Ważne:**

**Ustawa stanowi, że raport sporządza się w terminie miesiąca od dnia:**

- w przypadku zrealizowania umowy, tj. w terminie miesiąca od sporządzenia protokołu odbioru lub uznania umowy za wykonaną;

- w przypadku niezrealizowania umowy, tj. w terminie miesiąca od rozwiązania umowy w wyniku złożenia oświadczenia od jej wypowiedzenia albo odstąpienia od niej.

Do liczenia terminów należy stosować przepisy KC zgodnie z odwołaniem w art. 8 Pzp, chyba, że przepisy Pzp stanowią inaczej. Zgodnie zatem z art. 112 KC, termin oznaczony w miesiącach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za dni trzydzieści, (art. 114 KC).



Sygn. akt: KIO 1607/21

**WYROK**  
z dnia 1 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska  
**Protokolant:** Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 1 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jerzego Wasiela i Bartosza Szostaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J. Wasiela, B. Szostak z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Skarb Państwa - Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57

orzeka:


1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu usunięcie z rozdziału XXIII swz postanowień dotyczących kryterium oceny ofert o nazwie Rodzaj oferowanych produktów,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Skarb Państwa - Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57 i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jerzego Wasiela i Bartosza Szostaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J. Wasiela, B. Szostak z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – Skarb Państwa - Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 57 na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Jerzego Wasiela i Bartosza Szostaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J. Wasiela, B. Szostak z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10** kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto



złotych zero groszy) tj. po 6 800zł. dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:..... *Agata Grogowska*



Na oryginale właściwe podpisane  
Za zgodność

*Jan Kuzowski*  
Jan Kuzowski

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na dostawę tonerów, kaset atramentowych i innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 24 maja 2021 r. za numerem 2021/BZP 00062102/01.

W dniu 28 maja 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Jerzego Wasiela i Bartosza Szostaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą NETPRINT spółka cywilna J.Wasiela, B. Szostak z siedzibą w Oświęcimiu, ul. Unii Europejskiej 10. Odwołanie zostało podpisane przez obu współników. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 maja 2021 r.

Odwołujący zarzucają zamawiającemu naruszenie przepisów prawa, to jest:

- art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy oraz art. 241 ust. 3 ustawy poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Rodzaj oferowanych produktów” o łącznej wadze 48,65 pkt, w którym za każdy zaoferowany fabrycznie nowy toner, nową kasę atramentową oraz nowy materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta urządzeń, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt, choć takie określenie kryterium oceny ofert:
  - zakłóca uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż znacząco premiuje wykonawców oferujących produkty oryginalne, tym samym zmuszając do zaniechania oferowania produktów równoważnych spełniających wszystkie kryteria przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (art 16 pkt 1 ustawy),
  - jedynie pozornie umożliwia oferowanie produktów równoważnych (art. 99 ust. 4-6 a contrario ustawy),
  - nie prowadzi do ustalenia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy, tj. nie pozwala na ocenę tego, która oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 2 ustawy),
  - w ogóle nie odwołuje się do kryterium jakości, gdyż sam fakt, iż produkt jest „oryginalny” obiektywnie nie ma wpływu na jego jakość w rozumieniu art. 242 ust. 2 ustawy,
  - dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 ustawy).

Wnieśli o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ przez usunięcie kryterium nr 2 „Rodzaj oferowanych produktów” i oraz nakazanie dokonania czynności w postaci zmiany treści SIWZ przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób nie uwzględniający jakiegokolwiek nawiązania do producenta materiału;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz każdego z odwołujących kwot: po 1/2 uiszczonej opłaty od odwołania oraz po h wysokości kosztów obsługi prawnej w związku z wywiezionym odwołaniem, przy czym koszty te zostaną wykazane najpóźniej na rozprawie.

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na okoliczności tam przytoczone.

Wskazali, że przysługuje im legitymacja do wystąpienia z odwołaniem, albowiem mają interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jako podmiot zawodowo trudniący się sprzedażą materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kopiujących oraz aktywnie biorący udział w postępowaniach organizowanych przy zastosowaniu Prawa zamówień publicznych, chcą złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Równocześnie ich interesy i prawa są zagrożone poprzez czynność zamawiającego, albowiem chcą zawrzeć w ofercie dużą ilość produktów równoważnych, spełniających kryteria opisane w SIWZ.

Zamawiający dopuścił możliwość oferowania produktów równoważnych (tzw. zamienników). Za produkt równoważny zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych (rozdz. IV — Opis przedmiotu zamówienia, pkt 4 SWZ).

W wypadku zaoferowania produktów równoważnych zamawiający zażądał następujących przedmiotowych środków dowodowych (rozdz. V Przedmiotowe środki dowodowe):

1) „raporty z testów” przeprowadzonych według norm:

- a) ISO/IEC 19752 (lub równoważnej) — norma określająca wydajność dla wkładów z tonerem do monochromatycznych drukarek laserowych,
- b) ISO/IEC 24711 (lub równoważnej) — norma określająca wydajność dla kaset z kolorowym i monochromatycznym tuszem do drukarek atramentowych,
- c) ISO/IEC 19798 (lub równoważnej) — norma określająca wydajność dla wkładów z tonerem do kolorowych drukarek laserowych,
- d) ISO/IEC 24712 (lub równoważnej),

- wydane przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości, potwierdzające, że oferowane produkty, w zależności od rodzaju, odpowiadają tym normom,

2. karty charakterystyki materiałów przygotowane zgodnie z wymogami Rozporządzenia WE 1907/2006 REACH, paragraf 31, załącznik II, który został zmieniony Rozporządzeniem WE 2015/830 z dnia 28.05.2015 r. ze sprostowaniem z dnia 17.01.2017 r.

3. w przypadku zaoferowania tonerów korporacyjnych oświadczenie producenta tonerów, potwierdzające, że są to oryginalne materiały, o takiej samej wydajności tylko w innym opakowaniu.

Równocześnie w rozdziale XXIII. „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” zamawiający wśród dwóch kryteriów przewidział kryterium oceny „Rodzaj oferowanych produktów” i jednoznacznie uzależnił to kryterium wyłącznie od tego, czy oferowane produkty są oryginalne (pochodzą od producenta sprzętu kopiującego/drukującego), czy też są produktami równoważnymi. Drugim kryterium była cena.

Kryterium temu przyznano wagę 48,65% punktów, a kryterium „cena” — 51,35% punktów, czyli oznacza to w praktyce, że każdy oferent starający się zaoferować produkty zamienne, niezależnie od ich ceny, nie ma możliwości wygrania z oferentem oferującym produkty oryginalne.

Kryterium to zbudowano następująco: „w kryterium Rodzaj oferowanych produktów za każdy zaoferowany fabrycznie nowy toner, nową kasetę atramentową oraz nowy materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta urządzeń, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt. W tym kryterium zamawiający przyzna maksymalnie 48,65 pkt.”

I na dowód powyższych okoliczności odwołujący załączyli treść SWZ

NETPRINT s.c. wystosowało do zamawiającego pismo wzywając go równocześnie do zmiany treści SWZ oraz wytykając naruszenie prawa wynikające z takiej redakcji specyfikacji, ale do upływu dnia składania odwołania nie uzyskał na nie pozytywnej odpowiedzi. Na dowód powyższego załączyli treść pisma NETPRINT.

W ocenie odwołujących ta czynności zamawiającego, tj. wadliwe sporządzenie SWZ w zakresie opisu kryteriów oceny ofert, w sposób oczywisty narusza przepisy powołane w petitum, Skutkuje bowiem tym, że przesądzający wpływ na wybór oferty będzie miało to, czy wykonawca zaoferuje produkty oryginalne, czy nie.

Zwrócili uwagę, że kryteria oceny ofert, jakie zamawiający ma prawo samodzielnie ustalić, z jednej strony muszą utrzymywać się w ramach określonych w przepisach ustawy (głównie art. 240-242 i 245 ustawy) i nie mogą prowadzić do wynaturzenia istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli zgodności z zasadami obiektywizmu (równego traktowania wykonawców) i uczciwej konkurencji. Zatem każda cecha (kryterium), od którego uzależniona jest ocena ofert, musi się wiązać z obiektywnymi i mierzalnymi cechami produktu, które wyróżniają go na gruncie konkurencji lub po prostu odpowiadają oczekiwaniu zamawiającego, przy czym oczekiwania te z pewnością nie mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji wykonawców tylko dlatego, że zamawiający preferuje produkty „oryginalne” a nie równoważne. Zatem choć zamawiający sam decyduje, jakie dostawy lub usługi są mu potrzebne (i w tym sensie cechy podane w opisie przedmiotu zamówienia mogą być subiektywne i swobodnie

dobrane), to jednak owa swoboda decyzyjności ograniczona jest pewnymi ramami ustawowymi, zwłaszcza zaś zakazem bezpośredniego lub pośredniego eliminowania z postępowania ofert produktów równoważnych. Konsekwencją powyższego jest zatem i to, że na decyzję o wyborze oferty w tym konkretnym postępowaniu (z perspektywy zasady obiektywizmu i określonych opisem przedmiotu zamówienia oczekiwań zamawiającego) powinny wpływać obiektywne parametry jak: wydajność, wytrzymałość, jakość wydruku, kompatybilność z urządzeniem drukującym, niezawodność, wydajność. Na „jakość” może wpływać to, czy produkt jest fabrycznie nowy, czy regenerowany, czy spełnia określone normy i czy potwierdzono adekwatnymi dokumentami, że normy owe są spełnione. Wszystkie te cechy zamawiający ujął w kryteriach, jakie powinien spełniać oferowany produkt (Rozdział V Opis przedmiotu zamówienia), zatem niespełnianie tych cech samo w sobie prowadzić powinno do odrzucenia oferty podmiotu, który zaoferuje produkty niezgodne z opisem zamówienia i niezgodne z oczekiwaniem zamawiającego.

Zamawiający dobrał zatem to kryterium z naruszeniem art. 239 ust. 2 ustawy, art. 240 ust. 2 i art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 1 ustawy.

Tymczasem w opisie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, przez przyznanie prawie połowy ogólnej liczby punktów za sam fakt zaoferowania produktów oryginalnych, odwołano się tak naprawdę do parametru nie mającego nic wspólnego z „jakością” produktu ani żadną inną mierzalną i obiektywnie uzasadnioną jego cechą. Zamawiający nie kieruje się tu bowiem w ogóle cechami technicznymi produktu, czy innymi cechami „jakościowymi”, ale tak naprawdę doprowadza do sytuacji, w której najkorzystniejszą ofertą będzie tylko taka, która będzie zawierała produkty wyłącznie lub głównie oryginalne. Tego zamawiającemu robić nie wolno z uwagi na treść art. 99 ust. 46 ustawy. Przepis ten wprost zabrania przygotowywania opisu zamówienia w sposób, jaki uniemożliwi oferowanie rozwiązań równoważnych. Równocześnie działanie takie narusza art. 16 pkt 1 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro oferta spełniająca wszystkie kryteria zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia będzie oceniana znacznie gorzej niż inna — analogiczna tylko dlatego, że nie zaoferowano produktów pochodzących od konkretnego producenta.

Takie określenie kryteriów oceny ofert narusza także art. 241 ust. 1 i 3 ustawy, albowiem nie odwołuje się ono do przedmiotu zamówienia, lecz de facto prowadzi do punktowania właściwości wykonawcy, a w szczególności jego technicznych, skoro a priori uznaje się za gorsze produkty tego wykonawcy, który zdecyduje się zaoferować produkty równoważne, a za lepsze — produkty „markowe”.

W takim stanie rzeczy, treść wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia przytoczona na wstępie uzasadnienia, jawi się jako wyłącznie fasadowa i de facto wyłącznie stwa-

rzająca pozory zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, albowiem krytykowane w niniejszym odwołaniu ukształtowanie kryteriów oceny ofert wymusza na wykonawcach odstąpienie od oferowania produktów równoważnych. Tylko bowiem oferując produkty oryginalne mogą liczyć na wygraną.

Na marginesie odwołujący zwrócili uwagę, że art. 10 ust. 1 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku z 13.04.2016 r. (którą to ustawą nadano kompetencje PCA do akredytowania jednostek badawczych oraz kompetencje tych jednostek do oceny zgodności produktów z normami) stanowi, co następuje: domniemywa się, że wyrób spełnia określone wymagania, jeżeli jest zgodny z postanowieniami norm zharmonizowanych, ich częściami lub dokumentami, o których mowa w ust. 4 tego przepisu. Tym samym wprowadzono do polskiego porządku prawnego domniemanie prawne, zgodnie z którym produkt posiadający certyfikat wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez PCA jest zgodny z określoną normą zharmonizowaną. Oznacza to, że nie jest wymagany żaden inny ani dalej idący dowód na ten fakt, a każdy, kto owo domniemanie chce obalić, musi swoje twierdzenia udowodnić zaprzeczając w ten sposób treści certyfikatu. Powyższe oznacza zatem też i to, że na gruncie ustawy istnieje domniemanie, iż każdy produkt posiadający certyfikat wystawiony przez jednostkę akredytowaną przez PCA (lub równoważną na gruncie europejskim) jest produktem równoważnym. Zamawiający żąda właśnie raportów z testów przeprowadzony przez podmiot uprawniony na gruncie tej ustawy.

Nie może być więc tak, że choć bezsporne dla zamawiającego staje się to, iż produkt „nieoryginalny” jest w istocie „równoważny” oryginałowi, to mimo wszystko „premiuje się” w jakikolwiek sposób produkty „oryginalne”, gdyż traci to jakiegokolwiek obiektywne uzasadnienie. Bezpośrednio korzystają na tym wyłącznie producenci i dostawcy sprzętu „oryginalnego”, co tylko pogłębia przepaść między takimi potentatami rynkowymi a mniejszymi podmiotami oferującymi rozwiązania równoważne.

Jak wskazano powyżej, odwołujący posiadają legitymację do wystąpienia z niniejszym środkiem ochrony prawnej :

Jako przedsiębiorcy od 2007 roku prowadzą sprzedaż materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących i kopiujących. W ofercie posiadają m.in. produkty producentów materiałów równoważnych, które legitymują się certyfikatami oraz raportami z badań wydanymi przez podmiot akredytowany przez PCA. Często, z dużym powodzeniem, występują w postępowaniach prowadzonych na gruncie ustawy oferując rozwiązania równoważne i równocześnie spełniające kryteria jakościowe, dzięki czemu nasze oferty są dużo bardziej korzystne finansowo niż oferty zbudowane wyłącznie na produktach oryginalnych. Podmioty współpracujące z firmą odwołującego są zadowolone nie tylko z przebiegu współpracy, ale także z jakości oferowanych produktów równoważnych.



W niniejszym postępowaniu zamierzają złożyć ofertę bazującą także na tzw. „zamiennikach”, zatem utrzymanie w mocy zapisów SWZ w poddanym procesowej krytyce fragmencie skutkować będzie naruszeniem ich praw i interesów, gdyż, świadomi są tego, iż nie mogą w takim wypadku wygrać z innymi podmiotami, które zdecydują się zaoferować wyłącznie (albo głównie) produkty oryginalne.

Co do zwrotu kosztów postępowania:

Zgodnie z treścią odnośnego rozporządzenia, są 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 odwołujących, do których należy zaliczyć także koszty obsługi prawnej (do kwoty 3.600 zł).

Koszty te wykażą najpóźniej na rozprawie rachunkami i potwierdzeniami przelewów.

Ponieważ prowadzą przedsiębiorstwo w ramach spółki cywilnej i obaj występują jako skarżący, to obaj są wierzycielami z tytułu roszczenia o zwrot kosztów postępowania. W polskim systemie prawnym nie występuje żaden przypadek ustawowej solidarności wierzycieli, nawet w wypadku wspólności łącznej praw, jak w spółce cywilnej (możliwa jest tylko umowna solidarność wierzycieli), więc zgodnie z zasadami dotyczącymi świadczeń podzielnych (art. 397 1 i 2 KC), wierzytelność dzieli się na tyle równych części, ilu jest wierzycieli. Zatem każdemu ze współników przysługuje roszczenie o zwrot na jego rzecz połowy kwoty kosztów postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający stwierdził, że wskazane zarzuty są bezpodstawne.

Zamawiający przygotował i wszczął przedmiotowe postępowanie dochowując szczególnej staranności, stosując jako zasadę naczelną zachowanie uczciwej konkurencji.

Zamawiający określając przedmiot zamówienia postępował m. in. zgodnie z art. 99 ust. 1 i 5 ustawy. W opisie przedmiotu zamówienia dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych.

Zamawiający skorzystał z uregulowań dotyczących kryteriów oceny ofert zawartych w prawie krajowym, które znajdują swoje odniesienie w postanowieniach art. 67 ust. dyrektywy 2014/24/UE, z którego wynika, że kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych, są: albo wyłącznie najniższa cena albo, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego takie jak: a) jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki; b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub c) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. Gdy



instytucja zamawiająca udziela zamówienia określa ona w ogłoszeniu o zamówieniu lub/i w dokumentach zamówienia, albo w przypadku dialogu konkurencyjnego w dokumencie opisowym, wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej, Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników.

Zamawiający określił w kryterium oceny ofert, że produkty oryginalne będą wyżej punktowane w kryterium „jakość” z uwagi na fakt, że są one produktami zalecanymi przez producentów posiadanych przez zamawiającego urządzeń, gwarantują tym samym taką samą stałą jakość wydruku dla każdej strony, co ma szczególne znaczenie przy wydrukach precyzyjnych, niwelują ryzyko wystąpienia uszkodzeń urządzenia i wydłużonej procedury dochodzenia roszczeń z tego tytułu oraz pozwala uniknąć odrzucenia reklamacji dotyczącej tonerów lub urządzeń ze względu na stosowanie nieoryginalnych materiałów eksploatacyjnych.

Dodatkowo około 25% użytkowanych sprzętów drukujących u zamawiającego jest nowych, na gwarancji, gdzie producenci zalecają stosowanie jedynie oryginalnych wkładów drukujących. Dlatego właśnie zamawiający dodatkowo punktuje produkt oryginalny - chcąc w szczególności uniknąć sytuacji utraty gwarancji producenckiej na urządzenia, odpłatnej naprawy, obciążania kosztami naprawy oferenta zamiennika, przerzucania odpowiedzialności za powstałe uszkodzenie pomiędzy producentem urządzenia a oferentem zamiennika, wydłużania terminów naprawy i podnoszenia jej kosztów, również pośrednich, utraty gwarancji ze względu na stosowanie nieoryginalnych materiałów eksploatacyjnych.

Zgodnie z wiedzą zamawiającego grono dostawców tuszy, tonerów i materiałów eksploatacyjnych jest duże, zarówno "oryginałów" jak i zamienników i każdy z nich ma możliwość zaopatrywania się w odpowiedni asortyment u różnych producentów. Nie jest to handel koncesjonowany, albo "wyłączny" dla konkretnego Wykonawcy, czy wąskiej grupy wykonawców, Zamawiający nie ogranicza konkurencji i dostępu do zamówienia w sposób nieuzasadniony.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2020 (Sygn. akt: KIO/KD 16/20) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że "Zamawiający przyznając w kryterium „Jakość materiałów eksploatacyjnych” wagę 70%, spowodował, że było to kryterium decydujące o ocenie oferty w całej klasyfikacji punktowej. Praktyczne konsekwencje tych postanowień SIWZ opisano w Informacji o wyniku kontroli w szczególności w przypadku zaoferowania przez wykonawcę wyłącznie materiałów równoważnych o bardzo niskich cenach, w porównaniu do oferty przewidującej wyłącznie materiały rekomendowane i jednocześnie wielokrotnie droższe. Polega ona bowiem wyłącznie na podstawieniu produktów i cen występujących na rynku, lecz

odmiennych od tych, które wystąpiły w postępowaniu, do wzoru ustalonego przez Zamawiającego. Przedstawienie takiej operacji wskazuje, że oferta zawierająca w części lub w całości produkty nie stanowiące produktów rekomendowanych przez producenta urządzeń, nawet przy zastosowaniu znacznie niższych cen, nie miałyby szans na wybór jako oferta najkorzystniejsza. Faktycznym skutkiem ww. kryterium, zwłaszcza w kontekście przyznanej mu wagi 70%, było faworyzowanie wykonawców prowadzących działalność handlową o określonym profilu. Krajowa Izba Odwoławcza nie zgadza się jednak ze stwierdzeniem, że było to kryterium odnoszące się do właściwości wykonawcy.”.

Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której opis kryterium „Jakość materiałów eksploatacyjnych” spowodowała dyskryminację dla całego segmentu produktów w postaci materiałów eksploatacyjnych równoważnych materiałom rekomendowanym przez producenta urządzenia. Jak zatem wynika z powyższego, sporne kryterium dyskryminowało określone produkty ze względu na ich cechę (de facto za pochodzenie od określonego producenta), nie dotyczyło natomiast cech podmiotowych (sytuacji, potencjału) wykonawcy, który je oferuje. Kryteria oceny ofert mogą dotyczyć określonych cech dostaw będących przedmiotem zamówienia. Cecha konkretnych produktów objętych przedmiotem zamówienia nie może być uznana za kryterium podmiotowe w rozumieniu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp z tego powodu, że określony krąg wykonawców takich produktów nie oferuje. Gdyby przyjąć taki sposób wnioskowania, należałoby dojść do nieuprawnionego zdaniem Izby wniosku, że niemal każde jakościowe kryterium oceny ofert dotyczy właściwości wykonawcy, w tym znaczeniu, że promuje lub dyskryminuje wykonawców mających w swojej ofercie produkty o określonych cechach, wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w skróconym terminie czy też mających możliwość udzielić wydłużonej gwarancji. W związku z powyższym Izba nie podziela stanowiska Prezesa Urzędu, że zastosowane w przedmiotowym postępowaniu kryterium jakościowe odnosi się do właściwości wykonawcy, co narusza przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy pzp, w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający (Najwyższa Izba Kontroli) w postępowaniu BGO-BGZ.261 ,010.2021 .DP. wskazał w kryterium "rodzaj oferowanych produktów" wagę tego kryterium na poziomie 48,65% przyznając za każdy zaoferowany produkt 0,05 pkt. Nie jest to kryterium przeważające i nie można zgodzić się z zarzutem, że przesądza ono o wyniku przedmiotowego postępowania.

W dalszym ciągu największy udział w obliczeniu arytmetycznym wartości najkorzystniejszej oferty pozostaje w kryterium cena (51 ,35%). Kryterium jakościowe pozostaje niższe niż 50%

w stosunku do wagi kryterium cena i trudno zarzucić mu działanie na zasadzie kryterium podmiotowego. Sporne kryterium eliminuje określone produkty ze względu na ich cechę, nie dotyczy cech podmiotowych (sytuacji, potencjału) wykonawcy, który je oferuje. Kryteria oceny ofert mogą przecież dotyczyć określonych cech dostaw będących przedmiotem zamówienia. Cecha konkretnych produktów objętych przedmiotem zamówienia nie może być uznana za kryterium podmiotowe.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie prowadził do wyeliminowania żadnego z Wykonawców. Zamawiający określił przedmiot zamówienia oraz dopuścił zaoferowanie produktów równoważnych dokładnie wskazując w rozdziale IV SWZ warunki równoważności:

"Równoważność - Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych

4.1. Zgodnie z postanowieniami art. 99 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

4.2. Za produkt równoważny Zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych.

4.3. Dodatkowe informacje dotyczące równoważności, znajdują się w załączniku nr 1 do SWZ (OPZ) oraz załączniku nr 2 do SWZ (Formularz ofertowy),

4.4. W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje produkt równoważny, informacja o tym musi znaleźć się w ofercie (załącznik nr 2 do SWZ).

4.5. Odpowiednie informacje należy wpisać w kolumnie nr 4 w tabeli znajdującej się w załączniku nr 2 do SWZ. W przeciwnym razie, w przypadku wyboru jego oferty, Wykonawca musi dostarczyć materiały zgodne z ofertą

Zamawiający stanowczo odrzuca zarzut, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję. Każdy z Wykonawców ma dowolność w zaoferowaniu asortymentu wyprodukowanego przez producentów poszczególnych urządzeń lub przez innych producentów. Zamawiający nie ogranicza możliwości złożenia oferty w sposób uczciwy, równy i konkurencyjny dla wszystkich wykonawców.

To zamawiający decyduje o doborze i kształcie kryteriów oceny ofert w zależności od swoich potrzeb, dostosowując ich wybór i wagę w celu najkorzystniejszego z jego punktu widzenia uzyskania konkretnego zamówienia. Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień zamawiający wprowadził obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości umożliwiającą uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji

na temat kryteriów i ustaleń, które będą stosowane w celu wyłonienia najkorzystniejszej ekonomicznie oferty.

Najkorzystniejsza oferta jest rozumiana przez ustawę - Prawo zamówień publicznych jako oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną (por. art 239 ust. 2 ustawy pzp). Z ustawy pzp wynika więc, że zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji, jakie kryteria oceny ofert będą stosowane w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, termin wykonania zamówienia itp.

Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby kryteria te odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy pzp. w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.12.2008 r. (sygn akt: KIO/UZP 1362/08) i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.04.2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 368/09)

Przed wyborem najkorzystniejszej oferty brak jest możliwości określenia czy zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert. Zamawiający podkreślił, że zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez wybranie oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert. Powyższe wskazuje, iż zarzut w zakresie naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp jest błędny.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokładnie opisał zarówno w SWZ, jak i w ogłoszeniu do postępowania kryteria oceny złożonych ofert. Przypisał im odpowiednio punktację: kryterium cena – 51, 35 pkt i kryterium jakościowe "rodzaj oferowanych produktów" - przypisując wagę 48,65 pkt.

Zamawiający określił w kryterium oceny ofert, że produkty oryginalne będą wyżej punktowane w kryterium „jakość” z uwagi na fakt, że są one produktami zalecanymi przez producentów posiadanych przez zamawiającego urządzeń, gwarantują tym samym taką samą, stałą jakość wydruku dla każdej strony, co ma szczególne znaczenie przy wydrukach precyzyjnych, niwelują ryzyko wystąpienia uszkodzeń urządzenia i wydłużonej procedury dochodzenia roszczeń z tego tytułu.

Dodatkowo około 25% użytkowanych sprzętów drukujących jest nowych, na gwarancji, gdzie producenci zalecają stosowanie jedynie oryginalnych wkładów drukujących. Dlatego właśnie zamawiający dodatkowo punktuje produkt oryginalny - chce w szczególności uniknąć sytuacji:

utrąty gwarancji producentkiej na urządzenia, odpłatnej naprawy, obciążania kosztami naprawy oferenta zamiennika, przerzucania odpowiedzialności za powstałe uszkodzenie pomiędzy producentem urządzenia a oferentem zamiennika, wydłużania terminów naprawy i podnoszenia jej kosztów, również pośrednich.

Zgodnie z wiedzą Zamawiającego grono dostawców tuszy, tonerów i materiałów eksploatacyjnych jest duże, zarówno "oryginałów" jak i zamienników i każdy z nich ma możliwość zaopatrywania się w odpowiedni asortyment u różnych producentów. Nie jest to handel koncesjonowany, albo "wyłączny" dla konkretnego Wykonawcy, czy wąskiej grupy wykonawców.

Zamawiający „ma złe doświadczenia” w stosowaniu materiałów eksploatacyjnych tonerów nieoryginalnych (wyprodukowanych przez inny podmiot niż producent urządzenia, do którego były stosowane). Ich użycie niejednokrotnie powodowało problemy - wydrukowanie kilku stron powodowało wysypywanie się proszku lub mniejszą od zadeklarowanej wydajność, niską jakość wydruku (rozmywanie, czarne smugi itd.). Często po zainstalowaniu tonerów równoważnych drukarki sygnalizują w dalszym ciągu brak tonera, zgłaszanych jest wiele usterek lub uszkodzeń sprzętu. Zamawiający nie stawia w pozycji uprzywilejowanej jakiegokolwiek producenta który mógłby złożyć najkorzystniejszą ofertę - ponieważ całe postępowanie obejmuje po kilkunastu urządzeniach kilku zupełnie innych marek (producentów).

Doświadczenie zamawiającego wskazuje, że w podobnych przedmiotowo postępowaniach obejmujących różnorodne materiały eksploatacyjne, oferty składają dystrybutorzy tych materiałów, mogący oferować zarówno materiały eksploatacyjne równoważne, jak i oryginalne, tym samym zachowana jest konkurencyjność, a przy tak skonstruowanych kryteriach oceny ofert każdy z tych wykonawców ma równe szanse w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie. Ponadto z powszechnie dostępnych informacji wynika, że i wnioskodawca oferuje oba rodzaje materiałów eksploatacyjnych.

Zamawiający ma możliwość wyboru kryteriów wedle uznania. Należy pamiętać, że przepis ten nie stanowi katalogu zamkniętego kryteriów oceny ofert, wskazuje tylko na jakie kryteria zamawiający powinien zwracać uwagę, które z jego punktu widzenia będą przydatne.

Zamawiający podkreślił, iż przyjęte kryteria oceny ofert nie pozostawiają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Co wskazuje, iż zarzut w zakresie naruszenia art. 240 ust. 2 ustawy pzp jest błędny.

Przyjęte w przedmiotowym postępowaniu kryteria - wbrew twierdzeniu odwołującego - dotyczą przedmiotu zamówienia, dlatego zamawiający nie narusza w żaden sposób ustawy pzp. Co więcej kryterium jakości jest wprost przywołane w ustawie pzp, tym bardziej jego zastosowanie jest jak najbardziej uzasadnione.



Kryterium jakości w żaden sposób nie odnosi się do właściwości wykonawców, w tym nie odnosi się do ich wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Kryterium jakości odnosi się do oferowanych produktów, tj. przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zarzut w zakresie naruszenia art. 241 ust. 3 ustawy pzp nie znajduje odzwierciedlenia postanowieniach SWZ, w szczególności w określonych kryteriach oceny ofert.

Zamawiający ma prawo dokonać wyboru w jaki sposób dokona wyboru najkorzystniejszej oferty, czy zgodnie z art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp czy zgodnie z art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Zastosowanie art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp nie stanowi naruszenia art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, co więcej uznanie, iż wskazując kryteria oceny ofert inne niż tylko cena lub koszt narusza się art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp skutkowałoby koniecznością unieważnienia wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których występuje więcej niż jedno kryterium. Zastosowanie więcej niż jednego kryterium nie może być podstawą do stawiania zarzuty naruszenia art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 242 ust. 2 ustawy pzp nie określił jaki punkt z przytoczonego art. i ust. został, według niego, naruszony. Zamawiający stoi na stanowisku, iż zgodnie z art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp przyjęte kryteria oceny ofert są prawidłowe i w sposób oczywisty odnoszą się do jakości oferowanego asortymentu. Dla przykładu: jeśli wymagany jest toner X do drukarki producenta Y, to w kryterium jakościowym, jeśli wykonawca Y (będący producentem urządzenia) i wykonawca Z (dystrybutor, pośrednik sprzedający tonery) zaoferują toner X (taki sam, od tego samego producenta) to obaj wykonawcy w kryterium jakościowym uzyskają taką samą liczbę punktów, co jasno wskazuje na brak preferencji ze względu na właściwości wykonawcy, i co za tym idzie należy uznać, iż ocena jakościowa dotyczy tylko i wyłącznie oferowanego przedmiotu zamówienia, co jest zgodne z przepisami ustawy pzp. Powyższe wskazuje, iż brak jest podstaw do stawiania zarzutu naruszenia art. 242 ust. 2 ustawy pzp.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. swz, wraz z załącznikami, zmian swz i dwóch notatek służbowych.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

#### **OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.**

1. Przedmiotem zamówienia jest sprzedaż, dostawa i przeniesienie na Zamawiającego własności fabrycznie nowych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych.
2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) zawiera:
  - 2.1. załącznik nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (załącznik określa szczegółowo przedmiot zamówienia oraz zawiera kryteria / opis równoważności),

- 2.2. Załącznik nr 2 do SWZ - Formularz ofertowy (załącznik określa wymagania Zamawiającego w zakresie określonych parametrów oraz zawiera kryteria równoważności),
- 2.3. załącznik nr 3 do SWZ - Wzór umowy (załącznik zawiera zasady i warunki na jakich Wykonawca zobowiązany jest zrealizować zamówienie).
3. Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych. Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp jako powody nie dokonania podziału zamówienia na części Zamawiający wskazuje następujące okoliczności:
- 3.1. Dostawy fabrycznie nowych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych są możliwe do zrealizowania przez jednego Wykonawcę.
- 3.2. Powyższe dostawy nie wymagają podziału na części i są zgodne z przepisami ustawy Pzp.
- 3.3. Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych ze względu na jednolitość całego zamówienia jakim jest ww. dostawa. Podzielenie zamówienia na części nie miałyby wpływu na liczbę potencjalnych Wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Przewiduje się, że przy podziale zamówienia na części ceny jednostkowe tonerów będą wyższe.
- 3.4. Ponadto postępowanie prowadzone jest poniżej progów unijnych, co nie utrudni małym lub średnim przedsiębiorcom wzięcia udziału w postępowaniu.
4. Równoważność - Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych
- 4.1. Zgodnie z postanowieniami art. 99 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.
- 4.2. Za produkt równoważny Zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych.
- 4.3. Dodatkowe informacje dotyczące równoważności, znajdują się w załączniku nr 1 do SWZ (OPZ) oraz załączniku nr 2 do SWZ (Formularz ofertowy).
- 4.4. W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje produkt równoważny, informacja o tym musi znaleźć się w ofercie (załącznik nr 2 do SWZ).
- 4.5. Odpowiednie informacje należy wpisać w kolumnie nr 4 w tabeli znajdującej się w załączniku nr 2 do SWZ. W przeciwnym razie, w przypadku wyboru jego oferty, Wykonawca musi dostarczyć materiały zgodne z ofertą.



### XXIII. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT

1 . Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów w poniższych kryteriach:

- 1.1. cena ofertowa - (51 maks. 51,35 pkt;
- 1.2. rodzaj oferowanych produktów - (48,65%) waga 48,65 pkt.

W kryterium Rodzaj oferowanych produktów za każdy zaoferowany fabrycznie, nowy toner, nową kasetę atramentową, nowy materiał eksploatacyjnych zalecany przez producenta urządzenia, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt.

Opis przedmiotu zamówienia (OPZ).

1 . Przedmiotem zamówienia jest:

Sprzedaż, dostawa i przeniesienie na Zamawiającego własności fabrycznie nowych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych.

2. Pod pojęciem „fabrycznie nowe” Zamawiający rozumie produkty nieużywane, nieuszkodzone, wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed datą dostawy do magazynu w budynku Najwyższej Izby Kontroli w Warszawie (02-056 Warszawa) przy ul. Filtrowej 57, wolne od wad fizycznych i prawnych, w oryginalnych opakowaniach producenta, z widoczną nazwą producenta urządzenia do którego produkt jest przeznaczony, z symbolem produktu, numerem katalogowym i datą produkcji, posiadające wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset atramentowych oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych, które będą spełniały wymogi i parametry wskazane w Załączniku nr 2 do SWZ, i które będą mogły być użytkowane zgodnie z przeznaczeniem. Produkty muszą być materiałami zalecanymi przez producentów urządzeń, do których są przeznaczone lub równoważnymi.

3. Przez produkt równoważny zamawiający rozumie produkt kompatybilny z urządzeniem do którego jest zamówiony, o parametrach takich samych bądź lepszych (pojemność tonera, kasety atramentowej), wydajność produktu i jakość wydruku) w stosunku do oryginału, z widoczną nazwą producenta oraz nazwą urządzenia, do którego produkt jest przeznaczony, symbolem produktu i datą produkcji, nie powodujący awarii urządzenia do którego jest przeznaczony, nieużywany, nieuszkodzony, posiadający wszelkie zabezpieczenia szczelności zbiorników z tonerem, zabezpieczenia szczelności kaset z atramentem oraz zabezpieczenia szczelności innych materiałów eksploatacyjnych.

4. W przypadku, gdy wykonawca zaproponuje produkt równoważny, informacja o tym musi znaleźć się w ofercie. Odpowiednie informacje Wykonawca musi wpisać w kolumnie nr 4 Tabeli w Załączniku nr 2 do SWZ, tj. nazwę producenta, kod produktu nadany przez producenta, oferowaną wydajność produktu.

Przedstawiona przez Wykonawcę wydajność tonerów, kaset atramentowych musi być określona za pomocą pomiaru zgodności z normą ISO/IEC 19752 lub równoważną, normą ISO/IEC 24711 lub równoważną, normą ISO/IEC 19798 lub równoważną oraz normą ISO/IEC 24712 lub równoważną.

Ponadto produkty równoważne muszą posiadać karty charakterystyki produktów przygotowane zgodnie z wymogami Rozporządzenia WE 1907/2006 REACH, paragraf 31, załącznik II, który został zmieniony Rozporządzeniem WE 2015/830 z dnia 28.05.2015 r. ze sprostowaniem z dnia 17.01.2017 r.

5. Zamawiający dopuszcza tonery korporacyjne. W przypadku zaoferowania takich tonerów odpowiednie informacje Wykonawca musi wpisać w kolumnie nr 4 Tabeli w Załączniku nr 2 do SWZ. Toner korporacyjny musi spełniać warunki określone w pkt 2 OPZ

6. Szczegółowy wykaz tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych zawierający modele urządzeń jakie użytkuje Zamawiający, rodzaj tonera, kasety atramentowej oraz innych materiałów eksploatacyjnych zalecanych przez producenta urządzenia oraz ilości dostaw w okresie objętym zamówieniem, znajduje się w Tabeli w Załączniku nr 2 do SWZ.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 do swz pkt. III w wykazie tonerów, kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych zamawiający wskazał po jednym zalecanym przez producenta materiale eksploatacyjnym najczęściej któremu służyło wskazanie na pochodzenie od producenta urządzenia np. HP, Samsung, Toshiba, Lexmark.

Par. 5 Obowiązku wykonawcy. Warunki gwarancji

Okres gwarancji na dostarczone tonery, kasety atramentowe oraz inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych liczy się od daty ich odbioru przez zamawiającego, na warunkach wskazanych w umowie i wynosi 24 miesiące. W przypadku ujawnienia w okresie gwarancji wad tonerów lub kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych (wydajność, jakość lub niezawodność dostarczonych tonerów lub kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych niekorzystnie odbiega od wymagań producenta urządzeń), wykonawca zobowiązany będzie do bezpłatnej wymiany na nowe, wolne od wad, w terminie nie dłuższym niż 3 dni robocze od dnia zgłoszenia przez zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail. Wymiana nastąpi w siedzibie zamawiającego.

W przypadku wymiany tonerów lub kaset atramentowych lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych na nowe wolne od wad, okres gwarancji biegnie na nowo, od daty ich odbioru.

Wykonawca zobowiązuje się do pokrycia kosztów naprawy urządzenia, gdy jego uszkodzenie powstało w wyniku stosowania tonera lub kasety atramentowej lub innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych dostarczonego przez wykonawcę. Za podstawę żądania przez zamawiającego naprawy urządzenia uważa się pisemną opinię autoryzowanego serwisu producenta urządzenia. Koszty naprawy mogą zostać pokryte z wynagrodzenia wykonawcy, o którym mowa w par. 7 ust. 1 umowy lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w par. 9 umowy, na co wykonawca wyraża zgodę.

Z notatki służbowej z dnia 31 maja 2021 r. wynika, że kryteria oceny ofert zostały ustalone przez wnioskującego i opisane we wniosku o wszczęcie postępowania. Wniosek wraz z projektem umowy i wszystkimi załącznikami trafił do Biura Organizacyjnego Wydziału Obsługi Prawnej w celu zaopiniowania pod względem formalno-prawnym. Opiniująca wniosek Pani mecenas Lidia Szczęsna nie wniosła na tym etapie żadnych zastrzeżeń w stosunku do zaproponowanych kryteriów. Komisja chcąc zabezpieczyć interes Izby, preferowała materiały oryginalne, bo biorąc pod uwagę to, że niektóre urządzenia są na gwarancji i nie można stosować zamienników - groziłoby to utratą gwarancji, oraz aby zapewnić wysoką jakość wydruków (zamienniki powodowały wysypywanie się tonerów w maszynach, złą jakość wydruku w postaci braku właściwych kolorów oraz inne usterki) uznała działania za jak najbardziej zasadne.

#### Ocena materiału dowodowego zgromadzonego przez Izbę:

Izba ustaliła, że zamawiający postawił wymagania dotyczące wykazywania się przez wykonawców oferujących rozwiązania równoważne certyfikatami PCA, a także raportami z badań na zgodność z normą. Izba ustaliła, że sformułowanie materiał eksploatacyjny mieści w swoim znaczeniu pojęciowym także toner i kasetę atramentową. Izba oceniła, że użyte w kryterium oceny ofert sformułowanie „materiał eksploatacyjnych zalecany przez producenta urządzenia” oznacza materiał wyprodukowany przez tego producenta. Jest to konkretny typ i model do danego urządzenia, najczęściej różniący się tylko tym czy zamawiany jest do druku monochromatycznego, czy w kolorze lub różnicą w wydajności drukowanych stron. Tym samym zamawiający w załączniku nr 2 pkt. III tabeli wskazał konkretne produkty pochodzące od określonych producentów, których zastosowanie będzie punktował, wszystkie inne produkty niezależnie od ich cech jakościowych, wydajnościowych, kompatybilności nie będą premiowane w kryterium oceny ofert, nawet wtedy, gdy zamawiający uzna je za produkty równoważne. Izba dostrzegła, że do wiedzy powszechnej należy, że producenci urządzeń choć nie deklarują utraty

gwarancji w przypadku użycia produktu równoważnego, to nie deklarują woli naprawy w ramach gwarancji uszkodzeń wywołanych użyciem materiału eksploatacyjnego pochodzącego od innego producenta niż producent urządzenia. Jednak Izba ustaliła, że zgodnie z par. 5 wzoru umowy zamawiający w tym zakresie ma zagwarantowaną naprawę przez wykonawcę wybranego w tym postępowaniu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy w zw. z art. 99 ust. 4-6 ustawy w zw. z art. 239 ust. 2 ustawy i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy oraz art. 241 ust. 3 ustawy poprzez: wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Rodzaj oferowanych produktów” o łącznej wadze 48,65 pkt, w którym za każdy zaoferowany fabrycznie nowy toner, nową kasetę atramentową oraz nowy materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta urządzeń, zamawiający przyzna 0,05 pkt, za każdy produkt równoważny zamawiający przyzna 0 pkt, choć takie określenie kryterium oceny ofert:

- zakłóca uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż znacząco premiuje wykonawców oferujących produkty oryginalne, tym samym zmuszając do zaniechania oferowania produktów równoważnych spełniających wszystkie kryteria przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (art 16 pkt 1 ustawy),
- jedynie pozornie umożliwia oferowanie produktów równoważnych (art. 99 ust. 4-6 a contrario ustawy),
- nie prowadzi do ustalenia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy, tj. nie pozwala na ocenę tego, która oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 2 ustawy),
- w ogóle nie odwołuje się do kryterium jakości, gdyż sam fakt, iż produkt jest „oryginalny” obiektywnie nie ma wpływu na jego jakość w rozumieniu art. 242 ust. 2 ustawy,
- dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 ustawy)

Zarzut potwierdził się.

W pierwszej kolejności Izba przypomni stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r. (C-448/01) stwierdził:

Kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, 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 w tym zakresie przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów).

A zatem:

- przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:
  - są związane z przedmiotem zamówienia,
  - nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
  - są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
  - są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;
- 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 do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc – odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem);
- każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie w toku postępowania, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób;



Jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być oceniane tylko pod względem pozostałych kryteriów i wtedy całość procedury musi być unieważniona.

Izba zwraca uwagę, że już w tym krótkim fragmencie Trybunał podkreślił, że swoboda zamawiającego w doborze kryteriów oceny ofert kończy się z chwilą, gdy kryterium zaczyna godzić w uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Trybunał spośród cech jakimi charakteryzować się powinno dobrze skonstruowane kryterium oceny ofert wskazał, że dobre kryterium to takie, które nie ogranicza konkurencji i nie wprowadza nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm). Również przepis art. 240 ust. 2 ustawy wskazuje, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Izba ustaliła, że materiał eksploatacyjny zalecany przez producenta, to zgodnie z załącznikiem nr 2 pkt III do siwz materiał wyprodukowany przez producenta, na dodatek ściśle określony, zatem każdy inny materiał eksploatacyjny, choćby posiadający identyczne cechy z materiałem eksploatacyjnym producenta, będzie materiałem niepreferowanym przez zamawiającego. Tym samym ustanowione przez zamawiającego kryterium oceny ofert preferuje określoną grupę dostawców tj. firmy producenckie i ich dystrybutorów, nie preferując wykonawców oferujących rozwiązania takie same lub lepsze, ale nie oferujących materiałów eksploatacyjnych „zalecanych”. Tym samym ustanowione kryterium ogranicza konkurencję i wprowadza nieuzasadnioną preferencję. Nadto odnosząc się do art. 240 ust. 2 ustawy kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego przedmiotu zamówienia, gdyż cechy techniczne, czy jakościowe, czy też eksploatacyjne lub środowiskowe w ogóle w tym kryterium nie są brane pod uwagę. Jedyną rzeczą, która interesuje zamawiającego, to czy dany materiał jest materiałem oryginalnym producenta. W ocenie Izby rację należy przyznać odwołującemu, że takie kryterium jest niedopuszczalne tak z mocy prawa krajowego jak i z mocy prawa pierwotnego Unii Europejskiej, które stanowią orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W ocenie Izby zadaniem odwołującego w tym postępowaniu było jedynie wykazanie, że kryterium jest kryterium niedopuszczalnym na gruncie ustawy. Odwołujący nie jest zobowiązany dowodzić, że niemożliwe jest złożenie przez niego konkurencyjnej oferty. Nawet jeśli odwołujący byłby w stanie złożyć ofertę, która miałaby szansę na wybór, np. drastycznie zaniżając cenę oferowanych przez siebie towarów, to w ocenie Izby nie powoduje, że kryterium staje się legalne. Co więcej przedmiotem analizy jest konkretne kryterium oceny ofert, a nie zbiór wszystkich kryteriów. Zamawiający natomiast broniąc się przed zarzutem sprzecznego z ustawą kryterium powinien był wykazać, że kryterium nie preferuje określonej grupy



podmiotów i że jest kryterium pozwalającym na weryfikację złożonych ofert pod kątem zaproponowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał jedynie na swoje złe doświadczenia, co do których zabezpieczył się już wzorem umowy, jednak w żaden sposób nie wykazał, że oferty z tzw. zamiennikami mają szansę na uzyskanie zamówienia. Argument, że zamawiający w załączniku nr 2 wskazał urządzenia różnych producentów nie przemawia w ocenie Izby za tym, że konkurencyjność postępowania została zachowana. Przeciwnie w ocenie Izby ta konkurencyjność została jeszcze bardziej zawężona do tych podmiotów, które są partnerami jak największej liczby producentów, których urządzeń zamawiający używa. Co więcej jest to nawet kryterium dyskryminujące samych producentów, bo o ile Toshiba i HP często traktują swoje materiały eksploatacyjne jako gwarantujące jakość producenta, to sam producent Lexmark, o ile nie posiada podpisanych umów z innymi producentami, co do nich oferowałyby zamienniki i uzyskał mniejszą liczbę punktów niż np. dystrybutor, który posiada umowy partnerskie z wszystkimi producentami urządzeń posiadanych przez zamawiającego. Co więcej zamawiający powołał się na uchwałę Izby w sprawie sygn. akt KIO/KD 16/20 wybiórczo przywołując jej treść. W tej sprawie bowiem Izba wcale nie zaakceptowała preferowania materiałów eksploatacyjnych producenta i uznała, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie wskazując przede wszystkim na to, że:

„W rozpoznawanej sprawie zakwestionowane kryterium jakościowe sprowadzało się de facto do punktowania produktów określonego pochodzenia (rekomendowanych przez producenta urządzeń). Jednocześnie Zamawiający wprost wskazał, że produktom równoważnym punktów nie przyzna. Przyjmując, że produkty równoważne to produkty o takich samych właściwościach, „tak samo dobre”, należało stwierdzić, że Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której określony produkt nie mógł uzyskać punktów, nawet jeśli byłby tak samo dobrej jakości. Zatem zakwestionowane kryterium oceny ofert w sposób nieuzasadniony i niedający się uzasadnić dbałością o jakość zamawianych materiałów, prowadziło do promowania materiałów konkretnego pochodzenia, a Zamawiający z góry odmówił punktacji produktom równoważnym, bez badania i oceny, czy posiadają one cechy, na których Zamawiającemu zależy. Takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert stanowi naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.”.

Izba uznała, że argumentacja o mniejszej wydajności zamienników, ich niższej jakości, czy podwyższonym wpływie na awaryjność urządzeń nie została przez zamawiającego w żaden sposób wykazana. Nadto Izba wzięła pod uwagę brzmienie par. 4 wzoru umowy – Reklamacja:

1. Jeżeli dostarczone tonery, kasety atramentowe lub inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych będą wadliwe, lub nie będą spełniały parametrów określonych w Załączniku nr 1 do Umowy lub będą niezgodne z Zamówieniem, Zamawiający będzie miał prawo odmówić przyjęcia danej dostawy w całości lub w części.

2. Jeżeli okoliczności, o których mowa w ust. 1, zostaną stwierdzone po dokonaniu odbioru ilościowego, Zamawiający zawiadomi o tym fakcie Wykonawcę, przekazując mu za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres e-mail protokół reklamacyjny.

3. Zamawiający w każdym momencie realizacji przedmiotu Umowy zastrzega sobie prawo do wykonania badań w celu sprawdzenia zgodności dostarczonych tonerów, kaset atramentowych oraz innych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych z opisem podanym w Załączniku nr 1 do Umowy. Jeżeli uzyskany wynik badania wskaże na dostarczenie innego tonera lub kasety atramentowej lub innego materiału eksploatacyjnego do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych niż żądany przez Zamawiającego i zaoferowany przez Wykonawcę, Wykonawca zostanie obciążony kosztami badań oraz zostanie mu naliczona kara umowna w wysokości 12% wartości kwoty brutto, o której mowa w S 7 ust. 1 Umowy. W takim przypadku Zamawiający ma również prawo odstąpić od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

4. W przypadkach określonych w ust. 2 i 3, Wykonawca jest zobowiązany odebrać tonery lub kasety atramentowe lub inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych na własny koszt w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Zamawiającego reklamacji i w tym terminie dostarczyć Zamawiającemu tonery lub kasety atramentowe lub inne materiały eksploatacyjne do drukarek komputerowych i urządzeń wielofunkcyjnych, zgodnie z Zamówieniem, wolne od wad i spełniające wymogi określone w Załączniku nr 1 do Umowy, bez prawa żądania dodatkowych opłat z tego tytułu.

Z postanowień tych wynika, że zamawiający zabezpieczył się także na wypadek spadku wydajności, jakości. Tym samym zamawiający nie wykazał, że za pomocą ustanowionego kryterium będzie weryfikował obiektywne cechy przedmiotu zamówienia, które przełożą się na realnie korzystniejsze warunki wykonania umowy dla zamawiającego. Kryteria oceny ofert mają służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej, a nie eliminacji konkretnych produktów, czy produktów konkretnego pochodzenia. Kryteria nie służą także ograniczeniu obaw zamawiającego. Skoro sam zamawiający uznaje dany produkt za równoważny produktowi oryginalnemu, to w ocenie Izby jeśli mimo to chce preferować produkt oryginalny, powinien premiować takie jego cechy, które rzeczywiście przekładają się na korzyści, ekonomiczne, jakościowe, społeczne, czy środowiskowe. Z tego też względu Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 16 ust. 1 ustawy, art. 240 ust. 2 i art. 242 ust. 2 ustawy. Izba natomiast uznała, że zamawiający prawidłowo opisał kryteria równoważności tym samym nie naruszyła art. 99 ust. 4 -6 ustawy. Przepis art. 239 ust. 2 ustawy odnosi się do oferty, a nie czynności zamawiającego, art. 242 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosi się do kryterium ceny lub kosztu, a w tym postępowaniu kwestionowane jest kryterium mieszane kosztowo-jakościowe i to w zakresie kryteriów jakościowych. Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu usunięcie

kryterium Rodzaj oferowanych produktów. Izba uznając prawo zamawiającego do kształtowania kryteriów oceny ofert z uwzględnieniem art. 240 ust. 2 i 242 ustawy, nie nakazała brzmienia postanowień swz w tym zakresie, zwłaszcza, że żądanie odwołującego w tym zakresie obejmowało jedynie takie ukształtowanie kryteriów, które nie uwzględniało jakiegokolwiek nawiązania do producenta materiału, co w ocenie Izby nie jest konkretnym żądaniem odwołania, a dopuszczającym swobodę zamawiającego.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) tj. nakazała zamawiającemu zwrot na rzecz odwołującego kosztów uiszczonego wpisu w wysokości 7 500 zł. i kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie ze złożoną fakturą.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.



*Agnieszka Tyszczyńska*

Na oryginalne właściwe podpis  
Za zgodność

WICEPREZES

Krajowej Izby Odwoławczej

*z up. Jan Kuzawinski*  
Jan Kuzawinski