

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

**Odwołujący:**

**1. Jerzy Wasieła, NIP: 549-223-89-09**

**2. Bartosz Szostak, NIP: 549-225-53-80**

- wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnicy spółki cywilnej pod firmą: **Netprint s.c J. Wasieła, B. Szostak** - ul. Unii Europejskiej 10, 32-600 Oświęcim;

NIP s.c.: 549-23-77-143, telefon: (33) 842-27-44 (faks: wewn. 25)

adres poczty elektronicznej odwołującego: [s.balys@netprint.com.pl](mailto:s.balys@netprint.com.pl)

- reprezentowani przez **pełnomocnika Mateusza Pieczkę**, adwokata w Kancelarii Adwokackiej w Krakowie, ul. Św. Wawrzyńca 39/5, 31-052 Kraków, [m.pieczka@krakow-adwokat.com](mailto:m.pieczka@krakow-adwokat.com), tel.: 536356300

**Zamawiający:**

**Uniwersytet Łódzki**

ul. Narutowicza 68, 90-136 Łódź,

tel. 42 635-47-88, adres email: [przetargi@uni.lodz.pl](mailto:przetargi@uni.lodz.pl),

strona internetowa postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/986944ul>

**dotyczy postępowania nr: 39/ZP/2024**

**Odwołanie**

od czynności Zamawiającego: Uniwersytetu Łódzkiego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i innych urządzeń biurowych dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Łódzkiego”, a polegającej na niezgodnym z prawem określeniu kryteriów oceny ofert, wymogów stawianych zamawiającemu w toku postępowania oraz wadliwym określeniu przedmiotowych środków dowodowych, jak też niezgodnym z prawem zredagowaniu postanowień umownych w zakresie zobowiązań wykonawcy i uprawnień zamawiającego

Jako pełnomocnik wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólników spółki cywilnej pod firmą NETPRINT s.c. Jerzy Wasieła Bartosz Szostak z siedzibą w Oświęcimiu, składam odwołanie od:

- od czynności Zamawiającego: Uniwersytetu Łódzkiego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i innych urządzeń biurowych dla jednostek

organizacyjnych Uniwersytetu Łódzkiego”, a polegającej na niezgodnym z prawem określeniu kryteriów oceny ofert, wymogów stawianych zamawiającemu w toku postępowania oraz wadliwym określeniu przedmiotowych środków dowodowych, jak też niezgodnym z prawem zredagowaniu postanowień umownych w zakresie zobowiązań wykonawcy i uprawnień zamawiającego.

Odwołanie wnoszę w ustawowym terminie **5 dni** liczonych od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, co nastąpiło w dniu **25.09.2024**.  
**Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2024/BZP 00515239/01**

*/na dowód terminowego wniesienia odwołania załączam: wydruk ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych/*

Odwołanie niniejsze dotyczy czynności podjętej w **postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym (art. 275 pzp) p.n.: „Sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek i innych urządzeń biurowych dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Łódzkiego”**; nr sprawy: **39/ZP/2024**.

**Wartość zamówienia jest niższa od progów unijnych.**

*/na dowód tych okoliczności załączam: SWZ/*

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów prawa, to jest:

**I / 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 pzp w zw. z art. 241 ust. 3 pzp poprzez:** wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium o nazwie „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych” z wagą 40%, w którym punktuje się materiały eksploatacyjne oryginalne (poprzez określenie ilości punktów za procentowy udział materiałów oryginalnych zaoferowanych w całym zamówieniu), które to kryterium:

- 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, tj. uniemożliwia uzyskanie lepszego wyniku przez ofertę zawierającą produkty równoważne niż oferta zawierająca wyłącznie oryginały (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),
- dotyczy właściwości wykonawcy (art. 241 ust. 3 pzp);

**II / art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 § 1 kc, w zw. z art. 99 ust. 4 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i w zw. z art. 454 ust. 2 pzp** - poprzez wprowadzenie w SWZ i w projektowanych postanowieniach umownych zapisów sprzecznych z prawem i nieproporcjonalnych, tj.:

- nakazującego wykonawcy dostawę produktów „oryginalnych”, czyli pochodzących od producenta urządzenia, w każdym wypadku stwierdzenia niezgodności danego egzemplarza zamiennika z cechami opisanymi w umowie i SWZ,

- uprawiających zamawiającego do odstąpienia od umowy w wypadku „powtarzających się” dostaw wadliwego towaru oraz „powtarzających się” uszkodzeń sprzętu drukującego, mimo wprowadzenia do umowy reguł rękojmi oraz odpowiedzialności odszkodowawczej za uszkodzony sprzęt, a także kar umownych, co w istocie stanowi podwójne karanie wykonawcy za to samo zdarzenie, nie mające dodatkowo charakteru zawinionego działania wykonawcy,

- uprawniających zamawiającego do żądania zwrotu kosztów naprawy sprzętu oraz kosztów ekspertyzy, mimo istnienia po stronie wykonawcy obowiązku dokonania we własnym zakresie naprawy sprzętu w autoryzowanym serwisie oraz uprawnienia Zamawiającego do zastępczego wykonania naprawy na koszt wykonawcy, co w istocie daje możliwość nieproporcjonalnego obciążania wykonawcy kosztami, nieuzasadnionymi interesem zamawiającego,

**III / art. 99 ust. 1 i 4-6 Pzp w zw. z art. 101 ust. 6 Pzp i art. 105 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 106 ust. 1 - 3 Pzp** – poprzez zażądanie niezgodnych z ustawą przedmiotowych środków dowodowych, mających w istocie służyć uniemożliwieniu wykonawcom oferowania produktów równoważnych, a zatem będące działaniem nieproporcjonalnym i naruszającym uczciwą konkurencję oraz przepisy ustawy zakazujące monopolizacji rynku, a w szczególności:

- zażądanie, by raporty z testów wydajności produktów równoważnych przeprowadzone zostały na wszystkich urządzeniach, z jakimi dany produkt może współpracować, co jest sprzeczne z normami ISO/IEC stanowiącymi postawy badań,

- raporty te były wystawione przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości, choć badanie wydajności dokonywane jest nie w oparciu o akredytację PCA o kodzie AC, czyli nie przez podmiot uprawniony do kontroli jakości, ale przez laboratoria badawcze, posiadające akredytację o kodzie AB, a same normy ISO/IEC powołane w SWZ nie mogą służyć do oceny kompatybilności lub jakości,

- zażądanie, aby w raporcie z badań wydajności wystawionym przez uprawniony akredytowany podmiot znalazły się szczegółowo zażądane przez zamawiającego informacje, choć to, jakie informacje znajdować się powinny w raporcie wynika z treści przepisów prawa, a zwłaszcza norm odniesienia, które określają zasady i warunki badania, i to podmiot wykonujący te badania samodzielnie określa treść raportu, a wykonawca nie ma i nie może mieć na to wpływu (nie może zażądać, by laboratorium zawarło w raporcie określone informacje),

- zażądanie aby: „oznaczyć załączone do oferty zaświadczenia, raporty, certyfikaty lub oświadczenia, czy też karty katalogowe, karty produktów albo informacje techniczne, numerem pozycji arkusza cenowego, której dotyczą; ponadto Wykonawca zobowiązany jest wskazać, np. oznaczyć kolorem w treści danego dokumentu, wszystkie istotne parametry oferowanego produktu, dowodzące jego równoważności w stosunku do produktów wymaganych przez Zamawiającego i wskazanych w kolumnie nr 3 Arkusza cenowego (Załącznik 1 do SWZ)”, który to wymóg prowadzi w istocie do zastąpienia zamawiającego przez wykonawcę w ocenie przedmiotowych środków dowodowych i badaniu ofert, a ponadto jest zapisem nieprecyzyjnym i wieloznacznym, gdyż wykonawca nie może wiedzieć, jakie informacje/parametry są dla zamawiającego istotne,

- zażądanie, aby testy wydajności były przeprowadzone z użyciem aktualnych na dzień otwarcia postępowania sterowników, co jest wymogiem nierealnym do spełnienia, a także

nie znajdującym w wymogach norm odniesienia, w oparciu o które badania te mają być wykonane,

**IV / art. 99 ust. 1 i 4-6 Pzp w zw. z art. 101 ust. 6 Pzp i art. 105 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 106 ust. 1 - 3 Pzp** – poprzez zażądanie dla oryginalnych produktów „*Oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, że przedmiot zamówienia posiada oznakowanie zgodności, zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności z dnia 30.08.2002 r. (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 215) – wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a do SWZ.*, choć wykonawca nie ma żadnego wpływu na to, jakie informacje na produkcie umieszcza producent materiałów oryginalnych, a równocześnie to zamawiający wskazał w formularzu cenowym, jakie produkty oryginalne są dla niego referencyjne, zatem to on powinien sam wiedzieć, jak dany produkt oryginalny oznacza preferowany przez niego producent, zaś brak samego oznaczenia produktu nie ma żadnego związku z cechami materiału eksploatacyjnego takimi jak wydajność, jakość czy kompatybilność, a wszystkie te cechy gwarantuje producent określając dany produkt jako rekomendowany do współpracy z urządzeniem drukującym.

**V/ art. 16 pkt 1 pzp w zw. z art. 99 ust. 1-6 pzp w zw. z art. 433 pkt 2 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 58 § 1 kc poprzez:** wprowadzenie do § 13 ust. 1 - wzoru umowy zapisu: „*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 10% wartości netto umowy z tytułu odstąpienia od umowy, niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień zawartych w umowie.*”, który to zapis jest nieproporcjonalny, niejednoznaczny i jednostronnie uprzywilejowuje zamawiającego, a w szczególności: daje możliwość żądania kary umownej na poziomie 10% wartości netto umowy zarówno za odstąpienie od umowy (wobec braku sprecyzowania – odstąpienie przez którąkolwiek ze stron), a równocześnie za jej nienależyte wykonywanie, przy czym w braku sprecyzowania, do jakich wypadków nienależytego wykonywania umowy zapis ten ma zastosowanie, może literalnie odnosić się do każdego, nawet skrajnie błędnego wypadku nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, co grozi stosowaniem nieuczciwych praktyk, zwłaszcza w połączeniu z możliwością potrącania kar umownych z należnego wykonawcy wynagrodzenia.

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

**I / uwzględnienie** odwołania w całości i **nakazanie** Zamawiającemu **zmiany treści SWZ** poprzez usunięcie kryterium oceny ofert nr 2 „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych” i **oraz nakazanie dokonania czynności w postaci zmiany treści SWZ poprzez:**

- usunięcie z punktu 4.13.5 SWZ: w zdaniu drugim: „*Wykonawca, na żądanie Zamawiającego powinien materiał, którego żądanie dotyczy, bezpłatnie wymienić na materiał oryginalny producenta sprzętu w ciągu 3 dni roboczych.*” słów: „*na materiał oryginalny producenta sprzętu*” oraz całego zdania trzeciego o treści: „*W przypadku regularnie powtarzających się dostaw wadliwych materiałów eksploatacyjnych tego samego rodzaju, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami umowy w tym zakresie*”;

- usunięcie z punktu 4.13.7 SWZ całego zdania trzeciego o treści: „*Jeśli uszkodzenia sprzętu z winy materiału eksploatacyjnego będą się powtarzały, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami w umowie odnośnie wysokości kar*”;

- usunięcie całego punktu 4.13.8 SWZ o treści: „W przypadku uszkodzenia, którego przyczyną było używania dostarczonych przez Wykonawcę materiałów zobowiązuje się on zwrócić Zamawiającemu poniesione przez niego koszty związane z naprawą urządzenia i sporządzeniem ekspertyzy dotyczącej przyczyn uszkodzenia. Ekspertyza lub naprawa zostanie przeprowadzona przez serwis zewnętrzny”,

- usunięcie całego punktu 5.1 SWZ (w zakresie żądania przedmiotowego środka dowodowego dla materiałów oryginalnych) o treści: „W przypadku oferowania materiałów oryginalnych Oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że przedmiot zamówienia posiada oznakowanie zgodności, zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności z dnia 30.08.2002 r. (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 215) – wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a do SWZ.”

- zmianę punktu 5.2.2 SWZ o treści: „zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli Zamawiający odwołują się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich – certyfikat potwierdzający, że producent oferowanych produktów równoważnych posiada system zarządzania jakością zgodny z normą ISO 9001 w zakresie projektowania, testowania, produkcji i dystrybucji komputerowych i biurowych materiałów eksploatacyjnych.

Wykonawca może zamiast zaświadczenia, o którym mowa wyżej, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego bądź inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości.” poprzez: wykreślenie ze zdania pierwszego słów: „zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli Zamawiający odwołują się do systemów zapewnienia jakości opartych na odpowiednich normach europejskich –”, (a pozostawienie słów: certyfikat potwierdzający, że producent oferowanych produktów równoważnych posiada system zarządzania jakością zgodny z normą ISO 9001 w zakresie projektowania, testowania, produkcji i dystrybucji komputerowych i biurowych materiałów eksploatacyjnych), a w dalszej części tego punktu zmianę jego treści na następującą: Wykonawca może zamiast **certyfikatu**, o którym mowa wyżej, złożyć **równoważny certyfikat wystawiony** przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego bądź inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości;

- zmianę punktu 5.2.3. SWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„Przedstawienia raportów z testów wydajności wg normy:

- ISO 19752 dla tonerów do urządzeń monochromatycznych wprowadzonych na rynek od lipca 2004 r.

- ISO 19798 dla tonerów do urządzeń kolorowych wprowadzonych na rynek od stycznia 2007 r.,

- ISO 24711, 24712 dla wkładów atramentowych do urządzeń atramentowych wprowadzonych na rynek od stycznia 2007 r.

Raporty muszą być wykonane przez **niezależne laboratorium badawcze**, posiadające stosowną akredytację w zakresie badania produktów objętych przedmiotem zamówienia.;

- usunięcie z punktu 5.2.4 następującego zapisu (w całości): „Uwaga: Wykonawca zobowiązany jest oznaczyć załączone do oferty zaświadczenia, raporty, certyfikaty lub oświadczenia, czy też karty katalogowe, karty produktów albo informacje techniczne, numerem pozycji arkusza cenowego, której dotyczą; ponadto Wykonawca zobowiązany

*jest wskazać, np. oznaczyć kolorem w treści danego dokumentu, wszystkie istotne parametry oferowanego produktu, dowodzące jego równoważności w stosunku do produktów wymaganych przez Zamawiającego i wskazanych w kolumnie nr 3 Arkusza cenowego (Załącznik 1 do SWZ).”;*

- zmianę treści projektu umowy (załącznik do SWZ) w następujący sposób:

- w § 8 ust. 3 – usunięcie *in fine* następujących słów: „*datę upływu ważności produktu*”;

- w § 8 ust. 5 zmianę treści tego zapisu poprzez wykreślenie słów: w zdaniu pierwszym: „*na materiał oryginalny producenta sprzętu*”, a także całego zdania drugiego: „*W przypadku regularnie powtarzających się dostaw wadliwych materiałów eksploatacyjnych tego samego rodzaju, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy Wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami § 13 umowy.*”;

- w § 8 ust. 7 usunięcie całego zdania trzeciego o treści: „*Jeśli uszkodzenia sprzętu z winy materiału eksploatacyjnego będą się powtarzały, Zamawiający ma prawo zerwać umowę z winy Wykonawcy i obciążyć go karami zgodnie z zapisami § 13 umowy.*”;

- usunięcie w całości zapisów § 8 ust. 8 i 9,

- zmianę § 13 ust. 1 poprzez precyzyjne i enumeratywne wymienienie przyczyn uzasadniających obciążenie wykonawcy karą umowną oraz dostosowanie wysokości kary do charakteru naruszenia i realnej szkody grożącej zamawiającego z jego tytułu.

**II /** zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania, to jest: uiszczonej opłaty od odwołania oraz kosztów obsługi prawnej w związku z wywiedzionym odwołaniem, przy czym koszty te zostaną wykazane najpóźniej na rozprawie.

**III /** dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na okoliczności tam przytoczone.

**IV /** zażądanie od Zamawiającego przedłożenia norm ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798, ISO/IEC 24711/24712 – wraz z ich polskimi tłumaczeniami – a następnie przeprowadzenie z nich dowodu dla wykazania, że normy te służyć mogą wyłącznie badaniu wydajności, a nie żadnej innej cechy produktu, zwłaszcza kompatybilności.

Odpis odwołania doręczono Zamawiającemu w formie elektronicznej: poprzez wskazany w SWZ adres skrzynki e-mail, na dowód czego przedkładam: potwierdzenie wysłania wiadomości e-mail.

*/dowód: wiadomość e-mail/*

Opłatę od odwołania uiszczono w wysokości 7.500 zł na rachunek KIO.

*/dowód: potwierdzenie dokonania przelewu/*

Odwołującym przysługuje 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.

*/dowód: 2 zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z innych postępowań/*

## **Uzasadnienie**

### **I Kryteria oceny ofert**

W omawianym postępowaniu Zamawiający dopuścił możliwość oferowania produktów równoważnych (tzw. zamienników). Kryteria równoważności określił w SWZ.

Równocześnie w ust. 21 SWZ – „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty”, Zamawiający wśród dwóch kryteriów przewidział kryterium oceny „Rodzaj materiałów eksploatacyjnych” z wagą 40%, w którym punktuje się materiały eksploatacyjne oryginalne i jednoznacznie uzależnił to kryterium wyłącznie od tego, czy oferowane produkty są oryginalne (pochodzą od producenta sprzętu kopiującego/drukującego), czy też są produktami równoważnymi, poprzez określenie ilości punktów przyznawanych w tym kryterium w zależności od proporcji zaoferowanych produktów oryginalnych do produktów zamawianych w ogólności. Drugim kryterium była cena. Oferta zawierająca poniżej 90% produktów oryginalnych w tym kryterium otrzyma zero punktów.

Kryterium temu przyznano wagę 40% punktów, a kryterium „cena” – 60% 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, albowiem jego oferta musiałaby być więcej niż 3x tańsza niż oferta na oryginały (60 punktów za najniższą cenę musiałoby przebić ofertę z ilością: 40 punktów za oryginały + mniej niż 20 punktów za cenę, a 20 punktów za cenę otrzyma producent 3x droższy niż najtańszy). Taka dysproporcja cenowa jest nierealna do osiągnięcia w warunkach rynkowych.

*Ina dowód powyższych okoliczności załączam treść SWZ/*

**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.**

Zwracam 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. **Te cechy Zamawiający ujął (przynajmniej częściowo prawidłowo) w kryteriach, jakie powinien spełniać oferowany produkt, 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.**

Tymczasem w opisie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, poprzez przyznanie 40% 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. 4-6 pzp. Przepis ten wprost zabrania przygotowywania opisu zamówienia w sposób, jaki uniemożliwi oferowanie rozwiązań równoważnych. Równocześnie działanie takie narusza art. 16 pkt 1 pzp poprzez 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. 3 pzp, albowiem nie odwołuje się ono do przedmiotu zamówienia, lecz *de facto* prowadzi do punktowania właściwości wykonawcy, a w szczególności jego właściwości 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 stwarzająca 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.**

W analogicznej sprawie z odwołania odwołujących Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko zgodne z wywodami odwołania, na dowód czego przedkładałam odpis wyroku z uzasadnieniem.

*/Dowód: wyrok KIO/*

## II

### Przedmiotowe środki dowodowe

W punkcie 5.1 SWZ Zamawiający zażądał przedłożenia jako przedmiotowego środka dowodowego *oświadczenia wykonawcy potwierdzające, że przedmiot zamówienia posiada oznakowanie zgodności, zgodnie z ustawą o systemie oceny zgodności z dnia 30.08.2002 r. (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 215) – wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1a do SWZ. Dowód ten ma dotyczyć produktów oryginalnych.*

Trzeba zwrócić uwagę, że skoro Zamawiający wskazał w SWZ referencyjne produkty oryginalne, to wykonawcy chcący je zaoferować nie mają żadnego wpływu na to, jakimi cechami owe produkty będą się wyróżniały. Nie ma też wpływu na to, jak są oznakowane, w tym w ramach wymagań stawianych przez ustawę o systemach oceny zgodności. Wykonawca oferujący te produkty nie ma żadnego „wyboru” jeśli chodzi o ich dobór. To Zamawiający dobrał owe produkty jako referencyjne i z góry określił, że będą one niewątpliwie spełniały wszelkie kryteria jakościowe i wydajnościowe, na jakich mu zależy. Pojawia się zatem pytanie czy w sytuacji, gdy takie produkty nie są przez producenta oznaczane tak jak oczekuje tego Zamawiający, to czy nie będą one odpowiadały jego wymaganiom, tj. będą niezgodne z wymaganiami SWZ? Czy samo oświadczenie wykonawcy, iż produkty te będą tak oznaczone, jak się tego oczekuje może wpłynąć na cechy tych produktów? Czy producent sprzętu drukującego w jakikolwiek sposób może uchylić się od odpowiedzialności wobec użytkownika za używanie przez niego rekomendowanych materiałów eksploatacyjnych oryginalnych? Odpowiedź na te retoryczne pytania jest oczywista: wykonawca nie ma ani wpływu na sposób oznaczenia tych produktów, ani nie może wpłynąć na producenta, by oznaczał je inaczej niż to czyni, a producent sprzętu nie może zarzucić użytkownikowi, że stosuje jego własne materiały eksploatacyjne.

Wymaga się zatem od wykonawcy złożenia oświadczenia (pod rygorem uznania nawet, że złożył je fałszywie), co do cech produktu, na które wykonawca nie ma żadnego wpływu, a także co do cech, które w żaden sposób nie wpłyną na interes prawny lub faktyczny Zamawiającego. Wykonawca nie może wszak zaręczyć, że producent nie zmieni sposobu oznaczania produktów, itp.

Dalej, w punkcie 5.2.2 Zamawiający zażądał – co do zasady słusznie – potwierdzenia, że *producent oferowanych produktów równoważnych posiada system zarządzania jakością zgodny z normą ISO 9001 w zakresie projektowania, testowania, produkcji i dystrybucji komputerowych i biurowych materiałów eksploatacyjnych.* Sam wymóg wykazania tej cechy jest usprawiedliwiony.

Wadliwie jednak Zamawiający (być może przez niezrozumienie) oczekuje, by cechę tę wykazać **zaświadczeniem niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi**. To nie wykonawca podejmuje działania zgodne z normami jakościowymi w ramach produkcji materiałów eksploatacyjnych, a producent. Wykonawca jedynie oferuje je jako ich sprzedawca (hurtownik, dystrybutor, itp.). Natomiast **Zamawiający może oczekiwać od wykonawców, aby przedłożyli na tę okoliczność po prostu certyfikat nadany producentowi, poświadczający zgodność produkcji z normą ISO 9001**.

Żądamy zatem nakazania Zamawiającemu zmiany treści tego wymogu poprzez wprowadzenie wymogu przedłożenia jako PŚD certyfikatu ISO 9001 wystawionego dla producenta oferowanych materiałów równoważnych.

Kolejno, Zamawiający żąda, aby wydajność oferowanych materiałów równoważnych była potwierdzona badaniami wykonanymi w oparciu o normy ISO/IEC wymienione w pkt. 5.2.3 SWZ. Ponownie co do zasady jest to wymóg w pełni usprawiedliwiony. Jednakże samo wykazanie tej cechy produktów opisano błędnie:

Po pierwsze, badaniem wydajności w oparciu o odnośnie normy ISO/IEC zajmują się nie jednostki certyfikujące uprawnione do kontroli jakości, ale laboratoria badawcze posiadające akredytację w zakresie badania produktów. Jest to inny rodzaj akredytacji (ta ma oznaczenia AB) niż akredytacja jednostek uprawnionych do kontroli jakości – certyfikujących (ta ma oznaczenie AC). Także nie o wykonanie raportu chodzić powinno zamawiającemu, ale o wykonanie badań wydajności w oparciu o normę. Dopiero to badanie ma być potwierdzone stosownym raportem z testów.

Co więcej, powołane w SWZ normy ISO/IEC w swej treści zawierają wprost informację, że służą one jedynie badaniu wydajności i nie mogą w żaden sposób być wykorzystywane do oceny jakości lub kompatybilności, co oznacza, że norm tych nie stosują do oceny jednostki oceniające jakość,

- po wtóre: wymaganie, aby badanie produktu w oparciu o w/w normy przeprowadzone zostało na wszystkich urządzeniach, z jakimi dany wkład drukujący może współpracować, stoi w jaskrawej sprzeczności z treścią tych norm ISO/IEC.

*/dowód: normy i ich tłumaczenia przedłożone przez zamawiającego, pismo TUV Rheinland, wyjaśnienie treści SWZ pochodzące z Kancelarii Sejmu RP, odpowiedź WAT na odwołanie od treści SWZ/*

Wyjaśniamy, że zgodnie z treścią w/w norm ISO/IEC służących do badania wydajności wkładów laserowych i atramentowych, normy te mogą służyć **wyłącznie ocenie wydajności przebadanych egzemplarzy danego wkładu**. W szczególności **normy te nie służą i nie mogą być wykorzystywane do badania lub wyciągania wniosków o jakości czy innych parametrach technicznych**. Ponadto normy te określają zasady przeprowadzenia badania (na jakich i ilu urządzeniach drukujących przeprowadzić test, ile egzemplarzy tonera/tuszu poddać badaniu na każdym z urządzeń drukujących, jakie mają być warunki wydruku, itp.), w tym między innymi wskazują, że badanie to przeprowadza się na 3 egzemplarzach urządzeń drukujących. Norma nie wymaga w ogóle tego, by badanie przeprowadzić na wszystkich urządzeniach, jakie są kompatybilne z danym wkładem. Byłoby to zresztą oczekiwanie nieracjonalne, skoro w badaniu chodzi o ustalenie wydajności, a nie kompatybilności.

Jeśli więc wymóg taki jest niezgodny z normą, to należy przyjąć, że jest też bezprawny, gdyż w ten sposób zamawiający stara się ingerować w treść raportu z testów i przebieg badania.

To samo dotyczy wymogu co do tego, jakie informacje powinny znaleźć się w raporcie z badań. To norma określa proces badawczy i to norma wskazuje, jakie informacje z raportu powinny się znaleźć. Zatem to laboratorium badawcze odpowiada za sporządzenie raportu w odpowiedniej formie, a wykonawca nie ma możliwości narzucić mu jego treści.

Niemożliwy do spełnienia jest też wymóg, badanie wykonane było z użyciem najnowszego sterownika, oprogramowania przeznaczonego dla danego urządzenia na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podmioty oferujące produkty równoważne poświęcają procedurze badawczej swoich produktów całe lata. Sama procedura jest bardzo kosztowna (koszt wynagrodzenia laboratorium, drukarek, papieru, liczonego w setkach tysięcy kartek na każde badanie [np. przedrukowanie 3 pełnych zestawów tonerów kolorowych (4 kolory) na 3 drukarkach, przy wydajności jednego wkładu na poziomie ok. 20.000 stron]). Jeżeli badania miałyby być wykonane według sterowników aktualnych na dzień wszczęcia postępowania, to nie byłoby możliwe uzyskanie choćby jednego raportu z testów w terminie składania ofert. Po raz kolejny trzeba zwrócić uwagę, że norma ISO/IEC nie wspomina nic o „aktualności” sterowników. Zatem wymóg ten jest sprzeczny z istotą i treścią owej normy. Zamawiającemu nie wolno wszak tych norm modyfikować.

Kolejny niezrozumiały, nieproporcjonalny i sprzeczny z prawem wymóg to żądanie oznaczenia przez wykonawcę PŚD dotyczących produktów równoważnych w sposób wskazujący (podkreślający) wszystkie istotne informacje o parametrach oferowanych produktów – uwaga do punktu 5.2.4. W istocie Zamawiający żąda, aby wykonawca zastąpił go w jego podstawowym obowiązku, czyli zbadaniu zgodności oferty z wymaganiami SWZ. Taka redakcja owego wymogu jest też niejasna: wykonawca nie wie, jakie informacje są dla Zamawiającego istotne. Co się stanie, gdy zakreśli informacje dla Zamawiającego nieistotne albo pominię (pozostając w błędzie) informacje, które jego zdaniem istotne nie są, a dla Zamawiającego jednak takie będą? Wszak jeden punkt wcześniej Zamawiający bardzo drobiazgowo wskazał, co powinno znaleźć się w raporcie z badań. Zatem czy każda z tych informacji/cech jest dla niego istotna i ma znaczenie dla oceny równoważności? Jeśli nie każda, to która tak, a która nie?

Wykonawca po to przedkłada szczegółowo określone przedmiotowe środki dowodowe, aby Zamawiający mógł je sam ocenić i sprawdzić, czy dowodzą cech wpływających na ocenę równoważności.

### **III**

#### **Obowiązki wykonawcy związane z rękojmią i gwarancją jakości Wadliwe zredagowane postanowienia umowne**

W tym punkcie odwołujący omówią wymagania gwarancyjne wykonawcy opisane zarówno w SWZ, jak i transponowane następnie do projektowanych postanowień umownych.

Punkt 4.13.5 SWZ oraz §8 ust. 5 umowy zakładają, że w wypadku wad fizycznych produktu równoważnego wykonawca ma obowiązek wymienić go na produkt oryginalny. Ten wymóg jest sprzeczny z zasadami przewidzianymi w art. 99 pzp zakazującymi utrudniania dostępu do rynku producentom produktów równoważnych. W istocie prowadzi też do zmiany treści zobowiązania rzeczowego wykonawcy niezgodnego ze złożoną przez niego ofertą.

Zrozumiałym jest, że każde urządzenie (materiał eksploatacyjny) może mieć wadę produkcyjną / wadę fizyczną. Interes Zamawiającego zabezpieczają tu zasady rękojmi i gwarancji. Wada pojedynczego produktu (także oryginalnego) nie oznacza, że cały asortyment danego producenta jest wadliwy. Na wadę tę nie ma też wpływu wykonawca. Może – i powinien – zagwarantować wymianę produktu wadliwego na wolny od wad lub usunąć szkodę tą wadą wywołaną. Nie można jednak od niego oczekiwać, aby w ramach obiektywnej odpowiedzialności rękojmianej miał przyjmować na siebie obowiązek świadczenia zamiennego w postaci produktu innego producenta, o zupełnie innej cenie, zwłaszcza gdy ofertę, którą jest związany, kalkuluje pod z góry ustalony asortyment.

Wymóg ten prowadzi do pośredniego obejścia zakazu ograniczenia dostępu do rynku produktów równoważnych, zatem jako taki jest sprzeczny z ustawą.

Kolejno:

W punkcie 4.13.6. znalazł się następujący wymóg (przeniesiony do § 8 ust. 6 projektu umowy): *W przypadku stwierdzenia i udokumentowania przez Zamawiającego uszkodzenia urządzenia, spowodowanego przez dostarczony materiał eksploatacyjny równoważny w odniesieniu do materiałów pochodzących (zalecanych) od producenta urządzenia, Wykonawca zobowiązany będzie wymienić lub naprawić uszkodzony sprzęt na własny koszt i ryzyko w autoryzowanym serwisie producenta sprzętu w ciągu 7 dni roboczych.* Jest to wymóg zrozumiały i w pełni uprawniony. Adekwatnie i proporcjonalnie zabezpiecza on interesy Zamawiającego. Wykonawca odpowie za szkodę wyrządzoną przez dostarczony przez niego produkt. Uprawnione jest też wprowadzenie regulacji umożliwiającej wykonanie zastępcze w braku dokonania naprawy lub wymiany przez wykonawcę (punkt 4.13.7 zd. 1).

Jeśli zatem Zamawiający zabezpiecza swój interes w sposób pełny taką regulacją, to obowiązki zawarte w pkt 4.13.8 SWZ i § 8 ust. 8 umowy polegające na konieczności zwrotu Zamawiającemu kosztów wykonanych przez niego ekspertyz stają się nieproporcjonalne. Wykonawca poniesie bowiem koszt naprawy lub wymiany w autoryzowanym serwisie albo wymiany lub naprawy sprzętu przez Zamawiającego. Zapis ten w istocie dubluje wcześniejsze.

Podobnie trzeba ocenić zdanie 3 punktów 4.13.5 i 4.13.7 (odpowiednio: zdanie trzecie w § 8 ust. 5 i ust. 8 umowy). Skoro Zamawiający przewidział zarówno procedurę usuwania wadliwości dostarczonych produktów oraz naprawiania szkody wyrządzonej w uszkodzonym sprzęcie, a ponadto sankcję w postaci kar umownych za te zdarzenia, to jako „powtórne” karanie za to samo należy ocenić możliwość odstąpienia od umowy z powodu powtarzających się uchybień.

Warto też zaznaczyć, że w sprzeczności z prawem jest przewidzenie zarówno kary umownej za dostawę wadliwego produktu lub uszkodzenie sprzętu oraz prawa żądania

zwrotu kosztów z tym związanych. Kara umowna to ryczałtowo określone z góry odszkodowanie. Jeśli przewiduje się ją także za uszkodzenie sprzętu, to nie można z tej samej podstawy faktycznej żądać rekompensaty w postaci zwrotu kosztów naprawy. Byłoby to podwójne karanie za to samo, a do tego sprowadza się wykładnia przytoczonych zapisów SWZ i umowy. Tak samo w przypadku kary za wymieniony wadliwy asortyment (szkoda została bowiem skompensowana wymianą).

#### **IV Kary umowne**

W paragrafie 13 ust. 1 umowy w następujący sposób zapisano przesłanki aktualizujące odpowiedzialność wykonawcy na podstawie kar umownych:

*Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 10% wartości netto umowy z tytułu odstąpienia od umowy, niewykonania lub nienależytego wykonania postanowień zawartych w umowie.*

Ten przepis umowny jest nieproporcjonalny oraz niezrozumiały, przez co stwarza ryzyko dochodzenia od wykonawcy nieusprawiedliwionych interesem Zamawiającego sankcji finansowych.

Po pierwsze wynika z niego, że podstawą naliczenia kary umownej jest każdy przypadek odstąpienia od umowy; niezależnie czy odstępuje wykonawca, czy zamawiający, czy odstąpienie następuje z przyczyn zawinionych przez odstępującego czy przez drugą stronę umowy. Może więc być tak, że od umowy odstąpi wykonawca z przyczyn zawinionych wyłącznie przez Zamawiającego, a i tak w oparciu o ten zapis grozi mu kara umowna z powodu odstąpienia.

Po wtóre, osobną przesłanką naliczenia kary w wysokości 10% wartości całej umowy jest *de facto* każdy przypadek nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Przykładowo: opóźnienie w dostawie jednego produktu (tu warto przypomnieć, umowa ma dotyczyć dostaw sukcesywnych, mogą więc służyć zamówienia nawet na jedną sztukę produktu), nawet jednodniowe, spowoduje sankcję w postaci równowartości 10% całej umowy, a nie zamówienia (1 produktu), co do którego dopuszczono się zaniedbania umownego.

Wykonawca musiałby więc liczyć się z tym, że każdy przypadek nienależytego wykonania umowy (np. dostarczenie wadliwego produktu, nawet jeśli niezwłocznie go wymieniono na wolny od wad, opóźnienie) może go kosztować 10% wartości umowy, a w wypadku kilku takich uchybień – łącznie nawet 30% wartości umowy.

Odwołujący wskazują więc, że póki Zamawiający nie ureguluje szczegółowo przesłanek do obciążenia karą umowną i nie zróżnicuje ich w sposób adekwatny do rangi uchybienia, to istniejąca obecnie w projekcie umowy regulacja jest niezgodna z prawem, bo kreuje pełną dowolność interpretacyjną po stronie Zamawiającego, umożliwia mu nadużywanie tej instytucji, a przede wszystkim wprowadza nieusprawiedliwione korzyści dla Zamawiającego wynikające z każdego, nawet błahego uchybienia wykonawcy. W połączeniu z możliwością potrącania kar z wynagrodzenia wykonawcy sprowadza ryzyko wykorzystania tego mechanizmu do nieuczciwych praktyk rynkowych, bo pozostawia zbyt dużą swobodę decyzyjną Zamawiającego przy braku możliwości oszacowania ryzyka przez wykonawcę.

## V Interes prawny

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 ich 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 Pzp oferując rozwiązania równoważne i równocześnie spełniające kryteria jakościowe, dzięki czemu ich oferty są dużo bardziej korzystne finansowo niż oferty zbudowane wyłącznie na produktach oryginalnych. Podmioty współpracujące z ich firmą 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 oraz projektu umowy w poddanym procesowej krytyce fragmentcie skutkować będzie naruszeniem ich praw i interesów.

*/na powyższe okoliczności zgłaszam dowód: 2 zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty złożone w innych postępowaniach /*

## IV Zwrot kosztów

Co do zwrotu kosztów postępowania:

Zgodnie z treścią odnośnego rozporządzenia, odwołujący są uprawnieni do żądania zwrotu kosztów postępowania, na które składa się m.in. wpis (7.500 zł), opłata od pełnomocnictwa (34 zł) oraz inne uzasadnione koszty poniesione przez odwołującego, do których należy zaliczyć także koszty obsługi prawnej (do kwoty 3.600 zł).

Koszty te wykazane zostaną najpóźniej na rozprawie rachunkami i potwierdzeniami przelewów.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Odpis odwołania wraz ze wszystkimi załącznikami doręczono Zamawiającemu: poprzez e-mail, na dowód czego załączam stosowne potwierdzenia.

### Wykaz załączników:

1. Dowód doręczenia odwołania do Zamawiającego
2. Dowody opłat: skarbowej i wpisu,
3. Pełnomocnictwo,
4. SWZ oraz załączniki do SWZ – projekt umowy,
5. 2x informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty
6. Wydruk ogłoszenia w BZP,
7. Wyrok z uzasadnieniem KIO,
8. Pisma WAT i TUV, wyjaśnienia Kancelarii Sejmu RP

**Z poważaniem,  
Adw. Mateusz Pieczka**