



PIERÓG
& Partnerzy

Na zgłaszane przez Państwa pytania, wątpliwości bądź sygnalizowane niejasności przepisów, odpowiadają prawnicy specjalizujący się w problematyce zamówień publicznych z Kancelarii Pieróg & Partnerzy, która sprawuje merytoryczny patronat nad tą rubryką.

**Dzisiaj na pytania Czytelników
odpowiada Katarzyna Dubowska, prawnik z Kancelarii Prawnej
Pieróg & Partnerzy.**



Prawnik podpowiada

ORYGINALNE MATERIAŁY EKSPLOATACYJNE JAKO KRYTERIUM

Jesteśmy firmą działającą w branży materiałów eksploatacyjnych do drukarek. W wielu przetargach zamawiający, chcąc uzyskać oferty na materiały produkowane przez producentów sprzętu manipulują kryteriami oceny ofert, ustanawiając jako jedno z kryteriów jakość lub rodzaj materiału, gdzie produkt oryginalny punkty otrzymuje a równoważny nie. Sytuację komplikuje waga przypisana temu kryterium, ponieważ przy wadze 50% (a ta często jest stosowana), nie ma realnej szansy zaoferowania wkładów równoważnych. Czy takie działania zamawiającego są zgodne z Pzp?

Zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, wśród których w przykładowym katalogu ustawodawca wymienił „jakość”. W orzecznictwie podkreśla się, że kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia oraz być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb.¹

Niewątpliwie jest, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu potrzeby te muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, swoboda w zakresie określania kryteriów oceny ofert doznaje ograniczenia, gdyż nie jest możliwe ich ukształtowanie w sposób dowolny. Wskazuje się również, że kryteria jakościowe nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący, muszą być uzasadnione względami interesu publicznego, muszą być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.² Wobec tego, że typ materiału eksploatacyjnego odnosi się do przedmiotu zamówienia kwestia prawidłowości stosowania tego kryterium musi zostać dokonana w oparciu o ocenę potrzeb zamawiających, lecz w związku z brakiem możliwości ustalenia ich uniwersalnego katalogu względem określonej kategorii przedmiotowej nie jest możliwe jednoznaczne ocenienie prawidłowości

¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 marca 2003 r. sygn. akt: V Ca 1213/02.

² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 września 2002 roku w sprawie C 513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. KIO 1271/19.

kryterium bez szczegółowych informacji w zakresie interesu zamawiającego.

Kwestia dopuszczalności zastosowania kryterium polegającego na przyznawaniu większej liczby punktów za zaferowanie oryginalnych materiałów eksploatacyjnych była przedmiotem analizy dokonanej przez Urząd Zamówień Publicznych. W stanowisku wyrażonym w pismach nr UZP/DP/O/026/322/15/MO z dnia 3 kwietnia 2015 r. oraz UZP/DP/O/026/88/15/AG z dnia 6 lutego 2015 r. przez Departament Prawny UZP³ stwierdzono, że „zastosowane przez zamawiającego kryterium oceny ofert „rodzaj materiałów eksploatacyjnych” w istocie odnosi się nie do przedmiotu zamówienia, cech przedmiotowych produktu ale do właściwości podmiotu oferującego konkretną markę produktu, a zatem narusza art. 91 ust. 2 i 3 Pzp” oraz, iż „żądanie przez zamawiającego oryginalnych materiałów eksploatacyjnych zarówno w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak kryteriów oceny ofert, jest niedopuszczalne, gdyż w obydwu przypadkach ma charakter dyskryminacyjny i narusza art. 7 ust. 1 ww. ustawy”.

Stanowisko wyrażone w przytoczonych pismach dotyczy stanu faktycznego, w którym zamawiający ofertom zawierającym wyłącznie materiały zalecane przez producentów urządzeń przyznawał 100 pkt, a pozostałym 5 pkt z uwzględnieniem, iż waga kryterium pozacenowego i cenowego wynosiła 50%. Zastosowane obliczenia symulacyjne doprowadziły do konkluzji, iż oferta zawierająca materiały niezalecane przez producenta urządzeń „nawet przy zastosowaniu znacznie niższych cen, nie miałaby jednak szans na wybór jako najkorzystniejsza”, w związku z czym kryterium określone w SIWZ nie dawało wykonawcom możliwości uzyskania zamówienia w przypadku zaferowania materiałów innych niż oryginalne. W przypadku zatem, gdyby zamawiający zawarł w SIWZ analogiczny sposób oceny oferty, który nawet przy zaferowaniu najniższych cen powodowałby brak możliwości zaferowania tzw. „zamienników”, kryterium należałoby uznać za niezgodne z Pzp.

WYMÓG ZASTOSOWANIA ZNACZNIKA CZASU

Zamawiający w SIWZ wskazał obowiązek elektronicznego podpisywania dokumentów z zastoso-

waniem tzw. „znakowania czasem”. Jak należy to rozumieć i czym taki zapis jest uzasadniony?

W związku z elektroniczną zamówień publicznych specyfikacje istotnych warunków zamówienia uzupełniane są o zapisy, które określają m. in. sposób przygotowania ofert, składanie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz ich podpisywanie z uwzględnieniem wymogów dotyczących elektronicznego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie zgodnie z zasadą proporcjonalności, co w odniesieniu do omawianego zagadnienia należy rozumieć jako skonstruowanie wymagań postępowania (również tych formalnych) w taki sposób, aby nie były one nadmierne względem obowiązujących regulacji. Usługę znakowania czasem, o której mowa w art. 3 pkt 16 nieobowiązującej ustawy z dnia 18.09.2001 r. o podpisie elektronicznym należało rozumieć jako usługę polegającą na dołączaniu do danych w postaci elektronicznej logicznie powiązanych z danymi opatrzonymi podpisem lub poświadczeniem elektronicznym, oznaczenia czasu w chwili wykonania tej usługi oraz poświadczenia elektronicznego tak powstałych danych przez podmiot świadczący tę usługę.

Uchylająca ten akt prawny ustawa z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej przekształciła to pojęcie, definiując je obecnie jako usługę elektronicznego znacznika czasu. Innymi słowy w przypadku podpisu z zastosowaniem elektronicznego znacznika czasu podmiot weryfikujący podpis elektroniczny będzie mógł dokładać określić moment jego złożenia oraz uzyskać elektroniczne potwierdzenie tych okoliczności. Zgodnie z art. 133 ust. 3 tej ustawy elektroniczny znacznik czasu wywołuje skutki prawne określone m.in. w art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, tj. skutki prawne daty pewnej w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

³ Stanowisko UZP zostało przedstawione w artykule Kryteria oceny ofert w postępowaniu na dostawę materiałów eksploatacyjnych o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ZamPublU, Andrzej Gawrońska-Baran [Legalis]

Wskazany w przytoczonym pytaniu wymóg podpisywania dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym przy zastosowaniu elektronicznego znacznika czasu nie wynika z Pzp ani aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Zgodnie z art. 10a ust. 5 Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Podobnie oświadczenia i dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z § 14 ust. 4 poświadczą się za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W związku z tym, iż obowiązujące regulacje wymagają wyłącznie opatrzenia oświadczeń i dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a ważność czynności lub jej skutki nie są uzależnione od urzędowego poświadczenia daty, wymaganie zawarte przez zamawiającego w SIWZ nie wynika z obowiązujących przepisów prawa, w związku z czym należy uznać je jako nadmierne i naruszające zasadę przygotowania postępowania z zachowaniem zasady proporcjonalności.

WYJAŚNIENIE INFORMACJI O PODPISIE ELEKTRONICZNYM

Czy w Pzp istnieje przepis pozwalający na wezwanie do wyjaśnień informacji dotyczących podpisania zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby kwalifikowanym podpisem elektronicznym? W raporcie wygenerowanym po badaniu powstały wątpliwości co prawidłowości podpisu. Nie wiemy, czy można to wyjaśnić, ponieważ raport nie jest elementem oferty czy dokumentem, o którym mowa w ustawie i rozporządzeniu dot. dokumentów. Możliwość zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień została uregulowana w art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust 1 Pzp. Wygenerowana przez zamawiającego informacja dotycząca opatrzenia dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jak słusznie zauważono w pytaniu, nie jest dokumentem wymienionym w przytoczonych przepisach, lecz odno-

si się do niego pośrednio w zakresie prawidłowości złożonego podpisu. Pomimo tego, iż ustawodawca nie wymienił w nich innych oświadczeń i dokumentów niż te, które zostały złożone przez wykonawców, w ocenie autorki dopuszczalne w tej sytuacji wydaje się zastosowanie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż podpis elektroniczny dotyczy dokumentu odnoszącego się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Przeciwna ocena powyższego (niemożność oceny prawidłowości złożenia podpisu w związku z nieujęciem w katalogu oświadczeń i dokumentów wygenerowanej informacji) prowadziła by bowiem do konieczności podjęcia przez zamawiającego decyzji w postępowaniu w sytuacji, w której nie jest pewien należytego wypełnienia przez wykonawcę wymagań formalnych związanych ze złożeniem dokumentu potwierdzającego dysponowanie zasobami, co mogłoby doprowadzić do udzielenia zamówienia wykonawcy niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu.

W związku z obowiązkiem dokonania oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, jak też oceny realności udostępnienia zasobów należy uznać, iż również informacje odnoszące się do podpisu elektronicznego dokumentu dotyczącego zasobów innego podmiotu mieszczą się w katalogu wskazanym w przytoczonych powyżej regulacjach, w związku z czym wezwanie wykonawcy do wyjaśnień odnoszących się do informacji zawartych w raporcie o podpisie elektronicznym należy uznać za dopuszczalne. Informacje zawarte w raporcie mimo tego, że zostały w istocie wygenerowane przez zamawiającego, pozostają w ścisłym związku z podpisanym dokumentem i odnoszą się do właściwości złożonego podpisu elektronicznego.

**Pytania, z dopiskiem
„Prawnik podpowiada”,
prosimy kierować
na adres:**

redakcja@publicus.pl