



Do wszystkich wykonawców

Dotyczy odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ oraz wykreślenie zapisu SIWZ w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek i kserokopiarek

TREŚĆ ZAPYTANIA

W imieniu Wykonawcy, działając zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwracam się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opublikowanych 29.01.2015, nr postępowania: D/ZP/381/8B/15

Opis przedmiotu zamówienia Rozdz. III pkt. 3

3. Zamawiający wymaga aby oferowane materiały eksploatacyjne były :

- nowe czyli takie materiały eksploatacyjne , które w trakcie procesu produkcji zostały wytworzone z elementów i materiałów wcześniej nieużywanych, co jednak nie wyłącza materiałów i elementów wytworzonych z surowców pochodzących z procesu recyklingu, polegającym na powtórnym przetworzeniu substancji lub materiału do stanu surowca podstawowego, poprzez rozdrobnienie, przetopienie, obróbkę termiczną, chemiczną, itp.

UZASADNIENIE:

Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób jak zacytowany powyżej wyklucza od udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkty refabrykowane, co z pewnością stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, w tym przepisów:

- art. 7 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”

- art. 29 ust. 2 p.z.p. oraz art. 23 ust. 2 Dyrektywy nr 2004/18/WE z dnia 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, który nie może być opisany „w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” i tworzyć „nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję”,

- poprzez odwołanie się w opisie przedmiotu zamówienia do takich kryteriów, których spełnienie jest możliwe jedynie przez kilku Wykonawców, co równocześnie nie znajduje uzasadnienia w obowiązku dążenia do uzyskania jak najlepszej oferty jakościowej i środowiskowej,

- art. 29 ust. 3 p.z.p. ustanawiającego zasadę wedle której: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie (...) pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

I. Takie stanowisko orzecznictwa i doktryny, w tym Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazała między innymi:

a) w wyroku z dnia 22.07.2009 r., KIO/UZP 874/09: „Prawem i obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z jego potrzebami. Jednakże swoboda zamawiającego w kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia nie jest nieograniczona - nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. Gdy określone przez zamawiającego wymagania mogą ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający zobowiązany jest wykazać, że są one niezbędne w świetle celu założonego w danym postępowaniu.”

b) w wyroku z dnia 16.05.2008 r., KIO/UZP 438/08: „Dyskryminacja wykonawców ma miejsce w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w SIWZ są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”

c) w wyroku z dnia 01.10.2008 r., KIO/UZP 984/08: „Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalenie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłącznie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwią mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Przepisy art. 29 i 30 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przewidują istotne ograniczenie swobody zamawiającego w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Najistotniejsze znaczenie ma przepis zakazujący opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych).

Za postanowienia nie naruszające zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji Wykonawca uważa w szczególności niżej wskazane postanowienia:

1. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie materiałów eksploatacyjnych równoważnych (tzw. zamienniki). Przez równoważne Zamawiający rozumie produkty w pełni kompatybilne z urządzeniami w których mają być użytkowane jako materiały eksploatacyjne, oraz posiadające nie gorsze niż produkty oryginalne parametry w zakresie wydajności, niezawodności oraz jakości. Zamontowanie i używanie materiałów eksploatacyjnych równoważnych nie może powodować utraty gwarancji producenta drukarki.

Fakt naruszenia zasad uczciwej konkurencji został przez nas wykazany, gdyż uwzględnienie zapisów SIWZ w obecnym kształcie spowoduje wykluczenie naszej firmy z udziału w przetargu, a zatem - w świetle powyższej opinii, to Państwo powinni teraz udowodnić - w trybie odpowiedzi na zapytanie, że dysponują Państwo takimi badaniami, doświadczeniami czy ekspertyzami, które potwierdzałyby niższą funkcjonalność produktów refabrykowanych.

Należy przy tym podkreślić, iż zamawiający wykluczając dostarczenie produktów refabrykowanych („z recyklingu”) nie zabezpiecza się przed produktami niskiej jakości, gdyż nie zawsze użycie produktów w 100% nowych gwarantuje spełnienie wszelkich wymogów jakościowych, a także eliminuje się w ten sposób korzyści ekologiczne.

W przypadku materiałów eksploatacyjnych równoważnych (zamiennych) należy zwrócić uwagę na zasadniczy aspekt prawny dotyczący oferowania produktów w 100% wyprodukowanych od podstaw: na terenie Unii Europejskiej nie ma podmiotów gospodarczych produkujący w 100% nowe, zamienne kasety z tonerem do drukarek laserowych oraz głowicowe kartridże do drukarek atramentowych. Wszyscy producenci europejscy opierają proces refabrykacji na pełnowartościowych pustych plastikowych kasetach (opakowaniach) pochodzących z recyklingu. Powodem takiego stanu rzeczy są zastrzeżenia patentowe dotyczące plastikowych kaset oraz możliwość ich naruszenia. W 2012 roku producenci urządzeń drukujących - HP oraz Samsung rozpoczęli egzekwowanie swoich zastrzeżeń patentowych w Polsce. Skutkiem tych działań było wycofanie z ofert największych polskich dystrybutorów wyprodukowanych w 100% od podstaw materiałów zamiennych do produktów tych producentów. Jak bowiem wynika z komunikatu prasowego HP, spółka zawarła ugody m. in. z dwoma dystrybutorami sprzętu - spółką Action SA i spółką AB SA. Mocą zawartej ugody spółki Action SA i AB SA zobowiązały się do "zaprzestania sprzedaży wkładów atramentowych naruszających prawa własności intelektualnej HP, zarówno na terenie Polski, jak i innych krajów, w których spółki te prowadzą swoją działalność".

Ugody zawarte pomiędzy HP a spółkami Action SA i AB SA obejmują niżej wymienione wkłady atramentowe: HP 21, HP 22, HP 27, HP 28, HP 56, HP 57, HP 300, HP 301, HP 336, HP 337, HP 338, HP 339, HP 342, HP 343, HP 344, HP 350, HP 351 i HP 901. A z wkładów sprzedawanych poza Polską: HP 300, HP 301, HP 336, HP 337, HP 338, HP 339, HP 342, HP 343, HP 344, HP 350 i HP 351.

(źródło: http://wyborcza.biz/biznes/1,101558,13281842,HP_pozwal_polskie_firmy_Za_patent_na_wklady_atramentowe.html#MT%23ixzz2IoZqAR#ixzz2p01vuTO7)

Wszystkie z wymienionych powyżej wkładów atramentowych to materiały eksploatacyjne zamienne wyprodukowane z elementów w 100% nowych.

W szczególności zwracamy uwagę na fakt nagminnego oferowania przez importerów oraz dystrybutorów materiałów eksploatacyjnych zamiennych produktów naruszających patenty: PL 195547 B1, zarejestrowany w Urzędzie Patentowym RP, dotyczący wybranych kaset do drukarek atramentowych marki HP, oraz patent EP 2087407 B1, zarejestrowany w Urzędzie Patentowym RP, dotyczący wybranych kaset do modeli kaset laserowych do drukarek Canon oraz HP (m.in model HP 05A, 05X, 55A, 55X, 80A, 80X).

Tym samym uznać należy, że kreowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób uniemożliwiający wykonawcom oferującym produkty refabrykowane przystąpienie do udziału w przetargu skutkuje tym, że zamawiający faktycznie dopuszcza wyłącznie produkty oryginalne, albowiem materiały 100% nowe zostały z uwagi na realizację praw patentowych przez producentów urządzeń drukujących HP oraz Samsung przez innych dystrybutorów wycofane z obrotu.

Powyższe rozwiązanie bez wątpienia narusza zasadę uczciwej konkurencji. Jak już bowiem wskazano powyżej za metodę wyboru oferty najbardziej odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego nie może być uznany opis przedmiotu zamówienia na tyle drobiazgowy, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych staje się iluzoryczne, a postawione wymagania spełnia w istocie tylko jeden produkt (w niniejszym przypadku będący produktem oryginalnym) (za: Jankowska Marlena, Dopuszczenie produktów równoważnych. Teza nr 1, Zam.Pub.Dor.2013.4.70).

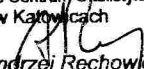
Dodatkowo, materiały eksploatacyjne zamiennie wyprodukowane z elementów w 100% nowych (w szczególności dotyczy to plastikowej obudowy) są wytwarzane przez producentów z krajów dalekowschodnich, przede wszystkim z Chin. Zamawiający stawiając w SIWZ wymóg, o którego zmianę wnioskujemy, wyklucza możliwość złożenia oferty przez wykonawców oferujących produkty polskich oraz europejskich producentów materiałów eksploatacyjnych zamiennych.

Zgodnie z wynikami badań, którymi dysponujemy, produkty firmy Black Point S.A. produkowane z wykorzystaniem pełnowartościowych komponentów pochodzących z recyklingu, oferują wyższą jakość wydruku oraz są bardziej wydajne niż produkty oryginalne wyprodukowane przez producenta drukarki oraz produkty zamienne w 100% nowe importowane z Dalekiego Wschodu. Przykładowo warto wskazać na badanie porównawcze przeprowadzone przez niemieckie instytuty TUV oraz INNOVATIONSTECHNIK, w których przetestowane i porównane zostały przykładowe tonery do drukarek laserowych oraz kartridże do drukarek atramentowych marki Black Point, w stosunku do produktów wyprodukowanych przez producenta drukarki (oryginały raportów z badań do wglądu na życzenie Zamawiającego).

Wobec powyższego, wnoszę o pozytywne rozpoznanie niniejszego wniosku.

Odpowiedź: Zamawiający nie wprowadza zmian opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z upoważnienia Dyrektora
Uniwersyteckiego Centrum Okulistyki i Onkologii
w Katowicach


mgr Andrzej Rechowicz
Kierownik Działu Zamówień Publicznych