

Kąty Wrocławskie, 14.12.2011 r.

Znak sprawy 341/60/2011

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy zamówienia publicznego: Sukcesywna dostawa fabrycznie nowych materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, urządzeń wielofunkcyjnych i faksów dla Urzędu Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie

W związku z zapytaniem dotyczącym przedmiotu powyższego zamówienia oraz zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - *Prawo zamówień publicznych tj. Dz. U z 2010r. Nr 113 poz. 759 ze zm.* – w imieniu Zamawiającego przesyłam odpowiedzi na złożone pytania.

Pytanie 1) Na podstawie art.38 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) proszę o wyjaśnienie następujących treści SIWZ:

„W przypadku materiałów eksploatacyjnych do drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek. Wykonawca musi dostarczyć dokumenty potwierdzające, iż oferowane materiały eksploatacyjne są akceptowane przez producentów urządzeń do których są oferowane i ich stosowanie nie narusza posiadanej gwarancji producenta, a dla urządzeń firmy HP rozszerzonych polis serwisowych („CarePack”) posiadanych przez Zamawiającego” oraz

„Na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 wykonawcy winni załączyć dokumenty lub potwierdzone kserokopie dokumentów: (...) Oświadczenie, że zaoferowane produkty posiadają deklarację producenta drukarek lub faksów dopuszczającą produkt do stosowania w drukarkach lub faksach, jak również oświadczenie, że stosowanie takich materiałów eksploatacyjnych nie naruszy warunków gwarancji lub polis serwisowych posiadanych przez Zamawiającego urządzeń.

Zgodnie z naszą wiedzą fakt, iż dopuszczenia do użycia w urządzeniach materiałów kompatybilnych nie zależy od woli ani też żadnego oświadczenia jakiegokolwiek producenta sprzętu. Dopuszczenie to wynika z prawa konkurencji i prawa międzynarodowego. Przepisy i zalecenia Unii Europejskiej oraz polskie prawo mają charakter pro konsumencki i antymonopolowy, przez co wyraźnie zakazują producentom sprzętu wprowadzania zapisów do gwarancji, dotyczących jej utraty w zależności od rodzaju lub pochodzenia materiałów eksploatacyjnych. Zgodnie z obowiązującym prawem producenci urządzeń drukujących nie mogą umieszczać w umowach gwarancyjnych nakazu stosowania ich własnych produktów lub obarczać ich dodatkowymi obwarowaniami. Działanie takie jest traktowane, jako sprzedaż wiązana, co jest niezgodne z prawem. Ponadto powyższe stanowisko znajduje poparcie w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 r, o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, między innymi w rozdziale 2 – Nieuczciwe Praktyki Rynkowe Art. 4 pkt 3 Za nieuczciwą praktykę rynkową uznaje się prowadzenie działalności w formie systemu konsorcyjnego lub organizowanie grupy z udziałem konsumentów w celu porozumień ograniczających konkurencję, art. 6 niniejszej ustawy, która w jasny sposób zabrania stosowania takich zapisów.

Prawdziwość stwierdzenia o braku wpływów zastosowania zamiennych materiałów eksploatacyjnych na warunki gwarancji potwierdzi każdy producent urządzeń drukujących i kopiujących lub jego oficjalne przedstawicielstwo na terenie Polski. Ponadto Interpretacja tego faktu zawarta jest w uzasadnieniach wyroków zespołu arbitrów np. UZP/ZO/0-1961/06; UZP/ZO/0-795/05 oraz UZP/ZO/0-761/05.

W chwili obecnej dostępne jest wiele wysokiej klasy materiałów kompatybilnych, które gwarantują warunki pracy nie gorsze od materiałów oryginalnych jednak przy znacznie niższej cenie. Dodatkowo ich użycie nie jest sprzeczne z warunkami gwarancji sprzętu drukującego. W przypadku poważnych awarii producenci tych materiałów zobowiązują się do pokrycia kosztów naprawy negatywnych skutków tych awarii.

Zamawiający żąda dokumentu, którego uzyskanie nie jest możliwe, ponieważ producenci urządzeń drukujących nie wydają oświadczeń, potwierdzających, iż oferowane materiały eksploatacyjne są

przez nich akceptowane i ich stosowanie nie narusza posiadanej gwarancji producenta. W związku z tym, wyżej przytoczony zapis jest niezgodny z prawem zamówień publicznych, bowiem w sposób oczywisty wyklucza możliwość zaoferowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych, stanowiąc tym samym naruszenie art.7, zgodnie z którym „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Na kwestie sposobu sformułowania SIWZ w kontekście zasady równości i uczciwej konkurencji zwracał uwagę Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w swoim piśmie z dnia 07 stycznia 2000 r., w którym stwierdził, że „zapisy SIWZ powinny być sprecyzowane przez Zamawiającego w taki sposób, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne tzn. powinny być obiektywne, niedyskryminacyjne i nieograniczające konkurencji”.

W kontekście powyższego warto przytoczyć orzeczenie Zespołu Arbitrów, w którym arbitrzy wyraźnie stwierdzili, że „z łamaniem zasad uczciwej konkurencji ma się do czynienia wtedy (...) gdy Zamawiający ogranicza w sposób nieuzasadniony dostęp do ubiegania się o zamówienie znacznemu gronu mogących się o nie ubiegać (ZAZUP z 09.08.2005 UZP/ZO/0-2034/05).

W związku z powyższym, wnioskuję o wykreślenie sprzecznego z PZP żądania i dopuszczenie możliwości załączenia do oferty; oświadczenia producenta równoważnych materiałów eksploatacyjnych potwierdzającego, iż:

- oferowany asortyment będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych
- stosowanie zaoferowanego asortymentu nie narusza gwarancji producenta urządzenia
- w przypadku uszkodzenia urządzenia, którego bezpośrednią przyczyną było zastosowanie zaoferowanego wkładu (co zostanie potwierdzone ekspertyzą autoryzowanego serwisu urządzeń) zostanie ono bezpłatnie naprawione lub wymienione.

Zachowany został termin wskazany w art. 38 PZP.

Odwolujący będzie składał ofertę w ww. postępowaniu stąd interes prawny w złożeniu odwołania.

Odp. 1) Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę jakichkolwiek zapisów w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oczekiwanym przez Pytającego

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, informujemy, że Zamawiający wskazując wymogi techniczne i jakościowe w opisie przedmiotu zamówienia, zabezpieczył jedynie swoje faktyczne teraźniejsze i przyszłe potrzeby wynikające z faktu posiadania aktywnych dodatkowych polis serwisowych (HP Care Pack) dla sprzętu drukującego firmy HP, który stanowi przeszło 90 % wszystkich urządzeń dla których mają być dostarczane materiały eksploatacyjne z czego urządzeń z aktywną polisą Care Pack jest blisko 70 %. Fakt posiadania dodatkowych gwarancji i nabytych wraz z nimi warunków naprawy sprzętu (gwarantowany czas reakcji, naprawa w miejscu eksploatacji, stosowanie oryginalnych części zamiennych) stanowi niebagatelną wartość dla Zamawiającego, jako podmiotu realizującego zadania publiczne w trakcie których wykorzystanie sprzętu drukującego stanowi istotny element. Należy przy tym zaznaczyć, że są to wymogi minimalne a Zamawiający umożliwia zaoferowanie produktów równoważnych. Oznacza to, że Wykonawca może zaoferować produkty o tych samych lub lepszych parametrach jeżeli takie posiada w swojej ofercie. Z zastrzeżeniem iż powinny one posiadać deklarację producentów urządzeń iż są one przez nich dopuszczone do używania i nie naruszają warunków posiadanych przez Zamawiającego dodatkowych polis serwisowych. Dopuszczenia do użycia materiałów dla których Wykonawca nie dostarczyłby stosownego oświadczenia producenta mogłoby narazić Zamawiającego na utratę lub częściową niewykonalność praw jaki Zamawiający nabył wraz z dodatkowymi polisami serwisowymi.

Zamawiający uważa, że zapisy SIWZ nie utrudniają i nie ograniczają w niczym zasad uczciwej konkurencji oraz zapisów art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co znajduje swoje odzwierciedlenie w wyroku KIO/UZP-454/08 z dnia 27 maja 2008 r., którego sentencja stanowi wprost: „Jeżeli jest co najmniej dwóch wykonawców, którzy są w stanie zaoferować urządzenia spełniające wymogi techniczne wskazane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, nie można powoływać się na naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania”.

Kolejnym wyrokiem, który potwierdza stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów Pytającego jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 807/08), w którym Izba zważyła m.in., że: „... na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone jest uprawnienie do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Nie oznacza to, że

Zamawiający ma obowiązek zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich...”.

Również zgodnie z wyrokiem z 28 czerwca 2000 r. wskazanie w SIWZ wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez danego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do tego, by uznać, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasady ustawy Pzp (Sygn. Akt. UZP/ZO/0-602/00).

Także zdaniem Arbitrów, wyrażonym w wyroku z 31 stycznia 2006 r. wynika, że opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 7 ustawy Pzp i nie utrudnia uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli nie ogranicza liczby potencjalnych wykonawców mogących brać udział w przetargu. Chodzi przy tym nie tylko o producentów, lecz o każdego Wykonawcę: producenta, przedstawiciela, dystrybutora i innego sprzedawcę, który ma dostęp do towaru. W dalszej części rozstrzygnięcia odwołania Zespół Arbitrów stanowczo podkreśla, że żądania odwołującego, aby zamawiający dokonał zmiany zapisów SIWZ, w realiach sprawy mają w istocie na celu dostosowanie przedmiotu zamówienia do oferty handlowej odwołującego. Rolą Zamawiającego natomiast nie jest dostosowywanie opisu przedmiotu zamówienia do możliwości produkcyjnych czy handlowych wszystkich Wykonawców występujących na rynku, lecz do własnych potrzeb. „żądanie odwołującego byłoby zasadne, tylko wtedy gdyby żaden z potencjalnych wykonawców nie mógł zaoferować wskazanych w SIWZ produktów” (Sygn. Akt. UZP/ZO/0-215/06).

Zamawiający jednoznacznie stwierdza, że zapisami SIWZ nie naruszył żadnego z przepisów ustawy o zamówieniach publicznych i tym samym nie naraził na szkodę interes prawny któregośkolwiek z Wykonawców.