



ZARZĄD GEODEZJI, KARTOGRAFII
I KATASTRU MIEJSKIEGO we Wrocławiu
al. Marcina Kromera 44, 51-163 Wrocław
tel. 071 32 72 100, fax (071) 32 72 350

Wrocław, dn. 20.02.2015 r.

Do wszystkich Wykonawców

ZKK 17-EA.341-2-4/15

dotyczy postępowania na „Sukcesywną dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek, kserokopiarek, faksów wraz z usługą odbioru zużytych materiałów eksploatacyjnych w okresie marzec 2015 – styczeń 2016” (oznaczenie postępowania ZKK 17-EA.341-2-4/15).

Zarząd Geodezji, Kartografii i Katastru Miejskiego we Wrocławiu informuje, że w powyższym postępowaniu w dniach 18.02.2015 r. oraz 19.02.2015 r. wpłynęły niżej wymienione wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej SIWZ.

Zgodnie z wymogami art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą przekazujemy treść wniosków z wyjaśnieniami.

WNIOSEK NR 1

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.

Opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ

Produkt równoważny winien być kompatybilny ze sprzętem do którego został zamówiony, o parametrach fizycznych, technicznych równych lub wyższych w stosunku do oryginału produkowanego przez producenta urządzenia, w których tonery będą stosowane. Artykuł równoważny musi być artykułem fabrycznie nowym, nieregenerowanym i nie posiadającym żadnych elementów wcześniej używanych czy modyfikowanych.

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 produkujących 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://wyborecza.biz/biznes/1,101558,13281842,HP_pozwal_polskie_firmy_Za_patent_na_wklady_atramentowe.html#MT%23ixzz2loZqAR#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 Mariena, Dopuszczenie produktów równoważnych. Teza nr 1, Zam.Pub.Dor.2013.4.70).

Dodatkowo, materiały eksploatacyjne zamienne 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.

WNIOSEK NR 2

Zgodnie z punktem 7 wymagań technicznych przedmiotu Zamówienia

*„Produkt równoważny winien być kompatybilny ze sprzętem do którego został zamówiony, o parametrach fizycznych, technicznych równych lub wyższych w stosunku do oryginału produkowanego przez producenta urządzenia, w których tonery będą stosowane. **Artykuł równoważny musi być artykułem fabrycznie nowym, nieregenerowanym i nie posiadającym żadnych elementów wcześniej używanych czy modyfikowanych**”*

Czy w związku z powyższym według Zamawiającego dopuszcza się do udziału w postępowaniu fabrycznie nowe, równoważne materiały eksploatacyjne do drukarek, których **proces produkcji obejmuje użycie obok komponentów nowych także pełnowartościowych elementów z odzysku**, przy czym wałek optyczny, listwa czyszcząca wałka optycznego, element zamykający zbiornik z tonerem, listwę wałka magnetycznego, toner, chipy sterujące pracą kasety są komponentami nowymi?

Jednocześnie pragniemy zauważyć, że Urząd Zamówień Publicznych przygotował wzorcową specyfikację na materiały eksploatacyjne do drukarek, w której zdefiniował pojęcie produkty „fabrycznie nowe” jako „materiały wykonane z nowych elementów lub pełnowartościowych komponentów z odzysku”.

Poza tym, z informacji powszechnie dostępnych wynika, że również czołowi producenci stosują przy wytwarzaniu oryginalnych materiałów eksploatacyjnych elementy z odzysku i recyklingu. Informacje o tym, że produkt oryginalny może zawierać takie części i materiały znajdują się na opakowaniach, ulotkach czy stronach internetowych takich producentów jak HP, Lexmark, Samsung czy Canon.

Wobec powyższych okoliczności wnosimy o zastąpienie wyżej przytoczonego zapisu następującym sformulowaniem:

„Za fabrycznie nowe, równoważne materiały eksploatacyjne, rozumie się materiały, nie pochodzące od producenta drukarki, o takich samych lub lepszych parametrach jakościowych w stosunku do materiałów oryginalnych, których proces produkcji obejmuje użycie obok komponentów nowych także pełnowartościowych elementów z odzysku, przy czym wałek optyczny, listwa czyszcząca

wałka optycznego, element zamykający zbiornik z tonerem, listwę wałka magnetycznego, toner są komponentami nowymi.”

Warto również zaznaczyć, że **materiały równoważne wykonane w 100 % z nowych elementów** nie są wolne od wad prawnych, ponieważ naruszają prawa patentowe takich producentów jak HP, Lexmark, Samsung czy Canon. Odbywa się to poprzez korzystanie z ich opatentowanych rozwiązań technicznych i wzornictwa. Co istotne, wyżej wskazani producenci, podejmują w chwili obecnej działania prawne na szeroką skalę przeciwko takim właśnie materiałom równoważnym, w 100 % nowym, które naruszają ich prawa patentowe.

Wobec powyższego wnosimy o zażądanie przedstawienia przez wykonawcę **oświadczenia producenta równoważnego materiału eksploatacyjnego**, że materiały eksploatacyjne nie naruszają praw patentowych producentów materiałów oryginalnych, natomiast za naruszające prawa patentowe rozumie się w 100% fabrycznie nowe zamienniki będące bezprawnym odwzorowaniem od podstaw tonerów oryginalnych producentów drukarek.

Poza powyższym, w związku z obowiązkiem zapewnienia prawidłowej pracy materiałów eksploatacyjnych, wnosimy o zobowiązanie Wykonawcy do wykonania **przebiegu konserwacyjnego drukarek** przed rozpoczęciem dostaw celem oceny stanu drukarek, w trakcie dostaw i na koniec dostaw, przez pracowników Wykonawcy posiadających odpowiednie uprawnienia.

Wobec powyższych okoliczności prosimy o przeanalizowanie zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pod kątem wyżej przytoczonych uwag. W przypadku uznania, że umieszczony w Specyfikacji zapis jest niezgodny z prawem i narusza zasadę równego traktowania wykonawców, wnosimy o jego usunięcie lub zastąpienie zapisem umożliwiającym udział w postępowaniu producentom materiałów, do produkcji których wykorzystywane są pełnowartościowe komponenty pochodzące z recyklingu.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający po zapoznaniu się z powyżej cytowanymi wnioskami działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy dokonuje zmiany treści SIWZ oraz załączników nr 1 i 2 do SIWZ.

W SIWZ w § 7 ust. 2 wykreśla się punkt 5) o treści:

„oświadczenia producentów oferowanych materiałów eksploatacyjnych, potwierdzające cechy wymienione w pkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ (w części dotyczącej wymagań odnośnie tonerów/atramentów/bębnow), w przypadku, gdy Wykonawca składa ofertę na produkty równoważne”.

Natomiast zmodyfikowane załączniki nr 1 i nr 2 stanowią załączniki do niniejszego pisma.

W związku ze zmianami treści SIWZ i załączników **Zamawiający przedłuża termin składania ofert do dnia 26.02.2015 r. godz. 12.00.**

Wobec zmiany terminu składania ofert zmianie ulega:

1) treść § 9 ust. 2 SIWZ.

Dotychczasową treść:

„Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wymaga, aby kwota wadium wnoszona w formie pieniężnej była na wskazanym poniżej koncie Zamawiającego do terminu składania ofert czyli **24.02.2015 r. do godz. 12.00**”

zmienia się na:

„Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wymaga, aby kwota wadium wnoszona w formie pieniężnej była na wskazanym poniżej koncie Zamawiającego do terminu składania ofert czyli **26.02.2015 r. do godz. 12.00**”

2) treść § 12 ust. 2 SIWZ.

Dotychczasową treść:

„Termin składania ofert upływa **24.02.2015 r. o godz. 12.00**”.

zmienia się na:

„Termin składania ofert upływa **26.02.2015 r. o godz. 12.00**”.

2) treść § 12 ust. 4 SIWZ.

Dotychczasową treść:

„Otwarcie ofert nastąpi **24.02.2015 r. o godz. 12.30** w siedzibie Zamawiającego, **pokój nr 310**”

zmienia się na:

„Otwarcie ofert nastąpi **26.02.2015 r. o godz. 12.30** w siedzibie Zamawiającego, **pokój nr 310**”.

Powyższe zmiany należy traktować jako integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

DYREKTOR


Jan Mazurkiewicz
Geodeta Miejski