



Partner XXI – PIK Sp. z o.o.

ul. Fordońska 246
85-766 Bydgoszcz
tel. +48(52) 348-58-58
fax. +48(52) 329-90-90
e-mail: pik@partner21.pl

Bydgoszcz, 27 lutego 2007

Politechnika Gdańska
ul. Narutowicza 11/12
80-952 Gdańsk Wrzeszcz
Dział Gospodarczy Politechniki
Gdańskiej

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek dla Politechniki Gdańskiej

PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych /Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177 ze zm./ składamy protest wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania, Zamawiający dopuścił się naruszenia:

- I. art. 7 ust 1, art. 29 ust 1-3 ustaw Prawo Zamówień Publicznych,
- II. art. 3 ust 1 ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku – o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- III. art. 146 ust 1 pkt 6 w zw. z art. 14 ustawy i art. 387 k.c.

Podstawą wniesienia protestu jest informacja zamawiającego obejmująca specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) a w szczególności opis przedmiotu zamówienia III ust 6

Ządaniem Protestującego jest:

- I. Zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie z jej treści
 - wszystkich sformułowań nakazujących dostarczenie wyłącznie produktów oryginalnych (nie regenerowanych) lub też zalecanych przez producenta urzędnika,
 - wszystkich sformułowań nakazujących dostarczenie produktów zalecanych przez producenta urzędnika,

292/66/04
2007 02-27
Dział Gospodarczy P.G.

PARTNER XXI PIK Sp. z o.o.
PREZES Zarządu

Andrzej Walczak

- 2 -

- II. wprowadzenie do SIWZ dopuszczalności składania ofert produktów równoważnych zdefiniowanych w sposób obiektywny i precyzyjny, nie naruszający zasad uczciwej konkurencji

Uzasadnienie

Art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek określenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to powinność opisu zamówienia w sposób maksymalnie zobjektywizowany, celem realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Powyższym wytycznym towarzyszą ustawowe zakazy opisu przedmiotu zamówienia:

- sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję,
- przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

Do naruszenia wyżej opisanego zakazu nie musi zaistnieć naruszenie uczciwej konkurencji, wystarczy opis zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, a zatem stworzyłby okoliczności sprzyjające naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Zakaz opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia stanowi bezwzględna zasada udzielania zamówień, od której ustawa przewiduje tylko dwa wyjątki:

- gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,
- nie można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych określeń.

Powyższe oznacza, że przed zastosowaniem w opisie przedmiotu zamówieniu znaków towarowych należy zbadać, czy na odstępstwo od zasady generalnej pozwalają szczególne okoliczności (interpretowane ściśle) przewidziane ustawą.

Jeśli zatem przedmiot zamówienia nie charakteryzuje się specyfiką, która uzasadnia odstępstwa od zasad – a dostawy tonerów i tuszów z całą pewnością nie wyczerpują znamion zamówień specyficznych o unikatowej technologii, przeciwnie można je zaliczyć do dostaw powszechnie dostępnych – Zamawiający nie może posługiwać się znakami towarowymi

Podobnie przed zastosowaniem znaków towarowych, należy zbadać, czy rzeczywiście nie istnieją dostatecznie dokładne określenia pozwalające na opis przedmiotu zamówienia. W przypadku tuszów i tonerów można opisać dokładnie każdy element produktu.

Bez względu jednak na okoliczności odstępstwa od zasady, zawsze w przypadku zastosowania znaków towarowych dla przedmiotu zamówienia należy dopisać zastrzeżenie od dopuszczalności zamienników o tych samych parametrach poprzez zapisanie formuły „lub równoważne” lub opis równoważności poprzez inne równoznaczne wyrazy (art. 29 ust. 3). Innymi słowy, poza bezwzględnie wymaganą formułą „lub równoważne” należy jeszcze zdefiniować pojęcie równoważności. Wyrok Zespołu Arbitrów UZ.P z dnia 23.04.2003 r. wskazał, że dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie przez zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Bez takiego określenia nie istnieje możliwość ich porównania.

PARTNER XXI- PIK Sp. z o.o.
PREZES ZARZĄDU

Andrzej Walczak

- 3 -

Zespół arbitrów w wyroku z dnia 12 grudnia 2003 roku potwierdził, iż nie można uznać, że dana oferta nie spełnia wymogu równoważności, jeżeli z powodu braku danych nie można wykazać czy dana oferta jest równoważna. Zamawiający powinien w taki sposób przygotować specyfikację istotnych warunków zamówienia i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równowartości oferty. Dopiero w takim przypadku będzie on uprawniony do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu oferty jako równoważnej, bądź też jej odrzuceniu.

Z przedstawionego wyżej stanu prawnego oraz orzecznictwa i komentarzy Urzędu Zamówień Publicznych wynika kilka istotnych okoliczności:

- powołanie się na znaki towarowe bez formuły równoważności stanowi naruszenie ustawy,
- powołanie się na znaki towarowe z zastosowaniem formuły „lub równoważne” ale bez zdefiniowania produktów równoważnych nie daje Zamawiającemu podstaw do odrzucenia oferty w przypadku wątpliwości w kwalifikacji produktu,
- powoływanie się na znaki towarowe z zastosowaniem formuły lub równoważne i jej zdefiniowaniem musi się odbywać w warunkach, które nie utrudniają uczciwej konkurencji. Oznacza to, że zdefiniowanie ofert równoważnych poprzez bezwzględny zakaz stosowania produktów regenerowanych prowadzić może do wniosku, że dopuszczenie produktów równoważnych jest czynnością pozorną, gdyż faktycznie dopuszcza się tylko produkty oryginalne.

Wynika stąd, że ratio legis cytowanych przepisów stanowi prowadzenie postępowania przez zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust 1 ustawy) a z całą pewnością warunki uczciwej konkurencji zostają poważnie naruszone w okolicznościach, w których poprzez pozorne czynności prawne omija się faktyczny obowiązek dopuszczenia równoważnych produktów.

Stan faktyczny i zarzuty

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia stanowi w Opisie przedmiotu zamówienia:

III. 6. Wszystkie dostarczone materiały eksploatacyjne muszą być fabrycznie nowe. Zamawiający wymaga dostarczenia produktów oryginalnych tzn wyprodukowanych przez producenta urzędnia lub wyprodukowanych przez producenta zalecanego przez producenta urzędnia.

6.1. Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów eksploatacyjnych równoważnych w takim przypadku wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacją technicznym.

Załącznik nr 4/1 do SIWZ jest integralną częścią SIWZ, o czym wielokrotnie w wyrokach wskazał Zespół Arbitrów. W tabeli znajduje się lista materiałów eksploatacyjnych, które interesują Zamawiającego

Gdyby Zamawiający poprzestał na takim określeniu przedmiotu zamówienia i dodał sformułowanie lub równoważne, moglibyśmy uznać, iż pozostaje w całkowitej zgodzie ustawą. Zamawiający wskazał jednak, że interesują go materiały eksploatacyjne konkretnego producenta sprzętu o konkretnym symbolu, znaku towarowym i numerze katalogowym.

PARTNER XXI- PIK Sp. z o.o.
PREZES Zarządu

Andrzej Wólczak

- 4 -

Wskazana powyżej treść SIWZ w sposób oczywisty narusza przepisy ustawy zakazującej opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust 2 ustawy) Zawężono bowiem przedmiot zamówienia do materiałów eksploatacyjnych pochodzących (a wie wytwarzanych) przez producentów drukarek, do których służą. Z całą pewnością naruszono ustawę pomijając dopuszczenie materiałów równoważnych lub zamiennych w sposób, który nie naruszał by zasad uczciwej konkurencji.

Oczywistym jest, że producent drukarek zaleca stosowanie materiałów eksploatacyjnych wyłącznie własnej produkcji i jednocześnie nie zaleca stosowania produktów równoważnych pod sankcją utraty uprawnień gwarancyjnych drukarki.

Jednocześnie Zamawiający nie wskazał w sposób wystarczający podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, który potwierdził by zgodność oferowanych materiałów równoważnych z normami lub specyfikacjami. Brak wskazania takiego podmiotu jest niezależne od faktu, że producent materiałów eksploatacyjnych oferowanych jako produkty równoważne posiada certyfikaty wydajności wydane przez placówkę naukowo-badawczą jaka jest Politechnika Wroclawska.

Powyższe jest o tyle istotne, że protestujący udziela gwarancji na oferowane produkty na warunkach zbliżonych do producenta materiałów oryginalnych (producenta drukarek) oraz, że posiada ubezpieczenie Odpowiedzialności Cywilnej w zakresie szkód wyrządzonych z winy jego produktu.

Interes prawny.

Interes prawny Protestującego w uzyskaniu mniejszego zamówienia doznał i może doznać poważnego uszczerbku w bezpośrednim związku przyczynowym z działaniem Zamawiającego poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami ustawy. Wobec tego Protestujący pozbawiony został możliwości zaoferowania produktu stanowiącego podstawę jego oferty, spełniającego wszystkie wymagania techniczne i jakościowe do użytkowania sprzętu nazwanego w SIWZ. Złożenie oferty w niniejszym postępowaniu powodować może jej odrzucenie, dlatego naruszenie i zagrożenie interesu prawnego Protestującego w wyniku naruszeń prawa przez Zamawiającego jest realne i prawdopodobne, co uzasadnia składanie środków ochrony prawnej.

PARTNER XXI PIK Sp. z o.o.
PREZES ZARZĄDU

Andrzej Walczak