

Pytanie 1.

W pkt. 17 Zamawiający zastrzegł, że

„Jeżeli w trakcie trwania umowy Zamawiający stwierdzi, iż wydajność, jakość lub niezawodność dostarczonych produktów równoważnych odbiega na niekorzyść od parametrów produktu oryginalnego (pochodzącego od producenta urządzenia, do którego materiał jest przeznaczony) lub jeżeli produkt nie sygnalizuje we właściwy sposób stanu zużycia tuszu lub tonera, może zażądać od Wykonawcy zamiany materiału oferowanego na materiał oryginalny, pochodzący od producenta urządzenia.

W przypadku dwukrotnej reklamacji danej pozycji materiału eksploatacyjnego równoważnego, Zamawiający może żądać dostaw przedmiotu oryginalnego lub innego spełniającego wymagania i zalecanego przez producenta, w cenie określonej w formularzu asortymentowo – cenowym (załącznik nr 3 do SIWZ) dla danej pozycji. W takim przypadku wymagana będzie zgoda Zamawiającego na zamianę oferowanego materiału.”

Pragniemy zauważyć, że producenci urządzeń drukujących są również producentami materiałów eksploatacyjnych i w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, są jedną ze stron zainteresowanych uzyskaniem tego zamówienia. Nie ma tu znaczenia, czy producenci OEM złożą ofertę we własnym imieniu, czy za pośrednictwem swoich partnerów handlowych. Są jedną z firm konkurencyjnych dla producentów materiałów alternatywnych i powinni być traktowani na równi z nimi.

Tymczasem zgodnie z przytoczonymi zapisami z SIWZ, Zamawiający faworyzuje firmy produkujące urządzenia, gdyż od Wykonawców oferujących materiały równoważne może zażądać wymiany produktów wadliwych na oryginalne. Nie jest to właściwe, gdyż Zamawiający powinien uzyskać materiały te same, ale nie wadliwe. Wyczerpana powinna być droga postępowania reklamacyjnego danego produktu.

Zważywszy na ilości materiałów jakie Zamawiający zamierza zakupić w trakcie trwania umowy oraz na podawane przez producentów urządzeń statystyki dotyczące procentowej ilości materiałów zwracanych na podstawie reklamacji, można stwierdzić, że w okresie realizacji zamówienia jest bardzo prawdopodobne wystąpienie dwóch reklamacji jednego produktu OEM.

Tymczasem Zamawiający w przypadku dwukrotnej reklamacji danej pozycji materiału eksploatacyjnego równoważnego dopuszcza, że będzie żądał wymiany materiału na oryginalny-producenta urządzenia, w którym będzie stosowany.

Istotne są również obowiązujące w Polsce przepisy skarbowe. Przytoczone zapisy SIWZ powodują, że istnieje realna groźba sprzedaży produktów poniżej ceny ich zakupu. Niesie to za sobą problemy z np. rozliczeniem podatku VAT. Taka sprzedaż jest dopuszczalna pod warunkiem przedstawienia odpowiedniego wyjaśnienia Urzędowi Skarbowemu, ale w sytuacji jaka może powstać w wyniku tych wymogów SIWZ, wykonawcy mogą zostać ukarani jako, że warunki umowy zostały przedstawione wcześniej i można było tak skalkulować cenę aby cena sprzedaży była wyższa niż cena zakupu. Jednak zmuszenie wykonawców do przygotowania kalkulacji cenowej w taki sposób, jest działaniem, które w żadnym przypadku nie można nazwać konkurencyjnym. Tym bardziej, że w przypadku oferowania produktów OEM, nie ma takiego ryzyka, co powoduje, że są traktowane w sposób uprzywilejowany.

Warto również nadmienić, że zgodnie z Kodeksem Cywilnym, art. 560 §1, jeżeli rzecz sprzedana ma wady, kupujący może od umowy odstąpić albo żądać naprawienia szkód i obniżenia ceny. Jednakże kupujący nie może od umowy odstąpić, jeżeli sprzedawca niezwłocznie wymieni rzecz wadliwą na rzecz wolną od wad albo niezwłocznie wady usunie. Odstąpienie od umowy, w przypadku sukcesywnych dostaw jest w praktyce niemożliwe. Oznaczało by to bowiem, że zgodnie z art. 560 §2, Zamawiający musiał by oddać Wykonawcy, wszystkie zamówione do tej pory materiały, a Wykonawca zwrócić pieniądze. Martwy wydaje się być również w tym przypadku art. 560 §3, odnoszący się do sytuacji, w której kupujący żąda obniżenia ceny, bowiem powinno ono nastąpić w takim stosunku, w jakim wartość rzeczy wolnej od wad pozostaje do jej wartości obliczonej z uwzględnieniem wad.

W przypadku wady materiałów eksploatacyjnych, trudno mówić o obniżeniu ceny, ponieważ zazwyczaj należy produkt wymienić na nowy. W takiej sytuacji wymiana produktu wadliwego na produkt wolny od wad jest jedyną możliwą opcją, zgodną z Kodeksem Cywilnym. Jednak oczywiste jest, że w takiej sytuacji jest mowa o takim samym produkcie, wolnym od wad. Nie ma żadnej podstawy prawnej, w oparciu o którą można żądać wymiany wadliwego towaru, na towar inny, o innych parametrach i cenie, chyba że obie strony wyrażą na to zgodę.

Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o wykreślenie punktu 17 części III SIWZ-Opisu przedmiotu zamówienia.