

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2014 r. przez wykonawcę **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **VOL Sp. z o.o. Sp. k., ul. Dąbrowskiego 553, 60-451 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **KOMA NORD Sp. z o.o., ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** na rzecz **Poczty Polskiej, ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Poczta Polską (Pion Infrastruktury Wydział Zakupów w Krakowie) [dalej „zamawiający”] w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę materiałów eksploatacyjnych do drukarek komputerowych, faksów, urządzeń wielofunkcyjnych i kserokopiarek wraz z ich odbiorem po zużyciu” wykonawca Koma Nord Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę VOL Sp. z o.o. Sp. k, podczas gdy treść oferty złożonej przez tego wykonawcę jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 7 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez VOL Sp. z o.o. Sp. k, gdy ta oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę VOL Sp. z o.o. Sp. k,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zamawiający wymagał m.in, aby w przypadku zaoferowania równoważnych materiałów eksploatacyjnych były one „fabrycznie nowe, bez śladów użytkowania, pełnowartościowe, nieregenerowane, nierefabrykowane. Wszystkie elementy wchodzące w skład materiałów muszą być fabrycznie nowe, nieregenerowane, nierefabrykowane, niereprodukowane nie wchodzące wcześniej (pierwotnie) w całości ani w części w skład innych materiałów. Nie mogą one być w żaden sposób regenerowane, refabrykowane, reprodukowane lub napelniane” oraz „Wyprodukowane bez naruszenia praw innych podmiotów, a w szczególności praw własnościowych i patentowych ich właścicieli, dostarczone materiały eksploatacyjne nie mogą naruszać warunków gwarancji urządzeń”.

Odwołujący podał, że wykonawca VOL Sp. z o.o. Sp. k w pozycjach 78, 79, 85, 87-97, 136-139 formularza ofertowego zaoferował materiały równoważne w stosunku do produktów producenta urządzenia, tj. firmy Hewlett Packard (dalej „HP”).

Odwołujący uznał, że jeśli, wg wymagań, zaoferowane zostały materiały fabrycznie nowe to wykonawca VOL Sp. z o.o. Sp. k zaoferował materiały równoważne naruszające

prawa patentowe firmy Hewlett Packard, co oznacza, że oferta jest niezgodna zarówno z zapisami SIWZ, jak i z obowiązującym prawem.

Wyjaśnił, że spółki należące do korporacji HP (w szczególności Hewlett-Packard Company oraz Hewlett-Packard Development Company L.P., obydwie zarejestrowane w Stanach Zjednoczonych) są właścicielami wielu patentów chroniących innowacyjne rozwiązania techniczne stosowane we wkładach do drukarek atramentowych. Podał, że obecnie ważnymi i podlegającymi ochronie w Polsce patentami HP są:

- głowica drukarki atramentowej (polski patent nr 196153),
- układ do wykrywania błędów w danych odbieranych z pamięci wymiennej części składowej drukarki (polski patent nr 205691),
- kasetka wyrzucająca kropelki płynu i obwód łączący (polski patent nr 203291),
- wynalazek dotyczący drukującego pojemnika do drukarki atramentowej (polski patent nr 195547),
- urządzenie do wyrzucania płynu (europejski patent nr EP 1737667 B1),
- elektrycznie łączące elektrycznie izolowane sieci uziemiające matrycy głowicy drukującej jako elastyczny obwód (europejski patent nr EP 2229279 B1),
- połączony system klinowania w serii drukarek przeznaczony dla kartridża atramentowego (europejski patent nr EP 2107971 B1),
- weryfikacja integralności danych pamięci nieulotnej (europejski patent nr EP 2170617 B1).

Podał także, że ochrona patentowa tuszy HP dotyczy m.in.: C9351 NR21; C9352 NR22; C8727 NR27; C8728 NR28; C6656 NR5Ć; C6657 NR57; C6658 NR58; C9359 NR59; CC641 NR300; CH564 NR301, CD887 NR703B; CD888 NR703C; CN692 NR704B; CN693 NR704C; CC654 NR901B; CC656 NR901C; C8767 NR339; C8765 NR338; C9361 NR342; C9363 NR344, tj. produktów ujętych we wcześniej wymienionych pozycjach.

Wskazał, że zgodnie z art. 63 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 roku Prawo własności przemysłowej oraz art. 6 ustawy z dnia 14 marca 2003 roku o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych oraz skutkach patentu europejskiego w Rzeczypospolitej Polskiej, co do zasady, spółki HP uzyskały prawo do wyłącznego korzystania z wynalazków podlegających ochronie na mocy wymienionych powyżej patentów w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej; w szczególności zakazany jest import oraz sprzedaż produktów naruszających patenty HP; zgodnie ze stanem obecnym wytwarzanie, import, sprzedaż, przechowywanie i używanie tuszy głowicowych wytworzonych z nowych, nie używanych wcześniej elementów łamie prawo patentowe firmy HP oraz ze względu na kradzież własności intelektualnej użytej do produkcji danych tuszy

podlega karze na mocy Kodeksu Karnego. Dodał, że karze podlega każdy podmiot biorący udział w obrocie „nielegalnych tuszy” począwszy od producenta aż po użytkownika końcowego - zamawiającego.

Wskazał, że sprawa została wielokrotnie opisana w prasie, np.: http://wyborcza.biz/biznes/1,101558,13281842,HP_pozywa_polskie_firmy_za_patent_na_wklady_atramentowe.html, a kluczowe informacje znajdują się również na stronie HP oraz Urzędu Patentowego.

Na tej podstawie odwołujący uznał, że wykonawca VOL Sp. z o.o. Sp. k zaoferował produkty równoważne, które:

- albo łamią prawo patentowe HP i naruszają przepisy Kodeksu Karnego z racji kradzieży własności intelektualnej, co jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ,
- albo oferta ta zawiera tusze prawnie zgodne - regenerowane, ale wówczas oferta ta jest również niezgodna z wymaganiami zamawiającego i zamawiający ma obowiązek jej odrzucenia w celu dochowania zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający obligował wykonawcę do udowodnienia - udokumentowania równoważności zaoferowanych materiałów, poprzez przedstawienie dokumentów wystawionych przez ich producentów, potwierdzających co najmniej spełnienie wymagań zawartych w kolumnie 4.

Stwierdził, że wykonawca VOL Sp. z o.o. Sp. k. załączył dokumenty, które nie mogą być dowodem w rozumieniu wymagań zamawiającego ze względu na ich liczne błędy.

Podał, że ww. wykonawca postanowił udowodnić równoważność, załączając m.in. raporty z testów, powołujące się na normy ISO/IEC 19752, 19798, 24711, 24712.

W ocenie odwołującego załączone do oferty raporty dla produktów marki IMAGINE nie są jednak raportami z testów w świetle rozumienia treści i załączników norm.

Podniósł, że załączone dokumenty zawierają następujące błędy merytoryczne, świadczące o ich nierzetelności:

1. Normy ISO/IEC 19752,19798,24711,24712 a załączone raporty:

- Co do metodologii norm

Wyjaśnił, że norma ISO/IEC 19752 obejmuje swoim zakresem stosowania tonery monochromatyczne i zawiera wzór wydruku, zgodnie z którym należy przeprowadzać test.

Norma ISO/IEC 19798 obejmuje swoim zakresem stosowania tonery kolorowe i nie zawiera wzoru wydruku, wedle którego należy przeprowadzać test.

Wzór wydruku stanowi pięciostronicowy zestaw stron testowych określonych w normie ISO/IEC 24712.

Norma ISO/IEC 24711 obejmuje swoim zakresem stosowania tusze (wkłady atramentowe monochromatyczne i kolorowe) i nie zawiera wzoru wydruku, wedle którego należy przeprowadzać test.

Wzór wydruku stanowi pięciostronicowy zestaw stron testowych określonych w normie ISO/IEC 24712.

Norma ISO/IEC 24712 nie określa metody testu. Norma ta stanowi pięciostronicowy zestaw stron testowych stosowanych w testach druku kolorowego zarówno dla tonerów jak i tuszy

- Błędne wyniki wydajności:

Odwołujący podał, że w przypadku norm ISO/IEC 19798 oraz 24711 stosuje się pięciostronicowy wzór wydruku określony w normie ISO/IEC 24712. Ponieważ jeden zestaw stron testowych składa się 5 stron, zgodnie z metodologią testów wydajność określa wielokrotność zestawów stron testowych - wydajność jest liczbą podzieloną przez 5.

Podniósł, że w raportach dołączonych do oferty wykonawcy VOL Sp. z o.o. Sp. k. są to liczby niepodzielne przez 5, co oznacza, że test wykonany był niezgodnie z normami ISO/IEC 19798 (dla tonerów kolorowych) ani ISO/IEC 24712 (dla tuszy).

Uznał, że prawdopodobnie test został wykonany bez użycia właściwego wzoru lub w ogóle testy nie były wykonywane.

- Rozbieżność metodologii testu z normami:

Odwołujący wyjaśnił, że raporty dla produktów marki Smart Print wskazują osobne wyniki dla każdego produktu dla modeli, gdzie urządzenie obsługuje zestaw kolorów, co jest niezgodne z podstawowym założeniem norm; raporty te nie są zgodne z wzorami raportów określonymi w normach i nie zawierają informacji wymaganych przez normy do umieszczenia w raportach (tam gdzie testowane są zestawy kolorów produktów jednego typu), co jest niemożliwe, ponieważ jeden komplet testowany jest w danym urządzeniu w tym samym momencie (urządzenie przewidujące 4 wkłady o różnych kolorach nie pracuje bez któregośkolwiek wkładu), a normy dla takich przypadków przewidują podanie danych zbiorczych wyników dla całego kompletu.

- Temperatura i wilgotność:

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z punktem norm „Print Environment” czynniki takie jak temperatura i wilgotność mają wpływ na uzyskanie wyników testu, dlatego normy dopuszczają zakres $23^{\circ}\text{C} \pm 2^{\circ}\text{C}$ w odniesieniu do temperatury oraz zakres $50\% \pm 10\%$ w odniesieniu do wilgotności.

Podniósł, że wyniki i dane zawarte w dokumentach ww. wykonawcy dowodzą niezgodności przeprowadzonych testów z wymaganiami norm, zawierając temperatury i wilgotności poza zakresami określonymi w normach, a nadto powtarzalność wyników we wszystkich załączonych dokumentach rzutuje na realność opisanych testów i sugeruje, że

dane zostały wpisane z „powietrza”, a nie uzyskane w trakcie testów.

Dodał, że temperatura i wilgotność w trakcie testów trwających kilka dni w jednym pomieszczeniu zmienia się.

- Brak modeli drukarek:

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z metodologią powyższych norm deklaracja wydajności wymaga podania informacji, w jakim modelu produkt był testowany; wymaganie to jest zawarte zarówno w załącznikach norm określających wzory raportów, jak i w samych normach. Podniósł, że raporty firmy IMAGINE S.C. nie zawierają takich informacji.

- Rozbieżność w treści dostarczonych raportów firmy Imagine a załącznikami i treścią norm ISO/IEC 19752,19798,24711,24712:

Odwołujący podniósł, że raporty nie pokrywają się z wzorami określonymi przez normy – wzory norm się różnią, tymczasem Imagine stosuje jeden wzór – inny niż w normach. Dodatkowo normy ISO/IEC 19798 dla kolorowych tonerów oraz ISO/IEC 24711 dla tuszy (korzystające z wzoru stron testowych wg normy 24712) zakładają, że test wykonywany jest jednocześnie dla zestawu produktów wchodzących w skład materiałów eksploatacyjnych dla danego urządzenia ze względu na fakt, że urządzenia nie są przystosowane do pracy z wyłącznie jednym wkładem; wzory raportów odnoszą się do informacji sumarycznych (których brak jest w dokumentach Imagine) zakładających testowanie zestawu produktów, a nie pojedynczego koloru.

Odwołujący podniósł, że raporty z testów atramentowych wkładów różnią się od wzoru zamieszczonego w normie i nie posiadają wymaganych informacji: nie zawierają informacji o interfejsie, CPU, RAM; test nie zawiera wszystkich informacji/danych, które norma określa jako konieczne do odnotowania, np. informacja o sposobie rozruchu drukarek. raporty IMAGINE S.C. nie zawierają wymaganych przez normy informacji o typie kartridży, czyli informacji czy kartridż jest razem z głowicą lub bębniem (tzw. wszystko-w- jednym), czy głowica lub bęben stanowi osobny produkt; raporty nie zawierają informacji o modelu urządzenia, na którym był wykonany test - informacja taka jest wymagana przez normy.

2. Raport z testu produktu, który nie podlega normie, ponieważ nie da się go fizycznie przetestować zachowując metodologię i warunki określone przez normy.

Odwołujący podniósł, że wśród załączonych dokumentów znajduje się raport z testu przeprowadzonego zgodnie z normą ISO 19752 dla produktu CA-NPG1, co jest fizycznie niemożliwe do wykonania, co wynika z metodologii normy, która wymaga drukowania stron z użyciem komputera (opis procedury stosowanych programów oraz instalacji drukarek i ich sterowników zawarty jest w punktach normy ISO 19752: „3. Test Parameters and Conditions” oraz „4. Test Methodology”.

Wskazał, że firma Imagine - producent oferowanych przez VOL Sp. z o.o. Sp. k.

materiałów równoważnych potwierdza, że uzyskała wyniki w teście tonerów stosowanych w urządzeniach, których nie da się zainstalować na komputerze, ze względu na ich analogowy interfejs, a co za tym idzie, nie da się z komputera seriami drukować testowych plików o rozszerzeniu pdf. Podał, że raport produktu Smart Print zawiera informacje o zastosowanym sterowniku, użytym komputerze, stosowanej aplikacji oraz wersji strony testowej, a także o sposobie (trybie) drukowania, tj. o niemożliwych do wykonania i ich użycia działaniach/aplikacjach, jednocześnie tytułując dokument jako: „(...) zgodny z normą ISO 19752”, co, zdaniem odwołującego, wprowadza w błąd. W ocenie dowodującego jest to dokument nierzetelny, zawierający przypadkowe dane.

Podniósł także, że wyniki wydrukowanych (choć to, zdaniem odwołującego, niemożliwe) stron to: 4401, 4268, 4623, 4357, 4668, 4223, 4401, 4579, 4312, co nie potwierdza zawartej w dokumencie deklaracji, która brzmi: „przecięta wydajność kasety wynosi 15 200 stron standardowych”, ponieważ zgodnie z metodologią normy deklarowana wydajność nie może być wyższa niż poziom ufności 90%, który biorąc pod uwagę dane zawarte w tabeli wynosi 4325 stron.

3. Specyfikacja techniczna - niezgodności merytoryczne w dokumentach typu karta specyfikacji technicznej produktu Smart Print

Odwołujący podniósł, że złożone Specyfikacje techniczne zawierają błędne daty aktualizacji, tj. 1-01-1970, czyli na 43 lata przed założeniem firmy Imagine s.c. oraz przed powstaniem marki Smart Print, a dokument odnoszący się do produktu BR-D8000 deklaruje wydajność 80 000 stron, co, zdaniem odwołującego, nie jest możliwe do wykonania; dokument dotyczący OK-520 (taśmy) również pochodzi z 1-01-1970 roku oraz zawiera informację, że „pojemność tuszu” to 4000000 znaków (zwrócił uwagę, że dokument odnosi się do taśmy, a nie tuszu).

Na podstawie wskazanych poniżej dowodów, a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego.

Na podstawie pkt 9 *Zestawienie ofert* oraz pkt 12 *Oferty odrzucone* Protokołu

postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (ZP-PN) Izba ustaliła, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z drugą w kolejności najniższą ceną spośród ofert, których zamawiający nie odrzucił. Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do odrzucenia oferty przystępującego, tj. oferty wykonawcy, który złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę z najniższą ceną spośród ofert, których zamawiający nie odrzucił i którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, co oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do odrzucenia oferty przystępującego i tym samym dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia - oferta odwołującego byłaby ofertą z najniższą ceną spośród ofert, których zamawiający nie odrzucił, a cena (zgodnie z pkt 13.1 SIWZ) stanowi jedyne kryterium oceny oferty (znaczenie – 100%).

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowód z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj.:

1. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (ZP-PN).
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Oferta przystępującego, tj. wykonawcy VOL Sp. z o.o. Sp. k.
4. Wezwanie z dnia 24 lutego 2014 r. skierowane przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp co do zaoferowania produktów zamiennych IMAGINE s.c. do urzędzeń HP.
5. Odpowiedź przystępującego z dnia 28 lutego 2014 r. na ww. wezwanie, a także pisma Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., podpisane przez Katarzynę Mirską – Supplies Business Development Manager, przedłożone na rozprawie przez odwołującego i zamawiającego oraz wydruk z „wyborcza.biz.” z dnia 23 stycznia 2013 r. „HP pozywa za zamienniki wkładów do drukarek. Ugody z polskimi firmami”.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, tj. wykonawcy VOL Sp. z o.o. Sp. k., czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący domagał się odrzucenia oferty przystępującego z dwóch powodów:

- po pierwsze dlatego, że zaoferowane przez przystępującego w pozycjach 78,79,85,87-97,136-139 materiały eksploatacyjne są materiałami wyprodukowanymi z naruszeniem praw patentowych firmy Hewlett Packard (dalej „HP”),
- po drugie dlatego, że przystępujący nie udowodnił (nie udokumentował) równoważności zaoferowanych materiałów, poprzez złożone raporty z testów oraz

specyfikacje techniczne.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Na podstawie pkt 4 ppkt 4 SIWZ skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający zażądał, aby oferowane produkty - materiały eksploatacyjne były oryginalne, tj. firmowane przez producenta urządzeń, do których są przeznaczone lub równoważne, tj. posiadające parametry nie gorsze niż materiały oryginalne (pkt 4 ppkt 4 lit. a SIWZ) oraz zażądał, aby były fabrycznie nowe, bez śladów użytkowania, pełnowartościowe, nieregenerowane, nierefabrykowane, a nadto, aby wszystkie elementy wchodzące w skład materiałów były fabrycznie nowe, nieregenerowane, nierefabrykowane, niereprodukowane nie wchodzące wcześniej (pierwotnie) w całości ani w części w skład innych materiałów. Nie dopuścił, aby oferowane materiały eksploatacyjne były regenerowane, refabrykowane, reprodukowane lub napełniane (pkt 4 ppkt 4 lit. b SIWZ).

Zamawiający wprowadził także warunek, aby materiały były odpowiednie dla danego rodzaju sprzętu i w pełni z nim współpracowały, aby umożliwiały wykorzystanie wszystkich funkcji diagnostycznych i informacyjnych urządzeń drukujących, zarówno w czasie pracy stanowiskowej, jak i w sieci informatycznej, a także zastrzegł, że nie mogą powodować zgłaszania błędów oraz ograniczać współpracę z programem sprzętu monitorującym stan zasobników z tuszem lub tonerem; muszą być jednoznacznie rozpoznawane przez urządzenia pobierające informacje z układu elektronicznego materiału eksploatacyjnego (pkt 4 ppkt 4 lit. c SIWZ).

Zamawiający zdefiniował produkt równoważny w pkt 4 ppkt 4 lit. d SIWZ jako produkt o wymaganiach wskazanych w pkt 4 ppkt 4 lit. a-c SIWZ, kompatybilny ze sprzętem, do którego jest zamawiany, o parametrach nie niższych m.in. co do pojemności i wydajności w stosunku do parametru określonego przez zamawiającego na podstawie specyfikacji producenta sprzętu.

W pkt 4 ppkt 4 lit. e zamawiający zobowiązał wykonawców do udokumentowania równoważności zaoferowanych materiałów, poprzez przedstawienie dokumentów wystawionych przez ich producentów, potwierdzających co najmniej spełnienie parametrów wymaganych w kolumnie 4 załącznika nr 5 do SIWZ.

Załącznik nr 5, opracowany przez zamawiającego, to Formularz cenowy, który wykonawcy mieli wypełnić w zakresie kolumn 5-7 (*Oferowany asortyment, Parametry oferowane, Nazwa producenta*), 10-14 (*Cena jednostkowa netto, Wartość netto, VAT w %, Kwota VAT, Wartość brutto*). W kolumnach 2-4 tego załącznika zamawiający wskazał: *Typ urządzenia, Zamawiany asortyment, Minimalne dopuszczalne parametry (wydajność, pojemność, długość taśmy)*.

Zamawiający przewidział, że będzie porównywać parametry wskazane w kolumnie 4 załącznika nr 5 do SIWZ (*Minimalne dopuszczalne parametry (wydajność, pojemność, długość taśmy)*) z parametrami zaoferowanymi przez wykonawcę w kolumnie 6 załącznika nr 6 do SIWZ (*Parametry oferowane*).

Zamawiający zastrzegł także, że materiały eksploatacyjne muszą być wyprodukowane bez naruszenia praw innych podmiotów, a w szczególności praw własnościowych i patentowych ich właścicieli i nie mogą naruszać warunków gwarancji urządzeń (pkt 4 ppkt 4 lit. I SIWZ).

Na podstawie wypełnionej przez zamawiającego kolumny 2 *Typ urządzenia* Formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, pozycji 78,79,85,87-97, 136-139 skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający wskazał we wszystkich tych pozycjach urządzenia HP.

Na podstawie wypełnionej przez przystępującego kolumny 7 *Nazwa producenta* Formularza cenowego pozycji 78,79,85,87-97,136-139 skład orzekający Izby ustalił, że w ww. kwestionowanych przez odwołującego pozycjach przystępujący zaoferował asortyment producenta IMAGINE s.c.

Skład orzekający zważył, co następuje.

Odnosnie do zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że zaoferowane przez przystępującego w pozycjach 78,79,85,87-97,136-139 materiały eksploatacyjne są materiałami wyprodukowanymi z naruszeniem praw patentowych firmy Hewlett Packard (dalej nadal „HP”) skład orzekający Izby wskazuje, że zarzut ten został oparty jedynie na przekonaniu odwołującego, że nie jest możliwe zaoferowanie do urządzeń HP fabrycznie nowych, nieregenerowanych materiałów eksploatacyjnych bez naruszenie praw patentowych HP.

W odwołaniu odwołujący pozostawił swoje twierdzenie gołosłownym, ograniczając się jedynie do wskazania, w jakich produktach zastosowano podlegające ochronie w Polsce patenty HP (faktu tego zamawiający w ogóle nie kwestionował, a w postanowieniach SIWZ dodatkowo zastrzegł, że materiały eksploatacyjne muszą być wyprodukowane bez naruszenia praw innych podmiotów, a w szczególności praw własnościowych i patentowych ich właścicieli (pkt 4 ppkt 4 lit. I SIWZ)).Przypomnienia wymaga, że na to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu.

Także na rozprawie odwołujący nie wykazał, aby wyprodukowanie zaoferowanych przez przystępującego produktów zamiennych producenta IMAGINE s.c. nie było możliwe „przy pomocy maszyny PRO Deluxe – Touch’n Fill Technology Ink System” z zastosowaniem w procesie produkcji unikalnej technologii próżniowej oraz wibroakustycznej, które nie naruszają praw patentowych HP (jak wskazał przystępujący w odpowiedzi z dnia 28 lutego 2014 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 24 lutego 2014 r.).

Z przedłożonego przez zamawiającego na rozprawie pisma HP (zdanie ostatnie: „(...) w celu potwierdzenia, czy fabrycznie nowe zamienniki przedmiotowych wkładów Hewlett-Packard naruszają patenty Hewlett-Packard, konieczne jest zbadanie próbek takich wkładów”) pośrednio wynika przyznanie przez HP faktu, że wyprodukowanie fabrycznie nowych zamienników wkładów HP bez naruszenia patentów HP jest możliwe. Na rozprawie nie kwestionował tego także odwołujący, twierdząc jednak – gołosłownie: „rzeczywiście wedle jego wiedzy część produktów może zostać wyprodukowana jako produkty nowe bez naruszenia patentów jednak w ocenie Odwołującego nie odnosi się to do pozycji zakwestionowanych w odwołaniu”.

Odnosnie do zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że przystępujący nie udokumentował równoważności zaoferowanych materiałów skład orzekający Izby w pierwszej kolejności wskazuje, że odwołujący nie kwestionował, że wyniki raportów z testów przedstawione przez przystępującego nie potwierdzają parametrów minimalnych, ale że raporty te „nie są jednak raportami z testów w świetle rozumienia treści i załączników norm, których rzekomo dotyczą” (str. 5 odwołania, drugi akapit).

Dostrzeżenia wymaga, że o ile z postanowienia pkt 4 ppkt 4 lit. e SIWZ jednoznacznie wynika obowiązek przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających co najmniej spełnienie parametrów wymaganych w kolumnie 4 załącznika nr 5 do SIWZ (parametry minimalne), wystawionych przez producentów zaoferowanych materiałów eksploatacyjnych, o tyle ani z tego, ani z żadnego innego postanowienia SIWZ nie wynika obowiązek przedstawienia dokumentów, zawierających wyniki, które potwierdzałyby spełnienie parametrów po przeprowadzeniu testów w sposób zgodny z wymaganiami jakiegokolwiek normy.

Biorąc zatem pod uwagę:

- rozumiany jak wyżej obowiązek wykonawców wynikający z postanowienia pkt 4 ppkt 4 lit. e SIWZ,

- fakt zaferowania przez przystępującego (w kwestionowanym zakresie) asortymentu IMAGINE s.c.,
- fakt złożenia przez przystępującego dokumentów wystawionych przez producenta zaferowanego asortymentu, tj. IMAGINE s.c.

oraz niekwestionowany przez odwołującego fakt złożenia przez przystępującego raportów z testów, które wykazują spełnienie parametrów minimalnych (tyle, że – jak twierdził odwołujący – niezgodnie z normami ISO/IEC 19752, 19798, 24711, 24712) uznać należy, że przystępujący, zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego zawartym w pkt 4 ppkt 4 lit. e SIWZ, udokumentował równoważność zaferowanych zamienników - materiałów producenta IMAGINE s.c., poprzez raporty z testów, wystawione przez ten podmiot.

Innymi słowy, postanowienia SIWZ nie stały na przeszkodzie, aby wykonawcy w celu wykazania równoważności zaferowanych materiałów przedstawili raporty z testów wykonane wedle metodologii samego producenta.

Odwołujący wskazał także na „rozbieżności merytoryczne w dokumentach typu karta specyfikacji technicznej produktu Smart Print” (str. 7-8 odwołania), tj. wskazał na błędne daty aktualizacji, deklarowane wydajności stron niemożliwe do wykonania, pojemność tuszu – 4000000 znaków, nie prezentując jednak żadnej argumentacji i nie wykazując, jakie ma to znaczenie dla oceny udokumentowania równoważności zaferowanych przez przystępującego materiałów eksploatacyjnych w świetle złożonych przez przystępującego raportów z testów oraz wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ.

Abstrahując od faktu, że odwołujący nie objął odwołaniem zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu podania w treści oferty nieprawdziwych informacji przypomnienia wymaga (w nawiązaniu do zdania w ramach podsumowania: „Nie bez znaczenia jednak jest, że jakkolwiek dokument potwierdzający istotne wymagania musi być rzetelny, zgodny z prawdą, nieprzerobiony i niepoświadczający nieprawdę” - str. 8 odwołania), że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co oznacza, że obowiązek zamawiającego polegający na wykluczeniu wykonawcy aktualizuje się nie w każdym przypadku podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, ale tylko wówczas, gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Skoro, jak wskazano powyżej, postanowienia SIWZ nie stały na przeszkodzie, aby wykonawcy w celu wykazania równoważności zaferowanych materiałów przedstawili raporty z testów wykonane wedle metodologii samego producenta, to fakt podnoszonych przez odwołującego niezgodności z normami pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, która jest niezgodna z treścią SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ nie potwierdził się, skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się zarzut wyboru, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej (odwołujący zgłosił zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jako konsekwencja wyboru oferty, która – jako niezgodna z treścią SIWZ – winna zostać odrzucona).

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: