

WYROK
z dnia 8 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Celtech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 61-612 Poznań, ul. Rubież 46C3/28,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4229, 50-984 Wrocław, ul. Poznańska 58,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Bakerfix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 88-400 Żnin, ul. Fabryczna 1, 2. Wojskowe Zakłady Inżynieryjne Spółka Akcyjna, 08-530 Dęblin, ul. 15-go Pułku Piechoty „Wilków” 3,**

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Celtech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 61-612 Poznań, ul. Rubież 46C3/28** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa Nr 4229 z siedzibą we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości większej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa kuchni polowych KPŻ-100, KPŻ-170 i kuchni kontenerowych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16/01/2013 r., nr 2013/S 011-014074.

I. Wykonawca - Celtech Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu - odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie od niezgodnego z ustawą, w jego ocenie, zaniechania czynności przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części obejmującej dostawę kuchni polowych KPŻ-100, żądając:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. oraz Bakerfix Spółka z o.o. na dostawę kuchni polowych KPŻ-100,
- 3) ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podniósł, że w toku postępowania zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. oraz Bakerfix Spółka z o.o., pomimo podania przez tych wykonawców nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, w części dotyczącej dostawy kuchni polowych KPŻ-100, które mają wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację: stosownie do rozdziału 6 ust. 2 SIWZ wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zobowiązany był przedłożyć wykaz jednej należycie wykonanej dostawy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, zaś do przedłożonego wykazu

należało dołączyć dokumenty potwierdzające, że ujęte w wykazie dostawy zostały wykonane należycie.

Bakerfix Spółka z o.o. dla potwierdzenia warunku przedłożyła wykaz dostaw, w którym wskazała, że w 2013 r. dokonała dostaw bliżej nie określonych rodzajów kuchni polowych na rzecz AKO Spółka Akcyjna w Bydgoszczy o wartości 1.020.900,00 zł. Pismem z dnia 25 marca 2013 r. skierowanym do zamawiającego odwołujący podniósł, że mało prawdopodobnym jest dostarczenie kuchni polowych w obrocie cywilnym o takiej wartości oraz wniósł o podjęcie przez zamawiającego czynności mających na celu wyjaśnienie, czy dostawy przez Bakerfix Sp. z o.o. na rzecz AKO S.A. zostały faktycznie wykonane oraz co było ich przedmiotem, w szczególności poprzez dokonanie oględzin kuchni polowych, które miały zostać dostarczone przez Bakerfix Sp. z o.o. na rzecz AKO S.A. W praktyce obrotu gospodarczego kuchnie polowe nie są przedmiotem cywilnego obrotu na taką skalę, jest to sprzęt wysoce specjalistyczny, przeznaczony dla potrzeb wojska i poza nielicznymi przypadkami sprzedaży sprzętu niskiej wartości z demobilu przez Agencję Mienia Wojskowego nie występuje w ofercie komercyjnej. Biorąc także pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, odwołujący wskazał, że wątpliwym jest aby AKO S.A. jako podmiot zajmujący się produkcją dodatków technologicznych, koncentratów i mieszanek dla piekarni, cukierni i gastronomii nabył nagle kuchnie polowe o znacznej wartości, nie pozostające w żadnym związku z prowadzoną przez ten podmiot działalnością. Zamawiający, w zakresie wyjaśnienia powyższej kwestii, ograniczył się tymczasem jedynie do zażądania od AKO S.A. kopii faktury oraz dokumentu przyjęcia egzemplarzy kuchni na magazyn, nie weryfikując w sposób empiryczny przez oględziny, czy i jakiego rodzaju kuchnie zostały dostarczone na rzecz AKO S.A. Zamawiający zaniechał także wyjaśnienia (przez zażądanie informacji od Bakerfix Sp. z o.o.), czy kuchnie zbyte na rzecz AKO S.A. stanowiły produkt wytworzony przez Bakerfix Sp. z o.o. albo wytworzony na jego zamówienie, czy też stanowiły produkt uprzednio nabyty przez Bakerfix Sp. z o.o. od osoby trzeciej.

Z treści faktury oraz dowodu przyjęcia na magazyn przesłanych zamawiającemu przez AKO S.A. wynika, że przedmiotem sprzedaży miały być m.in. kuchnie polowe KPŻ-100. Autorskie prawa majątkowe do dokumentacji technicznej kuchni polowej KPŻ-100 przysługują Skarbowi Państwa, zaś uprawnienia w imieniu Skarbu Państwa wobec tej dokumentacji wykonuje Inspektorat Uzbrojenia MON. Z treści pisma z dnia 26 marca 2013 r. Inspektoratu Uzbrojenia MON wynika, że Skarb Państwa nie udostępniał przedmiotowej dokumentacji innym podmiotom aniżeli jednostkom wojskowym wskazanym w treści tegoż pisma.

W ocenie odwołującego, Bakerfix Sp. z o.o. nie mógł w sposób uprawniony dysponować

dokumentacją techniczną kuchni polowej KPŻ-100, a zatem nieprawdopodobnym jest możliwość wyprodukowania i sprzedaży przez tę spółkę w marcu 2013 r. kuchni polowych KPŻ-100. Zakładając jednak nawet, że Bakerfix Sp. z o.o. dysponował faktycznie egzemplarzem dokumentacji technicznej kuchni polowej KPŻ-100, to wyprodukowanie kuchni polowej KPŻ-100 przy wykorzystaniu tej dokumentacji bez wiedzy i zgody uprawnionego z tej dokumentacji Skarbu Państwa, stanowi naruszenie autorskich praw majątkowych Skarbu Państwa i jest przewidzianym w art. 118 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, przestępstwem obrotu nielegalnymi kopiami. Skutkiem tego byłoby, że nabyta bez uprawnienia udzielonego przez Skarb Państwa kuchnia polowa KPŻ-100, jako przedmiot będący nośnikiem utworu w postaci dokumentacji technicznej, dotknięta byłaby wadą prawną. To z kolei powodowałoby, iż dostawa kuchni polowych KPŻ-100 na rzecz AKO nie może być uznana za wykonaną należycie, gdyż trudno uznać za wykonaną należycie dostawę rzeczy dotkniętej wadą prawną w postaci statusu nielegalnej kopii.

Odwołujący wskazał, że istnieje jeszcze możliwość, iż dostarczone przez Bakerfix Sp. z o.o. na rzecz AKO S.A. kuchnie polowe KPŻ-100 nie zostały wytworzone przez Bakerfix Sp. z o.o. albo na zlecenie Bakerfix Sp. z o.o. przy wykorzystaniu dokumentacji stanowiącej własność Skarbu Państwa, lecz nabyte uprzednio przez Bakerfix Sp. z o.o. od osoby trzeciej. Okoliczność ta - jak wskazano już powyżej - nie została jednak przez zamawiającego w żadnym stopniu wyjaśniona. W przypadku jednak uprzedniego nabycia przez Bakerfix Sp. z o.o. egzemplarzy kuchni KPŻ-100 od podmiotu, który wyprodukował je przy wykorzystaniu dokumentacji technicznej bez uprawnienia Skarbu Państwa, egzemplarze te dotknięte byłyby także wadą prawną, jako nielegalne kopie. W sytuacji natomiast, gdyby Bakerfix Sp. z o.o. uprzednio nabył te kuchnie od osoby trzeciej po legalnym wprowadzeniu ich do obrotu (tj. po wyprodukowaniu ich na podstawie uprawnienia udzielonego przez Skarb Państwa), to kuchnie te musiałyby zostać wyprodukowane w 2013 r. Zgodnie bowiem z opisem przedmiotu zamówienia, przedmiot zamówienia musi być nowy, przy czym za nowy rozumie się kuchnię o roku produkcji zgodnym z kalendarzowym rokiem jej nabycia (pkt 4 ppkt 9 lit. a załącznika nr 5 do SIWZ, str. 33). Przewidziany w rozdziale 6 ust. 2 SIWZ wykaz musi obejmować zatem dostawę nowych kuchni polowych celem wykazania doświadczenia w zakresie wykonania zamówienia. Z treści przywołanego powyżej pisma Inspektoratu Uzbrojenia MON wynika natomiast, że w 2013 r. nie zostały udzielone nikomu uprawnienia do wytworzenia kuchni KPŻ-100, a zatem Bakerfix Sp. z o.o. nie mogła nabyć od osób trzecich legalnych egzemplarzy tej kuchni wyprodukowanych w 2013 r.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, nie można uznać, że Bakerfix Sp. z o.o. wykonała należycie dostawy określone w przedłożonym przez siebie wykazie, a tym samym podała nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia, które miały wpływ na wynik postępowania. Dokumenty przedłożone przez Bakerfix Sp. z o.o. celem potwierdzenia należytego wykonania dostawy zawierały nieprawdziwe dane, a w konsekwencji zaistniała przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w art. 24 ust. 2 pkt 3Pzp. Stosownie do wyroku KIO z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1004/09, Pzp nie rozróżnia skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji (a właściwie - należy przyjąć, że w każdym wypadku zamierzał podać informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja, mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący żadnych wątpliwości.

II. Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie (data wpływu do Prezesa Izby w dniu 6 maja 2013 r.), wniósł o odrzucenie odwołania w całości, jako bezpodstawnego. Wskazał, że w dniu 19.03.2013 r. nastąpiło otwarcie ofert. W tym dniu odwołujący zwrócił się z prośbą o przesłanie mu wyników z otwarcia ofert. Zgodnie z wnioskiem zamawiający przesłał wykonawcy również w tym dniu (19.03.2013 r.) zbiorcze zestawienie ofert. Także w tym dniu odwołujący zwrócił się z kolejnym wnioskiem o wgląd do dokumentacji postępowania. Zamawiający wyraził zgodę i w dniu 20.03.2013 r. udostępnił odwołującemu dokumentację postępowania do wglądu. W wyniku sprawdzenia dokumentacji, odwołujący w dniu 02.04.2013 r. przysłał zamawiającemu notatkę z uwagami dotyczącymi wątpliwych referencji przedstawionych przez przystępującego (oferta w zakresie części 2 - Kuchnie polowe KPŻ-100).

Jak wynika z przeprowadzonej analizy przepływu informacji, odwołujący już w dniu 20.03.2013 r. powziął informację o czynnościach zamawiającego, stanowiącą podstawę wniesienia odwołania zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. W związku z powyższym, termin wniesienia odwołania upłynął w dniu 30.03.2013 r., a odwołujący wniósł odwołanie do KIO w dniu 22.04.2013 r.

W opinii zamawiającego, uchybienie to jest podstawą do odrzucenia odwołania ze względów proceduralnych.

Ponadto, biorąc pod uwagę wątpliwości podniesione w notatce odwołującego, zamawiający, by zachować należyta staranność w prowadzeniu postępowania oraz upewnić się, że treść referencji jest zgodna z prawdą, zwrócił się do wystawcy referencji, tj. firmy AKO S.A. ul. Startowa 2, 85-744 Bydgoszcz o potwierdzenie dokonania zakupu przedmiotu zamówienia w cz. 2. W odpowiedzi, wystawiający referencje (AKO S.A. Bydgoszcz) przysłał zamawiającemu dokumenty (tj. kopię faktury zakupu oraz kopię dokumentu PZ-przyjęcie do magazynu) potwierdzające fakt dokonania zakupu kuchni polowych od lidera konsorcjum tj. Bakerfix Sp. z o.o. Żnin, co rozwiało wszelkie wątpliwości zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający zaznaczył, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postawił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. W tej kwestii wykonawca musiał wykazać się przynajmniej jedną należycie wykonaną dostawą w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (dostawa kuchni polowych, kontenerowych) na kwotę w części 2 zamówienia min. 900 000,00 zł. Uczestnik dołączył do oferty wymagany wykaz dostaw, w którym oświadczył, iż dostarczał kuchnie polowe na rzecz firmy AKO S.A. na kwotę 1 020 900,00 zł w roku 2013.

W ocenie zamawiającego, wykonawca spełnił postawiony warunek udziału w postępowaniu, na potwierdzenie należycie wykonanych dostaw załączył wymagane pozytywne referencje.

Zamawiający w odpowiedzi na postawione zarzuty w zakresie nieuczciwych referencji, wzywając o dodatkowe udokumentowanie faktów wynikających z wykazu dostaw, wykazał daleko idącą staranność, ponieważ Prawo zamówień publicznych przewiduje, że oświadczenie wykonawcy jest wystarczającym dokumentem do potwierdzenia spełnienia warunków. Dokument referencji (lub jakkolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 września 2009, KIO/UZP 1092/09).

Zamawiający stwierdził, że fakt, iż referencje zostały wystawione świadczy o tym, że dostawa została wykonana i wykonana została należyte.

Odwołujący, zarzucił konsorcjum, że przedłożyło w ofercie wykaz dostaw, w których przedstawiło, iż w roku 2013 dokonało dostaw bliżej nie określonych rodzajów kuchni polowych na rzecz firmy AKO S.A. w Bydgoszczy. W SIWZ Zamawiający żądał jedynie, aby wykonawca wykazał się dostawą kuchni polowych, nie precyzując, że mają to być kuchnie polowe KPŻ-100, by tym samym nie narazić się na zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący żądał również, aby zamawiający podjął czynności mające na celu wyjaśnienie, czy dostawy przez Bakerfix Sp.z o.o. Żnin na rzecz AKO S.A. zostały faktycznie wykonane oraz co było ich przedmiotem, w szczególności poprzez dokonanie oględzin kuchni polowych, które miały zostać dostarczone przez Bakerfix Sp. z o.o. na rzecz AKO S.A..

Odwołujący zarzucił tym samym, że zamawiający nie dokonał oględzin kuchni polowych. Zarzut ten w sposób zdecydowany nie ma uzasadnienia, albowiem Prawo zamówień publicznych nie daje uprawnień zamawiającemu, ani też nie narzuca obowiązku przeprowadzenia bezpośrednich kontroli wykonywania umów przez inne podmioty. Zamawiający nie ma obowiązku weryfikowania oświadczenia złożonego przez wykonawcę (wykazu dostaw) poprzez np. dokonanie oględzin przedmiotu dostawy, co zarzucił odwołujący.

Zamawiający ma obowiązek każdorazowego badania, czy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli informacje prawdziwe. Zamawiający dokonuje tego na podstawie dostępnych mu danych i nie ma obowiązku przeprowadzania postępowania dochodzeniowego w celu sprawdzenia, czy wszystkie informacje są zgodne z rzeczywistością (KIO 1257/12 z dnia 28 czerwca 2012r.).

Odwołujący w formie dywagacji zarzucił również, że zamawiający nie uwzględnił wątpliwości odwołującego w kwestii wartości kuchni w obrocie cywilnym i zasadności zakupu kuchni przez firmę AKO. Zarzut ten zamawiający pozostawił bez komentarza, ponieważ nie ma obowiązku sprawdzania, jakie transakcje przeprowadza się na rynku cywilnym kuchni polowych i o jakich wartościach.

Co do treści referencji złożonych przez wykonawcę, to zgodnie z dyspozycją zawartą w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, mają one potwierdzić jakość wykonanych robót budowlanych, usług, dostaw. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2009 r. (KIO/UZP/1221/09) orzeczono, że w dokumentach referencji nie wymaga się potwierdzenia ilości i rodzaju usług, co należy do obowiązku wykonawcy, aby to uczynił w wykazie dostaw lub usług. To w wykazie wykonawca ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że spełnia określone przez niego warunki udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy konsorcjum Bakerfix Sp. z o.o. ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin iWZInż. S.A. Dęblin (oferta w zakresie 2 - Kuchnie polowe KPŻ-100) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp postępowania lub odrzucić złożoną ofertę, gdyż nie zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie

jego oferty (KIO 889/12 z dnia 15 maja 2012r. Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł jak na wstępie.

III. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Bakerfix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie, 2. Wojskowe Zakłady Inżynieryjne Spółka Akcyjna z siedzibą w Dęblinie, zwani też „przystępującym”, w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie odwołania. W piśmie z dnia 5 maja 2013 r. złożonym na rozprawie podnieśli, co następuje.

Zarzut podania przez przystępującego nieprawdziwych informacji.

Odwołujący zarzucił przystępującemu podanie nieprawdziwych informacji zawartych w referencji złożonej wraz z ofertą, wystawionych przez firmę AKO S.A. z siedzibą w Bydgoszczy o „należytych wykonaniu” przez przystępującego umowy dostawy kuchni polowych przedłożonej w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Ciężar dowodu:

zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 Kodeksu cywilnego). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp, nie zostaną zachowane (wyroki KIO: z dnia 5 września 2011 r., KIO 1856/11; z dnia 18 kwietnia 2011, KIO 637/11; z dnia 19 sierpnia 2011, KIO 1683/11). Odwołujący pismem z dnia 25 marca 2013 r. skierowanym do zamawiającego próbował uprawdopodobnić złożenie nieprawdziwych informacji przez przystępującego, co spowodowało powzięcie wątpliwości przez zamawiającego i prawidłową jego reakcję polegającą na wszczęciu postępowania wyjaśniającego. Skutkiem powyższego było złożenie przez AKO S.A. kopii faktury dotyczącej wykonanej dostawy oraz dokumentu przyjęcia kuchni polowych na magazyn. W takiej sytuacji przy braku dowodów na nieprawdziwość oświadczeń przystępującego, zamawiający dokonał oceny oferty zgodnie z jej treścią. W złożonym odwołaniu odwołujący także nie przedstawił dowodów na swój zarzut opierając się tylko na przypuszczeniach.

1. Niedokonanie oględzin kuchni polowych dostarczonych do AKOS.A.

Odwołujący twierdził, że zamawiający nie wyjaśnił, czy dostawa została faktycznie wykonana oraz co było jej przedmiotem, w szczególności nie dokonał oględzin dostawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem formalnym, które opiera się głównie na badaniu i ocenie wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Co prawda, rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przewiduje możliwość żądania m.in. próbek w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, jednak Prawo zamówień publicznych nie przewiduje dokonywania oględzin wykonanych już dostaw wskazanych w wykazie doświadczenia. Tym bardziej wydaje się ten zarzut absurdalny, bowiem zgodnie z jego treścią zamawiający miałby dokonywać kontroli dostarczonego towaru u podmiotu cywilnego, nie będącego wykonawcą. Z całą pewnością przystępujący stwierdził, że zamawiający nie ma takich kompetencji, tym samym pracownicy zamawiającego nie mają uprawnień do przeprowadzania kontroli.

2. Referencje nie wskazywały, jakie kuchnie polowe dostarczono.

Odwołujący twierdził, że z wykazu dostaw nie wynika, jakiego rodzaju kuchnie polowe zostały dostarczone przez przystępującego na rzecz firmy AKO S.A. W związku z tym twierdzeniem przystępujący podniósł, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przystępujący zobowiązany był do wykazania wykonanej dostawy odpowiadającej rodzajem przedmiotowi zamówienia (dostawa: kuchnia polowa, kuchnia kontenerowa), co w przypadku oferty składanej na II część zamówienia dotyczyło wykazania dostarczenia kuchni polowej bez względu na jej model.

3. Kuchnie polowe nie są przedmiotem obrotu cywilnego.

Odwołujący twierdził, że kuchnie polowe nie są przedmiotem obrotu cywilnego na „taką” skalę, jest to sprzęt wysoce specjalistyczny przeznaczony dla potrzeb wojska i poza nielicznymi przypadkami sprzedaży sprzętu niskiej wartości z demobilu przez AMW nie występuje w obrocie komercyjnym.

Zarzut ten jest nieprawdziwy, gdyż przystępujący dostarcza kuchnie polowe w obrocie cywilnym, w tym także kuchnie polowe w odpowiedni sposób zmodyfikowane i dostosowane do potrzeb klienta.

4. AKO S.A. jako producent dodatków technologicznych, koncentratów i mieszanek dla piekarni, cukierni i gastronomii nie mógł nabyć kuchni polowych.

Odwołujący twierdził, że wątpliwym jest, aby AKO S.A., jako podmiot zajmujący się produkcją dodatków technologicznych, koncentratów i mieszanek dla piekarni, cukierni i gastronomii nabył nagle kuchnie polowe o znacznej wartości, nie pozostające w żadnym związku z prowadzoną przez ten podmiot działalnością.

Kwestia celu, w jakim ma być wykorzystana kuchnia polowa zamówiona przez firmę AKO S.A. nie jest przedmiotem zainteresowania przystępującego, tym bardziej nie powinna być przedmiotem zainteresowania zamawiającego. Zasadność i opłacalność takiego zakupu jak 6 kuchni polowych zweryfikuje rynek, na którym działa kontrahent. Jak słusznie wskazał odwołujący profil działalności AKO S.A. mieści się w dziedzinie gastronomii, co może tylko sugerować przyszłe zastosowania dostarczonych kuchni polowych.

5. Niewyjaśnienie przez zamawiającego, czy dostarczone kuchnie polowe zostały wytworzone przez przystępującego.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający nie wyjaśnił okoliczności, czy wskazane dostawy potwierdzające warunek wiedzy i doświadczenia zostały przez przystępującego wyprodukowane, wytworzone na jego zamówienie, czy stanowiły produkt nabyty od osoby trzeciej.

Zarzut ten jest niezasadny, gdyż zamawiający nie miał podstaw do żądania informacji o tym, w jaki sposób przystępujący wszedł w posiadanie kuchni polowych, które wykazał w oświadczeniu o wykonanych dostawach. Zgodnie z warunkiem zamawiającego wykaz ten miał potwierdzać wykonanie dostawy odpowiadającej rodzajem przedmiotowi zamówienia. Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest dostawa w znaczeniu dostawy zgodnej z definicją legalną zawartą w ustawie Pzp, tj. nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Nie należy utożsamiać dostawy tylko z umową dostawy regulowaną w Kodeksie cywilnym i polegającą na wyprodukowaniu oraz dostarczeniu rzeczy oznaczonych, co do gatunku (wyrok KIO z dnia 22 maja 2009 r. KIO/UZP 608/09). Dalej, potwierdzeniem faktu, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu nie musi być producentem kuchni polowych jest odesłanie w treści załącznika nr 5 SIWZ. Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia do ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. Nr 235 poz. 1700, z późn. zm.), która definiując

dostawcę odwołuje się także do producenta, dystrybutora lub importera. Nadto, w samej treści wzoru umowy oraz w opisie przedmiotu zamówienia (stanowiących załączniki do SIWZ) nie został sformułowany warunek wcześniejszego wyprodukowania przedmiotu zamówienia, a zamawiający określając strony umowy i ich obowiązki odnosi się do Sprzedawcy i Kupującego.

Tym samym nie jest konieczne, aby przystępujący wykazując warunek wiedzy i doświadczenia wykazał się nie tylko dostawą polegającą na sprzedaży, ale także produkcją dostarczanych kuchni polowych. Jednocześnie przystępujący nie zaprzeczył temu, że jest także producentem kuchni polowych.

6. Rok produkcji zgodny z kalendarzowym rokiem nabycia sprzętu.

Odwołujący twierdził, że wykonanie dostawy potwierdzającej warunek wiedzy i doświadczenia powinno obejmować kuchnie polowe wyprodukowane w 2013 r. oraz poddał w wątpliwość fakt, czy dostarczone przez przystępującego kuchnie polowe zostały wyprodukowane w 2013 r. Mylnie odwołujący zinterpretował postanowienie SIWZ „Przedmiot umowy - nowy rok produkcji zgodny z kalendarzowym rokiem nabycia sprzętu”, jako warunek odnoszący się do wykonanych dostaw, podczas gdy warunek ten odnosi się do etapu realizacji przyszłej umowy. Wykazanie się wykonaną dostawą odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia oznacza, że przedmiot tej dostawy powinien odpowiadać przedmiotowi zamówienia pod względem typu, przeznaczenia czy konstrukcji, wymaganej wielkości zamówienia, ale nie okresowi jego produkcji. Gdyby uznać, że twierdzenie odwołującego jest prawdziwe to doszłoby to znacznego ograniczenia konkurencji polegającego na tym, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wyprodukowali i dostarczyli przedmiot zamówienia w okresie od stycznia do 19 marca 2013 r., gdyż termin składania ofert upływał właśnie 19 marca 2013 r. Przyjęcie takiego warunku przez zamawiającego prowadziłoby do sformułowania postanowień SIWZ sprzecznie z przepisami prawa, tj. rozporządzeniem ws. dokumentów, które stanowi, że wykaz dostaw dotyczy okresu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Oznacza to, że dostawy mogą być wykonane w dowolnym czasie byleby tylko mieściły się w okresie ostatnich 3 lat (wyrok KIO z dnia 21 listopada 2008 r., KIO 1269/08).

7. Naruszenie autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej KPŻ-100.

Odwołujący twierdził, że przystępujący realizując dostawę kuchni polowych dla AKO S.A. naruszył prawa autorskie majątkowe Skarbu Państwa do dokumentacji technicznej KPŻ-

100, co skutkowało tym, że umowa dostawy pomiędzy przystępującym a AKO S.A. była dotknięta wadą prawną i w związku z tym nie została wykonana należycie.

Na wstępie przystępujący wyjaśnił, że treść pisma Inspektoratu Uzbrojenia MON z dnia 26 marca 2013 r. potwierdza jedynie, że w 2013 r. skorzystano z dokumentacji technicznej kuchni polowej KPŻ-100 na jednym z pól eksploatacji, tj. zwielokrotnienia dla dwóch jednostek wojskowych - w Warszawie i w Bydgoszczy oraz potwierdza to, że IU MON nie posiada informacji o innych udostępnieniach. Pismo to nie potwierdza, ani nie zaprzecza okoliczności, czy Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Obrony Narodowej udzielił zgody na skorzystanie z dokumentacji w celu wyprodukowania kuchni polowych.

7.1. Umowa dotycząca praw autorskich dokumentacji kuchni KPŻ-100.

Zgodnie z umową, na jaką powołuje się IU MON (umowa nr 21/KW/S-24/97) z dnia 23.10.1997 r. zawartą pomiędzy Departamentem Rozwoju i Wdrożeń MON a Fabryką Maszyn i Urządzeń Przemysłu Spożywczego SPOMASZ z siedzibą w Żninie, twórcą dokumentacji technicznej kuchni polowej jest Fabryka SPOMASZ w Żninie. Przedmiotem umowy była realizacja dokumentacji technicznej kuchni polowej KPŻ-100 i przekazanie jej DRiW MON w 1 komplecie, wykonanie także 5 partii próbnych kuchni polowych KPŻ-100 oraz przeprowadzenie skróconego badania funkcjonalno-użytkowego partii próbnej.

7.2. Brak przeniesienia autorskich praw majątkowych.

Umowa z dnia 23.10.1997 r. nie zawiera postanowień dotyczących przeniesienia autorskich praw majątkowych do utworu, jakim jest dokumentacja techniczna kuchni polowych KPŻ-100. Zgodnie z art. 65 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. Nr 24 poz. 83, z późn. zm.) w braku wyraźnego postanowienia o przeniesieniu prawa uważa się, że twórca udzielił licencji. Artykuł ten od roku 1994 r. nie został zmieniony, czyli w takim kształcie obowiązywał w dniu zawarcia umowy. W związku z powyższym wszelkie wątpliwości dotyczące charakteru umowy, wynikające z braku jednoznacznych wskazówek, czy mamy do czynienia z umową przenoszącą majątkowe prawa autorskie, czy z umową jedynie upoważniającą do korzystania z utworu (tj. z umową licencyjną), należy rozstrzygać na korzyść umowy licencyjnej (Komentarz: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, wyd. V Janusz Barta (red.), Ryszard Markiewicz (red.), Monika Czajkowska-Dąbrowska, Zbigniew Ćwiąkalski, Krzysztof Felchner, Elżbieta Traple, LEX SIGMA).

7.3. Umowa licencyjna.

Umowa nr 21/KW/S-24/97 z dnia 23.10.1997 r. jest umową licencyjną (par. 8 ust. 3 umowy), która to umowa reguluje jedynie prawo do korzystania z dokumentacji technicznej:

- dysponowania wynikami prac w postaci dokumentacji, modeli, prototypów tylko przez zamawiającego (par. 8 ust. 1 umowy),
- produkcji wyrobów wytwarzanych na rzecz MON (par. 8 ust. 3 umowy),
- wyłączności ujawniania i rozpowszechniania informacji o przedmiocie prac i wyrobów (nie dotyczy to prac wynikających z praw autorskich) (par. 8 ust. 4 umowy).

Licencyjny charakter umowy potwierdza także opis dotyczący zastrzeżenia przez zamawiającego pięcioletniego okresu na dokonywanie kontroli przestrzegania warunków umowy (par. 9 ust. 5 umowy).

Poza powyższym uprawnieniem do dokonywania kontroli w okresie 5 lat, umowa nie reguluje czasu jej obowiązywania.

W myśl art. 66 ustawy o prawie autorskim umowa licencyjna uprawnia do korzystania z utworu w okresie pięciu lat, chyba, że w umowie postanowiono inaczej. Po upływie terminu prawo uzyskane na podstawie umowy licencyjnej wygasa.

Tym samym prawo do korzystania przez zamawiającego z dokumentacji technicznej kuchni polowej KPŻ-100 w zakresie, w jakim regulowała to pisemna umowa, wygasło.

7.4. Przeniesienie własności egzemplarza dokumentacji kuchni KPŻ-100.

Konsekwencją udzielenia licencji na korzystanie z dokumentacji kuchni KPŻ-100 było także przeniesienie własności egzemplarza dokumentacji (par. 10 ust. 1 umowy).

Zgodnie z art. 52 ust. 1 ustawy o prawie autorskim przeniesienie własności egzemplarza utworu nie powoduje przejścia autorskich praw majątkowych do utworu. Istnieje odrębny reżim prawny dla prawa na dobrach niematerialnych (w tym przypadku prawach autorskich) i praw odnoszących się do rzeczy, a ich podmiotami mogą być różne osoby. Przepis art. 52 ust. 1 ustawy o prawach autorskich stanowi tylko o umowach o przeniesienie własności egzemplarza utworu, co należy odnieść do materialnego nośnika utworu, i to zarówno nośnika oryginału, jak i nośnika kopii (egzemplarzy zwielokrotnienia) dzieła.

W tym znaczeniu Skarb Państwa na mocy zawartej umowy został właścicielem egzemplarza dokumentacji kuchni polowej KPŻ-100, na którą składa się przekazany mu zgodnie z umową 1 komplet dokumentów. Zdaniem przystępującego to ten paragraf

może upoważniać Skarb Państwa do twierdzeń, że został on właścicielem, ale nie dokumentacji w znaczeniu utworu, ale egzemplarza tej dokumentacji.

7.5. Prawo zezwalania na wykonywanie autorskiego prawa zależnego.

Z ostrożności, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że na podstawie umowy nr 21/KW/S-24/97 z dnia 23.10.1997 r. doszło do przeniesienia praw autorskich majątkowych na Skarb Państwa reprezentowany przez MON albo nie doszło do wygaśnięcia licencji, przystępujący podniósł, że zgodnie z art. 46 ustawy o prawach autorskich, jeżeli umowa nie stanowi inaczej, twórca zachowuje prawo zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego, mimo, że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości praw autorskich. Istnieje w prawie autorskim zasada, zgodnie z którą prawa nie wymienione wyraźnie w umowie pozostają przy twórcy (art. 41 ust. 2). Umowa nr 21/KW/S-24/97 z dnia 23.10.1997 r. nie przewiduje w sposób wyraźny pola eksploatacji, którym jest prawo zezwalania na wykonywanie autorskiego prawa zależnego, czyli prawa do udzielania zgody na dokonywanie opracowania utworu.

Prawo zależne jest jednym z pól eksploatacji, które zgodnie z art. 41 ust. 2 powinno być w umowie wyraźnie wymienione. Jest to zasada tzw. specyfikacji praw przenoszonych lub ustanawianych, zawartej w art. 41 ust. 2. Zgodnie z tą zasadą prawa niewymienione wyraźnie w umowie pozostają przy twórcy, przy czym nie chodzi tu o dyrektywę interpretacyjną „w razie wątpliwości”, ale o normę interpretacyjną zmierzającą do wzmocnienia pozycji kontraktowej twórcy. Uprawniony do korzystania z dzieła na podstawie umowy o przeniesienie praw majątkowych nie może zabronić autorowi czynienia użytku z przysługującego mu prawa zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego, choćby eksploatacja dzieła zależnego stanowiła dla niego konkurencję. Toteż podmiot eksploatujący oryginał, jeśli chce się uchronić przed niepożądaną konkurencją ze strony podmiotów rozpowszechniających dzieła zależne, powinien starać się nabyć także prawo zezwalania na wykonywanie autorskich praw zależnych. Funkcjonalna zaś wykładnia art. 46 ustawy o prawie autorskim doprowadzi do wniosku, że celem tego przepisu jest pozostawienie twórcy możliwości ekonomicznej eksploatacji opracowań (Komentarz: Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, wyd. V Janusz Barta (red.), Ryszard Markiewicz (red.), Monika Czajkowska-Dąbrowska, Zbigniew Ćwiąkalski, Krzysztof Felchner, Elżbieta Traple, LEX SIGMA).

Zgodnie z powyższym, twórca dokumentacji kuchni KPŻ-100 - Fabryka Maszyn i Urządzeń Przemysłu Spożywczego SPOMASZ z siedzibą w Żninie, może udzielać

zgody na dokonywanie jej opracowań.

7.6. Opracowanie dokumentacji technicznej kuchni polowej KPŻ-100 - stworzenie dokumentacji kuchni polowych KPŻ-100C i KPŻ-100CC.

W związku z posiadaniem przez twórcę - Fabrykę Maszyn i Urządzeń Przemysłu Spożywczego SPOMASZ z siedzibą w Żninie uprawnieniem do udzielania zgody na wykonanie prawa zależnego do przedmiotowej dokumentacji technicznej, doszło do udzielenia zgody firmie Bakerfix Sp. z o.o. na dokonanie opracowania (modyfikacji) dokumentacji technicznej kuchni polowej KPŻ-100 w celu wykorzystania jej do produkcji kuchni polowych na rzecz AKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy. Przystępujący nadmieniał, że pod względem formalnym udzielenie zgody na opracowanie traktowane jest jak udzielenie niewyłącznej licencji i w tym zakresie nie jest wymagana forma pisemna do ważności udzielenia przedmiotowej zgody.

Przystępujący wyjaśnił, że Fabryka Maszyn i Urządzeń Przemysłu Spożywczego SPOMASZ z siedzibą w Żninie dokonała aktem notarialnym z dnia 17.09.2002 r. (rep. A nr 5774/2002) zmiany statutu spółki w przedmiocie zmiany nazwy z Fabryki Maszyn i Urządzeń Przemysłu Spożywczego SPOMASZ Spółka Akcyjna na SPOMASZ Żnin Spółka Akcyjna. W związku z powyższym zgoda na opracowanie została udzielona przez SPOMASZ Żnin S.A.

Opracowanie polegało na dokonaniu zmian w dokumentacji technicznej KPŻ-100, które głównie dotyczyły:

- zmian w układzie jezdnym, w tym zmianie rozstawu osi, konstrukcji dyszla, podpórki pod dyszel, zawieszenia (KPŻ-100C i KPŻ-100CC),
- zastosowania innych materiałów w dokumentacji technologicznej (KPŻ-100C i KPŻ-100CC),
- zmianie pojemności kotłów w dokumentacji kuchni polowych KPŻ-100 CC.

Przedmiotowe opracowanie dokonane zostało zgodnie z zamówieniem z dnia 18 grudnia 2012 r. złożonym przez firmę AKO S.A. z siedzibą w Bydgoszczy na dostawę kuchni polowych m.in. KPŻ-100C w ilości 2 szt. i KPŻ-100CC w ilości 3 szt. Wykonanie dostawy potwierdza znajdująca się w aktach postępowania kopia faktury. Zgodnie z powyższym, niesłuszny jest zarzut naruszenia autorskich praw majątkowych do dokumentacji kuchni KPŻ-100, gdyż prawa te nie zostały nigdy przeniesione na Skarb Państwa, a jedyną umową regulującą stosunki prawne pomiędzy twórcą, a Skarbem Państwa względem

praw autorskich do dokumentacji kuchni KPŻ-100 jest 5-letnia umowa licencyjna, która wygasła w roku 2003, licząc od udzielenia licencji. Ponadto przedmiotem dostawy kuchni polowych na rzecz AKO S.A. były kuchnie polowe KPŻ-100C i KPŻ-100CC, których opracowania dokonano zgodnie z udzieloną zgodą.

8. Wada prawna.

Odwołujący twierdził, że nabycie przez AKO S.A. nośników utworu, jakim jest dokumentacja techniczna kuchni KPŻ-100 (czyli kuchni polowych) wyprodukowanych przez przystępującego bez wiedzy i zgody Skarbu Państwa na skorzystanie z dokumentacji powoduje, że umowa pomiędzy AKO S.A., a przystępującym byłaby obciążona wadą prawną.

Twierdzenie to jest niesłuszne, gdyż umowa łącząca AKO S.A. oraz przystępującego dotyczyła dostawy kuchni polowych, a nie utworu podlegającego ochronie prawn-autorskiej, czyli dokumentacji technicznej. Tylko sprzedaż dokumentacji kuchni KPŻ-100 lub umowa licencyjna do korzystania z tej dokumentacji mogłaby naruszyć autorskie prawa majątkowe. Przystępujący wyjaśnił, że jeżeli chodzi o projekty techniczne to z istoty rzeczy ich byt, jako utworu wymaga utrwalenia w projekcie dokumentacji. Sąd Najwyższy badając kwestie praw autorskich do dokumentacji technicznej oraz praw autorskich do nośników utworu, jakim jest dokumentacja techniczna, czyli rzeczy będących urealnieniem i efektem produkcji, stwierdził, że dokumentacja techniczna podlega ochronie prawn autorskiej (wyrok SN z dnia 12 czerwca 1978 r., I PRN 47/78, wyrok SN z dnia 30 czerwca 2005 r., IV CK 763/04). W jednym z ostatnich wyroków traktujących o dokumentacji technicznej Sąd Najwyższy stwierdził, że w przypadku dokumentacji technicznej ochrona prawn autorska nie obejmuje przedmiotu, na którym utwór został utrwalony (*corpusmechanicum*) (wyrok SN z dnia 15 listopada 2012 r., V CSK 545/11). W uzasadnieniu wyroku Sąd podkreślił, że przedmiotem ochrony autorskoprawnej jest dobro niematerialne, a nie *corpusmechanicum*, które jest rzeczą i w tym znaczeniu dobrem materialnym. Opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego nie mogło dojść do naruszenia autorskich praw majątkowych do dokumentacji kuchni KPŻ-100 i w związku z tym, że przedmiotem dostawy pomiędzy przystępującym, a AKO S.A. było dostarczeniem jej nośnika, czyli kuchni polowej.

Zgodnie z art. 556 Kodeks cywilny sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana stanowi własność osoby trzeciej albo, jeżeli jest obciążona prawem osoby trzeciej (rękojmia za wady prawne). Wyprodukowana kuchnia polowa na rzecz AKO S.A. nie jest obciążona prawem osoby trzeciej, gdyż Skarb

Państwa nie ma praw do rzeczy, jaką jest kuchnia polowa, a jedynym prawem mu przysługującym jest prawo do korzystania z dokumentacji na określonych polach eksploatacji.

Reasumując, przystępujący stwierdził, że zarzut odwołującego dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji jest nieuzasadniony, bowiem nie można mówić o nienależytym wykonaniu umowy polegającym na wadzie prawnej, tj. obciążeniu przedmiotu umowy prawem osoby trzeciej w umowie łączącej przystępującego, a AKO S.A. na dostawę rzeczy - kuchni polowych, stanowiących tylko nośnik dokumentacji technicznej, do której to dokumentacji prawa autorskie majątkowe posiada SPOMASZ Żnin S.A., a nie Skarb Państwa. Ponadto, przystępujący dokonując dostawy na rzecz AKO S.A. korzystał z dokumentacji kuchni KPŻ-100C i KPŻ-100CC, które stanowiły zgodnie z udzieloną zgodą twórcy, opracowanie dokumentacji kuchni KPŻ-100.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zaskarżonym odwołaniem jest dostawa kuchni polowej typu KPŻ-100 część 2 zamówienia.

Dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z rozdziałem 6 ust. 2 SIWZ, zamawiający żądał: *W celu potwierdzenia spełniania warunku opisanego w rozdziale 5 ust. 1 pkt 2b wykonawca zobowiązany jest złożyć wykaz, co najmniej jednej należycie wykonanej dostawy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (dostawa: Kuchnia polowa, kuchnia kontenerowa) - zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ. Jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy niż 3 lata - należy wykazać dostawę zrealizowaną w tym okresie. Wykazane dostawy muszą mieć odpowiednio: dla części 2 - łącznie minimalną wartość 900 000,00 zł brutto. Do przedłożonego wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające, że ujęte w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych dostaw w 2013 r. wskazując dla części 2 dostawę - kuchnie polowe na rzecz AKO S.A. w Bydgoszczy na kwotę brutto 1 020 900,00 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania dostawy załączył referencje AKO S.A. z dnia 5 marca 2013 r. o treści: *W imieniu firmy AKO S.A. poświadczam, że Spółka Bakerfix z siedzibą w Żninie zrealizowała w 2013 roku nasze zamówienie na dostawę kuchni polowych. Wartość wykonanych dostaw - 1 020 900,00 zł. (...)brutto. Dostawy zostały zrealizowane terminowo i bez zastrzeżeń. Współpraca z firmą Bakerfix w trakcie realizacji umowy przebiegała prawidłowo.*

Po złożeniu zawiadomienia przez odwołującego o podejrzeniu, że wykaz wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie dostawy może być informacją nieprawdziwą, zamawiający podjął czynności wyjaśniające. Mianowicie po przekazaniu pisma odwołującego z dnia 25 marca 2013 r. faksem w tym dniu (pismo wpłynęło do zamawiającego drogą pocztową w dniu 2 kwietnia 2013 r.), zamawiający wystąpił pismem z dnia 29 marca 2013 r. do podmiotu - AKO S.A. Bydgoszcz prosząc o wyjaśnienie kwestii zakupu kuchni polowych objętych referencjami oraz dostarczenia dokumentów potwierdzających wydanie referencji, np. kopie faktur, dokumentów przejęcia (PZ) itp. W odpowiedzi firma przesłała zamawiającemu kopię faktury z dnia 1 marca 2013 r., w której wskazano nabycie kuchni polowej KPŻ-170-C, KPŻ-100-C i KPŻ-100-CC na łączną wartość brutto 1.020.900,00 złotych oraz dokument przyjęcia do magazynu - data operacji 4 marca 2013 r., z którego wynika, że przyjęto kuchnie polowe o symbolach i ilości wskazanej w fakturze o wartości netto 830.000,00 złotych.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał stanowisko przedstawione w odwołaniu, wskazując, że zamawiający powinien był sprawdzić rodzaj dostarczonych kuchni przez dokonanie oględzin kuchni u ich odbiorcy, tj. AKO S.A. w Bydgoszczy, w celu ustalenia czy przedmiot zamówienia dostarczony spółce jest faktycznie kuchnią polową KPŻ-100, ewentualnie fakt ten mógł być potwierdzony fotografiami kuchni. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1172/12, w której stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego były te same podmioty, wyjaśniając, że w tamtym postępowaniu podstawą uznania referencji za niewłaściwe, był brak zbieżności przedmiotu objętego referencjami z przedmiotem zamówienia, a ponadto terminy realizacji zamówienia objętego referencjami. Podkreślił, że przedmiot zamówienia jest przedmiotem wysoce specjalistycznym i spotykanym tylko w obrocie wojskowym.

Podniósł, że do produkcji kuchni polowych niezbędna jest dokumentacja techniczna, będąca własnością Skarbu Państwa w imieniu, którego czynności wykonuje Inspektorat Uzbrojenia Ministerstwa Obrony Narodowej.

Natomiast zamawiający wyjaśnił, że nie miał wątpliwości, co do potwierdzenia dostawy przez przystępującego. Stwierdził, że zweryfikował dokumenty na podstawie udzielonej przez AKO S.A. odpowiedzi, faktur i dowodu przyjęcia do magazynu, a także dokumentów załączonych do oferty wykonawcy. Podniósł, że nie miał żadnego umocowania w kontekście przepisów ustawy Pzp do wystąpienia do AKO S.A. z wnioskiem o jakiegokolwiek dowody. Firma ta grzecznościowo przekazała swoje dokumenty potwierdzając zrealizowaną dostawę.

Zamawiający wyjaśnił, że Inspektorat Uzbrojenia MON posiada dokumentację techniczną dotyczącą tylko kuchni KPŻ-100, którą dysponuje też zamawiający i zamawiający jest także w posiadaniu dokumentacji techniczno-produkcyjnej KPŻ-100 dla potrzeb prowadzonego postępowania. Nie posiada dokumentacji dla kuchni KPŻ-170 ani dla kuchni kontenerowych, posiada w tym zakresie tylko ogólne założenia techniczne, które udostępnia wykonawcom, jako część specyfikacji. Wyjaśnił również procedurę udostępniania wykonawcom dokumentacji technicznej KPŻ-100. Zamawiający powołał się na orzeczenie Izby sygn. akt KIO 889/12, w którym stwierdzono, że podstawę wykluczenia lub odrzucenia oferty może stanowić całkowita pewność, co do zaistnienia tych przesłanek, uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania bądź odrzucenie jego oferty. Uznał dokumenty złożone z ofertą za wiarygodne.

Przystępujący podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonych pismach i stwierdził, że zarzuty zawarte w odwołaniu oparte są jedynie na przypuszczeniach i domniemaniach. Wskazał na brak dowodów, poza jedynym pismem z 26 marca 2013 r. Inspektoratu Uzbrojenia MON. Z pisma tego wynika, że w zakresie dokumentacji technicznej dotyczącej kuchni KPŻ-100, Inspektorat realizuje jedno pole eksploatacji poprzez powielanie. Wskazał również, że w 2013 r. została powielona dokumentacja dla postępowań prowadzonych dla JW 4229 Warszawa oraz IWspSZ Bydgoszcz. Ponadto, w końcowej części pisma Inspektorat zamieścił informację, że nie posiada danych o innych przypadkach udostępnienia dokumentacji w latach poprzednich. Przystępujący stwierdził, że załączona informacja dotyczy tylko dokumentacji KPŻ-100, a nie innych dokumentacji dotyczących innego rodzaju kuchni. Poza tym nieposiadanie informacji o innych przypadkach udostępnienia dokumentacji nie oznacza, że takie udostępnienie nie miało miejsca. Stwierdził, że nie są to okoliczności wypełniające przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp- nieprawdziwe informacje, które wymagają dla ich wykazania przedstawienia niepodważalnych dowodów.

Przystępujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1856/11, 637/11 oraz 1683/11. Wskazał ponadto, że odwołujący zgłosił już swoje uwagi w toku postępowania, natomiast zamawiający wykonał czynności możliwe w granicach przewidzianych prawem. Podniósł, że zamawiający nie ma możliwości dokonania oględzin, w świetle przepisów Pzp. Stwierdził, że w aktualnej specyfikacji wymóg wykazania doświadczenia w postaci dostawy, dotyczył rodzajowo wskazanych - kuchni polowych. Ponadto podniósł, że kuchnie polowe są przedmiotem obrotu cywilnego oraz AKO S.A. jest dużą firmą funkcjonującą w obrocie międzynarodowym, która zakupiła od przystępującego sześć kuchni polowych i nie jest to jedyna firma, która używa kuchni polowych w celach cywilnych, komercyjnych.

Odnosnie wady prawnej dostawy wyjaśnił, że nie został naruszony przepis art. 118 prawa autorskiego, jak podniesiono w odwołaniu.

Złożył do akt sprawy: umowę numer 21/KW/S-24/97 zawartą w dniu 24 października 1997 r. pomiędzy MON, jako zamawiającym, a Fabryką Maszyn i Urządzeń Przemysłu Spożywczego SPOMASZ w Żninie, na którą powołał się w piśmie z 26 marca 2013 r. Inspektorat Uzbrojenia MON. Wyjaśnił, że przedmiotem umowy była praca wdrożeniowa dotycząca dokumentacji technicznej kuchni polowej KP-100 i KP-170, którą to dokumentację wykonała wcześniej fabryka SPOMASZ S.A. Zwrócił uwagę, że umowa ma charakter umowy licencyjnej (paragraf 8 ust. 1-3). Z przepisu art. 66 prawa autorskiego wynika, że umowa licencyjna uprawnia do korzystania z utworu przez okres pięciu lat, o ile umowa nie stanowi inaczej - w tym przypadku nie stanowi inaczej, zatem umowa licencyjna wygasła po upływie pięciu lat - od terminu wskazanego w paragrafie 2 ust. 2, czyli 28 lutego 2003 r.

Wskazał, że właścicielem dokumentacji wytworzonej przez SPOMASZ S.A., w rozumieniu art. 1 prawa autorskiego, jest nadal ta spółka. Spółka mogła udzielać zgody na wykonywanie prawa zależnego na rzecz AKO S.A. i takie udostępnienie miało miejsce. Na tę okoliczność złożył oświadczenie prezesa zarządu SPOMASZ Żnin S.A. z 25 kwietnia 2013 r. o treści, że: SPOMASZ S.A. udzieliła zgody Bakerfix Sp. z o.o. na wykonanie prawa zależnego względem dokumentacji technicznej KPŻ-100 - dokonania jej opracowania w celu wykorzystania do produkcji na rzecz AKO S.A. Udzielający zezwolenia wskazał w oświadczeniu, że jest twórcą utworu, jakim jest dokumentacja kuchni polowej. Ponadto, zamieścił informację, że aktem notarialnym została dokonana zmiana statutu spółki w zakresie nazwy z: Fabryka Maszyn i Urządzeń Przemysłu Spożywczego SPOMASZ Spółka Akcyjna na: SPOMASZ Żnin Spółka Akcyjna.

Na podstawie udostępnienia przez SPOMASZ Żnin S.A. przystępującemu prawa zależnego, o którym mowa w oświadczeniu, przystępujący opracował dokumentację dla KPŻ-100 w zw.

z zamówieniem realizowanym na rzecz AKO S.A. Bydgoszcz. W ramach tego opracowania przystępujący dokonał modyfikacji dokumentacji KPŻ-100 i w wyniku tej czynności powstała dokumentacja dla KPŻ-100C i KPŻ-100CC na potrzeby zamówienia realizowanego na rzecz AKO S.A.

Przystępujący złożył do akt sprawy wyciągi z dokumentacji technicznej: kuchnia polowa KPŻ-100, KPŻ-100C i KPŻ-100CC oraz zestawienie różnic w parametrach kuchni polowych, na podstawie dokumentacji technicznej dla wskazanych trzech typów kuchni polowych.

Złożył 3 fotografie na jednym arkuszu w formacie A4 przedstawiające trzy zmodyfikowane kuchnie polowe oferowane przez przystępującego innym odbiorcom na potwierdzenie, że istnieje rynek obrotu kuchniami polowymi również na rzecz podmiotów cywilnych.

Złożył pismo AKO S.A. z 18 grudnia 2012 r. - zamówienie skierowane do przystępującego na sześć sztuk kuchni polowych KPŻ-170C, KPŻ-100C i KPŻ-100CC; pismo przystępującego z 21 grudnia 2012 r. - potwierdzenie przyjęcia zamówienia do realizacji oraz kopię faktury (1 marca 2013 r. - data sprzedaży) na podstawie, której dokonano dostawy kuchni na rzecz AKO S.A. Kopię faktury przekazała AKO S.A. zamawiającemu, w odpowiedzi na jego prośbę o przesłanie dokumentów potwierdzających dostawę.

Odwołujący wskazał, że od daty złożenia zamówienia, tj. od 18 grudnia 2012 r. do daty przekazania kuchni, tj. do dnia 1 marca 2013 r., jest to okres około dwóch miesięcy i jednego tygodnia i, w ocenie odwołującego, termin ten jest zbyt krótki na wykonanie sześciu kuchni. Wskazał, że sześć kuchni wykonuje się w okresie od 4 do 6 miesięcy i stwierdził, że nawet różnice parametrów zamieszczone w zestawieniu złożonym przez przystępującego, przedstawiające mniejsze gabaryty kuchni przygotowanej dla AKO S.A., nie uzasadniają tak krótkiego czasu na realizację zamówienia.

Odnosnie możliwości realizacji dostawy w określonym terminie dla AKO. S.A., przystępujący stwierdził, że dotrzymanie terminu było możliwe po jego stronie, ze względu na posiadane środki finansowe i rzeczowe oraz komponenty do produkcji kuchni. Wskazał, że termin realizacji przedmiotowego zamówienia (w rozpoznawanej sprawie) na wykonanie 20 kuchni polowych, to okres 4,5 miesiąca. Zatem, zarzut zbyt krótkiego terminu realizacji dostawy na rzecz AKO S.A. w porównaniu do terminu w aktualnym postępowaniu, jest niewłaściwy.

Odnosnie zasadniczego zarzutu odwołania - wady prawnej w zw. z dokumentacją techniczną, przystępujący stwierdził, że prawa autorskie nie zostały przeniesione na rzecz Skarbu Państwa, tym samym nie mogły zostać naruszone.

Wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym zakresie - ochrona prawnoautorska nie obejmuje przedmiotu, na którym utwór został utrwalony (kuchnie polowe w kontekście dokumentacji technicznej).

Izba zważyła.

Na posiedzeniu zamawiający cofnął wniosek o odrzucenie odwołania, wniósł o jego oddalenie.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie uznając, że nie zachodzą przesłanki do jego odrzucenia na posiedzeniu.

Wykonawca uprawniony jest do wniesienia odwołania w terminie uzależnionym od sposobu przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia i od wartości zamówienia, a także w terminie uzależnionym od wartości zamówienia liczoną od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania (art. 182 ust. 1 i ust. 3 Pzp).

Odwołanie zostało wniesione wobec wyboru najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia i zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Informację o czynności zamawiającego przesłano odwołującemu w dniu 12 kwietnia 2013 r., zatem wniesienie odwołania w dniu 22 kwietnia 2013 r., z zachowaniem przysługującego 10. dniowego terminu, nastąpiło zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającej go do wniesienia odwołania. Odwołujący jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono 2 oferty na 2 części zamówienia, przy jedynym kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%. Oferty złożyli odwołujący i przystępujący. Jako oferta najkorzystniejsza w 1 części zamówienia została wybrana oferta odwołującego, różnica w cenie ofert wynosi 93 972 zł; w 2 części zamówienia, jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, różnica w cenach ofert wynosi 127 920 zł.

Zatem, odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w części 2 przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpili skutecznie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Bakerfix Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żninie, 2. Wojskowe Zakłady Inżynieryjne Spółka Akcyjna z siedzibą w Dęblinie, uzyskując status uczestników postępowania odwoławczego.

Rozpoznając odwołanie Izba uwzględniła zasady wynikające z art. 192 ust. 7 w związku z art. 180 ust. 1 i 3 Pzp. W myśl pierwszego z przepisów Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a w myśl drugiego - odwołanie powinno wskazywać m.in. niezgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające przedstawienie zarzutu. Zatem, odwołujący jest związany w postępowaniu odwoławczym okolicznościami faktycznymi i podstawą prawną przedstawionymi w odwołaniu.

Spór prowadzony przez Krajową Izbę Odwoławczą ma charakter sporu kontradyktoryjnego i zgodnie z przepisami art. 190 ust. 1 Pzp, jak też art. 6 kcw związku z art. 14 Pzp, odwołujący zobowiązany jest wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09 orzekł, że:
1. Przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym, wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przedstawionych twierdzeń o faktach; strony nie można zmusić do ich podjęcia.
2. Pojęcia tzw. ciężaru dowodu w znaczeniu formalnym i ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym, choć są wzajemnie zależne, ponieważ uznanie przez sąd twierdzeń strony za udowodnione jest oparte na treści informacji uzyskanych dzięki zebranych środkom dowodowym, nie mogą być utożsamiane, albowiem materialny ciężar dowodu traktuje się nie, jako powinność dowodzenia, lecz jako regułę określającą, która strona poniesie negatywne skutki nieudowodnienia określonych twierdzeń o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Podobnie w wyroku KIO z dnia 18.06.2012 r., sygn. akt 1058/12, Izba potwierdziła (...), iż zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strona jest zobowiązana wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Uwzględniając tę regulację, a także przepis art. 6 k.c, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z

faktu tego wywodzi skutki prawne, Izba uznała, iż to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. (...) Aby Izba mogła uznać twierdzenia Odwołującego za zasadne, a zgłaszane przez niego żądania za zasługujące na uwzględnienie, koniecznym było, aby wykonawca wnoszący odwołanie przedstawił Izbie dowody niezbędne dla podjęcia takiego rozstrzygnięcia.

Przenosząc powyższe na płaszczyznę oceny zarzutów przedstawionych w odwołaniu i rozstrzygając o żądaniach odwołującego, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu jeden zarzut - *zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo podania nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej dostawy kuchni polowych KPŻ-100, które mają wpływ na wynik postępowania, co powoduje naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp*, w sytuacji, gdy zamawiający nie wymagał wykazania dostawy kuchni polowych KPŻ-100, a żądał jedynie wykazania, na podstawie nie kwestionowanej SIWZ, *dostawy kuchni polowych, w okresie podanym w SIWZ, nie precyzując, że mają to być kuchnie polowe KPŻ-100, by tym samym nie narazić się na zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp*. Nie żądał także wykazania dostawy kuchni wytworzonych przez wykonawcę w 2013 r. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego zamieszczany jest obligatoryjnie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ oraz zobowiązuje zamawiającego do stosowania opisanego sposobu w toku badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez możliwości zmiany, czy odstąpienia.

Zamawiający dokonał takich czynności oraz przeprowadził dodatkowe postępowanie wyjaśniające, uzyskując potwierdzenie w postaci dokumentów nie podważonych przez odwołującego.

Przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle orzecznictwa uwzględniającego interpretację prounijną przepisu, w tym w szczególności w wyrokach wydanych w ostatnim okresie, przedstawiono wskazując:

- Sąd Okręgowy Torunia w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12 - przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.);

- Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12 - podziela prezentowany zarówno w orzecznictwie jak też w literaturze pogląd, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając, albowiem ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty, jeżeli przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak);

- Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt IX Ga 179/13 - oddalił odwołanie konsorcjum wykonawców kwestionujących wykluczenie konsorcjum z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji oraz odrzucenie złożonej oferty z powodu rażąco niskiej ceny (dane z informacji, m.in. Informator UZP nr 4/2013 r., str. 2-4, www.uzp.gov.pl).

Z informacji można wnioskować, że sąd potwierdził stanowisko zamawiającego o złożeniu przez wykonawców nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania; nie są jednakże znane na obecnym etapie motywy rozstrzygnięcia sądu w tym zakresie.

Analizując rozstrzygnięcia sądów przedstawione z ich uzasadnieniami należy uznać, że zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania wyłącznie w przypadku ustalonego ponad wszelką wątpliwość umyślnego przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając.

Skoro zamawiający analizując dokumenty załączone do oferty nie powziął takich podejrzeń, a na zwróconą mu uwagę na wskazane w piśmie odwołującego okoliczności, przeprowadził postępowanie wyjaśniające, które potwierdziło dostawę kuchni polowych, ocenioną na podstawie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu za właściwą, na odwołującym ciążył obowiązek udowodnienia przesłanek skutkujących wykluczeniem przystępującego z postępowania.

Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Pismo Inspektoratu Uzbrojenia MON z 26 marca 2013 r. załączone do odwołania, w świetle wyjaśnień zamawiającego o dysponowaniu dokumentacją techniczną i jej udostępnianiu oraz w kontekście dowodów i wyjaśnień złożonych przez przystępującego - umowa nr 21/KW/S-

24/97 z dnia 23.10.1997 r. (jej skutki przedstawiono szczegółowo w piśmie i wyjaśnieniach złożonych na rozprawie), oświadczenia prezesa zarządu SPOMASZ Żnin z dnia 25 kwietnia 2013 r. - nie stanowi dowodu na potwierdzenie zarzutu przedstawionego w odwołaniu.

Odwołujący nie podważył przedłożonych przez przystępującego dowodów. Jedyne podniósł, wobec dalszych złożonych dowodów - zamówienia AKO S.A. z 18.12.2012 r. na dostawę 6. kuchni polowych, przyjęcia przez przystępującego zamówienia do realizacji i sprzedaży w dniu 01.03.2013 r. (wystawiona faktura)- że okres realizacji zamówienia, to okres około dwóch miesięcy i jednego tygodnia i, w ocenie odwołującego, jest to termin zbyt krótki na wykonanie sześciu kuchni.

Wobec stanowiska przystępującego o możliwości realizacji zamówienia w tym okresie ze względu na posiadane środki finansowe i rzeczowe oraz komponenty do produkcji kuchni, a także wskazanie, że termin realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania w rozpoznawanej sprawie - wykonanie 20 kuchni polowych do dnia 15 października 2013 r. - wynosi 4,5 miesiąca, twierdzenie odwołującego zostało pozbawione podstaw.

Przedstawiona przez przystępującego analiza przedłożonej umowy - w kontekście przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych: art. 41 ust. 2 - umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej „licencją”, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione; art. 52 ust.1 - jeżeli umowa nie stanowi inaczej, przeniesienie własności egzemplarza utworu nie powoduje przejścia autorskich praw majątkowych do utworu; art. 65 -w braku wyraźnego postanowienia o przeniesieniu prawa, uważa się, że twórca udzielił licencji; art. 66 ust. 1 - umowa licencyjna uprawnia do korzystania z utworu w okresie pięciu lat na terytorium państwa, w którym licencjobiorca ma swoją siedzibę, chyba że w umowie postanowiono inaczej; ust. 2 - po upływie terminu, o którym mowa w ust. 1, prawo uzyskane na podstawie umowy licencyjnej wygasa-przyjęta przez Izbę, jako właściwa i logiczna, potwierdza stanowisko zamawiającego i przystępującego o braku podstaw do uznania naruszenia autorskich praw majątkowych Skarbu Państwa.

Wyrok z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1172/12 został wydany w innych okolicznościach faktycznych sprawy.

Wskazując na powyższe ustalenia, Izba oddaliła odwołanie, jako niezasadne na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: