

Sygn. akt KIO/UZP 173/08

WYROK
z dnia 12 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Członkowie: Stanisław Sadowy
Renata Tubisz
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabrykę Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., Piotrków Trybunalski, ul. Dmowskiego 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 12.02.2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Fabrykę Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., Piotrków Trybunalski, ul. Dmowskiego 38**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Fabrykę Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., Piotrków Trybunalski, ul. Dmowskiego 38.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Fabrykę Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., Piotrków Trybunalski, ul. Dmowskiego 38** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakładu Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryki Maszyn Górniczych "Pioma" S.A., Piotrków Trybunalski, ul. Dmowskiego 38.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego na zakup elementów trasy kolejki podwieszanej z napędem własnym, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE Nr 2007/S 191 - 232885), w dniu 12.02.2008 r. faksem został złożony protest przez Fabrykę Maszyn Górniczych PIOMA S.A. z Piotrkowa Trybunalskiego. Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 6.02.2008 r. o wyborze oferty firmy TRANSL v.o.s. z siedzibą w Frydek Mistek - Republika Czeska, na część pierwszą zamówienia oraz o sklasyfikowaniu na drugiej pozycji oferty Konsorcjum firm PROMET Sp. z o.o. z Rybnika i Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego "Centrala Nasienna" Jan Czarnecki i Spółka S. J. z Parczewa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Jastrzębskiej Spółce Węglowej, będącej następcą prawnym Kopalni Węgla Kamiennego BUDRYK S.A. z Ornontowic, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007, nr 223, poz. 1655) poprzez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, którego liderem jest PROMET Sp. z o. o. w zakresie części pierwszej zamówienia, mimo złożenia przez wymienionych wykonawców niezgodnych z prawdą oświadczeń, że dostawy są wolne od wad prawnych i praw majątkowych osób trzecich. w sytuacji gdy w zaoferowanych wyrobach tj. w szynach i złączach bezprawnie wykorzystywany jest wynalazek konstrukcji szyny prostej, objętej ochroną patentową na rzecz Odwołującego, zgodnie z przedstawionym Opisem Patentowym Nr PL 192513 B1.

W dniu 22.02.2008 r. Zamawiający oddalił protest. Uznał, że Odwołujący nie wykazał, że zastosowane przez pozostałych wykonawców rozwiązania techniczne odpowiadają rozwiązaniom objętym patentem, Samo cięcie lub kąt nachylenia złącza ≥ 10 stopni ipso se nie może być objęty ochroną patentową. Wskazał również na możliwość zaoferowania przedmiotów substytutywnych do tych, które zamierza nabyć.

W odwołaniu wniesionym w dniu 27.02.2008 r. przesyłką pocztową, z kopią przekazaną Zamawiającemu faksem w dniu 27.02.2008 r. jak również listownie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty TRANSL v.o.s.,
2. nakazanie odrzucenia kwestionowanych ofert,
3. nakazanie powtórzenia czynności oceny oraz wyboru ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy oraz złożonych ofert.

Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Jak wynika z ogłoszenia, postępowanie zostało wszczęte przez KWK Budryk S.A. z Ornontowic. Postanowieniem z dnia 4 stycznia 2008 r. Sąd Rejonowy Wydział X

Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego w Gliwicach dokonał wpisu o połączeniu KWK Budryk S.A. z Jastrzębską Spółką Węglową S.A. na podstawie art. 492 par. 1 pkt 1 kodeksu spółek handlowych, w drodze przejęcia. W przedstawionym odpisie z KRS o numerze 72093 z dnia 4.03.2008 r. jako spółka przejmująca figuruje Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Z przedstawionych względów Zamawiający stosownie do art. 494 par. 1 kodeksu spółek handlowych wstąpił we wszystkie prawa i obowiązki KWK Budryk S.A.

W reakcji na pismo Odwołującego z dnia 5.12.2007 r., ostrzegające przed konsekwencjami prawnymi naruszenia jego patentu nr 192513, Zamawiający pismami z dnia 14.12.2007 r. zwrócił się o wyjaśnienie do TRANSL v.o.s. oraz lidera Konsorcjum PROMET Sp z o.o.

PROMET Sp. z o.o. w określonym terminie przysłała oświadczenie, że produkowana przez nią trasa KGO - 100 KN stanowi rozwiązanie konstrukcyjne zastrzeżone w Urzędzie Patentowym jako:

- rozjazd szynowy uniwersalny kolejki podwieszanej nr (21) 377537 z 10.10.2005 r.
- szyna jezdna kolei podwieszanej nr (21) 368922 z 3.07.2005 r.

a wszystkie zastosowane rozwiązania zostały opracowane przez osoby i firmy umieszczone na wzorze patentowym i nie naruszają praw osób trzecich.

TRANS v.o.s. wyjaśniła, że układ pochylego cięcia szyn podwieszanych był w jej rozwiązaniach stosowany przed zgłoszeniem wynalazku Odwołującego, a przedmiotem oferty w zadaniu nr 1 są elementy trasy jezdnej typu ZD24D. Złącza przegubowe tego typu trasy zostały skonstruowane w oparciu o udostępnione umową z dnia 7.03.2007 r. rozwiązania konstrukcyjne firmy PPUH REMASZ s.c., zgłoszone do ochrony w Urzędzie Patentowym pod znakiem P-367596. Z zawartej umowy wynika, że przedmiotowe rozwiązanie nie narusza praw osób trzecich. Ponadto przedstawiła stanowisko, iż do czasu zakończenia procedury badawczej przed Urzędem Patentowym RP dotyczącej zgłoszenia P- 367596 nikt nie jest władny stwierdzić, czy rozwiązanie to narusza bądź nie, prawa wynikające z zakresu ochrony patentowej rozwiązania Odwołującego, które jest odmienne.

W dokumentach ofert wszystkich trzech wykonawców uczestniczących w postępowaniu, znajdują się decyzje Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, wydane na podstawie art. 111 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2005 r. nr 228, poz. 1947 ze zm.) w związku z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. nr 99, poz. 1003 ze zm.), które dopuszczają zaoferowane elementy trasy kolejki podwieszanej, do stosowania w podziemnych zakładach górniczych, stosownie do dokumentacji techniczno ruchowej.

Należy zauważyć, że Odwołujący w proteście zarzucił konkurencyjnym firmom złożenie nieprawdziwych oświadczeń, że oferowany przedmiot zamówienia jest wolny od wad

prawnych i praw majątkowych osób trzecich, czemu zainteresowani w sposób kategoryczny zaprzeczyli w złożonych wyjaśnieniach jeszcze przed wyborem oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zgodnie z art. 6 k.c. w związku z art. 180 ust. 8 Pzp na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że zastosowane przez pozostałych wykonawców rozwiązania techniczne odpowiadają objętym przedstawionym patentem, a ich oświadczenia w tym zakresie są nieprawdziwe. Odwołujący w proteście ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że posiada prawa wyłączne do stosowania złącz szynowych i szyn ciętych pod skosem.

Odwołujący przyznał, że Zamawiający w załączniku nr 1 do siwz pod tytułem "szczegółowy zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia", w punkcie 3 zadanie nr 1 wymagał kąta nachylenia złącza szyny ≥ 10 stopni, zatem w odwołaniu odstąpił od zarzutu, że kwestionowane oferty były niezgodne z treścią siwz i winny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ale rozszerzył jednocześnie zarzuty w stosunku do przedstawionych w proteście stwierdzając, że oferty konkurentów były nieważne na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, a ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zatem winny podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Na uzasadnienie zarzutu nieważności ofert i naruszenia uczciwej konkurencji nie zostały podane żadne argumenty, dowody, ani skonkretyzowane podstawy prawne.

Stosownie do postanowień art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

W wyniku oceny dokumentów, przedłożonych przy odwołaniu oraz złożonej na rozprawie opinii rzeczownika patentowego pana Bolesława Kuli, Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, stwierdza że nie stanowią one wystarczającego i jednoznacznego dowodu na okoliczność, że zawarte w formularzach ofert oświadczenia, że "oferowany przedmiot zamówienia jest wolny od wad prawnych i praw majątkowych osób trzecich" nie odpowiadają prawdzie. Wykonawcy w swoich wyjaśnieniach podali i udokumentowali, na jakich podstawach stosują w swoich urządzeniach wymagany przez Zamawiającego kąt nachylenia złącza szyny.

Z samej treści opisu patentowego PI 192513 B1, wynika, że złącza toru jezdnych kolejek szynowych z zastosowaniem klinowych szczelin stykowych, są przedmiotem wielu opisów patentowych, w zależności od odmian szczeliny i odmiany wykonania wynalazku. Wymienione zostały patenty nr 64144, nr 176129, nr 3514614 (niemiecki).

Odwołujący w pismach z dnia 18.02.2005 r., z dnia 28.03.2006 r., z dnia 27.02.2007 r., z dnia 5.12.2007 r. rozesłanych do kopalń oraz producentów urządzeń, zapowiadał wszczęcie działań prawnych, w celu ochrony swego wynalazku, który został zgłoszony w dniu 9.06.1999 r., za numerem 333682, a objęty patentem od 31.10.2006 r.

Odwołujący nie wykazał aby wszczął postępowanie sądowe w trybie art. 284 pkt 6 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r. nr 119, poz. 1117 ze zm.) ani nie wykazał, iż uzyskał zabezpieczenie roszczeń, w trybie art. 286 tej ustawy.

Materiał dowodowy sprawy nie potwierdził zasadności zarzutu, że Zamawiający dokonał wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, które w jedynym kryterium ceny również uzyskało wyższy wynik niż oferta Odwołującego.

Z dokumentacji akt sprawy wynika, że przedłużony okres związania ofertą, wraz z zabezpieczeniem ofert poprzez wadium upłynął w dniu 9.02.2008 r.

W okresie związania ofertą to jest w dniu 6.02.2008 r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej. Przepis art. 94 ust. 1a Pzp zezwala za zgodą wykonawcy, na zawarcie umowy po upływie okresu związania ofertą, o ile zawiadomienie o wyborze zostało przekazane uczestnikom postępowania przed upływem tego terminu. Ustawodawca w omawianym przypadku nie zobowiązuje do zabezpieczenia oferty wadium.

Termin na wniesienie protestu został otwarty w okresie związania ofertą, zatem przysługiwały środki ochrony prawnej, zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, jako że przepis art. 179 ust. 1 Pzp przyznaje uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej nie tylko gdy interes prawny wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, może doznać uszczerbku, ale i wówczas jeżeli doznał takiego uszczerbku w wyniku bezprawnie dokonanych lub zaniechanych czynności Zamawiającego, przy zaistnieniu przesłanki, że korekta nieprawidłowych czynności, umożliwiłaby wybór oferty Odwołującego w danym postępowaniu, co jest rzeczą niemożliwą, wobec upływu terminu związania ofertą. Uprawnienie do zawarcia umowy po okresie związania ofertą zostało bowiem zastrzeżone jedynie na rzecz wykonawcy, który został powiadomiony we właściwym terminie o wyborze jego oferty. Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy nie można przyjąć, iż Odwołujący wykazał iż posiada interes prawny, w sensie realnej możliwości uzyskania zamówienia w zakresie części pierwszej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego, z tytułu zastępstwa procesowego KIO uznała kwotę 3600 zł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128 poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*