

Sygn. akt: KIO 1363/11

**WYROK**  
**z dnia 12 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lipca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2011 r. przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Województwo Łódzkie, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź,

przy udziale **Wykonawcy** - NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego,

konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum firm: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, na rzecz **Zamawiającego** - Województwo Łódzkie, al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Łódzkie- Urząd Marszałkowski w Łodzi al. Piłsudskiego 8 90-051 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego pn. „Modernizacja czterech elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57”. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Zamawiający wybrał jako ofertę najkorzystniejszą, ofertę Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu.

Od takiego rozstrzygnięcia Zamawiającego, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożyło konsorcjum wykonawców: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding z siedzibą w Bydgoszczy/ lider/ i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S. A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, zwane dalej „Odwołującym”.

Do postępowania po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, którego oferta została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Przedmiotem złożonego odwołania są działania i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) nie odrzuceniu oferty złożonej przez Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu - zwanej dalej Newag, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.);
- 2) dokonaniu nieprawidłowej, naruszającej zasady uczciwej konkurencji, oceny oferty Newag, poprzez przyznanie jej maksymalnej liczby punktów i wybranie jej jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta powinna zostać odrzucona,
- 3) nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i nie wybraniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, mimo że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert oferta ta uzyskaby największą liczbę punktów i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez Newag, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Newag z postępowania pomimo, iż spółka ta złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i w związku z tym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Newag,

3) art. 91 ust. 1 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz w związku z postanowieniami ustępu 14 pkt. 3 SIWZ poprzez:

a) dokonanie nieprawidłowej, naruszającej zasady uczciwej konkurencji, oceny oferty Newag, poprzez przyznanie jej maksymalnej liczby punktów, mimo że oferta ta powinna zostać odrzucona,

b) nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i nie wybraniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, mimo że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert oferta ta uzyskaby największą liczbę punktów i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

4) art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co polegało na nie odrzuceniu oferty Newag i wybraniu jej jako najkorzystniejszej, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazał, że naruszenia wyżej wskazanych przepisów prawa miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, Odwołujący domagał się uwzględnienia niniejszego odwołania oraz nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty Newag,
- 4) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ewentualnie, Odwołujący wnosił o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tj. na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że zarówno na etapie redagowania SIWZ w niniejszym postępowaniu, jak i na etapie rozstrzygnięcia o jego wyniku, wykroczone przeciwko uprawnieniom przysługującym jednej ze stron odwołującego się konsorcjum to jest Zakładów Naprawy Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A. - zwaną dalej ZNTK. W treści „Wymagań Zamawiającego dla modernizacji podczas naprawy głównej” punkcie 1.2 zatytułowanym „Modernizacja czoła i kabiny maszynisty” oraz w załączniku numer 10 do SIWZ powielono bowiem rozwiązania zastosowane przez ZNTK w ramach modernizacji wykonywanej przez ZNTK na rzecz Zamawiającego trzech pojazdów EN 57 AKM-3003 do 3005 na podstawie umowy nr 7/2010/IF.IV z dnia 16.07.2010 r. W części opisowej wskazano wprost, iż Zamawiający oczekuje, by w efekcie realizacji niniejszego zamówienia nastąpiło „unowocześnienie czoła jednostki poprzez nadanie opływowego kształtu **TAKIEGO JAK** w zmodernizowanych EN 57 AKM-3003 do 3005, które są własnością Zamawiającego”. Nadto, ścisłym naśladownictwem rozwiązań przyjętych w pojazdach EN 57 AKM-3003, 3004 i 3005

jest również rysunek czoła pojazdu zawarty we wzmiankowanym załączniku numer 10 do SIWZ (por. rysunek zawarty w załączniku numer 10 do SIWZ z przedłożonymi do niniejszego pisma dokumentami rejestracyjnymi wzoru wspólnotowego).

Wskazał iż rozwiązania, składające się na charakterystyczny kształt czoła pojazdu, stanowią zarejestrowany przez Urząd Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (OHIM) pod numerem 001243075-0001 na rzecz ZNTK wzór wspólnotowy o nazwie „Czołówka wagonu kolejowego”.

Wskazał na przepisy rozporządzenia Rady z dnia 12 grudnia 2001r. w sprawie wzorów wspólnotowych (Dz. Urz. UE, Wydanie Polskie Specjalne 13/t. 27, s. 142 i nast.), z uwzględnieniem regulacji zawartej w przepisie art. 19 ust. 1, który stanowi, iż „Zarejestrowany wzór wspólnotowy przyznaje jego właścicielowi wyłączne prawo do jego używania i zakazywania osobom trzecim jego używania, które nie mają jego zgody. Wyżej wymienione używanie obejmuje, w szczególności, wytwarzanie, oferowanie, wprowadzanie do obrotu, import, eksport lub używanie produktu, w którym wzór jest zawarty bądź zastosowany lub składowanie takiego produktu w tych celach”.

Ponadto przywołał argument, że ani Zamawiający ani tym bardziej Newag nie uzyskał praw niezbędnych do wykonania umowy, która ma być zawarta w wyniku postępowania o zamówienie publiczne. W świetle tej sytuacji faktycznej, uznał iż działanie Newag polegające na złożeniu w niniejszym postępowaniu oferty dostawy produktu, którego znaczna część objęta jest ochroną przez regulację prawa własności przemysłowej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na naśladownictwie produktów (art. 13 wyżej powołanej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Natomiast w myśl przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Aprobowane rozstrzygnięciem Zamawiającego deklarowanie przez Newag podjęcia w ramach realizacji udzielonego zamówienia publicznego działań polegających na naruszeniu wyłącznych praw ZNTK, to jest naśladownictwa produktów chronionych prawem wynikającym z rejestracji wzoru wspólnotowego, z pewnością narusza interes Zamawiającego, a więc klienta w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Realizacja umowy, ze względu na roszczenia służące ochronie prawa do wzoru wspólnotowego będzie bowiem niemożliwa. Bezdyskusyjnie naśladownictwo produktów stanowi również wykroczenie przeciwko interesom ZNTK. Podniósł że zważywszy treść postanowień siwz i zawartych tamże oczekiwań Zamawiającego dotyczących jednolitości czoł posiadanego taboru, w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien był rozważyć prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp).

Oceniając postępowanie Zamawiającego w tej sprawie wskazał jeszcze na aspekt iż deklarowanie przez Newag wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zapisanymi w siwz (punkt 4 na stronie 3 oferty złożonej przez tego wykonawcę), stanowi w pełni świadome złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp), albowiem Newag nie przysługują prawa konieczne do wykonania umowy zgodnie z siwz.

Ponadto Odwołujący złożył jako żądanie ewentualne wnioszek o unieważnienie postępowania z powodu iż w oparciu o postanowienie § 3 ust. 29 i 30 projektu umowy na modernizację czterech elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57, obowiązkiem wykonawcy jest zadysponowanie na rzecz Zamawiającego dokumentacją techniczną i technologiczną, inny wykonawca niż ZNTK nie posiada. Wyłącznym dysponentem dokumentacji stanowiącej opracowanie techniczne i technologiczne czoła pojazdu jest ZNTK Mińsk Mazowiecki.

Dlatego też uznać należy, iż w owym aspekcie umowy, wobec faktu, iż wykonawcą wybranym przez Zamawiającego nie jest ZNTK, przedmiotowy kontrakt traktować można jako umowę o świadczenie niemożliwie, a więc czynność z mocy samego prawa dotkniętą nieważnością bezwzględną (art. 387 §1 Kc).

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania , złożył odpowiedź na odwołanie w której podniósł między innymi następujące argumenty. W niniejszej sprawie odwołujący jako podstawę prawną swojego zarzutu wskazał art. 3 w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten - zdaniem Zamawiającego -jest błędny. Zgodnie z treścią art. 13 ust. 1 powołanej wyżej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.

Z powyższego wynika, że do przyjęcia, iż w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 13 ust. 1 konieczne jest, aby kumulatywnie zostały spełnione następujące przesłanki:

1. musi dojść do naśladownictwa gotowego produktu.
2. naśladownictwo to musi polegać na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu
3. powyższe działanie może wprowadzać w klienta w błąd co do tożsamości producenta lub produktu

W niniejszym postępowaniu nie została spełniona pierwsza przesłanka - nie można bowiem mówić o naśladownictwie produktu w rozumieniu art. 13 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy do tego naśladownictwa nie doszło, gdyż nie powstał w ogóle produkt będący kopią oryginału.

Następnie należy zauważyć, że również druga przesłanka nie została spełniona, gdyż nie mamy tu do czynienia z czynnością naśladownictwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa deliktem nie jest naśladownictwo w ogólności, lecz tylko tzw. niewolnicze naśladownictwo. Naśladownictwo samo w sobie jest uznawane za zjawisko pożądane. Jego zdaniem z naśladownictwem mamy do czynienia przy przyjęciu cudzych rozwiązań w zakresie wszystkich istotnych cech wyglądu produktu (kształtu, koloru, faktury, linie krawędzi), tak aby wprowadzić klienta w błąd co do tożsamości producenta lub produktu.

W niniejszej sprawie na czoło modelu ezt składa się wiele elementów: kształt całego modelu (opływowy/ prostokątny), oprawa świateł, ich rozmieszczenie i wzajemny układ, kształt i wielkość szyby przedniej, rozmieszczenie wyświetlacza (nad szybą maszynisty / pod szybą maszynisty), kształt, ilość, wielkość wycieraczek, kolorystyka całego ezt itd. Wszystkie te elementy stanowią pewną całość, które tworzą zewnętrzną postać produktu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający postawił wymóg „unowocześnienia czoła jednostki poprzez nadanie opływowego kształtu **takiego jak** w zmodernizowanych EN57 AKM - 3003 do 3005, które są własnością Zamawiającego,” (str. 34 siwz). Nie można więc przyjąć, że samo nadanie opływowego kształtu jest naśladownictwem, a tym bardziej „naśladownictwem niewolniczym” czoła modelu ezt, jaki zaprojektowały Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S. A..

Wskazał, że wybrany wykonawca zgodnie z § 3 ust. 10 projektu umowy „malatura pudła” zobowiązany jest aby wszystkie napisy zewnętrzne oraz logo na ezt były malowane zgodnie z kolorystyką uzgodnioną z zamawiającym w formie pisemnego protokołu, po podpisaniu umowy o zamówienie Z powyższego wynika, że kolorystyka ezt, w tym jego czoła, stanowiąca element tworzący zewnętrzną postać produktu, będzie przedmiotem uzgodnień i że będzie odmienna od dotychczasowej.

Przedsiębiorstwo Newag, podobnie jak każdy inny potencjalny wykonawca, może nadać opływowy kształt czoła ezt nie korzystając z zastrzeżonego wspólnotowego wzoru przemysłowego. Świadczą o tym dotychczas wykonywane przez przedsiębiorstwo NEWAG zamówienia: dla PKP Przewozy Regionalne i na tzw. pociąg papieski i w żadnym z wymienionych przypadków modernizacja pociągów nie stanowiła naśladownictwa produktu chronionego prawem, a spełniała wymóg opływowego kształtu. Tym samym również trzecia przesłanka z art. 13 ust.1 ustawy pzp nie została spełniona.

Podniósł również, że według Odwołującego Zamawiający powinien odrzucić ofertę przedsiębiorstwa Newag na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. art. 3 w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zostały jednak

spełnione przesłanki z art. 13 ust. 1 powyższej ustawy. W związku z powyższym zarzut odwołującego nie ma podstaw do uwzględnienia.

Wskazał, że nie jest słuszny zarzut Odwołującego, że sformułowanie zawarte w siwz. dot. unowocześnienia czoła jednostki poprzez nadanie opływowego kształtu takiego jak w zmodernizowanych EN57 AKM - 3003 do 3005. które są własnością Zamawiającego, oznacza kopiowanie jego zastrzeżonego wzoru przemysłowego. Podanie oznaczeń EN57 AKM - 3003 do 3005 miało ułatwić tylko wykonawcy zrozumienie zapisów siwz i intencji zamawiającego, to jest tego, że potencjalny wykonawca ma unowocześnić wygląd czoła ezt poprzez nadanie mu opływowego kształtu. Aby pokazać, co zamawiający rozumie pod sformułowaniem „opływowy kształt”, w siwz podano przykład EN57 AKM - 3003 do 3005. Natomiast pozostałe elementy czoła ezt, tj. kolorystyka, rozmieszczenie świateł, wielkość i kształt szyby maszynisty, wielkość wycieraczek pozostawiono do uznania projektantów wykonawcy. W tym też celu termin wykonania modernizacji pierwszego ezt wynosi 120 dni licząc od dnia podpisania umowy, a pozostałych po 90 dni od oddania wcześniejszego ezt. Zamawiający uwzględnił więc konieczność zaprojektowania czoła pojazdu przez potencjalnego wykonawcę. Zanegował również twierdzenia Odwołującego, że rysunek czoła pojazdu zawarty w załączniku nr 10 do siwz. stanowi dowód, że Zamawiający chce otrzymać zmodernizowane czoło ezt w takim samym kształcie jaki został zastrzeżony przez ZNTK Mińsk Mazowiecki. Załącznik ten dowodzi wręcz czegoś przeciwnego. Tytuł tego załącznika to: Projekt graficzny pociągu trójczłonowego składu EN57. Załącznik ten ma następujące 2 podtytuły: projekt graficzny pociągu - malatury poszycia pociągu oraz projekt graficzny pociągu -wnętrza pociągu EN 57. Nie ma w ogóle podtytułu: projekt czoła pociągu takiego jak EN57 AKM - 3003 do 3005. Użycie w części dotyczącej malatury ezt rysunku zmodernizowanego ezt wg kształtu zastrzeżonego przez ZNTK Mińsk Mazowiecki ma tylko na celu pokazanie kolorystyki (na co wskazuje podtytuł). Wszystko to świadczy, że Zamawiający nie miał zamiaru, aby potencjalny wykonawca skopiował zastrzeżony wzór przemysłowy. Nadto dodał, że na rynku krajowym występują 3 podmioty tj. PESA Bydgoszcz S.A. Holding, NEWAG Spółka Akcyjna i Zakład Naprawczy Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., które w ostatnim okresie kilku lat wykonały remonty około 75 jednostek elektrycznych dla Przewozów Regionalnych, wszystkie miały opływowy kształt czoła pociągu. Te remonty zostały wykonane w oparciu o dokumentację techniczną opracowaną a zlecenie w/w form przez jednostkę projektową „Tabor” z Poznania. Zastrzeżony wzór przez ZNTK w stosunku do dokumentacji różni się z wyglądu tylko i wyłącznie kształtem kloszy reflektorów. Wskazał że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że wykonać identyczne jak według wzoru zastrzeżonego przez Odwołującego czoło pociągu, można tylko i wyłącznie w oparciu o dokumentację techniczną, a nie o rysunek. Użyty w siwz zwrot „takiego jak” dotyczył generalnie czoła pociągu co w przepisach jest wielkością znormalizowaną.

Użyte określenie „ takiego jak” było tylko sugestią, że wygląd czoła pociągu ma być podobny do tego który wykonał w poprzednim zamówieniu Odwołujący. Natomiast nie było zwrotu, że ma być identyczny oraz żądania by były stosowane te same wymiary.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez niewykluczenie Newag z postępowania pomimo, iż spółka ta złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i w związku z tym naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty Newag również zdaniem Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie bowiem Newag nie mógł złożyć nieprawdziwego oświadczenia o możliwości wykonania zamówienia, gdyż modernizacja ezt zgodnie z zapisami siwz jest możliwa dla każdego wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu i sugestii Odwołującego ,że tylko przy takim zapisie postanowień siwz, zamówienie winno być udzielone tylko w trybie z wolnej ręki ,a wykonawcą mógł być tylko ZNTK to należy też przyjąć, że powyższe odwołanie zostało złożone po terminie. Zgodnie z art. 182 ust 2 pkt. 1 ustawy pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Przystępujący popierając stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, podniósł że zwrot w siwz „taki jak” rozumiał tak samo jak Zamawiający tzn. że czoła modernizowanych zespołów trakcyjnych mają być podobne ale wcale nie oznacza, że mają być identyczne z poprzednio modernizowanymi zespołami trakcyjnymi.

Wskazał na paragraf 3 projektu umowy, załączonego do specyfikacji gdzie powołuje się na punktu 16, 17 oraz 29 z których wynika, że Zamawiający wymaga aby wykonawca opracował i przedstawił Zamawiającemu dokumentację dotyczącą modernizacji i rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż w razie uwzględnienie odwołania jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Podstawowym zarzutem w niniejszym postępowaniu jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt.3 ustawy pzp obejmujący zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Newag pomimo iż jej złożenie, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Jako podstawę prawną tego zarzutu Odwołujący wskazał art. 3 w związku z art. 13 ust.1 ustawy pzp dotyczący naśladownictwa produktów. Dokonując analizy zastosowania podstawy prawnej zarzutu z tych przepisów Izba wskazuje że, art. 3 ust.1 u.z.n.k. pełni funkcję klauzuli generalnej, określającej przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Szczególne znaczenie ma funkcja definiująca, uzupełniająca oraz korygująca służąca wskazywaniu czynów nieuczciwej konkurencji, które jednak zostały zdefiniowane w sposób nieostry, co z jednej strony utrudnia precyzyjne definiowanie określonych zachowań i działań przy kwalifikowaniu ich jako czynów nieuczciwej konkurencji, ale z drugiej strony daje możliwość kwalifikowania jako czynów nieuczciwej konkurencji zachowaniom nagannym, które nie są wykazane w żadnym z przepisów części szczególnej ustawy / dot. art. 5 – 17e/. Jeśli określone zachowanie nie mieści się w hipotezie żadnego przepisu szczególnego, to powstaje potrzeba dokonania jego oceny w świetle klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust.1 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem istota czynu nieuczciwej konkurencji wyraża się w działaniu przedsiębiorcy sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, naruszającym lub zagrażającym naruszeniem, interesów innych przedsiębiorców. Dla przypisania przedsiębiorcy odpowiedzialności z art. 3 u.z.n.k. konieczne jest prowadzenie przez niego działalności gospodarczej, i musi to być działalność konkurencyjna. Nadto za zasadne należy wskazać iż uznanie czynu za delikt nieuczciwej konkurencji wymaga działania przedsiębiorcy, pozostającego w sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, oraz naruszenia lub zagrożenia naruszenia interesu innego przedsiębiorcy. Dlatego też brak kumulatywnego spełniania tych przesłanek wyklucza nieuczciwą konkurencję w świetle przepisu art. 3 ust.1 u.z.n.k.. Równocześnie należy wskazać, że badanie czy określone zachowanie przedsiębiorcy nosi znamiona nieuczciwej konkurencji należy odnosić do przesłanek określonych w przepisach szczególnych ustawy. Dopiero wówczas gdy konkretne zachowanie nie wypełnia dyspozycji żadnego z deliktów szczególnych, następuje potrzeba dokonania oceny określonego zachowania przedsiębiorcy na gruncie przesłanek z art. 3 u.z.n.k.

Natomiast art. 13 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji chroni zewnętrzny wygląd wyrobu. Przepis art. 13 u.z.n.k. nie ma na celu ochrony przed naśladownictwem jako takim, jego zadaniem nie jest tworzenie i podtrzymywanie monopolu przedsiębiorcy, który pierwszy wprowadził dane rozwiązanie, ale ochrona wskazanych wcześniej wartości, takich jak uczciwe zasady gry rynkowej oraz ochrona renomy przedsiębiorców przed nieuprawnionym korzystaniem z niej przez konkurentów, a także konsumentów przed działaniami mającymi na celu wprowadzenie ich w błąd. Tak więc wartością chronioną z jednej strony jest

konkurencyjność będąca siłą napędową gospodarki, a z drugiej jednak ochronie powinien podlegać interes prywatny danej jednostki która w celu wytworzenia danego produktu czy wyrobu chronionego poniosła określony wysiłek finansowy i organizacyjny.

W orzecznictwie jak i doktrynie przyjęty jest pogląd ,że zgodnie z art. 13 ust.1 uznk produkt podlegający opisanemu w nim czynowi nieuczciwej konkurencji musi być gotowy. W tym zakresie wypowiedział się również Sąd Najwyższy który w wyroku z dnia 11.08.2004 sygn. II CK 487/03 stwierdził ,że „gotowym produktem w rozumieniu przepisu art. 13 ust.1 uznk jest każdy produkt , który został wytworzony w wyniku odpowiedniego procesu technologicznego, bez względu na to czy jest to produkt finalny tj. nadający się do bezpośredniego użycia, czy też służy do wytworzenia innego produktu jako część składowa.” Musi to być produkt gotowy przez co należy rozumieć produkt wprowadzony na rynek, a nie jedynie projekt, szkic, makieta itp. produktu którego jeszcze nie ma nie może być objęty deliktem z tego przepisu.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący wywodząc podstawę przysługującej mu ochrony, odnosi tę ochronę do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez pryzmat dokonania zarejestrowania na jego rzecz wzoru wspólnotowego o nazwie „Czołówka wagonu kolejowego”. Załączając na potwierdzenie do odwołania kopię certyfikatu rejestracji z dnia 4 listopada 2010 r. numer 001243075-0001, oraz dwa rysunki obrazujące wygląd czoła wagonu.

Tym samym w przypadku, gdy wyrób podlega ochronie zarówno przez prawo własności przemysłowej, jak i prawo autorskie, uprawniony będzie mógł korzystać z ochrony kumulatywnej. Kumulacja ochrony prawnej oznacza, iż *de facto* od uprawnionego zależeć będzie wybór podstawy prawnej jego roszczeń. Jednocześnie nawiązując do przedłożonej w/w dokumentacji rejestrowej Izba stwierdza, że trudno nadać jej przymiot dokumentów potwierdzających istnienie danego faktu. Są to skserowane strony pewnego dokumentu, w dużej mierze nieczytelne, nie potwierdzone za zgodność z oryginałem. Dlatego też Izba nie uwzględnia ich za dowód w sprawie mający potwierdzać iż dająca się odczytać z nich treść jest odzwierciedleniem określonego stanu prawnego. Jednakże Izba biorąc pod uwagę oświadczenie w tej sprawie Odwołującego nie zanegowane w sposób wyraźny przez Zamawiającego i Przystępującego przyjmuje do oceny w tym postępowaniu że Odwołującemu, a konkretnie członkowi konsorcjum firmie ZNTK przysługuje ochrona w zakresie zastrzeżonego wzoru czoła wagonu. Na obecnym etapie Odwołujący domagał się tylko ochrony w oparciu o w/w przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a konkretnie odrzucenia oferty wykonawcy z powodu tego ,ze jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji..

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić ,że osią sporu w niniejszym postępowaniu jest to, czy zamieszczenie przez Zamawiającego w postanowieniach siwz oraz oświadczenie wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, iż wykona przedmiot

zamówienia zgodnie z warunkami siwz, tj. wymogu by w efekcie realizacji niniejszego zamówienia nastąpiło „unowocześnienie czoła jednostki poprzez nadanie opływowego kształtu **TAKIEGO JAK** w zmodernizowanych EN 57 AKM-3003 do 3005, ". Zdaniem Odwołującego taki zapis wskazuje w sposób bezpośredni, że wybrany wykonawca będzie musiał dokonać skopiowania czoła pociągu aby nadać mu opływowy kształt, z rozwiązania zastosowanego przez ZNTK któremu w tym zakresie przysługuje ochrona, na podstawie zastrzeżonego wzoru wspólnotowego.

Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie po zakwalifikowaniu go, jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, odpowiadającego hipotezie z art. 3 ust. 1 ustawy o.z.n.k. Nawiązując do w/w ustaleń Izba stwierdza, że podstawa uznania danego zachowania przedsiębiorcy jako delikt z ustawy o.z.n.k. wymagane jest działanie przedsiębiorcy, pozostające w sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, oraz naruszenia lub zagrożenia naruszenia interesu innego przedsiębiorcy.

W przedmiotowej sprawie, a obecnym etapie postępowania trudno mówić o działaniu wykonawcy Newag zmierzających do naruszenia praw Odwołującego. Zdaniem Izby zarówno Zamawiający jak i Przystępujący słusznie wywodzili, że dopiero z chwilą podpisania umowy o realizację zamówienia, Przystępujący przystąpi do opracowywania dokumentacji technicznej. Wymóg ten wynika z § 3 punktu 16, 17 oraz 29 projektu umowy załączonego do specyfikacji gdzie Zamawiający wymaga aby wykonawca opracował i przedstawił Zamawiającemu dokumentację dotyczącą modernizacji i rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia. Tym samym najwcześniej dopiero etapie przedstawienia przez wykonawcę Zamawiającemu dokumentacji technicznej na modernizację można będzie stwierdzić czy, założenia przyjęte w dokumentacji zagrażają naruszeniu praw Odwołującego, a ich faktyczne ewentualne naruszenie będzie można stwierdzić dopiero po wykonaniu Zamówienia.

Zawarcie przez Odwołującego w postanowieniach siwz zwrotu aby zmodernizowane zespoły trakcyjne miały opływowe czoła „takie jak” w poprzednio zmodernizowanych elektrowozach, zdaniem Izby należy uznać za niewłaściwe, gdyż dla wskazania – zasugerowania, jakiego kształtu czoła elektrowozu oczekuje Zamawiający, mogło być użyte przy pomocy innych wyrazów nie wywołujących skojarzeń z potrzebą kopiowania poprzedniego zamówienia. Jednakże zdaniem Izby decydujące znaczenie ma ustalenie, że użycie tego zwrotu nie zobowiązywało do zaproponowania rozwiązania identycznego, ale „takiego jak”, czyli podobnego. Sugestia Zamawiającego w tym zakresie, wcale nie musi przełożyć się na działanie wykonawcy, a tylko dopiero jego odpowiednie działanie - skopiowanie wzoru i jego wykorzystanie, wyczerpie znamiona deliktu z art.13 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do klauzuli generalnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust.1 ustawy o.z.n.k. gdzie wskazano ,ze dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarcza samo **zagrożenie naruszenia** interesu przedsiębiorcy, to Izba stoi na stanowisku ,ze dla wystąpienia przesłanki z tego przepisu niezbędne jest wykazanie ,że to zagrożenie jest realne. Nie każde potencjalne zagrożenie może uwiarygodniać sytuację, że to zagrożenie może się ziścić, dopiero zaistnienie konkretnych przesłanek, np. w tej sprawie gdyby wykonawca złożył do oferty szkice, iż czoło pociągu w jego wykonaniu będzie kopią wzoru zastrzeżonego przez Odwołującego, to można wnioskować o realności zagrożenia.

W tym przypadku nic takiego nie miało miejsca ,a Przystępujący w oparciu o postanowienia siwz wykazał poprzez oświadczenie, że opracowywanie dokumentacji technicznej w tym obejmującej czoło pociągu, rozpocznie dopiero po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Ponadto oświadczył i wykazał na podstawie dołączonych fotografii ,że dotychczas wykonał wiele remontów elektrowozów nadając ich czołom odpowiednio opływowe kształty i przy ich wykonywaniu nie naruszył należnych praw, innych przedsiębiorców.

Izba wskazuje również na ewentualne braki w przedłożonych dokumentach dotyczących rejestracji wzoru wspólnotowego , z którego na podstawie fotografii czoła pociągu nie wynika cokolwiek co podlega zastrzeżonej ochronie, brak jest jakiegokolwiek opisu w zakresie wymiarów, kształtów, kąta pochylenia szyby czołowej, itd. Dlatego też Odwołujący nie wykazał co konkretnie podlega ochronie w wyniku zastrzeżenia wzoru wspólnotowego, a co swoim działaniem miałby naruszać Przystępujący, powoływane przez Odwołującego bardzo ogólne okoliczności -„opływowy kształt czoła pociągu” w żaden sposób nie wykazuje że w zakresie jakichś parametrów- w większości znormalizowanych, mogą zostać naruszone prawa ZNTK.

Ponadto zdaniem Izby należy podnieść również fakt ,że w przypadku gdyby Przystępujący w jakikolwiek sposób naruszył prawa Odwołującego do zastrzeżonego wzoru to ma on szereg możliwości prawnych dochodzenia swoich praw. Roszczenia odszkodowawcze polegać mogą na żądaniu zaniechania naruszenia, wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, a w przypadku zawinionego naruszenia można żądać naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych lub przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Powyższe okoliczności winny być ewentualnie przy zaistnieniu uzasadnionych przesłanek, przedmiotem badania organów wyposażonych w odpowiednie kompetencje wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji- sądów powszechnych.

W zakresie zarzutu dokonaniu nieprawidłowej, naruszającej zasady uczciwej konkurencji, oceny oferty Newag, poprzez przyznanie jej maksymalnej liczby punktów i wybranie jej jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta powinna zostać odrzucona Izba stwierdza brak podstaw do uznania tego zarzutu , gdyż Zamawiający przyznawał punkty przy ocenie ofert tylko za zaoferowaną w ofercie cenę, a ta w przypadku Przystępującego była niższa od ceny

oferty Odwołującego, a tym samym brak jest stwierdzenia w tym zakresie jakichkolwiek nieprawidłowości. Odwołujący, w ocenie składu orzekającego, nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość, że oferta wybranego wykonawcy podlega odrzuceniu jako że jej złożenie nie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za bezpodstawny. Dyspozycja wzmiankowanych przepisów obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego w tym postępowaniu Odwołujący nie wykazał.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 czyli zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów to Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, na czym miałyby polegać działania Zamawiającego w tym zakresie, w sytuacji kiedy zarzut nieuczciwej konkurencji nie znalazł potwierdzenia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 ppkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....