

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 sierpnia 2010 r. przez **Agencję Naukowo – Techniczną SYMICO sp. z o.o., 53 – 332 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 54A/2a** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 4, 20 – 954 Lublin, ul. Dr K. Jaczewskiego 8**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Naukowo – Techniczną SYMICO sp. z o.o., 53 – 332 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 54A/2a** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Agencję Naukowo – Techniczną SYMICO sp. z o.o., 53 – 332 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 54A/2a** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie wyroku z dnia 25.08.2010 r. sygn. akt KIO 1750/10

W dniu **16 sierpnia 2010 roku** Odwołujący **Agencja Naukowo - Techniczna SYMICO Sp. z o.o.**, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp” w związku z otrzymaniem w dniu **5 sierpnia 2010 roku** zawiadomienia o wyborze ofert, wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, którym jest Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 4 w Lublinie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w ramach realizacji projektu pn: „Utworzenie Makroregionalnego Centrum Inwazyjnej Diagnostyki i Chirurgicznego Leczenia Raka Płuca w SPSK4 w Lublinie” współfinansowany z POiŚ, priorytet XII, działanie 12.2, zadanie nr 11 - laser operacyjny.

numer ogłoszenia o zamówieniu 2010/S 109-165283

Przedmiotem odwołania są działania i zaniechania Zamawiającego polegające na:

1. nie odrzuceniu oferty złożonej przez SHAR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej: Wykonawca wybrany), mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
2. nie odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 2003 r. Dz.U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.),
3. dokonanie nieprawidłowej, naruszającej zasady uczciwej konkurencji, oceny oferty Wykonawcy wybranego, poprzez przyznanie jej maksymalnej liczby punktów i wybranie jej jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta powinna zostać odrzucona,
4. nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i nie wybraniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Naukowo - Techniczną SYMICO sp. z o.o. (dalej: Odwołujący), mimo że w przypadku dokonania prawidłowej oceny ofert oferta ta uzyskałaby największą liczbę punktów i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Działaniu Zamawiającego zarzuca Odwołujący naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w związku z pkt III A lit. c) dalej: SIWZ poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez SHAR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nie odrzuceniu oferty złożonej przez SHAR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z 2003 r. Dz.U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.),
3. art. 91 ust. 1 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz w związku z postanowieniami rozdziału XI pkt 3 SIWZ poprzez:
 - a. dokonanie nieprawidłowej, naruszającej zasady uczciwej konkurencji, oceny oferty Wykonawcy wybranego, 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 uzyskałaby 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 Wykonawcy wybranego i wybraniu jej jako najkorzystniejszej, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Naruszenia wymienionych. przepisów prawa miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z tym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

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

Ewentualnie wnosi o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 11 z uwagi na fakt, iż postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, tj. na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa Zamówień Publicznych.

W celu wykazania interesu prawnego, Odwołujący się podnosi, iż w przypadku dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny ofert z uwzględnieniem faktu, iż złożenie oferty przez Wykonawcę wybranego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a treść jego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, jego oferta otrzymałaby największą liczbę punktów, a tym samym zostałaby przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje, że w dniu 4 sierpnia 2010 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w ramach realizacji projektu pn: „Utworzenie Makroregionalnego Centrum Inwazyjnej Diagnostyki i Chirurgicznego Leczenia Raka Płuca w SPSK4 w Lublinie” i dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert, w tym najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 11. Odwołujący się otrzymał zawiadomienie o wyborze ofert 5 sierpnia 2010 r., w związku z czym termin do wniesienia niniejszego odwołania został zachowany.

Decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Wykonawcy Wybranego w ramach zadania nr 11 - laser operacyjny jest niezgodna z przepisami prawa oraz postanowieniami SIWZ z uwagi na następujące okoliczności:

Zgodnie z pkt III A lit. c) SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ustawy Pzp oraz spełniają warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz zasobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego się Wykonawca wybrany w zakresie zadania nr 11 nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz nie ma możliwości zgodnego z prawem wykonania tego zamówienia i dostarczenia Zamawiającemu oferowanego lasera. SHAR - POL Sp. z o.o. zaoferowała bowiem półprzewodnikowy laser diodowy o długości fali 1318 nm i mocy 80 W, według treści oferty produkowany przez firmę Biolitec AG z/s w Niemczech. Produktu tego jednak zdaniem Odwołującego Wykonawca nie ma możliwości dostarczyć, albowiem firma Biolitec AG nie ma prawnej możliwości jego wyprodukowania.

Powyższe wynika z faktu, że produkt ten - laser diodowy o długości fali w zakresie 1100 - 1400 nm, o mocy wyjściowej 25 W, a więc laser o długości fali 1318 nm i posiadający moc 80W, jest przedmiotem ochrony prawnej - patentu udzielonego na rzecz spółki Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu (Austria) (wpisanej do rejestru przedsiębiorców nr FN 285801x.) w niemieckim Urzędzie ds. Patentów i Marek pod nr DE 20 2006 020 720 Ul oraz objętego europejskim zgłoszeniem patentowym nr EP 06754687.

Na dowód czego Odwołujący składa wyciąg z europejskiego zgłoszenia patentowego wraz z tłumaczeniem, opis patentowy wraz z tłumaczeniem przysięgłym, wyciąg z Głównego Rejestru Firm wraz z tłumaczeniem przysięgłym, pismo Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu z 11 sierpnia 2010 r. wraz z tłumaczeniem.

Spółka Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu (Austria) nie udzieliła spółce Biolitec AG z/s w Jena (w Niemczech) licencji do korzystania z patentu i zgodnie z oświadczeniem jej Prezesa z dnia 12 sierpnia 2010 r., nie zamierza użyczać żadnych praw do produkowania, rozpowszechniania oraz stosowania w/w produktu, ani spółce Biolitec AG z/s w Niemczech, ani też spółce SHAR - POL Sp. z o.o. z/s w Gliwicach. Co więcej spółka Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu posiada patentowy wzorzec użytkowy

chroniący własność intelektualną w Niemczech, w związku z czym żaden podmiot, w tym również Biolitec AG z/s w Niemczech, nie może wyprodukować lasera diodowego zaoferowanego przez Wykonawcę Wybranego. **Samo więc zadeklarowanie jego produkcji i zaoferowanie dostarczenia takiego urządzenia własnej produkcji na rzecz Wykonawcy wybranego stanowi naruszenie praw własności intelektualnej, co jest czynem nieuczciwej konkurencji.**

Na dowód tego Odwołujący składa pismo Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu z 11 sierpnia 2010 r. wraz z tłumaczeniem, pismo Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu z 1 lipca 2010 r. -oświadczenie o przyznaniu Odwołującemu się uprawnienia do rozpowszechniania laserów przez nią produkowanych na potrzeby niniejszego przetargu wraz z tłumaczeniem przysięgłym.

Zgodnie bowiem z 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. Złożenie zatem przez Wykonawcę wybranego zapewnienia o tym, iż Biolitec AG z/s w Niemczech jest producentem urządzenia chronionego wzorem użytkowym nadanym przez Niemiecki Urząd ds. Patentów i Marek, który został udzielony Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu i zaoferowanie jego wyprodukowania i dostarczenia na rzecz Zamawiającego narusza interes Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu i może zagrażać interesowi Zamawiającego. Doprowadzi to bowiem do zawarcia umowy, której wykonanie będzie prawnie niemożliwe, a przystąpienie do jej realizacji stanowić będzie naruszenie praw spółki Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu z patentu, co uruchomi roszczenia cywilnoprawne tej spółki także przeciwko Zamawiającemu i uniemożliwi mu korzystanie z lasera. Tym samym w przypadku dostarczenia Zamawiającemu lasera przez Wykonawcę Wybranego nie tylko zostanie on pozbawiony możliwości korzystania z tego urządzenia, lecz także Zamawiający poniesie negatywne konsekwencje finansowe w postaci konieczności zadośćuczynienia roszczeniom odszkodowawczym na rzecz podmiotu uprawnionego z wzorca użytkowego i tym samym własności intelektualnej.

Zdaniem Odwołującego zarówno firma Biolitec AG z/s w Niemczech jak i Wykonawca wybrany mają świadomość tego, iż wyłączne prawa do produkcji przedmiotowego lasera przysługują firmie Rolle und Rolle GmbH und Co KG z/s w Salzburgu, bowiem uzyskała ona patent na tego rodzaju laser w Niemczech, a od 2006 r. toczy się postępowanie o uzyskanie rejestracji na obszarze całej Unii Europejskiej. Na powyższe wskazuje fakt, iż informacja o produkcji zaoferowanego lasera przez Biolitec AG z/s w Niemczech nie znajduje się na stronie internetowej tej spółki. Nie ma jej także w żadnych ofertach, folderach i dokumentach Biolitec AG o czym świadczy między innymi strona internetowa z ofertą Biolitec AG:

http://www.biolitec-us.com/products_lasers.html, na której wyszczególnione są wszystkie rodzaje długości oferowanych fal z zaznaczeniem, jakiego rodzaju procedur one dotyczą.

Odwołujący przytacza także brzmienie przepisu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych oraz o skutkach patentu europejskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 65, poz. 598), zgodnie z którym: *„Do każdego europejskiego zgłoszenia patentowego opublikowanego w sposób określony w Konwencji, w którym Rzeczpospolita Polska została wyznaczona jako kraj ochrony, stosuje się odpowiednio przepisy art. 25 ust. 3, art. 26 ust. 2 i art. 287 oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, art. 288 Prawa własności przemysłowej”*. Zgodnie zaś z art. 66 Konwencji z dnia 5 października 1973 r. o udzielaniu patentów europejskich (Konwencja o patencie europejskim), sporządzona w Monachium dnia 5 października 1973 r., zmieniona aktem zmieniającym artykuł 63 Konwencji z dnia 17 grudnia 1991 r. oraz decyzjami Rady Administracyjnej Europejskiej Organizacji Patentowej z dnia 21 grudnia 1978 r. 13 grudnia 1994 r. 20 października 1995 r., 5 grudnia 1996 r. oraz 10 grudnia 1998 r. wraz z Protokołami stanowiącymi jej integralną część (Dz.U. 2004, Nr 79, poz. 737), którego Rzeczpospolita Polska jest stroną: *„Europejskie zgłoszenie patentowe, któremu nadano datę zgłoszenia, jest w wyznaczonych umawiających się państwach równoznaczne ze zwykłym zgłoszeniem krajowym i, tam gdzie ma to zastosowanie, z pierwszeństwem zastrzeżonym w europejskim zgłoszeniu patentowym”*. Tym samym samo europejskie zgłoszenie patentowe powoduje powstanie ochrony prawnej dla podmiotu zgłaszającego na terenie Rzeczypospolitej, a powyższe działania Wykonawcy wybranego oraz Biolitec AG naruszają to prawo, co stanowi też czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym fakt nie odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego i wybrania jej jako oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie wskazanych przepisów Prawa Zamówień Publicznych i postanowień SIWZ.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778)

– tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów nie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tak ustalonym we wstępie uzasadnienia stanem faktycznym, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Punktem wyjścia dla rozważań Izby o naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego jest to, czy w ogóle Zamawiający w jakikolwiek sposób mógł naruszyć wskazane przez Odwołującego przepisy.

Po pierwsze wskazać należy, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania określonej zdolności technicznej (potencjału technicznego) do wykonania zamówienia. W tym zakresie Zamawiający poprzestał na oświadczeniu wykonawców.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający swoim działaniem bądź zaniechaniem działania naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w związku z pkt III A lit. c) dalej: SIWZ poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez SHAR-POL sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, mimo że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Jednakże ani w odwołaniu, ani też na rozprawie Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających głoszone przez niego tezy. Nie wskazano, w którym miejscach złożona przez wybranego wykonawcę oferta nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, przez co nie wykazano w jaki sposób treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Laser zaproponowany przez wybranego wykonawcę spełnia wszystkie wymogi co do parametrów określonych przez Zamawiającego. Potwierdza to z resztą ocena parametrów dokonana przez Zamawiającego w ramach oceny ofert. Odwołujący nie kwestionuje żadnych ze wskazywanych parametrów,

czy też oceny dokonanej w tym zakresie przez Zamawiającego, dlatego też Izba nie znalazła podstaw do uznania powyższego zarzutu. Nie wskazano w jaki sposób treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Co więcej wskazywanie na naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest związane z warunkiem posiadania określonej zdolności technicznej do wykonania zamówienia. Zdaje się, że Odwołujący myli pojęcie spełniania warunków udziału w postępowaniu z warunkami odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia. Z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu (tzw. warunków podmiotowych) dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta uważana jest za ofertę odrzuconą w postępowaniu. Nie ma to jednak nic wspólnego z merytoryczną treścią oferty odnoszącą się do przedmiotu zamówienia, z powodu której oferta powinna zostać odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych co powoduje, że odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Kolejny z zarzutów dotyczy nie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Dlatego uzasadnione jest odrzucenie oferty tego z wykonawców, który narusza przedmiotową regułę. Naruszenie polega na utrudnieniu dostępu do rynku innym wykonawcom. Niemniej jednak należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp) oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Tak więc uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowanie go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy.

Należy jednak przy posługiwaniu się tą ustawą mieć na względzie fakt, iż przewiduje ona drogę sądową dochodzenia roszczeń z tytułu naruszania uczciwej konkurencji. Wątpliwa jest zatem możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty.

W tym zakresie także Odwołujący się przywołuje przepisy ustawy z dnia 14 marca 2003 roku o dokonywaniu europejskich zgłoszeń patentowych oraz skutkach patentu europejskiego w Rzeczypospolitej Polskiej. W ustawie tej znajduje się odesłanie do Konwencji z dnia 5 października 1973 roku o udzielaniu patentów europejskich. Z przywoływanej ustawy wynika, że do każdego europejskiego zgłoszenia patentowego opublikowanego w sposób określony w Konwencji, w którym Polska została wyznaczona jako kraj ochrony, stosuje się odpowiednio przepisy art. 25 ust. 3, art. 26 ust. 2 i art. 287 oraz z pewnymi zastrzeżeniami art. 288 Prawa własności przemysłowej. Art. 288 te same ustawy mówi o tym, że skorzystać z tytułu naruszenia patentu można po uzyskaniu patentu. Warunkiem skorzystania z dochodzenia roszczeń wynikających z art. 287 Prawa własności przemysłowej jest, jeżeli jest ono wywodzone z ogłoszenia o zgłoszeniu wynalazku, obowiązek zamieszczenia informacji o tłumaczeniu na język polski zastrzeżeń patentowych zgłoszenia patentowego. Zgodnie zaś z art. 66 Konwencji (...) europejskie zgłoszenie patentowe, któremu nadano datę zgłoszenia, jest równoznaczne z zwykłym zgłoszeniem krajowym.

W ocenie Odwołującego złożenie przez wybranego wykonawcę oferty, w której zaproponował on produkt, w ocenie Odwołującego objęty ochroną patentową, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i z tego powodu oferta taka powinna podlegać odrzuceniu.

Z przywoływanych przez Odwołującego przepisów nie wynika jednak wprost skutek w postaci ochrony przyznawanej europejskiemu zgłoszeniu patentowemu.

Faktem jest, że od momentu publikacji zgłoszenia zgłaszającemu przysługuje ochrona tymczasowa na wynalazek.

Zgłoszenie patentowe przewiduje tymczasową ochronę patentową w tych państwach, w których zostało ono opublikowane. Jednak ochrona odnosząca się do opublikowanego europejskiego zgłoszenia patentowego nie może być mniejsza niż ochrona przewidziana przez krajowe wnioski patentowe. Od momentu publikacji europejskiego zgłoszenia patentowego każde umawiające się państwo przyznaje możliwość odpowiedniego roszczenia o odszkodowanie, tak jak miałyby to miejsce w przypadku, gdyby został naruszony patent krajowy (EPC, art. 67). Wymieniona tymczasowa ochrona rozpoczyna się od chwili przetłumaczenia zgłoszenia patentowego na jeden z języków urzędowych lub od momentu udostępnienia takiego tłumaczenia do wiadomości publicznej, zgodnie z przepisami krajowymi lub powiadomienia osoby korzystającej z wynalazku w tym państwie (EPC, art. 67). Aby ochrona patentowa obowiązywała, zgłoszenie patentowe nie może być wycofane lub odrzucone. Zakres ochrony jest określany na podstawie treści zastrzeżeń patentowych. Opis patentu i rysunki używane są do interpretacji zastrzeżeń patentowych. (EPC, art. 69).

Od daty publikacji europejskiego zgłoszenia zgłaszający może domagać się od każdej osoby, która stosuje wynalazek w danym państwie, stosownego w danych okolicznościach odszkodowania, w przypadku gdy taka osoba ponosiłaby odpowiedzialność za naruszenie patentu krajowego na mocy prawa krajowego.

Każde umawiające się państwo, którego język urzędowy nie jest językiem postępowania może postanowić, że ochrona tymczasowa nie służy do czasu, dopóki tłumaczenie zastrzeżeń na urzędowy język tego państwa, nie zostanie:

- a) udostępnione do wiadomości publicznej w sposób określony prawem krajowym, lub
- b) przekazane osobie stosującej wynalazek w tym państwie.

Na podstawie złożonych w postępowaniu ofert Zamawiający nie był w stanie stwierdzić czy oferta złożona przez wybranego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie miał obowiązku badania czy proponowane przez wykonawców produkty objęte są ochroną patentową. Po pierwsze, takie wymagania nie znalazły się w zapisach SIWZ, po drugie nawet dokonując takiej oceny, Zamawiający mógłby narazić się na roszczenia odszkodowawcze, jeżeli dokonana przez niego ocena okazałaby się nieprawidłowa. Zamawiający nie miał też możliwości wyjaśnienia w tym zakresie treści oferty z wykonawcami ponieważ żądanie takie wychodziłoby poza żądania zawarte w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, co jest na gruncie Prawa zamówień publicznych niedopuszczalne.

Odwołujący, w ocenie składu orzekającego, nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość, że oferta wybranego wykonawcy podlega odrzuceniu jako że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Jeżeli rzeczywiście oferowany przez wybranego Wykonawcę produkt podlega ochronie przysługującej z tytułu europejskiego zgłoszenia patentowego, to Odwołujący, na gruncie przepisów Prawa własności przemysłowej czy też Konwencji o udzielaniu patentów europejskich ma prawo wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko osobie lub firmie, która jego prawa narusza. Pozycja Zamawiającego jest w tym stosunku irrelevantna, ponieważ spór toczył się będzie między stronami niezależnymi od Zamawiającego. Co więcej 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 sumy pieniężnej w wysokości, np. odpowiadającej opłacie licencyjnej. Nie zachodzi więc niebezpieczeństwo niewykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego, jak podnosi w odwołaniu Odwołujący się, ponieważ ewentualny spór nie będzie dotyczył etapu realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3, a tym samym nie naruszył art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o nie odrzuceniu oferty wybranego Wykonawcy nie naruszyła przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i była uzasadniona.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów wskazanych w petitum odwołania, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 1 wskazanej ustawy podlegało oddaleniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się i podjęte decyzje nie miały wpływu na wyniki postępowania .

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....