

WYROK
z dnia 13 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2016 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ADW”, ul. Zbożowa 2, 43-175 Wyry** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawcy: **P.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” – P.Ś., ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie w całości;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ADW”, ul. Zbożowa 2, 43-175 Wyry**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ADW”, ul. Zbożowa 2, 43-175 Wyry**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ADW”, ul. Zbożowa 2, 43-175 Wyry** na rzecz zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **3 954 zł 30 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt cztery złote trzydzieści groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„dostawa dla kopalń JSW S.A. preparatu do nawilżania pyłów węglowych w formie ciekłej z terminem realizacji 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 listopada 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 224-408716.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez P.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżone „ADIBUD” – P.Ś. w Mysłowicach (dalej „Przystępujący”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 § 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i tym samym nieodrzućenie oferty Przystępującego, podczas, gdy treść oferty tego Wykonawcy w wielu miejscach nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),

a w konsekwencji powyższego:

- 2) art. 91a § 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu aukcji internetowej celem wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas, gdy w toku postępowania złożono jedynie jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego, wykluczenie Przystępującego z postępowania,
- 2) anulowania aukcji elektronicznej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnośnie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią powołanego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, *„aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów*

specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ" - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 218/11.

Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego z pewnością odpowiada powyższym kryteriom, a tym samym powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ co najmniej w następujących punktach:

- 1) Odwołujący wyjaśnił, że Przystępujący oferuje preparat ZWILADI, który z dużą dozą prawdopodobieństwa stanowi kopię preparatu Wykonawcy pod nazwą ZWILKOP. Wykonawca, jak podał, że na mocy umowy licencyjnej, jest wyłącznie uprawniony do korzystania z wynalazku pn.: „*Płynna kompozycja do zwalczania zagrożeń pyłowych*”, objętego patentem PL.216152, którego odzwierciedleniem jest właśnie preparat ZWILKOP. Istnieje zatem, w ocenie Odwołującego, uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez oferowanie kopii produktu Wykonawcy.
- 2) Zdaniem Odwołującego, Przystępujący nie przedstawił referencji na wykonane przez siebie dostawy, nie wskazując przy tym żadnej obiektywnej przyczyny nieprzedłożenia takowych referencji.
- 3) Preparat ZWILADI, w ocenie Odwołującego, nie spełnia wymagań Zamawiającego, bowiem nie był testowany na tzw. kurtynach wodnych. Powyższe twierdzenie jest zasadne, zdaniem Odwołującego, bowiem podmiot przeprowadzający badanie przedmiotowego preparatu, tj. Kopalnia Węgla Kamiennego „Knurów - Szczygłowice” nie posiada takowych urządzeń, a zatem oświadczenie tego podmiotu z dnia 19 października 2016 r. w tym względzie jest z całą pewnością nieprawdziwe.
- 4) Odwołujący podał, że Zamawiający, w związku z żądaniem Odwołującego, odtajnił część oferty Przystępującego, niemniej odtajnienie to powinno dodatkowo skłonić, w opinii Odwołującego, Zamawiającego do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, bowiem wszystkie wyniki badań według kryteriów wskazanych przez Zamawiającego, Przystępujący uzyskał sam, we własnym laboratorium zakładowym, bez potwierdzenia tychże wyników w niezależnej jednostce badawczej, co stoi w sprzeczności w przepisami prawa.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Wykonawcy, zachodzą okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego. Wykonawca podał, że informował Zamawiającego o powyższych okolicznościach, niemniej Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego i zarządził przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Odwołujący zgłosił następujące wnioski dowodowe:

- 1) Odwołujący wniósł o zwrócenie się przez Izbę do Zamawiającego o przedstawienie do akt sprawy oświadczenia Kopalni Węgla Kamiennego Knurów - Szczygłowice, w zakresie posiadania przez tę kopalnię instalacji do kurtyn wodnych, przez którą podawany jest preparat stanowiący przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze wskazaniem, kiedy została zakupiona, kiedy zamontowana i przez jaki okres czasu podawano przez nią preparat Przystępującego. Dowód ten, jak podał Odwołujący, ma podstawowe znaczenie w niniejszym postępowaniu, bowiem brak spełniania warunku SIWZ stanowi o racji Odwołującego w niniejszym postępowaniu.
- 2) Odwołujący wniósł o zwrócenie się przez Izbę do Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach o udzielenie wiążącej odpowiedzi, czy w zakresie spełniania przez producenta preparatu, objętego niniejszym postępowaniem (P.Ś.), w szczególności w zakresie warunków czasu zwilżania < 20 sekund, antykorozyjności, bezpieczeństwa dla zdrowia i życia pracowników pod ziemią, a także wprowadzenia preparatu do obrotu, konieczne jest dopełnienie warunków związanych ze zgłoszeniem procedury badania preparatu do Okręgowego Instytutu Górnictwa i obecność osób przeprowadzających badania w kopalni, w której procedurę wszczęto, a to na okoliczność wykazania, że oferta P.Ś. nie spełnia SIWZ w zakresie dokumentacji niezbędnej do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
- 3) Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu znawstwa produktów chemicznych na okoliczność ustalenia, czy produkt P.Ś. stanowi nieuprawnioną kopię produktu Odwołującego, ze zobowiązaniem każdego z oferentów do złożenia biegłemu dwóch próbek preparatu z oznaczeniem nazwy środka i daty pobrania próbki, celem wykazania, że oferta P.Ś. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a przez to powinna być odrzucona.

Odwołujący podał ponadto, że w związku z niezrozumiałym działaniem Zamawiającego, zastrzega sobie przedstawienie dalszych dowodów na okoliczności przedstawione w odwołaniu, jednak poza możliwością Odwołującego jest uzyskanie oficjalnego stanowiska od Zamawiającego i GIG Katowice co do danych niezbędnych do weryfikacji w odniesieniu do spełnienia bądź nie przez P.Ś. warunków SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Bezsporne między stronami jest, że Przystępujący oferuje preparat ZWILADI w odmianie ZWILADI 20, natomiast Odwołujący preparat ZWILKOP.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy produkt oferowany przez Przystępującego stanowi nieuprawnioną kopię produktu Odwołującego, celem wykazania, że oferta Przystępującego stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji po pierwsze bowiem, okoliczności faktyczne powołane dla uzasadnienia przeprowadzenia przedmiotowego dowodu wskazują, że Odwołujący domaga się ochrony swoich praw wynikających z patentu, tymczasem prawa do patentu i okoliczności, że oferowany przez niego produkt jest objęty patentem nie wykazał, ale co ważniejsze i przesądzające, poza kognicją Izby pozostają sprawy dotyczące wynalazków. Po drugie, dowód z opinii biegłego na okoliczność nieuprawionej kopii powinien zmierzać do ustalenia okoliczności, które wymagają wiadomości specjalnych i są istotne z punktu widzenia określonego czynu nieuczciwej konkurencji, a tych Odwołujący nie wskazał, a przynajmniej są zbyt ogólne. Samo kopiowanie produktu nie jest bowiem czynem nieuczciwej konkurencji, ale kopiowanie zewnętrznej postaci produktu przy pomocy technicznych środków reprodukcji, a w tezie dowodowej tych okoliczności nie wyartykułowano.

Izba dopuściła dowód z wniosku do Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 6 października 2016 r. o wydanie zezwolenia na oddanie do ruchu chodnikowej zapory przeciwpyłowej CZP-Bryza i zezwolenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 6 października 2016 r. na oddanie do ruchu przedmiotowej zapory, ustalając, że rzeczona zapora, przeznaczona do celów redukcji zapylenia powietrza przepływającego przez wyrobiska korytarzowe, została oddana do ruchu. Rieczona zapora stanowi kurtynę wodną, co ustalono na podstawie dopuszczonego przez Izbę i przeprowadzonego dowodu z Instrukcji użytkowania chodnikowej zapory przeciwpyłowej CZP-Bryza (pkt 3). Wykaz urządzeń zraszających (kurtyn wodnych) w KWK „Knurów – Szczygłowice”, przedłożony przez Zamawiającego, który to dokument nie był kwestionowany przez Odwołującego, pozwala na ustalenie, że wskazana Kopalnia dysponuje kilkunastoma kurtynami wodnymi. Potwierdza to również korespondencja e-mail z dnia 7 grudnia 2016 r., przedłożona przez Zamawiającego.

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą oświadczenie Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego KWK „Knurów – Szczygłowice” z dnia 19 października 2016 r., w którym stwierdzono, że: *„Kopalnia KWK „Knurów – Szczygłowice” „Ruch Knurów” w ramach prób ruchowych zastosowała preparat ZWILADI w odmianie ZWILADI 20 celem sprawdzenia jego przydatności jako środka zmniejszającego napięcie powierzchniowe wody, wykorzystywanej do zraszania pyłów w układach zraszających maszyn i urządzeń górniczych, w tym w „kurtynach wodnych”, „systemach mgłowych” oraz do okresowego zmywania ociosów wyrobisk. (...) Przeprowadzone próby pozwalają na stwierdzenie, że preparat skutecznie zmniejsza napięcie powierzchniowe wody, w wyniku czego woda zastosowana w układach zraszających maszyn i urządzeń górniczych, w „kurtynach wodnych”, „systemach mgłowych”*

oraz zastosowana do okresowego zmywania ociosów wyrobisk, w sposób skuteczny pozbawia pył węglowy lotności.”

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego w przedmiocie zwrócenia się przez Izbę do Zamawiającego o przedstawienie do akt sprawy oświadczenie Kopalni Węgla Kamiennego „Knurów – Szczygłowice” w zakresie posiadania przez tę kopalnię instalacji do kurtyn wodnych, przez którą podawany jest preparat, stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia uznając, iż przeprowadzenie rzeczonoego dowodu jest bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Na podstawie dowodów przedłożonych przez Zamawiającego Izba ustaliła, że ww. Kopalnia kutyne wodne posiada, a jedna z nich została oddana do użytku w dniu 6 października 2016 r., a więc przed wydaniem przez Kopalnię spornego oświadczenia z dnia 19 października 2016 r. Zaś, okoliczność, przez jaki czas preparat oferowany przez Przystępującego był podawany przez instalację do kurtyn wodnych, zdaniem Izby, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, Odwołujący istotności tej okoliczności również nie wykazał.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku Odwołującego o zwrócenie się przez Izbę do Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach o udzielenie odpowiedzi, czy w zakresie spełniania przez producenta preparatu oferowanego P.Ś., w szczególności w zakresie warunków czasu zwilżania < 20 sekund, antykorozyjności, bezpieczeństwa dla zdrowia i życia pracowników pod ziemią, a także wprowadzania preparatu do obrotu konieczne jest dopełnienie warunków związanych ze zgłoszeniem procedury badania preparatu do Okręgowego Instytutu Górnictwa i obecność osób przeprowadzających badania w kopalni, w której procedurę wszczęto uznając, iż przeprowadzenie dowodu jest bezprzedmiotowe do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co więcej, której to Okoliczności odwołujący nie kwestionował. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący kwestionuje niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ, a nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b ustawy Pzp.

Na marginesie należy jedynie wskazać, że Główny Instytut Górnictwa w piśmie z dnia 4 stycznia 2017 r. nie potwierdził konieczności udziału Okręgowego Urzędu Górniczego w procesie certyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że oferowany przez Przystępującego produkt z dużą dozą prawdopodobieństwa stanowi kopię preparatu Odwołującego stwierdzić

należy, że wskazanie na powyższe okoliczności, jako podstawę odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie może odnieść zamierzonego skutku.

Rzeczony przepis, jak podał sam Odwołujący, podstawą odrzucenia oferty wykonawcy czyni niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ, natomiast na taką niezgodność Odwołujący nawet nie wskazał. Ewentualne podobieństwo produktów oferowanych przez Przystępującego i Odwołującego nie wpisuje się w hipotezę okoliczności, zawartych w nomie prawnej omawianego przepisu i z tych powodów zarzut należy uznać za całkowicie chybiony.

Dalej, dostrzec należy, że Odwołujący stwierdzając, iż prawdopodobne jest, że preparat oferowany przez Przystępującego stanowi kopię preparatu Odwołującego, wskazuje jednocześnie, iż preparat oferowany przez Odwołującego objęty jest patentem, a Odwołujący jest wyłącznie uprawniony do korzystania z wynalazku. Powyższe wskazuje, zdaniem Izby, że Odwołujący upatruje w zaoferowaniu przez Przystępującego preparatu ZWILADI naruszenia swoich praw, wynikających z umowy licencyjnej i z patentu i domaga się ich ochrony. Zauważyć jednakowoż należy, że poza kognicją Izby pozostają spory dotyczące patentów. Zatem, za nieskuteczne należy uznać domaganie się przez Odwołującego takiej ochrony, bowiem sprawy te, z mocy przepisu art. 17 pkt 2 k.p.c., należą do właściwości sądów okręgowych.

Natomiast poddając ocenie stanowisko Odwołującego, że skoro z dużą dozą prawdopodobieństwa można stwierdzić, iż Przystępujący oferuje preparat, stanowiący kopię preparatu zaproponowanego przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, to zachodzi podejrzenie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy, że zarzut ten nie poddaje się ocenie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że jedną z podstaw odrzucenia oferty wykonawcy może być okoliczność, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Odwołujący takiej podstawy odrzucenia oferty Przystępującego nie podał, choć przypomnieć należy, że z mocy art. 180 ust. 3 ustawy Pzp jest zobowiązany do wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających odwołanie, a w orzecznictwie Izby, jak i sądów okręgowych, utrwalony jest pogląd, iż zarzut stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w odwołaniu. Jednocześnie Izba, rozpoznając odwołanie, nie może wykraczać poza zakres zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Pomijając nawet brak wskazania podstawy prawnej w oparciu, o którą domaga się Odwołujący odrzucenia oferty Przystępującego, w istocie bowiem należałoby przyjąć, że Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Przystępującego również w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, to nie można pominąć, o czym była mowa wyżej, że Odwołujący

domagając się odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji powinien wskazać czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego znamiona złożenie oferty Przystępującego wyczerpuje oraz podać okoliczności faktyczne, które uzasadniają jego twierdzenie (art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Odwołujący poprzestając jedynie na sformułowaniu przypuszczenia, że preparat Przystępującego stanowi kopię preparatu Odwołującego nie zadośćuczynił ciążącemu na nim obowiązkowi i z tego już względu, pomijając nawet stanowisko wyartykułowane wyżej, sformułowany przez niego zarzut nie poddaje się ocenie.

Odwołujący powinien bowiem wskazać, z jakim czynem stypizowanym w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej „u.z.n.k.”, (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w jego ocenie, mamy do czynienia i jakie okoliczności faktyczne na to wskazują. Odwołujący nie udźwignął tego obowiązku.

Zwraca uwagę fakt, że Odwołujący mówiąc o kopii produktu, a wiadomym jest, że wynalazek jest czymś znamienym, powinien wskazać, że w określonych aspektach, które cechują (odróżniają) ten wynalazek, można mówić o pewnym naśladownictwie w rozumieniu przepisów u.z.n.k., tymczasem takie wskazanie co do czynu i okoliczności w ogóle nie następuje, w konsekwencji więc wniosek dowodowy o powołanie dowodu z opinii biegłego należało uznać za całkowicie nieuzasadniony.

Odwołujący nie wskazując okoliczności, które świadczyłyby o tym, że mamy do czynienia z kopią, wskazującą na naśladownictwo, w rozumieniu u.z.n.k., w istocie więc nie określił prawidłowo tezy dowodowej. Kopia produktu nie jest czynem nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzać w błąd co do tożsamości producenta lub produktu (art. 13 ust. 1 u.z.n.k.). Nakreślenie więc tezy dowodowej, że produkt Przystępującego stanowi nieuprawnioną kopię produktu Odwołującego wskazuje, że Odwołujący zmierza raczej do wykazania praw wynikających z patentu, którego ochrony Izba nie udziela w toku postępowania odwoławczego, niż do wykazania czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 13 ust. 1 u.z.n.k.

Objęcie tezą dowodową jedynie kopii produktu stanowi zbyt ogólne sformułowanie, kopia jest okolicznością irrelevantną dla sprawy, istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy byłoby ustalenie przez biegłego, czy za pomocą technicznych środków reprodukcji skopiowano zewnętrzną postać produktu, (jeśli, w ogóle do spornego produktu można o tym mówić) i ocena przez Izbę, czy ten zabieg może wprowadzać klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. Z pewnością zaś teza dowodowa zakreślona przez Odwołującego do ustalenia tych okoliczności nie zmierza, a zatem przeprowadzenie dowodu na

okoliczności wskazane przez Odwołującego było nieuzasadnione i skutkowało oddaleniem tego wniosku odwodowego.

Na marginesie należy zauważyć, że naśladownictwo cudzych produktów samo przez się nie jest zjawiskiem nagannym, ponieważ postęp jest możliwy dzięki spuściźnie przeszłości. Rozwijanie i ulepszanie każdego produktu leży w interesie ogólnym. Jednocześnie postanowienia art. 13 u.z.n.k. nie mogą zastępować ochrony wynikającej z przepisów regulujących prawa bezwzględne (np. patent) ani ustanawiać tego typu ochrony, stąd też poszukiwanie ochrony rzeczonych praw bezwzględnych nie może być skuteczne.

Generalny zakaz naśladownictwa na podstawie tego przepisu prowadziłby do powstania nieograniczonego żadnym terminem monopolu eksploatacji określonego rozwiązania technicznego (technologicznego), co uniemożliwiłoby lub co najmniej utrudniałoby wchodzenie na rynek innym przedsiębiorcom, zajmującym się taką samą lub zbliżoną działalnością gospodarczą. Pozostawałoby to w sprzeczności z porządkiem prawnym, opartym na zasadzie wolności gospodarczej i regułach uczciwej konkurencji. Samo naśladownictwo towarów innego przedsiębiorcy, które nie korzystają ze szczególnej ochrony wynikającej z praw wyłącznych, nie jest sprzeczne z zasadami konkurencji i nie uzasadnia przyjęcia istnienia czynu nieuczciwej konkurencji, nawet w wypadku zgodności wymiarów kopii z pierwowzorem (wyrok SN z dnia 11 lipca 2002 r., sygn. akt: I CKN 1319/00, OSNC 2004, nr 5, poz. 73).

Zgodnie z intencją ustawodawcy deliktem nie jest naśladownictwo w ogólności, lecz tylko tzw. niewolnicze naśladownictwo. Związane to jest z podstawową zasadą wolności przemysłowej, że każdy produkt, który nie jest chroniony, w interesie ogółu powinien być naśladowany, rozwijany i ulepszany (tak SA w Katowicach w wyroku z dnia 29 marca 2000 r., sygn. akt: I ACa 900/99, „Prawo gospodarcze” z 2000 r., nr 10, str. 53). Celem ustawy nie jest bowiem ochrona dochodów producentów i ich monopolistycznej pozycji przez zakazanie naśladownictwa produktów. Taki zakaz uniemożliwiłby wchodzenie na rynek z podobnymi produktami, co nie jest uzasadnione i zabronione.

Natomiast art. 13 ust. 2 u.z.n.k. wskazuje, w jakich wypadkach spełniających przesłanki art. 13 ust. 1 ustawy Pzp kopiowanie jest dozwolone, a zatem zawęża zakres jego zastosowania. Dopuszczalnym jest mianowicie naśladowanie cech funkcjonalnych produktu, w szczególności budowy, konstrukcji i formy zapewniającej jego użyteczność.

Odwołujący dopiero na rozprawie, a nie wbrew obowiązkowi w treści odwołania, wskazywał na podobny skład chemiczny, co biorąc pod uwagę wskazane definicje w żaden sposób nie świadczy o zakazanym naśladownictwie.

Reasumując, stwierdzić należy, że Odwołujący konstruując odwołanie z jednej strony dostrzega naruszenie prawa z patentu i domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z drugiej strony wskazując na nieuprawnioną kopię

produktu, domaga się odrzucenia przedmiotowej oferty ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji. Dwoistość i chaos tej argumentacji wskazuje na przemieszanie okoliczności odnoszących się do ochrony praw wynikających z patentu i u.z.n.k. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, wskazując na interwencję rzecznika patentowego w przedmiotowym postępowaniu, że ochrona praw wynikających z patentu jest ochroną odmienną od tej, wynikającej z u.z.n.k. Izba nie jest uprawniona do rozstrzygnięcia o prawach, wynikających z patentu, zaś nieuprawnione naśladownictwo w rozumieniu art. 13 ust. 1 u.z.n.k. winno być przez Odwołującego w tej stypizowanej postaci wykazane, czego Odwołujący nie udźwignął i w tym zakresie wnioskowanie o powołanie dowodu z opinii biegłego nie jest wystarczające, z przyczyn, o których była mowa wyżej.

Kolejnym zarzutem Odwołującego było, że Przystępujący nie przedstawił referencji na wykonane przez siebie dostawy, nie wskazując przy tym żadnej obiektywnej przyczyny nieprzedłożenia takowych. Zarzut ten jest absolutnie nieuzasadniony i jako taki należało go uznać za chybiony. Odwołujący nie wskazał postanowień SIWZ, na mocy których, na tym etapie postępowania, Przystępujący byłby zobowiązany do podjęcia rzeczonych czynności. Izba zaś nie jest zobowiązana do poszukiwania okoliczności faktycznych uzasadniających tezy formułowane przez Odwołującego (art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Na marginesie należy jedynie wskazać, że Odwołujący pominął, że Zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wskazuje, że Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że referencje składa wyłącznie wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza i dokonuje tego na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc zaś pod uwagę, że dopiero po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej możliwa będzie ocena, która oferta jest najkorzystniejsza, dopiero wówczas zaktualizuje się obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy do przedłożenia spornych referencji. Na obecnym etapie postępowania nie wiadomo, która oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, a zatem zarzut zaniechania złożenia referencji jest nieuprawniony.

W tym miejscu dodać również należy, że niezłożenie referencji, a więc niewykazanie warunków udziału w postępowaniu nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, jak wskazuje Odwołujący, w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność wskazana przez Odwołującego aktualizuje obowiązek nie odrzucenia oferty, a wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący stoi na stanowisku, że preparat oferowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań Zamawiającego, bowiem nie był testowany na tzw. kurtynach wodnych. Zarzut ten jest absolutnie nieuzasadniony i jako taki należało go uznać za chybiony. Po pierwsze, Odwołujący nie wskazał postanowień SIWZ, który taki obowiązek formułują. Izba zaś nie jest zobowiązana do poszukiwania okoliczności faktycznych celem uzasadnienia tez formułowanych przez Odwołującego (art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Po drugie zaś, nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że Kopalnia Węgla Kamiennego „Knurów – Szczygłowice” rzeczonych kurtyn nie posiada. Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie przedłożył wniosek do Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 6 października 2016 r. o wydanie zezwolenia na oddanie do ruchu chodnikowej zapory przeciwpylowej CZP-Bryza i zezwolenie Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego z dnia 6 października 2016 r. na oddanie do ruchu przedmiotowej zapory, z których wynika, że rzeczona zapora, przeznaczona do celów redukcji zapylenia powietrza przepływającego przez wyrobiska korytarzowe, została oddana do ruchu, co obala twierdzenia Odwołującego. Co więcej, wraz z odpowiedzią na odwołanie, Zamawiający przedstawił Wykaz urządzeń zraszających (kurtyn wodnych) w KWK „Knurów – Szczygłowice”, z którego wynika, że wskazana Kopalnia dysponuje kilkunastoma kurtynami wodnymi, tak więc twierdzenia Odwołującego nie mają oparcia w faktach.

W konsekwencji teza Odwołującego, że oświadczenie wspomnianej Kopalni z dnia 19 października 2016 r., zawarte w ofercie Przystępującego, w którym Kierownik Zakładu Ruchu Górniczego stwierdza, m.in. przydatność oferowanego preparatu do zraszania pyłów w kurtynach wodnych jest nieprawdziwe, bowiem nie można było tego zweryfikować wobec braku posiadania przez Kopalnię kurtyn wodnych jest całkowicie pozbawiona podstaw faktycznych. Skoro Kopalnia posiada kurtyny wodne to mogła, przeprowadzając odpowiednie badanie (doświadczenie) to stwierdzić.

Na marginesie należy dodać, że Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Przystępującego, że oświadczenie wiedzy nie ma wartości logicznej. Każde zdanie ma wartość logiczną. Zdanie może być prawdziwe lub fałszywe. Wartość logiczna zdania jest czymś obiektywnym, to znaczy nie zależy od poglądów tej czy innej osoby. Od tego, czy ktoś dane zdanie uważa za prawdziwe czy fałszywe, nie zmienia się wartość logiczna zdania. Nikt też nie może zmienić wedle swego widzimisię wartości logicznej jakiegokolwiek zdania, bo wartość logiczna zależy tylko od tego, czy dane zdanie opisuje świat zgodnie z rzeczywistym stanem, czy też w sposób z tym stanem niezgodny.

Ostatnim z zarzutów sformułowanych przez Odwołującego jest twierdzenie, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, „*bowiem wszystkie wynika badań wg kryteriów wskazanych przez Zamawiającego P.Ś. uzyskał sam, we własnym laboratorium*

zakładowym, bez potwierdzenia tychże wyników w niezależnej jednostce badawczej, co stoi w sprzeczności z przepisami prawa". Zdaniem Izby, zarzut ten w istocie nie poddaje się ocenie i z tych tylko przyczyn zasługuje na oddalenie. Odwołujący powinien bowiem wykazać, jakie postanowienia SIWZ nakładają na wykonawcę obowiązek przedłożenia wyników badań, według jakich kryteriów badania te należało przeprowadzić oraz, brak możliwości, w świetle SIWZ, przeprowadzenia tych badań przez producenta samodzielnie, ewentualnie konieczność potwierdzenia wyników tych badań w niezależnej jednostce. Po raz kolejny należy zwrócić uwagę Odwołującemu, że zobowiązany jest w odwołaniu do sformułowania zarzutu, zawierające okoliczności faktyczne i prawne, które poddają się ocenie. Zaś ocenie poddają się tylko te, które konkretyzują okoliczności faktyczne. Izba nie jest zobowiązana wyręczać Odwołującego w tym przedmiocie, wręcz przeciwnie, ogranicza rozpoznanie odwołania do zarzutów tam zawartych (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Natomiast rozprawa nie jest etapem, na którym dochodzi do ostatecznego sformułowania zarzutów czy ich konkretyzacji, stoi temu na przeszkodzie przepis art. 180 ust. 3, art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Natomiast kwestionowanie badań w świetle przepisów prawa wskazywałby raczej na potrzebę oceny oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego i ten aspekt zarzutu nie poddaje się ocenie, bowiem w tym przypadku znowu brak jego konkretyzacji. Jeśli Odwołujący kwestionuje jakieś badania, to powinien wskazać, o jakie badania chodzi i jakim przepisom prawa one uchybiają, a nie czerpiąc ze stanowiska Zamawiającego, który stara się odgadnąć intencje Odwołującego, poddaje analizie określone regulacje, dochodząc do wniosku, że oferta Przystępującego ich nie narusza, poprzestawając na formułowaniu wniosków przeciwnych. Z pewnością nie jest skonkretyzowany zarzut w sytuacji, w której Odwołujący dowiadując się z odpowiedzi na odwołanie, jakie przepisy Zamawiający rozważał, wskazuje właśnie na te przepisy, w istocie nawet nie prowadząc polemiki. Odwołujący w tym postępowaniu, w sposób nieuprawniony, stara się odwrócić ciężar dowodzenia, choć to on winien wykazać okoliczności, z których wywodzi skutki prawne.

Co więcej, zwraca uwagę fakt nie tylko nieskonkretyzowania zarzutów, ale również próba ich rozszerzenia na rozprawie, czemu stoją na przeszkodzie przepisy art. 180 ust. 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Zauważyć należy, że pierwotnie w odwołaniu Odwołujący kwestionował wyłącznie fakt, że Przystępujący przeprowadził badania samodzielnie, co sprzeciwia się przepisom prawa, zaś na rozprawie podjął próbę zakwestionowania również Certyfikatu nr TEST/28/B/2016, zawartego na str. 24-25 oferty Przystępującego, co nie może spotkać się z aprobatą, gdyż sprzeciwia się regulacjom powołanym wyżej. Analogicznie należy odnieść się do działań Odwołującego, który również na rozprawie starał się wykazać, że oferta Przystępującego nie zawiera

wszystkich wymaganych dokumentów. Ocenie podlegają tylko te zarzuty, które zostały wyartykułowane w odwołaniu, zaś rozprawa nie służy konkretyzowaniu czy też formułowaniu zarzutów. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że rolą Izby nie jest domniemywanie okoliczności faktycznych i poszukiwanie w dokumentacji postępowania argumentacji, w oparciu, o którą być może Odwołujący artykułował swoje wnioski.

Jedynie na marginesie należy zaś wskazać, że nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący wykonał badania samodzielnie. Należy dostrzec, że badania zawarte w *Ogólnym opisie wyrobu preparatu ZWILADI w odmianie ZWILADI 20* stanowią odzwierciedlenie badań kontrolnych, które producent przeprowadza dla każdej wyprodukowanej partii produktu w ramach kontroli procesu produkcji. Badania te należy odróżnić od badań, które stały się podstawą wydania przedmiotowego Certyfikatu. Analiza treści rzeczzonego Certyfikatu (pkt 5) wskazuje, że badania nie zostały wykonane przez wykonawcę. Powyższe dodatkowo znalazło potwierdzenie w § 3 ust. 1 *Programu certyfikacji wyrobów na wspólny znak towarowy gwarancyjny „B”*, gdzie wskazano, że badania, których wyniki wykorzystywane są w procesie certyfikacji, wykonują uznane za kompetentne przez Jednostki oraz niezależne od dostawy i odbiorcy laboratoria badawcze.

Kwestionowanie Certyfikatu nie mogło się powieść z tej przyczyny, że zarzut ten jest spóźniony. Odwołujący w piśmie z dnia 9 stycznia 2017 r. przedłożonym Zamawiającemu (nawet nie Izbie) zwrócił uwagę, że oferta Przystępującego nie zawiera certyfikatu Głównego Instytutu Górnictwa, jednakowoż zarzutu tego nie sformułował w treści odwołania.

Co więcej, nawet gdyby się znalazł, to nie zasługiwałby na uwzględnienie. Po pierwsze bowiem, brak wymogu w treści SIWZ w zakresie legitymowania się wyłącznie certyfikatem wydanym przez Główny Instytut Górnictwa. Należy zauważyć, że Zamawiający umożliwił dołączenie do oferty „*certyfikatu wydanego przez jednostkę uprawnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia*”. Po drugie, z treści Certyfikatu Akredytacji Jednostki Certyfikującej Wyroby Nr AC 149 oraz Zakresu Akredytacji Jednostki Certyfikującej Wyroby Nr AC 149, Jednostka Opiniująca Atestująca i Certyfikująca Wyroby TEST sp. z o.o. w Siemianowicach Śląskich, który wydała kwestionowany Certyfikat, uzyskała akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie potwierdzania zgodności wyrobów i urządzeń przeznaczonych do stosowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem.

Jednocześnie wypada zaznaczyć, że treść § 2 ust. 2 *Programu certyfikacji wyrobów na wspólny znak towarowy gwarancyjny „B”*, opublikowanego na stronie internetowej Jednostki Opiniującej, Atestującej i Certyfikującej Wyroby TEST sp. z o.o. stwierdza, że podstawą certyfikacji są wymagania bezpieczeństwa określone w normach krajowych, międzynarodowych, kryteriach technicznych oraz państwowych przepisach dotyczących bezpieczeństwa. Natomiast ust. 3 określa dokumenty stanowiące podstawę certyfikacji. Z kolei § 3 ust. 1 mówi, że badania, których wyniki wykorzystywane są w procesie certyfikacji

wykonują uznane za kompetentne przez Jednostki oraz niezależne od dostawcy i odbiorcy laboratoria badawcze. Odwołujący nie wykazał, że wystąpiły jakiegokolwiek nieprawidłowości w procesie certyfikacji prowadzonej przez Jednostkę Opiniującą, Atestującą i Certyfikującą Wyroby TEST sp. z o.o., pomimo, że kwestionuje dokument urzędowy.

Niezależnie od tego, że zarzut, iż Przystępujący nie przedstawił wraz z ofertą wszystkich wyników badań wymienionych w Certyfikacie jest spóźniony, to jest on również nieuzasadniony. Z treści SIWZ nie wynika konieczność przedstawienia tych badań.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na rozprawę pełnomocników Zamawiającego w kwocie 354,30 zł.

Przewodniczący: