Sygn. akt: KIO 3048/20

WYROK
z dnia 9 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2020 roku przez wykonawcę **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 874, 00-874 Warszawa**
przy udziale wykonawców:
1. **Podkowa Sp. z o.o., ul. Staniewicka 1, 03-310 Warszawa**,
2. **Dynniq Poland Sp. z o.o., ul. Ekranowa 6, (32-085) Modlniczka**,
zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

dala odwołanie,
sztami postępowania obciąża wykonawcę **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** i:
:alicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania,
:asądza od wykonawcy **Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 874, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600, 00 zł** (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 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Bieżące kompleksowe utrzymanie i monitoring stanu pracy sygnalizacji świetlnych wraz z użytkowanymi systemami sterowania ruchem na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie*”, prowadzonym w trybie …… przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawy (dalej „zamawiający”) wykonawca Sprint S.A.z Warszawy (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) [ustawa Pzp], poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania niektórych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), poprzez usunięcie z pkt 5.1 II lit. b Opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) oraz pkt 5.5 VII OPZ wymagań nakazujących uregulowanie przez wykonawców praw licencyjnych do posiadanych przez zamawiającego systemów sterowania ruchem „ImFlow oraz SPOT-Utopia".

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 5.1 II lit. b OPZ do obowiązków wykonawcy należy m.in. utrzymanie systemów sterowania ruchem, w tym kwestie licencyjne oraz, że w pkt. 5.5 VII OPZ zamawiający potwierdził, że na wykonawcy spoczywa obowiązek uregulowania kwestii licencyjnych w okresie realizacji umowy.

Uzupełnił, że w pkt 2.3 lit. j OPZ zamawiający wskazał, że na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego systemami sterowania ruchem posiadanymi przez zamawiającego są „ImFlow oraz SPOT-Utopia".

W ocenie odwołującego ze wskazanych postanowień SIWZ wynika, że do wykonawcy zamówienia należeć będzie wykupienie u podmiotów dysponujących prawami autorskimi do posiadanych przez zamawiającego systemów sterowania ruchem ImFlow oraz SPOT-Utopia praw licencyjnych do tych produktów.

Oświadczył, że właścicielem systemu ImFlow, a tym samym podmiotem posiadającym uprawnienia do udzielenia licencji jest firma Dynniq, która działaw Polsce poprzez Dynniq Poland sp. z o.o., zaś system SPOT-Utopia jest własnością SWARCO Sverige AB.

Podkreślił, że podmioty mające prawa autorskie do ww. systemów sterowania ruchem są przedsiębiorcami konkurencyjnymi w stosunku do odwołującego oraz zainteresowanymi wynikiem przedmiotowego postępowania, co w szczególności dotyczy spółki Dynniq (dawniej Peek Traffic sp. z o.o.), która w 2012 roku uzyskała zamówienia na realizację na rzecz zamawiającego analogicznego zamówienia w konsorcjum z firmą Podkowa sp. j. PPUH B., P.).

Podniósł, że sytuacja, w której złożenie oferty w postępowaniu, jak też jej konkurencyjność warunkowana jest wolą i warunkami określanymi przez podmiot równocześnie zainteresowany udziałem w postępowaniu, czy też jego wynikiem, nie jest typową w postępowaniach w których konieczne jest zapewnienie uczciwej konkurencji oraz, że oznacza to równocześnie opisanie przedmiotu zamówienia, poprzez użycie znaków towarowych, bowiem każdy z wykonawców musi wykonać to zamówienie z wykorzystaniem konkretnego produktu, konkretnego podmiotu. Wskazał, że stosownie do art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać poprzez wskazanie znaków towarowych, czy źródła, charakteryzującego produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że Dynniq czy SWARCO nie są zobowiązane do udzielenia licencji na równych zasadach każdemu z wykonawców, warunki cenowe tych licencji nie są znane i kształtowane są indywidualnie.

Ocenił, że w okolicznościach w których np. firma Dynniq będzie zainteresowana wynikiem postępowania, poprzez własny udział w postępowaniu, czy też w charakterze podwykonawcy, to będzie się znajdowała w korzystniejszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców. Uzupełnił, że udział w postępowaniu odwołującego będzie uzależniony od dobrej woli Dynniq, a nawet w sytuacji uzyskania oferty cenowej, z dużym prawdopodobieństwem należy uznać, że warunki te będą skutkować brakiem, czy też osłabieniem pozycji konkurencyjnej oferty odwołującego.

Uznał, że opisane okoliczności świadczą o tym, że opis przedmiotu zamówienia, poprzez sformułowany wymóg SIWZ pozyskania dla zamawiającego praw licencyjnych do systemów ImFlow oraz SPOT-Utopia stanowi opis, co najmniej mogący utrudniać uczciwą konkurencję (naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 3 ustawy. Pzp).

Stwierdził, że dla zapewnienia pełnej konkurencyjności postępowania, w tym. stworzenia warunków, zapewniających równe traktowanie wykonawców niezbędne jest usunięcie z przedmiotu zamówienia obowiązku zapewnienia prac licencyjnych do ww. systemów.

W ocenie odwołującego zmiana SIWZ w powyższym zakresie jest możliwa i nie odbyłaby się ona ze szkodą dla celów zamówienia oraz interesu Zamawiającego, ponieważ zakup na rzecz zamawiającego praw licencyjnych do posiadanych przez niego systemów sterowania ruchem stanowi zakres mogący zostać oddzielony od pozostałego zakresu zamówienia – zamawiający dokonałby zakupu praw licencyjnych od właścicieli tych systemów, co umożliwiłoby dalsze z nich korzystanie oraz ich utrzymanie w wymaganym zakresie.

Wskazał, że oczywistym trybem udzielenia zamówienia byłby tryb z wolnej ręki, gdyż podmioty te, posiadające prawa autorskie do swoich utworów są jedynymi mogącymi wykonać to zamówienie.

Podniósł, że potwierdzeniem możliwości rozdzielenia od siebie zakupu licencji od pozostałego zakresu zamówienia jest zakres poprzedniego zamówienia na bieżące kompleksowe utrzymanie i monitoring stanu pracy sygnalizacji świetlnych wraz z użytkowanymi systemami sterowania ruchem na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA, Oddział w Warszawie, które było do października 2020 roku realizowane przez odwołującego – zakresem tego zamówienia nie było wykupienie licencji do systemów sterowania ruchem; zamawiający samodzielnie pozyskał te licencje w toku wykonywania dotychczasowego zamówienia.

Uznał, że sytuacja, której zamawiający zakupuje prawa licencyjne do posiadanych przez siebie systemów sterowania ruchem powoduje, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie jest w jednakowej sytuacji, a wola i swoboda kształtowania warunków cenowych przez właścicieli tych systemów, zainteresowanych wynikiem postępowania nie ma wpływu na warunki składanych ofert.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że o ograniczeniu konkurencji wskutek ujęcia w SIWZ kwestionowanych wymagań świadczy brak w SIWZ tak podstawowych informacji dotyczących zakresu związanego z pozyskaniem licencji jak:

- brak informacji do kiedy ważne są aktualne licencje,
- brak informacji do kiedy mają być wykupione nowe licencje,
- brak informacji ile skrzyżowań jest objętych systemem ImFlow oraz Spot-Utopia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia ……. 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „*Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie*" – pismo zamawiającego z dnia 4 grudnia 2020 r., złożonych przez odwołującego na rozprawie: opisu przedmiotu zamówienia oraz informacji o wyniku oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tego zamawiającego nr ZDM/UM/DZP/44/PN/38/19 , a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

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, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający oraz przystępujący nie kwestionował.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania niektórych wykonawców nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. 2.3. OPZ „*Słownik pojęć stosowanych przy realizacji Umowy*" zamawiający zdefiniował, że systemy sterowania ruchem to „*systemy zapewniające liniową, bądź obszarową optymalizację procesu sterowania sygnalizacji świetlnych na drogach zarządzanych przez Zamawiającego, na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego są to systemy ImFlow oraz SPOT-UTOPIA*"

W pkt 5 „*Monitoring stanu pracy sygnalizacji świetlnych*" 5.1 II. lit. b OPZ zamawiającywskazał: „Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia w szczególności niżej wymienionych prac: (…) b) Utrzymanie systemów sterowania ruchem, w tym kwestie licencyjne", zaś w VII: „Na Wykonawcy spoczywa obowiązek uregulowania kwestii licencyjnych w okresie realizacji Umowy."

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Kluczowymi, wskazywanym przez uczestników postępowania postanowieniami SIWZ, na tle których spór powstał były pkt. 2.3. lit. j, 5.1 II. Lit. b) oraz VII OPZ.

Odwołujący utrzymywał, że ze wskazanych postanowień SIWZ (OPZ) wynika, żedo wykonawcy zamówienia należeć będzie wykupienie u podmiotów dysponujących prawami autorskimi do posiadanych przez zamawiającego systemów sterowania ruchem ImFlow oraz SPOT-Utopia praw licencyjnych do tych produktów.

Zamawiający utrzymywał zaś, że wskazane postanowienia SIWZ (OPZ) wskazują wyłącznie na obowiązek wykonawcy uregulowania kwestii licencyjnych do systemu sterowania ruchem, co ma umożliwić prawidłową i legalną realizację całości przedmiotu zamówienia oraz, że pkt. 2.3. lit. j ma jedynie charakter informacyjny w zakresie systemów, jakie stosuje zamawiający.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby z literalnego brzmienie pkt. 2.3 j OPZ nie wynika, żedo wykonawcy zamówienia należeć będzie wykupienie praw licencyjnych do produktu ImFlow lub SPOT-Utopia, a jedynie, że systemy ImFlow oraz Spot-Utopia to stosowane przez zamawiającego systemy *„na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego*". Jest to niewątpliwie postanowienie OPZ o informacyjnym jedynie charakterze co do systemów zamawiającego i to o wąskim zakresie „pewności", jeśli chodzi o jego „aktualność" (na dzień ogłoszenia, ale już nie np. na dzień składania ofert).

Powyższe oraz fakt, że w SIWZ (w tym OPZ) zamawiający nie zawarł żadnego postanowienia nakładającego na wykonawców obowiązek utrzymania systemów sterowania ruchem z wykorzystaniem obu wskazanych w pkt. 2.3 j OPZ systemów czy choćby jednego z nich przesądza o uznaniu przez skład orzekający Izby, że odwołujący wyprowadził z opracowanego przez zamawiającego OPZ wniosek, który w brzmieniu OPZ nie znajduje potwierdzenia.

W konsekwencji stwierdzić należy, że zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, oparty na błędnej interpretacji SIWZ (OPZ) nie potwierdził się.

Skoro bowiem zamawiający nie narzucił wykonawcom postanowieniami SIWZ (OPZ) konkretnego produktu, a w szczególności systemu sterowania ruchem ImFlow czy Spot-Utopia to nie można twierdzić, że odwołujący będzie musiał wykupić prawa licencyjne do tych produktów u podmiotów dysponujących prawami autorskimi do tych produktów (u podmiotów konkurencyjnych wobec odwołującego).
Skład orzekający Izby uzupełniająco wskazuje, że odwołujący nie zgłosił zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który opisu tego nie wyczerpuje, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
Po pierwsze, sformułowany zarzut referuje li tylko do opisu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzący do uprzywilejowania niektórych wykonawców; odwołujący zaprezentował w tym zakresie adekwatną argumentację.
Po wtóre, odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji w zakresie dotyczącym opisania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który opisu tego nie wyczerpuje, czy bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymienione przez odwołującego „braki informacyjne" (str. 3 odwołania) zostały wskazane przez odwołującego jedynie dodatkowo jako potwierdzenie ograniczenia konkurencji wskutek ujęcia kwestionowanych wymagań, tj. pkt. 2.3. lit. j, 5.1 II. Lit. b) oraz VII OPZ i istotne dla zakresu związanego z pozyskaniem licencji („*Dodatkowo Odwołujący podnosi, że o ograniczeniu konkurencji wskutek ujęcia w SIWZ kwestionowanych wymagań świadczy brak w SIWZ tak podstawowych informacji dotyczących<u>zakresu związanego z pozyskaniem licencji jak</u>: (…)*").
Po trzecie, odwołujący nie sformułowań żadnych żądań związanych z „brakami informacyjnymi".
Po czwarte, odwołujący nie wskazał naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp („*Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*"), ograniczając się do wskazania art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Warto, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 222/20 przypomnieć,: „*Izba jest uprawniona do oceny tylko tych podjętych czynności lub zaniechania czynności, które zostały podniesione w odwołaniu i tylko w odniesieniu do podstaw faktycznych wskazanych w odwołaniu. Wobec tego precyzyjne wskazanie przez wykonawcę czynności Zamawiającego, których prawidłowość podlega kwestionowaniu, a następnie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, ma decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuuje zarzuty podlegające rozpoznaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutów i niedopuszczalność wykraczania poza ich treść. O treści zarzutu decyduje zaś przytoczona podstawa faktyczna, jak i właściwie skorelowana z nią kwalifikacja prawna. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na obu tych płaszczyznach."*
Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że jedyny zarzut sformułowany w odwołaniu nie potwierdził się wobec czego orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……