Sygn. akt: KIO 2318/22

WYROK

z dnia 16 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2022 r. przez wykonawcę SWARCO Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg

Miejskich w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SWARCO Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Modlniczce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione

koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Usługa monitoringu sterowników

sygnalizacji świetlnej typu Actros i transmisji obrazu z podłączonych do nich kamer monitoringu. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lipca 2022 r. pod nr 2022/BZP 00238147/01.

W dniu 5 września 2022 r. wykonawca SWARCO Poland Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Traffic Polska Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia oferty tego z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. I ust. 7 pkt 7.2.2.2 SWZ, a także zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania z powodu podania informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć wpływ na ocenę spełniania warunków udziału w postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 239 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Traffic Polska Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że rozdz. I ust. 7 pkt 7.2.2.2 SWZ Zamawiający określił m.in. następujący warunek dotyczące dysponowania personelem:

Wykonawca ma do dyspozycji osoby legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami, doświadczeniem i wykształceniem niezbędnymi do wykonania zamówienia publicznego, w szczególności określonymi przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351), zgodnie z poniższym wykazem:

Lp. - Stanowisko - Wymagana liczba osób - Okres posiadania wymaganych uprawnień - Doświadczenie zawodowe (liczba lat pracy na danym stanowisku) - podstawa dysponowania. (...)

2. Specjalista ds. monitoringu** - 2 osoby - 1 rok - 1 rok - podstawa dysponowania; (...)

**2) Specjalista ds. monitoringu powinien posiadać certyfikat uprawniający do instalacji, konfiguracji i obsługi sterowników wydany przez odpowiedniego producenta sterowników. (.)

UWAGA Jedna z osób wskazana na stanowisko „specjalista ds. monitoringu” musi posiadać doświadczenie zgodne z deklarowanym przez Wykonawcę w ofercie w kryterium doświadczenie pracownika (zgodnie z punktem 16.2.2)

Odwołujący wskazał, że wykonawca Traffic w Załączniku nr 3 stanowiącym wykaz osób, celem spełnienia warunku określonego w rozdz. I ust. 7 pkt 7.2.2.2 SWZ wskazał w poz. 2 i 3 odpowiednio Ł. P. i M. K. jako specjalistów ds. monitoringu. W wykazie wskazano, że ww. osoby posiadają certyfikaty uprawniające do instalacji, konfiguracji i obsługi sterowników wydane przez producenta sterowników Actros.

Odwołujący podniósł, że jedynym producentem sterowników Actros jest Swarco Traffic Systems GmbH z siedzibą w Unterensingen (Niemcy), na dowód czego powołał deklarację zgodności sterownika Actros wraz z tłumaczeniem. Stwierdził, że warunek wykazania się dwiema osobami na stanowisko specjalisty ds. monitoringu legitymującymi się certyfikatami uprawniającymi do instalacji, konfiguracji, i obsługi sterowników wydanymi przez odpowiedniego producenta oznacza więc w rzeczywistości konieczność posiadania certyfikatu wystawionego przez firmę Swarco Traffic Systems GmbH.

Zdaniem Odwołującego, żadna ze wskazanych przez wykonawcę Traffic osób na stanowisko specjalisty ds. monitoringu, wbrew twierdzeniu tego wykonawcy zawartym w załączniku nr 3 do oferty, nie posiada takiego certyfikatu, a zatem wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku w zakresie zdolności zawodowej.

Ponadto Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę warunek udziału w postępowaniu oraz złożone przez wykonawcę Traffic dokumenty, Zamawiający nie miał podstaw do

skierowania do tego wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ samo stwierdzenie o posiadanych certyfikatach nie budziło wątpliwości, tj. nie było niejasne lub niekompletne i sugerowało spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem stwierdzenie to nie jest zgodne z prawdą, a zatem w rzeczywistości nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wykonawca Traffic Polska dopuścił się poświadczenia nieprawdy oraz wprowadził Zamawiającego w błąd, co wypełnia jednocześnie znamiona przesłanki wykluczenia uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia,

a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Traffic Polska Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. I pkt 7.2.2.1 SWZ Zamawiający wymagał, aby w ramach warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca wykazał

dysponowanie m.in. specjalistą ds. monitoringu (2 osoby, okres posiadania wymaganych uprawnień 1 rok, doświadczenie zawodowe 1 rok). Zgodnie z SWZ: Specjalista ds.

monitoringu powinien posiadać certyfikat uprawniający do instalacji, konfiguracji i obsługi

sterowników wydany przez odpowiedniego producenta sterowników. (...) Jedna z osób wskazana na stanowisko „specjalista ds. monitoringu" musi posiadać doświadczenie zgodne z deklarowanym przez Wykonawcę w ofercie w kryterium doświadczenie pracownika (zgodnie z punktem 16.2.2).

Zgodnie z rozdz. I pkt 9.1.1.4 SWZ, na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, zobowiązany był przedstawić wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 3.

W rozdz. I pkt 7.3 SWZ Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia, m.in. określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Przystępujący, na wezwanie Zamawiającego z 2 sierpnia 2022 r., przedstawił wykaz osób, w którym jako specjalistów ds. monitoringu wskazał następujące osoby:

Lp.	Rola w realizacji zamówienia	Imię i nazwisko	Kwalifikacje zawodowe (wpisać nr wymaganych przez Zamawiającego uprawnień	Okres posiadania wymaganych uprawnień (w latach)	Doświadczenie zawodowe (liczba lat pracy na danym stanowisku)	Podstawa do dysponowania osobą

2	Ł. P.	Specjalista ds. monitoringu posiadający certyfikat uprawniający do instalacji, konfiguracji i obsługi sterowników wydany przez odpowiedniego producenta sterowników	certyfikat uprawniający do instalacji, konfiguracji i obsługi sterowników wydany przez producenta sterowników Actros	2 lata	2 lata	Pracownik własny wykonawcy, umowa o pracę
3	M. K.	Specjalista ds. monitoringu posiadający certyfikat uprawniający do instalacji, konfiguracji i obsługi sterowników wydany przez odpowiedniego producenta sterowników	certyfikat uprawniający do instalacji, konfiguracji i obsługi sterowników wydany przez producenta sterowników Actros	3 lata	3 lata	Pracownik własny wykonawcy, umowa o pracę

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a i b Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania, b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przywołanych wyżej przepisów ustawy.

Po pierwsze stwierdzić należy, że Zamawiający miał podstawy do uznania, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający otrzymał od Przystępującego jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wykaz osób, zawierający informacje potwierdzające spełnianie warunku, a złożone w postępowaniu odwoławczym dokumenty prawidłowo ocenił jako rozwiewające wątpliwości co do posiadania odpowiednich certyfikatów przez specjalistów ds. monitoringu. Odwołujący natomiast nie wykazał, że osoby te nie posiadają certyfikatu wymaganego w treści warunku.

Twierdzenia Odwołującego oparte są na tezie, że Swarco Traffic Systems GmbH jest jedynym i wyłącznym producentem sterowników Actros. Przystępujący natomiast przedstawił dokumenty, z których wynika, że jest on (jego poprzednik prawny) producentem kompletnych urządzeń do sterowania ruchem. Istotą sporu jest więc to, kogo można uznać za producenta sterowników.

W ocenie Izby zarzuty odwołania są wynikiem przyjętej przez Odwołującego

i dokonywanej na swoją korzyść interpretacji określenia „sterowniki Actros", a także wynikiem nieuprawnionej interpretacji treści warunku. Odwołujący twierdził bowiem, że za producenta sterownika Actros należy uznać podmiot będący producentem modułu sterującego Actros. Przystępujący natomiast przedstawił certyfikaty dla Ł. P. i M. K. wystawione po szkoleniu ww. osób, które odbyło się w dniach 4-6 grudnia 2017 r. przez Prezesa Zarządu Swarco Traffic Polska Sp. o. o. Jak wskazał, że Przystępujący, Swarco Traffic Polska oraz Swarco Traffic Systems wchodziły w skład grupy kapitałowej Swarco, wywodzącej się ze Swarco AG w Austrii i działało z ramienia spółki matki na terenie Polski. Natomiast spółka Traffic Polska nabyła udziały Swarco Traffic Polska i obecnie na zasadzie sukcesji realizuje jej prawa i obowiązki. Przystępujący wskazał, że Swarco Traffic Polska, tak jak obecnie Traffic Polska (Przystępujący) była producentem sterowników modelu Actros i na tej podstawie wystawiła certyfikaty.

Dowody przedstawione w postępowaniu odwoławczym potwierdzają, producentem modułu sterującego Actros jest Swarco Traffic Systems GmbH, nie jest nim natomiast Przystępujący ani jego poprzednik prawny, co nie było między stronami sporne. Z dowodów

tych nie wynika natomiast, że Swarco Traffic Systems jest jedynym producentem

kompletnych urządzeń, stanowiących gotową do użycia i spełniającą swoją funkcję całość. W szczególności nie są dowodami na tę okoliczność złożone przez Odwołującego deklaracje zgodności, które potwierdzają jedynie, że określony podmiot wystawia takie deklaracje jako

producent sterowników, nie potwierdzają natomiast, że inne podmioty nie są - jako producenci - uprawnione do wystawienia deklaracji zgodności (Przystępujący takie deklaracje przedstawił).

Jak wskazał Przystępujący:

(...) z punktu widzenia technologicznego Swarco produkuje zasadniczy element sterownika - komponent sterujący wraz z modułami wykonawczymi - o nazwie handlowej Actros. Natomiast ostateczny produkt powstaje poprzez zmontowanie poszczególnych komponentów w ilości oraz wersjach niezbędnych do zastosowania dla konkretnego skrzyżowania, na którym urządzenie ma pracować, zainstalowanie odpowiedniego do jego funkcji oprogramowania i wprowadzenie do obrotu tak przygotowanego, gotowego produktu - sterownika. Co ważne z punktu widzenia technologicznego do przygotowania gotowego produktu jakim jest sterownik ruchu drogowego w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach oraz konkretnych wymagań lokalnych klientów (zarządców dróg) konieczne jest zastosowanie komponentów (części) kilkunastu producentów, których produkty współpracujące ze sobą tworzą wspomniany sterownik sygnalizacji świetlnej.

Zgodnie z ww. Rozporządzeniem sterownik sygnalizacji świetlnej jest to urządzenie elektroniczne, służące do realizacji założonego programu sygnalizacji i zapewnienia bezpieczeństwa sterowanego ruchu kołowego i pieszego. Nie stanowi takiego sterownika komponent sterujący sam w sobie, którego producentem jest Swarco Traffic Systems.

Kluczowym etapem produkcji z punktu widzenia realizacji programu sygnalizacji i zapewnienia bezpieczeństwa jest przygotowanie programu sterującego sygnalizacją świetlną na podstawie zatwierdzonej dokumentacji ruchowej, oprogramowując tym samym wszystkie zastosowane komponenty gotowego produktu. Oprogramowanie na sterowniki sygnalizacji świetlnej stanowi produkt chroniony prawami autorskimi (kod źródłowy) przynależnymi do Traffic Polska. Jest to kluczowy element sterownika sygnalizacji świetlnej, bez którego jego praca nie jest możliwa. Podczas procesu programowania gotowego produktu wymagania zarządców dróg (Zamawiającego) determinują stosowanie przez Przystępującego wielu autorskich modułów sterujących zarówno programowych jak i sprzętowych. Co ważne z punktu widzenia prawnego to Przystępujący odpowiada za poprawność realizacji sterowania przez sterownik sygnalizacji świetlnej typu Actros, udziela na niego gwarancji i świadczy rękojmię za wady. Przystępujący, jako uprawniony do tego po odbytym szkoleniu, dokonuje ww. czynności w obszarze produkcji finalnego sterownika a więc jest jego producentem. Powyższe znajduje potwierdzenie w przykładowej deklaracji CE wystawionej przez Przystępującego, stanowiącej załącznik nr 2.

W ocenie Izby powyższa argumentacja Przystępującego jest przekonująca i znajduje potwierdzenie w materiale dowodowym. Potwierdzają to następujące dokumenty: zestawienie podzespołów urządzenia Actros, przedstawione przez Przystępującego deklaracje zgodności dla sterowników Actros, wystawione przez Przystępującego karty gwarancyjne dla tych sterowników. Skoro komponent dostarczany przez Swarco Traffic

Systems musi być wyposażony w dodatkowe komponenty i przede wszystkim w oprogramowanie, bez którego sterownik nie będzie gotowy do użycia, to Przystępujący, jako podmiot kompletujący i programujący urządzenie może być uznany za producenta finalnego, kompletnego urządzenia, jakim jest sterownik w rozumieniu załącznika nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz. U. Z 2019 r., poz. 2311 z późn. zm.).

Wydaje się, że tak też kwestię tę rozumiał Zamawiający, skoro w treści warunku wskazał na wymóg uzyskania certyfikatu odpowiedniego producenta, nie zaś konkretnego podmiotu będącego producentem komponentu sterowników, nawet jeśli jest to ich główny komponent. Co więcej, Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych wymagań co do certyfikatów, w szczególności dotyczących procedury, w jakiej powinny zostać wystawione czy innych wymagań formalnych. W związku z tym brak jest podstaw, aby certyfikaty wystawione przez podmiot, który kompletuje i programuje urządzenie, uznać za nieprawidłowe.

Przedstawione przez Odwołującego upoważnienie dla Traffic Polska oraz oświadczenie spółki Swarco Traffic Systems, mające potwierdzać, że Przystępujący nie jest obecnie upoważniony do bycia agentem sprzedaży ww. spółki w Polsce oraz że od 2018 r. spółka ta nie prowadziła na rzecz Przystępującego szkoleń, nie potwierdza zasadności zarzutów odwołania. To że Przystępujący nie jest podmiotem upoważnionym do sprzedaży modułów sterujących czy też kompletnych sterowników Swarco Traffic Systems nie oznacza, że nie oferuje na rynku urządzeń opartych o komponent produkowany przez ww. spółkę. Z kolei z oświadczenia spółki Swarco Traffic Systems, zgodnie z którym Swarco Traffic Polska nigdy nie był producentem sterownika ruchu drogowego Actros, lecz tylko dystrybutorem z możliwością składania sterowników oraz ich programowania, wynika, że oświadczenie to odnosi się właśnie do modułu sterującego, nie zaś do kompletnego i zaprogramowanego urządzenia.

W tej sytuacji należy stwierdzić, że Odwołujący dokonuje nadinterpretacji wymagań SWZ, przez utożsamienie „odpowiedniego producenta sterowników Actros" z konkretnym producentem modułu sterującego Actros.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że Przystępujący wykazał (a co najmniej uprawdopodobnił), że Swarco Traffic Systems nie ma wyłącznego prawa do nazwy handlowej Actros. Znajduje to potwierdzenie w złożonym przez Przystępującego wydruku z wyszukiwarki Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej oraz z wyszukiwarki TM View. Jeżeli natomiast Odwołujący twierdzi, że w złożonych certyfikatach oraz w innych dokumentach (w tym w deklaracjach zgodności) z naruszeniem prawa posłużono się nazwą Actros lub że Przystępujący niezasadnie przypisuje sobie i swojemu poprzednikowi prawnego przymiot producenta sterownika, to powinno to być przedmiotem postępowania przed innymi właściwymi organami. Natomiast ocena tych certyfikatów w kontekście warunku udziału w postępowania prowadzi do wniosku, że z punktu widzenia treści warunku Przystępujący wykazał jego spełnianie.

Podsumowując, Odwołujący wykazał jedynie, że Swarco Traffic Systems jest wyłącznym producentem komponentów sterujących oraz że Przystępujący nie jest podmiotem autoryzowanym w odniesieniu do pełnych, finalnych urządzeń produkowanych przez ten podmiot. Skoro jednak Przystępujący nabywa komponenty (co zostało wykazane), wyposaża je w dodatkowe urządzenia oraz tworzy oprogramowanie, to wprowadza na rynek finalny produkt oraz udziela na niego gwarancji producenta. Okoliczność, że Przystępujący nie jest uprawniony do wystawiania certyfikatów w imieniu Swarco Traffic Systems nie oznacza, że nie jest uprawniony do ich wystawiania w imieniu własnym, na urządzenie, które kompletuje i programuje, tworząc gotowy do użycia sterownik.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy

Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2

2020 r.
poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodniczący: .....