

Sygn. akt: KIO 1499/24

## WYROK

Warszawa, dnia 24 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 roku przez wykonawcę *Emitel spółka akcyjna z siedzibą*

w *Warszawie*

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Zarząd Dróg Miejskich*

w *Warszawie*

### orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 2 i 3 odwołania w odniesieniu do wykreślenia słów: „do kontrolerów oprav oświetleniowych” jedynie w zakresie punktu 1 warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2.1 specyfikacji warunków zamówienia oraz w punkcie 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu.

Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1, 2 i 3 odwołania

w odniesieniu do wprowadzenia na początku zdania słowa: „dostarczenie” w zakresie punktu 1 warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2.1 specyfikacji warunków zamówienia oraz w punkcie 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu

-wykreślenie z warunku pkt 7.2.2.1 SWZ (5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu)

w punkcie 1 słów: „kontrolerów oprav oświetleniowych”,

-wykreślenie z warunku pkt 7.2.2.1 SWZ (5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu) słowa: „oraz” i wykreślenie punktu 2 warunku w całości.

3. Kosztami postępowania obciąża *Emitel spółka akcyjna z siedzibą*  
w *Warszawie* :

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Emitel spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* tytułem wpisu

od odwołania,

3.2 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę *Emitel spółka akcyjna z siedzibą*

w *Warszawie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez *Zamawiającego – Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.4 zasądza od *Zamawiającego – Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie* na rzecz wykonawcy *Emitel spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę *Emitel spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie*.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1499/24

## UZASADNIENIE

Zamawiający *Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie* prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Usługa wdrożenia i utrzymania systemu sterowania i zarządzania oświetleniem na terenie m.st. Warszawy*.

(Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: ZDMUM/DZP/16/PN/4/24).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 lutego 2024 r. pod numerem Dz.U. S: 37/2024 107357-2024 oraz

w tym samym dniu udostępniono dokumenty zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 19 kwietnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem

Dz.U. S 78/2024 234846-2024 została ogłoszona zmiana Ogłoszenia o zamówieniu. W tym samym dniu udostępniono

na stronie internetowej Zamawiającego dokumenty wprowadzające zmiany w dotychczasowych dokumentach Postępowania.

W dniu 29 kwietnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) i ogłoszenia

o zamówieniu dotyczących przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) naruszenie art. 552 ust. 1 w zw. z 568 pkt 3 w zw. z art. 562 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 61 par. 1 i 2 Kodeksu cywilnego oraz naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy, art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy art. 16 pkt i 3 ustawy przez niewykonanie oświadczenia Zamawiającego o uznaniu odwołania zobowiązaniu, że Zamawiający sformułuje wymóg warunków udziału

w postępowaniu zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt. 7.2.2.1 SWZ oraz pkt. 5.1.9 ogłoszenia, gdzie Zamawiający wymaga doświadczenia w zrealizowaniu usługi wdrożenia

„Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:

(1) zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację

z łącznie min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej do kontrolerów opraw oświetleniowych funkcjonalności tj. np. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście

oraz

(2) dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.”.

Odwołujący dokonał zaskarżenia postawionego w pkt 7.2.2.1 SWZ oraz pkt 5.1.9. ogłoszenia wnosząc odwołanie z dnia 4 marca 2024 r. na treść postawionego wymagania

w dokumentacji postępowania. Odwołujący podniósł m.in., że postawienie wymogu realizacji kontrolerów opraw oświetleniowych pozbawia możliwości udziału w postępowaniu podmiotów, które posiadają adekwatne doświadczenie, w tym, że takie działanie stanowi naruszenie: art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy, art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości na skutek czego doszło do umorzenia postępowania prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą (postanowienie z 19 marca 2024 r., sygn. akt KIO 728/24).

Żądaniem odwołania rozpatrywanego pod sygn. akt KIO 728/24 była możliwość wykazania się także innym niż dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie m.in. 15000 kontrolerów opraw oświetleniowych.

Prawidłowe wykonanie żądania w sprawie rozpatrywanej pod sygn. KIO 728 /24 i prawidłowe wykonanie oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania/postanowienia

o umorzeniu wymaga, aby Zamawiający zrezygnował ze spójnika „oraz” i zastąpił

go spójnikiem „lub” oraz by referencyjny projekt obejmował dostarczenie oraz zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację z min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej funkcjonalności, tj. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu, w ramach jednego lub kilku projektów w jednym mieście/aglomeracji. W ten sposób w postępowaniu zostanie dopuszczona możliwość wykazania się doświadczeniem z wdrożenia różnych sieci IoT.

ewentualnie

2) naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy, art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy, art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt. 7.2.2.1 SWZ oraz pkt. 5.1.9 ogłoszenia, gdzie Zamawiający wymaga doświadczenia w zrealizowaniu usługi polegającej na wykonaniu:

„Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:

(1) zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację

z łącznie min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej do kontrolerów opraw oświetleniowych funkcjonalności tj. np. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście

oraz

(2) dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.”.

Zamawiający zwiększył ilość urządzeń jakimi należy się wykazać w projekcie dwukrotnie.

Z jednej bowiem strony wymaga wskazania się realizacją sieci IoT o rozmiarze min. 15 000 urządzeń co już mogło być wystarczające dla wykazania się doświadczeniem jednak dodatkowo wymaga posiadania doświadczenia w projekcie obejmującym dodatkowo min. 15.000 kontrolerów opraw oświetleniowych.

Powoduje to, że zakres wymaganych usług jest nieadekwatny do oceny kompetencji wykonawców do wykonania zamówienia w odniesieniu do charakterystyki, zakresu, stopnia złożoności, warunków realizacji zamówienia, określonych przez Zamawiającego, a także narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności. Jednocześnie postawione wymogi nie są przejrzyste.

- 3) naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy, art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt. 7.2.2.1 oraz pkt. 5.1.9 Ogłoszenia, jako naruszającego zasadę efektywności, która zobowiązuje zamawiających do dążenia uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił Zamawiający.

Postawienie wymogu realizacji „kontrolerów opraw oświetleniowych” nie realizuje obowiązku dążenia przez Zamawiającego do uzyskania najlepszej jakości zamówienia w stosunku

do środków finansowych, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia biorąc pod uwagę m.in. to, że:

- należy odróżnić warunki udziału w postępowaniu od wymagań odnoszących się

do przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji. Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowych wykonawcy, natomiast wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia oraz związane z realizacją zamówienia do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 424),

- Zamawiający powinien dążyć do wprowadzenia w postępowaniu możliwie szerokiej konkurencji, a dopuszczenie wykazania się doświadczeniem zdobytym przy realizacji sieci opartej na urządzeniach wodociągowych, gazowych, energetycznych lub inteligentnego transportu umożliwi zwiększenie konkurencyjności bez uszczerbku dla jakości, co szerzej jest wykazane w uzasadnieniu,

- zakres przedmiotu zamówienia wskazany w pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) nie uzasadnia tak postawionego warunku udziału w postępowaniu, w pkt 3.3.1.6.19 OPZ wprost wskazano, że system sterowania oświetleniem powinien bazować

na skalowalnej i otwartej platformie IoT, co do której adekwatność wykazania się doświadczeniem wprost wnosi Odwołujący,

- żaden z wymogów, który został wprowadzony dla kontrolera graficznego (por. pkt 3.1.5 OPZ) nie zawiera parametru, który byłby oryginalny i właściwy wyłącznie dla „kontrolerów opraw oświetleniowych”, a wręcz przeciwnie — wszystkie z wymagań dla urządzenia są tymi, które są spełniane przez kontrolery wykorzystywane w rozwiązaniach wodociągowych, gazowych, energetycznych lub inteligentnego transportu,

- Zamawiający postawił wystarczające i konkretne wymagania na spełnienie warunku udziału w postępowaniu w punkcie 7.2.2.2 SWZ (wymóg posiadania aż 7 ekspertów), które de facto są ściślej związane z przedmiotem zamówienia, niż osobą wykonawcy, a w których jednocześnie nie doszło (co jest słuszne) do zawężenia doświadczenia w projektach polegających na realizacji opraw oświetleniowych;

- ryzyko ewentualnej niezdolności do wykonania zamówienia podmiotów (którym Odwołujący zaprzecza), które realizowały wskazane powyżej świadczenia alternatywne dla opraw oświetleniowych, powinno być mitygowane przez Zamawiającego co najwyżej jako przedmiotowy środek dowodowy, a ponadto wystarczającym jest, że są ograniczane poprzez wiele instrumentów przewidzianych we wzorze umowy, gdzie przewidziano aż 19 podstaw do naliczenia kar umownych (zob. par. 12 ust. 1 wzoru umowy) oraz umowne przesłanki do rozwiązania umowy z winy wykonawcy.

Zakres wymaganych usług jest nieadekwatny do oceny kompetencji wykonawców

do wykonania zamówienia w odniesieniu do charakterystyki, zakresu, stopnia złożoności, warunków realizacji zamówienia, określonych przez Zamawiającego, a także narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności. Jednocześnie postawione wymogi nie są przejrzyste.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu:

dokonania modyfikacji treści SWZ, określonego w 7.2.2.1 SWZ oraz w 5.1.9 ogłoszenia, poprzez modyfikację tego postanowienia poprzez nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:

(1) dostarczenie oraz zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację z min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej funkcjonalności tj. np. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu w ramach jednego lub kilku projektów w jednym mieście / aglomeracji  
lub

(2) dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.”.

Dodatkowo uwzględnienie wprowadzonych zmian w pozostałych dokumentach zamówienia. Przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy oraz zasądzenie od Zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący podał, że spełnia przesłanki w zakresie art. 505 ust. 1 ustawy. Odwołujący podał, że przysługuje mu legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, który świadczy związane z budową sieci aglomeracyjnych służących do zdalnego zbierania danych dla samorządów.

Odwołujący jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności Zamawiającego. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułował warunki udziału w postępowaniu w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym należy stwierdzić, że Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

W szczególności Zamawiający sformułował wymóg by Wykonawca wykazał się dostarczeniem we wdrożeniu dwóch projektów o zbliżonej funkcjonalności z zakresu IoT oraz zakresu kontrolerów opraw oświetleniowych.

W ten sposób jednak wykluczono przedsiębiorców, którzy mają doświadczenie w budowach sieci aglomeracyjnych telekomunikacyjnych IoT zbierających dane na inne cele jak wodomierze, gazomierze lub liczniki energii elektrycznej.

Podstawową kompetencją w kontekście świadczenia usług telekomunikacyjnych jest zdolność do projektowania i implementacji niezawodnych, skalowalnych i bezpiecznych sieci telekomunikacyjnych, które mogą obsługiwać różnorodne urządzenia końcowe.

W świadczeniu usług telekomunikacyjnych IoT kluczowe jest tworzenie sieci zdolnych

do różnego rodzaju danych i komunikacji między urządzeniami, niezależnie

od ich specyficznego zastosowania (np. lampy uliczne, miejsca parkingowe, gazomierze, wodomierze czy liczniki energii elektrycznej). Taka Sieć musi być przystosowana

do zarządzania dużą ilością urządzeń końcowych, zapewnienia odpowiedniej przepustowości, niskiej latencji oraz wysokiego poziomu bezpieczeństwa. Odwołujący budował skomplikowane sieci telekomunikacyjne aglomeracyjne IoT i ma kompetencje

do samodzielnego zrealizowania zamówienia. Skierowanie doświadczenia wyłącznie

do budowy „kontrolerów lamp oświetleniowych” ma działanie wykluczające Odwołującego

z zamówienia. Warunki te różnicują sytuację różnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie ze względu na doświadczenie w budowie sieci telekomunikacyjnych, ale ze względu

na urządzenia końcowe które w tych sieciach telekomunikacyjnych są monitorowane. Kwestionowane postanowienia dokumentacji mają charakter ograniczające możliwość złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu co może prowadzić do wyrządzenia szkody Odwołującemu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

W dniu 4 marca 2024 r. Odwołujący: Emitel S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści niektórych postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ i ogłoszenia niezgodnych - w jego ocenie -

ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1/ naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP a także art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt 7.2.2.1 SWZ oraz pkt. 5.1.9 ogłoszenia,

2/ naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy, art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy, a także art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy przez

sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt. 7.2.2.1 SWZ oraz pkt. 5.1.9 Ogłoszenia, jako naruszającego zasadę efektywności, która zobowiązuje zamawiających do dążenia uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający.

Postępowanie zostało zarejestrowane pod sygn. KIO 728/24.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy. W dniu 18 marca 2024 r. przed wyznaczoną rozprawą

do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości.

Tym samym zdaniem Odwołującego powstał stan uznania referencji z projektu IoT treści wnioskowanej przez Odwołującego tj. „wymaga doświadczenia w zrealizowaniu usługi dostarczenia oraz zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej

na komunikację z min. 15 000 urządzeń IoT o podobnej funkcjonalności tj. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi, lub inteligentnego transportu, w ramach jednego lub kilku projektów w jednym mieście / aglomeracji”

Zgodnie z art.522 ust. 1 ustawy Izba postanowieniem z dnia 19 marca 2024 roku umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący podał:

-zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy, Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego,

-zgodnie z art. 568 pkt. 3 ustawy, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zgodnie z art. 562 ust. 1 ustawy Pzp, Orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 S 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio,

-zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, Zamawiający przygotowuje

i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny,

-zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią „inaczej,

-zgodnie art. 61 par. 1 ustawy Kodeks cywilny, "Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej,

-zgodnie art. 61 par. 2 ustawy Kodeks cywilny, Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią,

-zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy, zamawiający określa warunki udziału

w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności,

-zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej,

-zgodnie art. 17 ust. 1 pkt 1, Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający, najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Odwołujący przedstawił uwagi natury ogólnej.

W dniu 17 kwietnia 2024 roku Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ. Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem w odwołaniu sygn. KIO 728/24.

Zamawiający sformułował pkt 7.2.2.1 SWZ wymogi dwuczłonowo tj.

W części 1:

„Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:

(1) zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację z łącznie min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej do kontrolerów opraw oświetleniowych funkcjonalności tj. np. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście

Sformułował jednak dodatkowo wymóg kolejnego projektu opisanego w części 2:

„oraz (2) dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.”

Reguła wykładni prawa nakazuje przyjąć, że spójnik „oraz” oznacza, że muszą być spełnione oba warunki, co powoduje, że Wykonawcy muszą spełnić referencje projektów opisanych

w części 1 oraz części 2. Zamawiający dodatkowo zawęził kryteria referencji z części 1 wskazując, że obecnie może to być max 5 projektów (wcześniej liczba nie była zdefiniowana), projekty mają być przeprowadzone w jednym mieście (uprzednio również

w jednej aglomeracji). Takie zawężenie nie może stanowić wykonania odwołania.

Skierowane przez Odwołującego odwołanie KIO 728/24 nie miało takiego celu. Odwołujący postulował by uznać również referencyjne projekty IoT z innych obszarów

tj. wodociągowych, gazowych, energetycznych, oświetleniowych lub inteligentnego transportu na równi doświadczeniem z realizacji projektów dotyczących kontrolerów opraw oświetleniowych.

Zamawiający uznał odwołanie i żądanie Odwołującego, co ma daleko idące konsekwencje.

Dokonanie modyfikacji SWZ stanowi więc sprzeczną z uznanym odwołaniem KIO 728/24 zmianę oświadczenia woli Zamawiającego w stosunku do oświadczenia złożonego Wykonawcy w tamtym postępowaniu. Przepis art. 61 par. 1 kodeksu cywilnego określa chwilę skutecznego złożenia oświadczenia woli składanego innej osobie. Następuje to, jak tylko dotrze ono do tej osoby w taki sposób, że mogła się z nim zapoznać. Treść takiego oświadczenia woli odebrał Odwołujący oraz przystępujący po stronie Odwołującego

w postępowaniu KIO 728/24. Treść uznania była skuteczna i w pełni zrozumiała

dla Odwołującego, prowadziła do uznania odwołania w całości a więc zarówno postawionych zarzutów jak i żądań.

Odwołujący rozpoczął również działania w zaufaniu do otrzymanego oświadczenia Zamawiającego, że możliwe jest uczestniczenie w zamówieniu na podstawie posiadanych referencji z obszarów uznanego przez Zamawiającego.

Działania

te sprowadzają się do prowadzenia negocjacji z podwykonawcami oraz podejmowaniu innych działań dla skutecznego złożenia oferty tj. pozyskanie dokumentów.

Brak jednak działania zgodnego ze złożonym oświadczeniem woli powoduje również uznanie odwołania w sprawie KIO 728/24 było pozorne. Stan taki jest niedopuszczalny bowiem Zaprawiający mogli by bowiem stale działać w ten sposób, że uznając odwołania

na ustalenie SWZ a następnie nie wykonując takich oświadczeń o uznaniu odwołania. Działaniem takim nie doprowadzili by nigdy do ustalenia SWZ lub badania SWZ o zgodność ich postanowień z przepisami prawa bowiem w przypadku uznania odwołania Izba

nie prowadzi sporu między stronami. Mając powyższe na względzie uznanie odwołania powinien prowadzić do realizacji czynności zgodnie z takim uznaniem.

Uwagi dodatkowe.

Zamawiający, opisując warunki, które powinni spełniać wykonawcy ubijający się o udzielenie zamówienia publicznego, powinien zachować równowagę pomiędzy swoim interesem

w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17.03.2015 r. sygn. K\_IO 412/15). Zgodnie

z art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 Pzp), Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych

do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału

w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców posiadających faktyczne doświadczenie w realizacji równoważnego projektu.

W świetle art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia ale w ramach środków,

które może przeznaczyć na jego realizację.

Warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 7.2.2.1. SWZ nie spełniają podniesionych powyżej granic, w jakich Zamawiający uszczegóławiać może warunki udziału

w postępowaniu w ramach katalogu przewidzianego art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest usługa wdrożenia i utrzymania systemu sterowania i zarządzania oświetleniem na terenie m.st. Warszawy zgodnie z pkt. 4.1 SWZ. Usługa ta sprowadza się do uruchomienia sieci IoT (Internet of Things). Wyjaśniał, że sieci IoT to sieci komunikacyjne, w których urządzenia fizyczne, wyposażone w technologię sensoryczną, stacji bazowych (gateway) oraz oprogramowanie komunikują się ze sobą i wymieniają danymi przez internet. Sieci IoT mają szerokie zastosowanie w działalności samorządów do monitorowaniu, zarządzania i optymalizacji infrastruktury: wodociągowej, gazowej i elektrycznej oraz mobilności ruchu miejskiego. Istotą IoT jest zdolność

do automatyzacji i optymalizacji procesów poprzez zbieranie, analizę i wykorzystanie danych generowanych przez te urządzenia. Dzięki temu możliwe jest zarządzanie infrastrukturą miejską, monitorowanie środowiska, poprawa efektywności energetycznej, usprawnianie procesów produkcyjnych oraz tworzenie inteligentnych domów i miast. Niezależnie od obszaru zastosowania, sieci IoT są budowane na tych samych fundamentalnych zasadach:

a/ W każdym z tych obszarów istotne jest monitorowanie parametrów technicznych urządzeń, takich jak zużycie energii, przepływ wody, poziom zużycia gazu czy też ruch pojazdów. Sieci IoT umożliwiają ciągle monitorowanie tych parametrów za pomocą czujników i zbieranie danych w czasie rzeczywistym; b/ Dane zebrane przez urządzenia IoT są następnie przetwarzane i analizowane w celu wyciągnięcia istotnych wniosków. Wszystkie te obszary wymagają analizy danych w celu identyfikacji wzorców, wykrywania anomalii oraz podejmowania decyzji na podstawie zebranych informacji; c/ Sieci IoT umożliwiają zdalne zarządzanie i kontrolę nad infrastrukturą. To oznacza, że operatorzy mogą monitorować i sterować urządzeniami z dowolnego co jest kluczowe w przypadku szybkiej reakcji na awarie lub nieprawidłowości; d/ Ze względu na dużą ilość zbieranych danych, bezpieczeństwo informacji jest kluczowe. Wszystkie te obszary wymagają odpowiednich zabezpieczeń, aby chronić dane przed nieuprawnionym dostępem i atakami cybernetycznymi. Każdy bowiem z obszarów które podlegają zarządzaniu przez sieci IoT są obszarami krytycznymi z punktu widzenia odbiorców (mieszkańców e/ Wdrażanie sieci IoT często wiąże się z integracją z istniejącymi systemami. Wszystkie te obszary muszą integrować nowe technologie z istniejącymi infrastrukturami w sposób spójny i wydajny;

f/ Wreszcie, celem-wdrażania sieci IoT we wszystkich tych obszarach jest zazwyczaj poprawa efektywności operacyjnej i optymalizacja wykorzystania zasobów. Poprzez lepsze monitorowanie, analizę danych i zdalne zarządzanie, możliwe jest osiągnięcie większej wydajności i zmniejszenie kosztów operacyjnych. Dlatego też, choć konkretne zastosowania sieci IoT mogą się różnić w tych różnych obszarach, podstawowe zasady wdrażania i działania tych sieci są podobne. Przedsiębiorcy wdrażający sieci IoT w różnych obszarach energetycznych, wodociągach, gazowniczych lub inteligentnego transportu nabywają podobne doświadczenia, mimo że mogą działać w różnych branżach. Dla każdego bowiem

z wdrożeń budowy sieci istnieją wspólne wyzwania.

Można prześledzić to na przykładach dwóch wdrożeń IoT które zrealizował Odwołujący.

a/ Pierwszy z projektów zrealizowany został przez Odwołującego na potrzeby Zarządu Dróg Miejskich w Ostrowie Wielkopolskim i obejmował wdrożenie sieci IoT na potrzeby inteligentnego transportu celem monitorowania czujników zajętości miejsc parkingowych

#x200ew mieście Ostrów Wielkopolski: Zakres tego projektu budowy sieci aglomeracyjnej IoT obejmował: Budowa sieci radiowej do odczytu urządzeń pomiarowych w mieście Ostrów Wielkopolski, Instalacja końcowych parkingowych urządzeń pomiarowych (1000 szt), Instalacja tablic informacyjnych, Zarządzanie zdalnie informacją, Przesyłanie danych odczytowych z urządzeń końcowych do systemu, Utrzymanie i serwis urządzeń końcowych, Stały monitoring sieci i optymalizacja parametrów pracy.

Dowód: Dokumentacja SWZ przetargu Zarząd Dróg Miejskich w Ostrowie Wielkopolskim.

b/ Drugi z projektów zrealizowany został przez Odwołującego na potrzeby spółki miejskiej MPWiK Wrocław i obejmował wdrożenie sieci IoT na potrzeby obsługi stacjonarnego systemu odczytu danych z urządzeń pomiarowych wodociągowych.

Zakres tego projektu budowy sieci aglomeracyjnej IoT obejmował: Budowa sieci radiowej do odczytu urządzeń pomiarowych, obejmująca obszar administracyjny aglomeracji Wrocławia ( 115 stacji bazowych do odczytu ), Dostawa i instalacja końcowych urządzeń pomiarowych ( 45000 szt.), Umożliwienie zarządzania informacją przez MPWiK Wrocław, Przesyłanie danych odczytowych z urządzeń końcowych do systemu, Utrzymanie i serwis urządzeń końcowych, Stały monitoring sieci i optymalizacja parametrów pracy.

Dowód, Dokumentacja SWZ przetargu MPWiK Wrocław.

Odwołujący podał, że wyzwania jakie stoją we wdrożeniu różnych sieci IoT są podobne.

Z perspektywy sieci telekomunikacyjnej, wdrażanie sieci IoT w różnych obszarach wymaga zapewnienia odpowiedniej infrastruktury sieciowej, zabezpieczeń, zarządzania danymi oraz utrzymania sieci.

Pomimo, iż Odwołujący skutecznie wdrażał sieci IoT aglomeracyjne obejmujące tysiące urządzeń oraz o znacznej wartości, nie może samodzielnie wystartować w przetargu

ze względu na ograniczenie w postaci podłączonych urządzeń końcowych w postaci kontrolerów lamp oświetleniowych.

Obrazowo można przenieść takie wymogi na rynek transmisji mobilnych operatorów komórkowych. Nie ma znaczenia jakie urządzenia końcowe w postaci telefonu, smartfonu, czytnika e-book, przenośnej konsoli go gier podłączymy

do sieci komórkowej. Istotne z punktu widzenia doświadczenia w budowie sieci telekomunikacyjnej komórkowej to zdolność do projektowania i implementacji niezawodnych, skalowalnych i bezpiecznych sieci telekomunikacyjnych, przy czym sieci te mogą obsługiwać różne urządzenia końcowe. Zamawiający uznał taką argumentację w postępowaniu jednak nie została ona prawidłowo wdrożona w postaci nadania SWZ brzemienia zgodnego z nią.

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy zamawiający określa warunki udziału

w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Posłużenie się w tym przepisie sformułowaniem „umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” oznacza, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych

do należytego wykonania zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału

nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu,

a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione

w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych

z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. Formułując warunki udziału w postępowaniu przez zamawiającego jest zapewnienie, aby zamówienie było realizowane przez podmiot dający rękojmię jego należytego wykonania. Niezbędne jest zatem zachowanie równowagi między interesem zamawiającego, a interesem wykonawcy po to, aby nadmierne wymagania zamawiającego nie doprowadziły do wyeliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego przedsiębiorca (w szczególności przedsiębiorca wyspecjalizowany jakim jest przedsiębiorca telekomunikacyjny) realizujący radiową sieć telekomunikacyjną IoT dla różnych celów jak wodociągowe, gazowe lub energetyczne oraz inteligentnego transportu korzysta

z podobnego zasobu doświadczeń. Doświadczenia te różnią się jedynie urządzeniami końcowymi z których pozyskiwane są dane, ale to nie znaczy, że przedsiębiorca skutecznie realizujący sieć zdalnego odczytu wodomierzy czy gazomierzy nie byłby w stanie zbudować Sieci zdalnego odczytu informacji z urządzeń energetycznych.

Przedsiębiorca ten korzysta bowiem z analogicznych zasad dotyczących budowy sieci telekomunikacyjnych. Analiza rynku pokazuje również, że nie ma wśród przedsiębiorców specjalizacji polegającej

na budowie sieci wyłącznie dla kontroli lamp oświetleniowych. Przedsiębiorcy realizujący sieci IoT wdrażają je dla różnych zastosowań. W przypadku Odwołującego na potrzeby realizacji sieci IoT realizował zdalne odczyty wodomierzy, realizował również dla zarządów dróg projekty związane ze zbieraniem danych o wolnych miejscach parkingowych. Odwołujący ma więc zasoby kadrowe, które zapoznały się ze specyfiką budowania sieci aglomeracyjnych.

Przedsiębiorcy budujący sieci IoT nie są wyspecjalizowani tylko w jednym rodzaju urządzeń podłączonych do takich sieci. Istnieje kilka powodów, dlaczego tak się dzieje: a/ Technologia IoT jest ogólnie dostępna i może być stosowana w różnych kontekstach i branżach. Czujniki, urządzenia komunikacyjne i platformy zarządzania danymi mogą być dostosowane

do różnych potrzeb, co umożliwia firmom IoT obsługę różnych rodzajów danych; b/ Przedsiębiorcy budujący sieci IoT mogą obsługiwać klientów z różnych branż, którzy mają różnorodne potrzeby i wymagania dotyczące monitorowania i zarządzania danymi;

c/ Platformy IoT często są projektowane w sposób modułowy, co umożliwia dostosowywanie ich do różnych zastosowań i integrację z różnymi typami urządzeń i czujników. To pozwala przedsiębiorcom Świadczącym usługi IoT obsługiwać różne rodzaje danych bez konieczności specjalizacji w jednym konkretnym rodzaju odczytów; d/ Przedsiębiorcy budujący sieci IoT często dążą do rozwoju i rozszerzenia swojego portfolio usług, aby zaspokoić zróżnicowane potrzeby klientów. Skalowalność i elastyczność ich oferty pozwalają na obsługę różnych rodzajów danych i zastosowań, co może być korzystne z perspektywy biznesowej.

Przedsiębiorcy oferujący sieci IoT w Polsce przedstawiają różne zastosowanie takich sieci: Dla przykładu: a/ Spółka Orange Polska S.A. buduje sieci 4G min. dla następujących zastosowań: Inteligentne i ekologiczne oświetlenie w miastach, - Inteligentny monitoring pomiaru zużycia wody, - Inteligentny system aktywnych przejść dla pieszych.

Dowód: Wydruk ze strony Orange Polska SA

b/ Spółka Polkomtel Sp. z o.o. buduje sieci IoT min. dla następujących zastosowań: Optymalizacja systemów ciepłowniczych, Monitoring przepływu wody w sieci wodociągowej, Kontrola stopnia wypełnienia śmietników odpadami, Sterowanie oświetleniem miejskim.

Dowód: Wydruk ze strony Polkomtel Sp. o.o.

Firmy świadczące usługi IoT zazwyczaj nie są wyspecjalizowane tylko w jednym rodzaju odczytów danych ze względu na uniwersalność technologii IoT, różnorodność klientów, elastyczność platformy oraz dążenie do rozwoju i zróżnicowania portfolio usług. Dzięki temu mogą obsługiwać różne branże i zastosowania, oferując elastyczne i dostosowane rozwiązania dla swoich klientów.

Dla pogodzenia tych naczelných zasad zamówień publicznych oraz interesów Zamawiających, dopuszczalna jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania danego zamówienia, ale wyłącznie w zakresie, w jakim jest to proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co jest emanacją zasady proporcjonalności, kolejnej naczelnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (również wyrażonej w art. 16 ust. 1 ustawy): Proporcjonalność określenia warunków udziału do przedmiotu zamówienia oznacza w szczególności, że Zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, a zarazem wystarczających dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a ich opis powinien być adekwatny do rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wymaganych uprawnień czy umiejętności specjalnych (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 16.10.2020 r. KIO 2194/20).

Odwołujący nie kwestionuje poziomu ilości podłączonych urządzeń (wolumenu rozmiaru sieci IoT) ale kwestionuje te postanowienia, które są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane są z konkretnymi urządzeniami. Odwołujący realizował sieci telekomunikacyjne o wartości przekraczającej istotnie wartość zamówienia określonego przez Zamawiającego.

Przykładem mogą być następujące realizacje Świadczone dla podmiotów publicznych o których informacja jest dostępna publicznie:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Odwołujący wskazał na wyrok Izby sygn. akt KIO 371/17.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał się znajomością uwarunkowań rynkowych. Nie ma bowiem na rynku takich usług telekomunikacyjnych które służą zapewnieniu dedykowanych telekomunikacyjnych z kontrolerów opraw lamp. Transmisje jakie się wykorzystuje w takich celu to transmisje Internet. Takie usługi Internet są typowe dla realizacji przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Nie ma również rynku telekomunikacyjnego właściwego który można określić jako „rynek transmisji danych

z kontrolerów lamp” właściwym rynkiem dla usług tego typu jest rynek telekomunikacyjnych dostaw sieci telekomunikacyjnych tzw. rynek operatorski. Zastosowane przez Zamawiającego środki koncentrujące się na rodzaju urządzenia podłączonego do sieci transmisyjnej zaburzają równowagi pomiędzy przedsiębiorcami, którzy realizują dostawy sieci IoT. Takie działanie Zamawiającego i stosowane metody i środki zmierzające

do osiągnięcia zakładanych celów skutkują zaburzeniem wymaganej w postępowaniu

o udzielenie zamówienia równowagi. Zamawiający nie wykazał się znajomością kręgu zainteresowanych podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia w taki sposób, który pozwoliłby na precyzyjne określenie możliwości i potencjału tych wykonawców, z jednej strony gwarantującego należyte spełnienie świadczenia oraz jednocześnie takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, aby nie doprowadzić za ich pomocą

do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Wskazać nadto, należy, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Budowa skomplikowanej i rozległej sieci IoT obejmującej 15000 urządzeń podłączonej do takiej sieci daje wykonawcy doświadczenie by należyście wykonać postawione przez Zamawiającego zamówienie w niniejszym postępowaniu jednocześnie nie ogranicza kręgu potencjalnych wykonawców którzy mogą wykonać zamówienie.

Zauważyć również należy, że Zamawiający nie identyfikuje głównego przedmiotu Świadczenia przez pryzmat podłączonych urządzeń kontrolerów. Zamawiający zidentyfikował jako główny przedmiot zamówienia (pkt. 4.4. SWZ) zgodnie z Wspólnym Słownikiem Zamówień (CPV): następujące usługi - 72260000-5 Usługi w zakresie oprogramowania; dodatkowe kody 72720000-3 Usługi w zakresie rozległej sieci komputerowej, 72800000-8 Usługi audytu komputerowego i testowania komputerów. Odwołujący podniósł, że to nie podłączone kontrolery lamp są istotną zamówienia

ale budowa rozległej sieci miejskiej która będzie zbierać dane oraz stworzenie mechanizmów programistycznych umożliwiających przetworzenie takich danych. Postawienie więc nacisku na doświadczenia w zakresie budowy różnych

rozległych sieci IoT jest zasadne. Zasada proporcjonalności wyrażona w art. 112 ust. 1 ustawy oznacza, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać one dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Tymczasem kwestionowane przez Odwołującego warunki udziału w postępowaniu ograniczają możliwość realizacji zamówienia podmiotom które mają doświadczenie w budowie rozległych sieci aglomeracyjnych IoT koncentrując się wyłącznie na podłączonych do sieci IoT urządzeniach końcowych w postaci lampy ulicznej. Można również wyobrazić sobie takiego oferenta, który posiada doświadczenie w budowie sieci IoT na potrzeby systemu sygnalizacji ulicznej obejmującego 15000 urządzeń który w świetle wymogu postawionego przez Zamawiającego podłączenia do oświetlenia lampy oświetleniowej innego typu byłby wyeliminowany

z możliwości złożenia oferty.

Reasumując tak postawione wymogi nie mogą zostać uznane za uzasadnione, celowe i proporcjonalne. Wyrażony w art. 17 ust. 1 ustawy obowiązek dążenia do uzyskania najlepszych efektów związany jest również z przyznaniem możliwości uzyskania najlepszych efektów gospodarczych. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni budujący sieci dla różnych urządzeń IoT (wodociągowych, energetycznych, gazowych czy zarządzania ruchem) mogą osiągnąć różnego rodzaju synergie, które przełożą się na możliwość obniżenia ceny usługi oferowanej Zamawiającego a tym samym kosztów działania samorządu. Zawężanie doświadczenia wyłącznie do obszaru podłączonego konkretnie urządzenia do sieci IoT przeczy takiemu założeniu. Wymagało by bowiem istnienia dedykowanego przedsiębiorcy, który realizuje wyłącznie sieci Internetu rzeczy jedynie celem konkretnego urządzenia.

Z rozeznania rynkowego Spółki wynika, że nie jest znana na polskim rynku spółka, która zrealizowała sieć IoT mającą na celu podłączenie 15000 kontrolerów oświetleniowych jednocześnie, dostarczając kontrolery oraz zapewniając łączność oraz utrzymanie tych sieci. Nie odnotowano podmiotów, które z powodzeniem zrealizowałyby tak rozległy projekt w Polsce. Jednocześnie pozyskanie konsorcjanta lub podwykonawcy zagranicznego dla potrzeb tego projektu staje się niemal niemożliwe. Podmioty zagraniczne często nie posiadają stosownych uprawnień do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej w Polsce, co stanowi przeszkodę w realizacji projektu przez firmy spoza kraju. Ograniczenia prawne i regulacyjne mogą stanowić barierę dla zagranicznych podmiotów chcących uczestniczyć w realizacji tego projektu. Rozwiązaniem takiego problemu było by wykorzystanie doświadczeń przedsiębiorców, którzy podłączali do sieci IoT urządzenia o podobnej funkcjonalności.

Dowód: Wiadomość mail Biura Zakupów Odwołującego na okoliczność braku ustaleń doświadczeń Polskich przedsiębiorców z obszarów dostaw kontrolerów, zapewnienia łączności oraz utrzymania 15000 kontrolerów.

Biuro Zakupów Odwołującego prowadziło poszukiwania potencjalnych przedsiębiorców

w Polsce, którzy mieliby możliwość realizacji podobnego projektu, jednakże nie udało się znaleźć takich podmiotów na krajowym rynku. Mimo intensywnych wysiłków i analizy potencjalnych partnerów, brak było firm spełniających wymagania dotyczące doświadczenia oraz zdolności technicznych do zrealizowania projektu. W międzyczasie, zagraniczni przedsiębiorcy wykazali ograniczone zainteresowanie pozyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych w Polsce. Ich główne zainteresowanie skupia się na dostawach urządzeń, a nie na prowadzeniu działalności telekomunikacyjnej na terenie Polski.

Odwołujący podał, że w postępowaniu nie jest również w pełni jasna treść postawionego przez Zamawiającego warunku. Zamawiający postawił bowiem wymóg: „następujące zamówienia”:

(1)zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację z łącznie min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej do kontrolerów opraw oświetleniowych funkcjonalności tj. np. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym oraz

(2)dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.”

Stwierdzenie (zawarte w treści warunku udziału w postępowaniu, „następujące zamówienia”) rodzi niejasność: a/ Czy użycie liczby mnogiej „następujące zamówienia” oraz „jednego lub kilku projektów” oznacza, że wykonawca, aby wykazać spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, był zobowiązany przedstawić w wykazie usług kilku usług np. 3 usług

po 5 000 kontrolerów opraw oświetleniowych, a więc „zamówień” których łączna wartość wyniosła by 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych?; b/ Czy użycie liczby mnogiej „następujące zamówienia” odnosi się wyłącznie do części 1 oraz części 2. Tym samym czy chodzi o jedno zamówienia na część 1 oraz jedno zamówienie na część 2? c/ Czy zamówienia z części 1 oraz 2 mają być realizowane w jednym mieście tj. tym samym mieście? Mając powyższe na względzie postawione wymogi nie spełniają warunku określonego w przepisie art. 16 ust. 1-3 ustawy. Działanie

Zamawiającego narusza przy tym zasadę przejrzystości, nazywaną także zasadą transparentności. Odwołujący wskazał na treść Komentarza UZP (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H. Nowak i M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 154.)

**Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 kwietnia 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 20 maja 2024 roku „Odpowiedź na dowołanie”. Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 20 maja 2024 roku „Pismo Emitel S.A.”. Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przy odwołaniu przez Odwołującego oraz dowód złożony w trakcie rozprawy tj. złożony do Sądu Rejonowego w Warszawie wniosek o nadanie klauzuli wykonalności orzeczeniu Izby sygn. akt KIO 728/24.

#### **Zakres umorzenia postępowania odwoławczego:**

Izba, na podstawie oświadczenia Zamawiającego złożonego do protokołu, wcześniej artykułowanego w piśmie procesowym, po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Odwołującego oraz wysłuchaniu stanowiska Odwołującego:

**Umarzyła postępowanie odwoławcze** w zakresie zarzutu 2 i 3 odwołania w odniesieniu

do wykreślenia słów: „do kontrolerów opraw oświetleniowych” jedynie w zakresie punktu 1 warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2.1 specyfikacji warunków zamówienia oraz w punkcie 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu.

**Umarzyła postępowanie odwoławcze** w zakresie zarzutu 1, 2 i 3 odwołania w odniesieniu do wprowadzenia na początku zdania słowa: „dostarczenie” w zakresie punktu 1 warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2.1 specyfikacji warunków zamówienia oraz w punkcie 5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu

#### **Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania skierowanych do rozpoznania:**

Izba na wstępie wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 8 ust. 1 ustawy - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz

do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

- art. 17 ust. 1 ustawy - Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

- art. 112 ust. 1 ustawy - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

- art. 112 ust. 2 ustawy - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

- art. 116 ust. 1 ustawy - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

- art. 522 ust 1 ustawy -

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

- art. 553 ustawy – O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku.

W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

- art. 552 ust. 1 ustawy - Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

- art. 562 ust. 1 ustawy - Orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.

- art. 568 ustawy - Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

(...)

- 3) o którym mowa w art. 522.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (dalej: KC):

Art. 61

§ 1. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

§ 2. Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

#### **Izba ustaliła:**

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W specyfikacji Warunków zamówienia (dalej: SWZ) oraz odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 5.1.9) Zamawiający podał:

*7. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia*

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:*

*7.1. nie podlegają wykluczeniu,*

*7.2. spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

(...)

*7.2.2. zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:*

*7.2.2.1. Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:*

*dostarczenie oraz zapewnienie łączności i prawidłowego działania min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku projektów w jednym mieście/aglomeracji.*

W dniu 4 marca 2024 roku Odwołujący złożył odwołanie i w sprawie zostało wydane postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania, sygn. akt KIO 728/24. W uzasadnieniu postanowienia Izba między innymi podała:

*W dniu 4 marca 2024 r. Odwołujący: Emitel S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści niektórych postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ i ogłoszenia niezgodnych - w jego ocenie - z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP.*

*W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:*

*1/ naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP a także art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP - poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt. 7.2.2.1 SWZ oraz pkt. 5.1.9 ogłoszenia,*

*2/ naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy Pzp, art. 17 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP a także art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt. 7.2.2.1 SWZ oraz pkt. 5.1.9 Ogłoszenia, jako naruszającego zasadę efektywności, która zobowiązuje zamawiających do dążenia uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający.*

*Izba zważyła, co następuje.*

*Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu*

*niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust.1 ustawy Pzp .*

*W dniu 18 marca 2024 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości.*

*Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.525 ust. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.*

*Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zostało dokonane.*

*Zgodnie z art.522 ust.1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego*

*w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Izba ustaliła, że w ramach postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem

*z dnia 4 marca 2024 roku odwołujący wnosil o zmianę warunku 7.2.2.1 SWZ (5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu) przez nadanie mu brzmienia:*

*Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) zamówienia:*

*dostarczenie oraz zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej*

*na komunikację z min. 15 000 urządzeń IoT o podobnej funkcjonalności, tj. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu, w ramach jednego lub kilku projektów w jednym mieście/aglomeracji.*

Pismem z dnia 17 kwietnia 2024 roku Zamawiający:

*Zarząd Dróg Miejskich zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) zmienia treść specyfikacji warunków zamówienia w poniższy sposób.*

*(...)*

*4) Pkt 7.2.2.1. SWZ otrzymuje brzmienie:*

*„Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:*

*(1) zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację*

*z łącznie min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej do kontrolerów opraw oświetleniowych funkcjonalności tj. np. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu w ramach jednego lub kilku*

(max. 5) projektów w jednym mieście

oraz

(2) dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.”.

#### **Izba zważyła:**

**W zakresie zarzutu 1** naruszenia art. 552 ust. 1 w zw. z 568 pkt 3 w zw. z art. 562 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy, naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 61 par. 1 i 2 Kodeksu cywilnego oraz naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 ustawy, art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy art. 16 pkt i 3 ustawy przez niewykonanie oświadczenia Zamawiającego

o uznaniu odwołania zobowiązaniu, że Zamawiający sformułuje wymóg warunków udziału

w postępowaniu zdolności technicznych i zawodowych, tj. warunku opisanego w pkt. 7.2.2.1 SWZ oraz pkt. 5.1.9 ogłoszenia, gdzie Zamawiający wymaga doświadczenia w zrealizowaniu usługi wdrożenia – **Izba zarzut uznała za zasadny.**

W ramach rozpoznania tego zarzutu odwołania kluczowe znaczenie ma określony zakres postawionego zarzutu odwołania w odwołaniu 4 marca 2024 roku oraz czynności wykonanych przez Zamawiającego, jak również pierwotnego brzmienia SWZ (oraz ogłoszenia o zamówieniu).

Sekwencja zmiany postanowienia odnoszącego się do warunku doświadczenia była następująca:

❖ pierwotnie w SWZ (oraz ogłoszeniu o zamówieniu)

7.2.2.1. Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia,

w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:

dostarczenie oraz zapewnienie łączności i prawidłowego działania min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku projektów w jednym mieście/aglomeracji.

❖ wnioskowana w odwołaniu z dnia 4 marca 2024 roku zmiana tego postanowienia na:

Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) zamówienia:

dostarczenie oraz zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej

na komunikację z min. 15 000 urządzeń IoT o podobnej funkcjonalności, tj. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu, w ramach jednego lub kilku projektów w jednym mieście/aglomeracji.

❖ zmiana wprowadzona przez Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2024 roku:

„Wykonawca nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał (w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje) następujące zamówienia:

(1) zapewnienie łączności i prawidłowego działania sieci IoT pozwalającej na komunikację

z łącznie min. 15 000 urządzeniami IoT o podobnej do kontrolerów opraw oświetleniowych funkcjonalności tj. np. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście

oraz

(2) dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów opraw oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.”.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że w związku z uwzględnieniem

w ograniczonym zakresie zarzutów odwołania Izba umarzyła postępowanie odwoławcze

w zakresie zarzutu 1, 2 i 3 odwołania w odniesieniu do wprowadzenia na początku zdania słowa: „dostarczenie” w zakresie punktu 1 warunku udziału w postępowaniu określonego

w punkcie 7.2.2.1 specyfikacji warunków zamówienia oraz w punkcie 5.1.9 ogłoszenia

o zamówieniu. Tym samym w tym zakresie wszelka argumentacja Odwołującego zostaje pominięta, jak również z uwagi na nieskierowanie zarzutu do rozpoznania w tym zakresie Izba nie odnosi się do tego elementu warunku udziału w postępowaniu.

Na podstawie zestawienia treści warunku ukształtowanego w SWZ (i ogłoszeniu

o zamówieniu) przez Zamawiającego oraz wprowadzonych zmian przez Zamawiającego Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu o zamówienia publicznego zgodnie ze złożonym oświadczeniem co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 728/24. W wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego Izba ww. sprawie odwoławczej wydała

postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego, co spowodowało aktualizację obowiązku, wynikającego z art. 522 ust. 1 zd.2 ustawy, po stronie Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie wnioskowanym przez Odwołującego odwołaniem z dnia 4 marca 2024 roku było wprowadzenie wymagania odnoszącego się do **łączności i prawidłowego działania sieci IoT, pozwalającej na komunikację z min. 15 000 urządzeń IoT o podobnej funkcjonalności, tj. wodociągowymi, gazowymi, energetycznymi, oświetleniowymi lub inteligentnego transportu** – te elementy warunku stanowiły wnioskowane zmiany przez Odwołującego. Przy czym zmiany jakie wnioskował Odwołujący odnosiły się do wykreślenia słów „kontrolerów oprav oświetleniowych”, co w efekcie powodowało, że prowadziło

to do wykreślenia warunku odnoszącego się do **zapewnienie łączności i prawidłowego działania min. 15 000 kontrolerów oprav oświetleniowych** (SWZ). Wynika to w sposób jednoznaczny z zestawienia pierwotnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz zarzutu odwołania i wnioskowanej zmiany warunku odwołaniem z dnia 4 marca 2024 roku.

Zmiana w zakresie warunku udziału w postępowaniu wprowadzona przez Zamawiającego

w dniu 17 kwietnia 2024 roku w punkcie 7.2.2.1 SWZ oraz punkcie 5.1.9 ogłoszenia

o zamówieniu w ocenie Izby, w kontekście zarzutów i wniosków odwołania z dnia 4 marca 2024 roku, jest zmiana pozorną co do wnioskowanych zmian przez Odwołującego.

Zamawiający dokonał modyfikacji ww. warunku oraz w zasadzie ukształtował dwuelementowy warunek udziału w postępowaniu przez wprowadzenie wymagania warunku w punkcie (1) odpowiadającego w znacznej części wnioskowanym zmianom z odwołania

z dnia 4 marca 2024 roku, przy czym nie wykreślił słów **do kontrolerów oprav oświetleniowych**, która była wnioskowana przez Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający dokonał modyfikacji polegającej na wprowadzeniu drugiego elementu warunku, obligatoryjnie wymaganego do spełnienia, tj. wymagania dotyczącego **(2) dostarczenie i zapewnienie prawidłowego działania łącznie min. 15 000 kontrolerów oprav oświetleniowych w ramach jednego lub kilku (max. 5) projektów w jednym mieście.**”.

Poza elementami, które nie były objęte treścią warunku pierwotnie ukształtowanego,

i co do których nie był podnoszony zarzut odwołania z dnia 4 marca 2024 roku

i wnioskowane zmiany (bowiem nie były one określone na tym etapie) tj. „(max. 5)” oraz wykreślenie przez Zamawiającego z treści warunku „/aglomeracji” treść warunku w zasadzie jest zbieżna.

Izba wskazuje w tym miejscu, że uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego nie może stanowić czynności pozornej, bowiem pozbawiałby to sensu

i znaczenia prawnego określonych ustawą przepisów i prowadziło w prostej linii do wniosku, że ustawodawca był nieracjonalny w przyjmowaniu takiego rozwiązania legislacyjnego. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze

na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem

że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku rozpoznania odwołania pod sygn. akt KIO 728/24.

Izba podkreśla w tym miejscu, że zdanie 2 art. 552 ust. 1 ustawy nakłada

na Zamawiającego, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, w sposób jednoznaczny i konkretny określone obowiązki w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie

z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z takiej regulacji ustawowej wynika podstawowa informacja, a mianowicie, że uwzględnienie zarzutów odwołania w całości powinno być dokonane po analizie potrzeb i wymagań Zamawiającego, nie może następować w sposób automatyczny i tym samym prowadzić do dokonywania tej analizy dopiero po uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Konstrukcja stanowiska jaką argumentuje Zamawiający w piśmie procesowym prowadzi

do wniosku, że Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, dokonuje analizy, a następnie wprowadza postanowienia do SWZ, które uznaje w świetle swoich potrzeb za niezbędne.

Z dalszej argumentacji opartej o orzeczenia Izby wynika, że wprowadzenie zmian w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości może być skarżone oraz podlegać ocenie. Niemniej w ocenie Izby takie stanowisko jest nieprawidłowe. Skoro Zamawiający uznał

w całości zarzuty odwołania to zgodnie z art. 552 ust. 1 zd. 2 ustawy obowiązany był wykonać w postępowaniu o zamówienie publiczne czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania należy

postrzegać w kategorii podzielenia przez Zamawiającego stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. To nie jest instytucja prawa pozwalająca Zamawiającemu na działania asekuracyjne, lecz postanowienia art. 522 ust. 1 ustawy jednoznacznie przewidują określone skutki czynności procesowej uwzględnienia zarzutów odwołania jakie obowiązkowo wywołują w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że modyfikacja warunku z dnia 17 kwietnia 2024 roku stanowi sprzeczną z uznanym odwołaniem w sprawie sygn. akt KIO 278/24 zmianę oświadczenia Zamawiającego.

W przypadku, gdy Zamawiający zidentyfikuje konflikt pomiędzy obowiązkiem wynikającym z art. 522 ust. 1 zd. 2 ustawy a przekonaniem, że wykonanie tego obowiązku doprowadzi do niezgodności z prawem przyrzeczonej do wykonania czynności, prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia powinna być dla niego nadrzędna (*Prawo zamówień publicznych. Komentarz* red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, rok 2023, wyd. 5, art. 522, Legalis). Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, że wykonanie czynności zgodnie

z wnioskiem odwołania prowadziłyby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Wręcz w piśmie procesowym określił, że wymaganie warunku ukształtowane w dniu 17 kwietnia 2024 roku i o kreślone w punkcie 2 tego warunku w jego ocenie jest zgodne z ustawą oraz niezbędne do wyboru oferty wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia – co oznacza, że dokonał w zasadzie oceny pierwotnie ukształtowanego warunku.

Mając na uwadze zbieżność pierwotnie określonego warunku udziału w punkcie 7.2.2.1 SWZ (oraz 5.9.1 ogłoszeniu o zamówieniu) oraz w warunku określonym w punkcie 7.2.2.1 SWZ (oraz 5.9.1 ogłoszeniu o zamówieniu) podpunkt 2 po zmianie z dnia 17 kwietnia 2024 roku, oraz mając na uwadze powyższe stanowisko Zamawiającego, jednoznacznie należy stwierdzić, że czynność uwzględnienia zarzutów odwołania z dnia 4 marca 2024 roku była pozorna, a jej wynikiem nie jest, na moment wydania wyroku w przedmiotowej sprawie odwoławczej, wykonanie w postępowaniu czynności zgodnie z żądaniem zawartym

w odwołaniu z dnia 4 marca 2024 roku. Izba podkreśla, że nie poddaje w tym miejscu ocenie zasadności czy braku zasadności tak ukształtowanego w wyniku modyfikacji z dnia

17 kwietnia 2024 roku warunku, lecz ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego

w kontekście oświadczenia procesowego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania

z 4 marca 2024 roku, obligatoryjną konsekwencją czego był ustawowy obowiązek dokonania czynności w postępowaniu o zamówienie zgodnie z wnioskami Odwołującego.

Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym stwierdza

on pozorność działania Zamawiającego, a w konsekwencji możliwość powtarzalności składania oświadczeń o uwzględnieniu odwołania, a następnie braku wykonania takiego oświadczenia o uznaniu zarzutów odwołania. Taki stan rzeczy w ocenie Izby może prowadzić do patologicznego stosowania przepisów obowiązującego prawa. Wymaga podkreślenia, że regulacja art. 522 ust. 1 ustawy nie ma w ocenie Izby charakteru reklamacyjnego polegającego na przyjęciu reklamacji, a następnie dopiero oceny

jej zasadności. Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania w całości – w postępowaniu odwoławczym – obowiązany jest ustawowo do dokonania wynikających z tego czynności określonych w żądaniach odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skutek oświadczenia Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym jednoznacznie ustawowo przełożony zostaje na obowiązek Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że nikt nie zmusza Zamawiającego do podejmowania takich działań polegających na uwzględnieniu zarzutów dowołania, niemniej podjęcie takich działań i złożenie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości rodzi skutki jakich Zamawiający musi być świadomy, a polegających na ustawowym obowiązku (Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynność w postępowaniu o zamówienie) wykonania określonych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 528 pkt 5 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. A contrario, jeżeli nie wykonał Zamawiający żądań zgodnie ze złożonym oświadczeniem i nie wykonał czynności zgodnie

z wnioskami/żądaniami odwołania przysługuje mu odwołanie. Też w przypadkach wprowadzenia do postanowień dokumentacji zamówienia nowych treści, innych

iż wymienione w żądaniach odwołania, odwołanie nie będzie podlegało odrzuceniu.

W rozpoznawanym przypadku Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tym samym nie zostały wypełnione przesłanki do odrzucenia odwołania, a to potwierdziło brak dokonania w postępowaniu o zamówienie publiczne czynności, do których Zamawiający się zobowiązał składając w dniu 18 marca 2024 roku oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania z dnia 4 marca 2024 roku.

W ramach rozpoznania tego zarzutu odwołania kwestia bardzo istotną jest to, że regulacja z art. 522 ust. 1 ustawy in fine (zd. 2) stanowi w ocenie Izby, samodzielną normę materialnoprawną. Wynika to jednoznacznie z faktu, że ustawodawca nakłada na Zamawiającego obowiązek wykonania określonych czynności zgodnie z żądaniami odwołania, która to norma dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Czyli skutkiem oświadczenia Zamawiającego złożonego w postępowaniu odwoławczym jest aktualizacja obowiązku dokonania czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym obowiązek nałożony na Zamawiającego materializuje się w obrębie postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że charakter przepisu nie jest determinowany jego umiejscowieniem w treści ustawy lecz jego znaczeniem faktycznym

i odniesieniem do elementów materialnoprawnych czynności w postępowaniu o zamówienie. Nie jest to rozwiązanie nieznanne prawodawstwu „zamówieniowemu”, bowiem przykładem tożsamego rozwiązania obowiązującego na kanwie ustawy z 2004 roku było umiejscowienie w przepisach procedury odwoławczej materialnoprawnej regulacji odnoszącej się

do zawieszenia biegu związania ofertą w przypadku wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za zasadny zarzut 1 odwołania i nakazała Zamawiającemu:

- wykreślenie z warunku pkt 7.2.2.1 SWZ (5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu) w punkcie 1 słów: „kontrolerów oprav osvětleniovych”,

- wykreślenie z warunku pkt 7.2.2.1 SWZ (5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu) słowa: „oraz”

i wykreślenie punktu 2 warunku w całości.

Izba nakazała tym samym wykonanie czynności uwzględniając treść wniosków odwołania

z dnia 4 marca 2024 roku. Izba podkreśla, że w ramach rozpoznania odwołania związana jest jedynie zarzutami odwołania, a nie wnioskami Odwołującego (art. 555 ustawy). W ocenie Izby doszło również do naruszenia zasad postępowania o zamówienie publiczne, z uwagi

na brak realizacji przez Zamawiającego obowiązku ustawowego wynikającego z art. 522

ust. 1 zd. 2 w ramach tego postępowania o zamówienie.

Izba nie nakazała wprowadzenia do postanowienia z warunku pkt 7.2.2.1 SWZ (5.1.9 ogłoszenia o zamówieniu) w punkcie 1 słów „aglomeracji”, bowiem ta treść nie była objęta zakresem wniosków odwołania z dnia 4 marca 2024 roku.

Zamawiający w wyniku modyfikacji warunku w dniu 17 kwietnia 2024 roku wprowadził zmianę przez to,

że z brzmienia warunku udziału w postępowaniu wykreślił: „aglomeracji”. Jest to nowa czynność Zamawiającego, która zgodnie z obowiązującymi przepisami, w określonym ustawowo terminie mogła być kwestionowana w ramach postępowania odwoławczego.

**W zakresie zarzutu 2 i 3 odwołania** Izba wskazuje, że zgodnie z treścią odwołania zarzuty te zostały podniesione przez Odwołującego jako zarzuty ewentualne.

W ramach odniesienia do zarzutów (zarzut 2 i 3) odwołania podniesionych przez Odwołującego jako zarzutów ewentualnych Izba wyjaśnia, że w orzecznictwie Izby i również sądów powszechnych i Sądu Najwyższego - uchwała Sądu Najwyższego z dnia

18 października 2013 r. III CZP 58/13 - utrwaliła się jednolita obecnie praktyka,

że w postępowaniu odwoławczym możliwe jest kształtowanie zarzutów ewentualnych.

Tym samym, zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku sygn. akt XXIII Zs 53/21 Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawiać z powszechnie przyjętym i uznanym

cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego

nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny

nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza

taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego

w postępowaniach prowadzonych na podstawie Pzp.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw

do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.).

Podobnie wskazał Sąd Najwyższy

w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r.(sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Wniosek więc jest taki, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą uwzględnienie zarzutu głównego odwołania skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego,

a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

Mając na uwadze powyższe zarzut 2 i 3 odwołania nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę jako zarzuty ewentualne, podniesiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 odwołania.

**Koszty:**

Izba uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy

z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

**Przewodnicząca:** .....

---