

Warszawa, 13 lutego 2024 r.

POSTANOWENIE

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Beata Konik

Aleksandra Kot

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron **13 lutego 2024 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **26 stycznia 2024 r.**

przez wykonawców:

ABUDIMEX I sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 281/24 [„Odwołujący A”]

B.Signify Poland sp. z o.o. z siedzibą w Pile, SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie, LED Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie występujący wspólnie – sygn. akt KIO 282/24 [„Odwołujący B”]

w postępowaniu o wybór partnera prywatnego dla umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym pn. *Modernizacja oświetlenia drogowego w Krakowie w formule partnerstwa-publiczno-prywatnego (1/IX/2023)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Miasta Krakowa** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w obu sprawach.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego A kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego B kwoty 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miasta Krakowa {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1637) {dalej: „ustawa ppp”} w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Modernizacja oświetlenia drogowego w Krakowie w formule partnerstwa-publiczno-prywatnego (1/IX/2023)*. Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 września 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_175 pod poz. 549725. Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

26 stycznia 2024 r. Budimex I sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Budimex I” lub „Odwołujący A”} wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1. § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy {dalej: „rozporządzenie”} w zw. z art. 178 ust. 1 ustawy pzp – przez wadliwą ocenę wniosku Budimexu I o dopuszczenie do udziału w postępowaniu polegającą na nieprzyznaniu punktów w ramach kryterium selekcji III z tego powodu, że przedstawione referencje nie wymieniały wszystkich elementów świadczonych robót budowlanych, których Zamawiający wymagał w ramach kryterium selekcji, w szczególności zaprojektowania i sfinansowania robót budowlanych, mimo że wszystkie te wymagane elementy znalazły się w złożonym wykazie robót budowlanych.
2. Art. 8 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) {dalej: „uznk”} – przez uznanie za skuteczne zastrzeżenia informacji przez konsorcjum ENGIE części informacji w JEDZ ENGIE SOLUÇÕES DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA LTDA (w część Kryteria kwalifikacji oraz cz. V – Ograniczenie liczby kwalifikujących się kandydatów) jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uznanie go za rozciągającego się także na informacje zawarte w wykazie sporządzonym według załącznika nr 5 OPIW, pomimo niewykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący A wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Ponowną ocenę powyższych wniosków z uwzględnieniem informacji, które Budimex I zawarł w wykazie robót budowlanych.

3. Odtajnienia informacji zastrzeżonych przez konsorcjum ENGIE jako tajemnica przedsiębiorstwa.

26 stycznia 2024 r. również Signify Poland sp. z o.o. z siedzibą w Pile, SPRINT S.A. z siedzibą w Olsztynie, LEC Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, którzy wspólnie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w powyżej wskazanym postępowaniu (dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący B”), wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1. Art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp – przez uznanie, że Inwestycja Kowno nie spełnia wymagań określonych w kryterium selekcji z pkt 18.2.3 OPIW co do wymaganego 12-miesięcznego okresu zarządzania lub utrzymania infrastrukturą publiczną, a w konsekwencji brak przyznania Konsorcjum 1 punktu z tytułu ww. doświadczenia w ramach kryterium selekcji z pkt 18.2.3 OPIW, podczas gdy Konsorcjum wskazało w JEDZ oraz w wykazie robót, że Inwestycja Kowno obejmowała usługę zarządzania lub utrzymania infrastruktury publicznej przez okres co najmniej 12 miesięcy zgodnie z kryterium selekcji z pkt 18.2.3 OPIW.
2. Art. 128 ust. 4 w zw. z art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących okresu świadczenia usługi zarządzania lub utrzymania w ramach Inwestycji Kowno, podczas gdy Zamawiający zobowiązany był do tej czynności, jeżeli na podstawie przedłożonych podmiotowych środków dowodowych miał wątpliwości co do okresu świadczenia usługi zarządzania lub utrzymania infrastruktury publicznej w ramach Inwestycji Kowno [zarzut ewentualny w stosunku do poprzedniego].
3. Art. 175 w zw. z art. 135 ust. 1 oraz art. 177 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp – przez przyznanie Konsorcjum za doświadczenie powołane na potrzeby spełnienia kryterium selekcji z pkt 18.2.2 OPIW 1 punktu za każdą kolejną usługę zarządzania energią obejmującą liczbę co najmniej 5 tys. oprav oświetleniowych typu LED, niezależnie od tego, ile oprav obejmowała dana usługa, podczas gdy Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 do treści OPIW udzielonej 22 września 2023 r. wskazał wprost, że będzie przyznawał każdorazowo 1 punkt za każdą wielokrotność liczby 5 tys. sztuk oprav oświetleniowych typu LED objętych daną usługą zarządzania energią, a zatem wniosek Konsorcjum powinien otrzymać 10 punktów w tym kryterium selekcji (a nie 4 punkty).

Odwołujący B wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
2. Ponownego badania i oceny powyższych wniosków, w tym: a) w kryterium selekcji z pkt 18.2.3. OPIW uwzględnienia przy ocenie wniosku Konsorcjum doświadczenia zdobytego podczas Inwestycji Kowno, b) w kryterium selekcji z pkt 18.2.2. OPIW – przyznanie każdorazowo 1 punktu za wielokrotność liczby 5 tys. sztuk oprav oświetleniowych typu LED objętych daną usługą zarządzania energią.

W odpowiedziach na odwołania z 9 lutego 2024 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty każdego z odwołań i oświadczył, że unieważni dotychczasową ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w ramach ponownego ich badania i oceny:

- 1) uwzględni informacje zawarte w wykazie robót budowlanych Budimexu I,
- 2) odtajni informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez konsorcjum, którego liderem jest ENGIE SERVICES sp. z o.o.,
- 3) uwzględni doświadczenie wynikające z Inwestycji Kowno i przyzna za nią 1 pkt wnioskowi Konsorcjum w kryterium selekcji z pkt 18.2.3. OPIW,
- 4) przyzna wnioskowi Konsorcjum każdorazowo 1 pkt za wielokrotność liczby 5 tys. sztuk oprav oświetleniowych typu LED objętych daną usługą zarządzania energią, tj. dodatkowo 6 pkt w kryterium selekcji z pkt 18.2.2. OPIW.

dokona ponownie badania i oceny wniosków zarzuty każdego z nich oraz zobowiązał się do uczynienia wszystkim zgłoszonym żądaniom.

Do postępowania odwoławczego w żadnej ze spraw nie zostało zgłoszone przystąpienie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie częściowego uznania zarzutów odwołania przez zamawiającego przy jednoczesnym wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 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.

Ponieważ w postępowaniu odwoławczym w powyżej wskazanych sprawach zaistniała sytuacja odpowiadająca hipotezie przywołanego przepisu, Izba – działając na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w tych sprawach na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

O kosztach postępowania odwoławczego w każdej ze spraw orzeczono stosownie do treści art. 575 ustawy pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), nakazując zwrot Odwołującemu A i Odwołującemu B kwoty uiszczonej tytułem wpisu.