Sygn. akt: KIO 2805/23

POSTANOWIENIE

z dnia 5 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Rafał Malinowski

Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :……

……

……

Sygn. akt: KIO 2805/23

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

Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja oświetlenia drogowego w Krakowie w formule Partnerstwa Publiczno-Prywatnego". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 września 2023 r.)zienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2023/S 175-549725.

W dniu 22 września 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu i Opisu Potrzeb ymagań w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od Wykonawcy, o którym mowa odpowiednio w Sekcji III.1.3. pkt 1. i 2 Ogłoszenia oraz pkt 8.3.1. – 8.3.2. OPIW w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji;

2) art. 174 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 177 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp poprzez ustalenie kryteriów selekcji determinujących zaproszenie do udziału w dialogu, opisanych odpowiednio w Sekcji II.2.9 Ogłoszenia oraz pkt 18.2.1 – 18.2.4 OPIW w sposób uniemożliwiający efektywne i realne konkurowanie w jego ramach, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści pkt 8.3.1. – 8.3.2. OPIW oraz pkt 18.2.1 – 18.2.3 OPIW w następujący sposób:

• 8.3. Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu Wykonawcę, który wykaże, że:

8.3.1. nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował co najmniej jedno przedsięwzięcie, obejmujące zainstalowanie opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 2 000 sztuk (w ramach jednej umowy).

8.3.2. nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował co najmniej jedną usługę, która polegała na zarządzaniu energią dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 1 000 sztuk (w ramach jednej umowy) przez okres co najmniej 12 miesięcy.

W przypadku umów długoterminowych (kilkuletnich) obejmujących swoim zakresem zainstalowanie opraw

oświetleniowych oraz świadczenie usług powiązanych, warunek uznaje się za spełniony w przypadku jeżeli dany zakres został wykonany pomimo, że cała umowa nie została zakończona.

Uwaga!

Zamawiający wyjaśnia, że przez „zarządzanie energią" należy rozumieć wykonywanie usług polegających na wdrożeniu systemu pomiarowego i informatycznego, który jest eksploatowany celem monitorowania i optymalizowania zużycia energii (w tym identyfikacja stanów awaryjnych i ich usuwanie) oraz zainstalowaniu infrastruktury telekomunikacyjnej, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem oświetlenia każdej z lamp (w oparciu
o gniazda ZHAGA lub NEMA lub inny system zawierający połączenie czujnika
z oświetleniem).

Zamawiający uzna spełnianie warunków udziału w postępowaniu również w sytuacji, gdy realizacja przedsięwzięcia obejmującego zainstalowanie opraw oświetleniowych typu LED oraz usługa zarządzania energią, zostaną wykazane w ramach realizacji 1 umowy, w tym również umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym lub umowy o poprawę efektywności energetycznej.

• 18.2 Jeżeli liczba Wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału
w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, będzie większa niż 3, wówczas Zamawiający zaprosi do dialogu 3 Wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów, obliczonych w następujący sposób:

18.2.1 za doświadczenie Wykonawcy w zrealizowaniu, w okresie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przedsięwzięcia obejmującego zainstalowanie opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 1 000 sztuk (w ramach jednej umowy); za każde zainstalowane 1 000 sztuk opraw oświetleniowych zostanie przyznany 1 pkt.

18.2.2 za doświadczenie Wykonawcy w zrealizowaniu, w okresie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi, która polegała na zarządzaniu energią dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 1 000 sztuk (w ramach jednej umowy) przez okres co najmniej 12 miesięcy, zostanie przyznany 1 pkt.

18.2.3 za doświadczenie Wykonawcy w zrealizowaniu, w okresie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przedsięwzięcia obejmującego zainstalowanie infrastruktury telekomunikacyjnej, dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 5.000 sztuk, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem oświetlenia każdej opraw oświetleniowych typu LED w oparciu o gniazda ZHAGA lub NEMA lub inny system zawierający połączenie czujnika z oświetleniem (w ramach jednej umowy), zostanie przyznany 1 pkt.

W przypadku umów długoterminowych (kilkuletnich) obejmujących swoim zakresem zainstalowanie opraw oświetleniowych oraz świadczenie usług powiązanych, warunek uznaje się za spełniony w przypadku jeżeli dany zakres został wykonany pomimo, że cała umowa nie została zakończona.

18.2.4 za doświadczenie Wykonawcy w realizacji, w okresie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Projektu PP lub projektem EPC (Energy Performance Contracting) o całkowitej wartości umowy co najmniej 10.000.000,00 złotych brutto, zostanie przyznany 1 pkt.

W dniu 3 października 2023 r. Zamawiający poinformował, że w dniu 2 października 2023 r. dokonał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań,
w związku z czym wygasł substrat zaskarżenia, zaś odwołanie jest bezprzedmiotowe. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał na zmiany, które wprowadził do treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań, w kontekście zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

Zamawiający podał, że dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz OPIW poprzez modyfikację warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.3.1. - 8.3.2. w taki sposób, że nadał im brzmienie:

8.3.1.nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował co najmniej jedno przedsięwzięcie, obejmujące dostawę lub zainstalowanie opraw oświetleniowych typu LED
w liczbie minimum 10.000 sztuk (w ramach maksymalnie trzech umów);

8.3.2.nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował co najmniej jedną usługę, która polegała na zarządzaniu energią dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 5.000 sztuk (w ramach maksymalnie dwóch umów) przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Uwaga!

Zamawiający wyjaśnia, że przez „zarządzanie energią" należy rozumieć wykonywanie usług polegających na dostawie lub wdrożeniu systemu pomiarowego i informatycznego, który jest eksploatowany celem monitorowania i optymalizowania zużycia energii (w tym identyfikacja stanów awaryjnych i ich usuwanie) poprzez zainstalowanie infrastruktury telekomunikacyjnej, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem oświetlenia każdej z lamp w ramach oświetlenia zewnętrznego.

Zamawiający wyjaśnia, że przypadku usług nadal wykonywanych, obejmujących swoim zakresem zainstalowanie opraw oświetleniowych oraz świadczenie usług powiązanych, warunek uznaje się za spełniony w przypadku, jeżeli dany zakres został wykonany, pomimo że cała umowa nie została zakończona.

Zamawiający uzna spełnianie warunków udziału w postępowaniu również w sytuacji, gdy realizacja przedsięwzięcia obejmującego zainstalowanie opraw oświetleniowych typu LED oraz usługa zarządzania energią, zostaną wykazane w ramach realizacji 1 umowy, w tym również umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym lub umowy o poprawę efektywności energetycznej.

W odniesieniu do warunku w zakresie usługi zarządzania energią, Zamawiający wskazał, że w aktualnym brzmieniu odpowiada on obecnej sytuacji na rynku.

Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz OPIW w zakresie kryteriów selekcji określonych w Punktach 18.2.1. - 18.2.3, poprzez nadanie im następującej treści:

18.2.1za doświadczenie Wykonawcy w zrealizowaniu, w okresie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przedsięwzięcia obejmującego dostawę lub zainstalowanie opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 5.000 sztuk (w jednej umowy); za każde zainstalowane 5.000 sztuk opraw oświetleniowych zostanie przyznany 1 pkt.

Uwaga!

W ramach ww. kryterium ocenie zostanie poddane doświadczenie ponad wykazane w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.3.1. OPIW, (tj. zainstalowanie minimum 10.000 sztuk opraw oświetleniowych typu LED).

Zamawiający dopuszcza przedstawienie w celu oceny spełnienia kryterium selekcji więcej niż jednej umowy spełniającej ww. kryterium.

Maksymalna liczba punktów w tym kryterium wynosi 10 pkt.

oraz

18.2.2za doświadczenie Wykonawcy w zrealizowaniu, w okresie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 8 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi, która polegała na zarządzaniu energią dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 5.000 sztuk (w ramach maksymalnie dwóch umów) przez okres co najmniej 12 miesięcy, zostanie przyznany 1 pkt.

Uwaga!

W ramach ww. kryterium ocenie zostanie poddane doświadczenie w realizacji usługi zarządzania energią ponad wykazane w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału
w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.3.2. OPIW (tj. na zarządzaniu energią dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie minimum 5.000 sztuk przez okres co najmniej 12 miesięcy).

Zamawiający dopuszcza przedstawienie w celu oceny spełnienia kryterium selekcji więcej niż jednej umowy spełniającej ww. kryterium.

Maksymalna liczba punktów w tym kryterium wynosi 10 pkt.

Zamawiający poinformował, że w wyniku dokonanych modyfikacji dotychczasowy pkt 18.2.3 zostaje usunięty, a w jego miejsce Zamawiający przenosi treść dotychczasowego pkt 18.2.4.

Zmianie uległa numeracja dotychczasowego pkt 18.2.4, tj. na pkt 18.2.3, który otrzymuje nowe brzmienie:

18.2.3za doświadczenie Wykonawcy w realizacji, w okresie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, projektu PPP lub projektu EPC (Energy Performance Contract)
o całkowitej wartości umowy co najmniej 30.000.000,00 złotych brutto, zostanie przyznany
1 pkt.

Uwaga!

Przez realizację projektu PPP Zamawiający rozumie ogół czynności składających się na realizację projektu PPP lub projektu EPC, obejmujących co najmniej: zaprojektowanie, sfinansowanie, budowę i utrzymanie lub zarządzanie infrastrukturą publiczną, przy czym okres utrzymania lub zarządzania powinien trwać co najmniej 12 miesięcy. Pod pojęciem projektu PPP Zamawiający rozumie zarówno przedsięwzięcia realizowane na podstawie umów o partnerstwie publiczno-prywatnym, jak też umów o poprawę efektywności energetycznej (EPC).

Maksymalna liczba punktów w tym kryterium wynosi 10 pkt.

W dniu 5 października 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie, że wprowadzone przez Zamawiającego zmiany „stanowią w ocenie Odwołującego uwzględnienie odwołania w całości, natomiast jednocześnie Zamawiający wprowadził zmiany, które w przeważającej mierze odpowiadają kierunkowi wniosków sformułowanych przez Odwołującego". W związku z tym, Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i wzajemne zniesienie kosztów.

Wobec powyższych ustaleń oraz złożonych przez strony wniosków o umorzenie postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*. Oświadczenia złożone przez strony postępowania odwoławczego, w tym przez Zamawiającego o dokonanej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań, a także Odwołującego, ozgodności kierunków dokonanych przez Zamawiającego zmian treści dokumentów zamówienia z kierunkiem wniosków Odwołującego, twierdzenie Odwołującego, że w związku z ww. modyfikacją dokumentów zaistniały podstawy do umorzenia postępowania, świadczą o wygaśnięciu substratu zaskarżenia i zbędności postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić Odwołującemu kwotę 20 000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący :……

……

……