

Warszawa, dnia 22 września 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Zarząd Dróg Miasta Krakowa
ul. Centralna 53, 31-586 Kraków
tel. +48 12 616 7000
e-mail: sekretariat@zdmk.krakow.pl

Odwołujący:

Signify Poland Sp. z o.o.
ul. Kossaka 150, 64-320 Piła
REGON: 147031179, NIP: 5272707130
reprezentowany przez pełnomocnika r.pr. Rafała Zygmunta
Kancelaria Prawna Rafał Zygmunt
ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa
e-mail: rkz@rkz.pl, tel./fax: 22 849 97 43

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1) i pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” 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 ze zm.) dalej jako „UPPP”, działając w imieniu Signify Poland sp. z o.o. z siedzibą w Pile (dalej „Odwołujący” lub „Signify”), wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, w tym Opisu Potrzeb i Wymagań oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, w trybie dialogu konkurencyjnego zgodnie z art. 169 Pzp w zw. z art. 4 ust. 1 UPPP, o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „*Modernizacja oświetlenia drogowego w Krakowie w formule Partnerstwa Publiczno-Prywatnego*” nr referencyjny: 1/IX/2023 ("Postępowanie"), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 12 września 2023 r. pod nr 2023/S 175-549725.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ust. 1 UPPP**, przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania, jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia;

- 2) **art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 pkt 9 Pzp w zw. z art. 177 ust. 2 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 UPPP** poprzez określenie w postępowaniu kryteriów selekcji w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny, a także w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) **art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp** poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, co ogranicza konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, a także poprzez zaniechanie wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na ich przygotowanie, pomimo że Zamawiający dokonał istotnych zmian treści ogłoszenia o zamówieniu.

W wyniku naruszenia ww. przepisów uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także złożenia oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Wobec powyższego **Odwołujący wnosi o** uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku UE w dniu 12 września 2023 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

U Z A S A D N I E N I E

Przedmiotem Postępowania jest udzielenie zamówienia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, którego przedmiotem ma być modernizacja oświetlenia drogowego w Krakowie. Zamawiający w dniu 12 września 2023 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu wraz z opisem potrzeb i wymagań (dalej „OPIW”).

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w OPIW określił warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji, które w ocenie Odwołującego są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, są nieobiektywne i ograniczają w sposób nieuzasadniony uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu. W szczególności Odwołujący kwestionuje następujące postanowienia dokumentów zamówienia:

Zarzut 1

W punkcie III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 8.3.1. OPIW Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

1. Wykonawca musi wykazać, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postęp., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, zrealizował co najmniej 1

przedsięwzięcie, obejmujące zainstalowanie opraw oświetleniowych typu LED w liczbie min. 10000 sztuk (w ramach jednej umowy).”

Odwołujący wskazuje, że ww. warunek udziału jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ogranicza w sposób nieuzasadniony konkurencję w niniejszym postępowaniu. W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy realizowali usługę instalacji opraw oświetleniowych typu LED, eliminując przy tym wykonawców, którzy zajmują się dostawą opraw oświetleniowych. Usługa instalacji wykonywana jest niezależnie od dostawy opraw przez wyspecjalizowane przy tym firmy w ramach podwykonawstwa. Powyższy warunek wyklucza zatem podmioty, które są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, w szczególności te, które zajmują się dostawą opraw oświetleniowych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Opisie Potrzeb i Wymagań, w taki sposób, aby w ramach ww. warunku udziału dopuścić na równi z usługą instalacji wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie zrealizowania przedsięwzięć polegających także na dostawie opraw oświetleniowych dla wyspecyfikowanych wyżej ilości.

Zarzut 2

W punkcie III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 8.3.1. OPIW Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„2. Wykonawca musi wykazać, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postę., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował co najmniej jedną usługę, która polegała na zarządzaniu energią dla opraw ośw. typu LED w liczbie min. 5000 sztuk (w ramach jednej umowy) przez okres co najmniej 12 miesięcy.

Uwaga!

Zam. wyjaśnia, że przez „zarządzanie energią” należy rozumieć wykonywanie usług poleg. na wdrożeniu systemu pomiarowego i informatycznego, który jest eksploatowany celem monitorowania i optymalizowania zużycia energii (w tym identyfikacja stanów awaryjnych i ich usuwanie) oraz zainstal. Infrastruktury telekomunikacyjnej, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem ośw. każdej z lamp (w oparciu o gniazda ZHAGA lub NEMA).”

Odwołujący wskazuje, że ww. warunek udziału jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ogranicza w sposób nieuzasadniony konkurencję w niniejszym postępowaniu. W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy realizowali usługi polegające na wdrożeniu systemu pomiarowego i informatycznego, który jest eksploatowany celem monitorowania i optymalizowania zużycia energii (w tym identyfikacja stanów awaryjnych i ich usuwanie) oraz usługę zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem oświetlenia każdej z lamp. Zamawiający eliminuje przy tym wykonawców, którzy zajmują się

dostawą opraw oświetleniowych. Usługa instalowania infrastruktury jest wykonywana przez specjalistyczne podmioty, które najczęściej występują w tego rodzaju postępowaniach w charakterze podwykonawstwa. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, który posiada doświadczenie w zakresie dostawy wraz z wdrożeniem zainstalowanej infrastruktury telekomunikacyjnej nie może należycie zrealizować tego rodzaju przedsięwzięcia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Opisie Potrzeb i Wymagań, w taki sposób, aby w ramach ww. warunku udziału dopuścić wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie zrealizowania przedsięwzięć polegających na dostawie wraz z wdrożeniem zainstalowanej infrastruktury telekomunikacyjnej, dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie min. 5000 szt, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem oświetlenia każdej opraw oświetleniowej typu LED w oparciu o gniazda ZHAGA lub NEMA (w ramach 1 umowy) przez okres 12 miesięcy.

Zarzut 3

W punkcie II.2.9 w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w ślad za sprostowaniem do ogłoszenia z dnia 18.09.2023, Zamawiający postawił następujące kryterium selekcji:

„Jeżeli liczba Wyk., którzy spełniają war. udziału w postęp., będzie większa niż 3, wówczas Zam. zaprosi do dialogu 3 Wyk., którzy uzyskają najw. liczbę pkt, oblicz. w sposób określ. poniżej:

-za dośw. Wyk. w zrealiz., nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszcz. do udziału w postęp., a jeżeli okres prowadz. działaln. jest krótszy, w tym okresie, przedsięwzięcia obejm. zainstal. opraw ośw. typu LED w liczbie min. 5000 szt (w ramach 1 umowy); za każde zainstal. 5000 szt opraw ośw. zostanie przyznany 1pkt.

W ramach ww. kryt. ocenie zostanie poddane dośw. ponad wykazane w celu potw. speł. war. udziału w postęp.(tj. zainstal. min. 10000 szt opraw ośw. typu LED).

Zam. dopuszcza przedst. w celu oceny speł. kryt. selekcji więcej niż 1 umowy speł.j ww. kryterium.

Max liczba pkt w tym kryt. wynosi 10pkt”

Analogicznie wymaganie postawiono w punkcie 18.2.1. OPIW.

Odwołujący wskazuje, że ww. kryterium selekcji jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jest nieobiektywne i ogranicza w sposób nieuzasadniony konkurencję w niniejszym postępowaniu. W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający ogranicza ww. kryterium selekcji wyłącznie do usługi instalacji opraw oświetleniowych typu LED, eliminując przy tym wykonawców, którzy zajmują się dostawą opraw oświetleniowych. Usługa instalacji wykonywana jest niezależnie od dostawy opraw przez wyspecjalizowane przy tym firmy w ramach podwykonawstwa. Powyższe kryterium wyklucza zatem podmioty, które są

w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, w szczególności te firmy, które zajmują się dostawą opraw oświetleniowych.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Opisie Potrzeb i Wymagań, w taki sposób, aby w ramach ww. kryterium selekcji punktować na równi z usługą instalacji, przedsięwzięcia polegające na dostawie opraw oświetleniowych dla wyspecyfikowanych wyżej ilości.

Zarzut 4

W punkcie II.2.9 w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w ślad za sprostowaniem do ogłoszenia z dnia 18.09.2023, Zamawiający postawił następujące kryterium selekcji:

„-za dośw. Wyk. w zrealiz. nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszcz. do udziału w postęp., a jeżeli okres prowadz. działaln. jest krótszy, w tym okresie, przedsięwzięcia obejm. zainstal. infrastr. telekom., dla opraw ośw. typu LED w liczbie min. 5000 szt, umożliw. indywid. sterowanie poziomem ośw. każdej opraw ośw. typu LED w oparciu o gniazda ZHAGA lub NEMA (w ramach 1 umowy), zostanie przyznany 1pkt.

Zam. dopuszcza przedst. w celu oceny speł. kryt. selekcji więcej niż 1 umowy speł.j ww. kryterium.

Max liczba pkt w tym kryt. wynosi 10pkt”

Analogicznie wymaganie postawiono w punkcie 18.2.3. OPIW.

Odwołujący wskazuje, że ww. kryterium selekcji jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieobiektywne i ogranicza w sposób nieuzasadniony konkurencję w niniejszym postępowaniu. W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy realizowali usługę polegającą na wdrożeniu systemu pomiarowego i informatycznego, który jest eksploatowany celem monitorowania i optymalizowania zużycia energii (w tym identyfikacja stanów awaryjnych i ich usuwanie) oraz usługę zainstalowania infrastruktury telekomunikacyjnej, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem oświetlenia każdej z lamp. Zamawiający eliminuje przy tym wykonawców, którzy zajmują się dostawą opraw oświetleniowych. Usługa instalowania infrastruktury jest wykonywana przez specjalistyczne podmioty, które najczęściej występują w tego rodzaju postępowaniach w charakterze podwykonawstwa. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, który posiada doświadczenie w zakresie dostawy wraz z wdrożeniem zainstalowanej infrastruktury telekomunikacyjnej nie może należycie zrealizować tego rodzaju przedsięwzięcia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany w dokumentach zamówienia, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Opisie Potrzeb i Wymagań, w taki sposób, aby w ramach ww. kryterium selekcji punkty otrzymywali wykonawcy, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie zrealizowania przedsięwzięć polegających na dostawie wraz z wdrożeniem zainstalowanej infrastruktury

telekomunikacyjnej, dla opraw oświetleniowych typu LED w liczbie min. 5000 szt, umożliwiającej indywidualne sterowanie poziomem oświetlenia każdej opraw oświetleniowej typu LED w oparciu o gniazda ZHAGA lub NEMA (w ramach 1 umowy).

Zarzut 5

Zamawiający jako termin składania wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu ustalił dzień 9.10.2023 r. godz. 11:00.

W art. 16 pkt 1 Pzp ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający wyznaczając terminy składania ofert zobowiązany jest dochować minimalnych terminów określonych ustawie, niemniej jednak jego podstawowym obowiązkiem jest przede wszystkim wyznaczenie takiego terminu, który jest niezbędny wykonawcy dla przygotowania i złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odpowiadającemu wymaganiom zamawiającego. Wyznaczenie odpowiedniego terminu składania ofert jest tym istotniejsze, iż zapewnia wykonawcom niedyskryminujący dostęp do procedury i realizuje podstawowy cel funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Tym samym, ustalając termin składania ofert, zamawiający powinien brać pod uwagę przede wszystkim złożoność zamówienia oraz czas na przygotowanie ofert. Niniejsze postępowanie bez wątpienia jest skomplikowane. Tymczasem za niedopuszczalne należy uznać takie wyznaczenie terminów, które uniemożliwi potencjalnym wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia złożenie wniosku o dopuszczenie do postępowania. Określanie terminów musi każdorazowo korespondować z rzeczywistymi możliwościami wykonawców do złożenia kompletnych i ważnych ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zbyt krótkie terminy ograniczają uczciwą konkurencję.

Ponadto zwrócić należy uwagę, że Zamawiający w toku postępowania modyfikował opis kryteriów selekcji (modyfikacja z dnia 18.09.2023 r.) co spowodowało konieczność zmiany ogłoszenia o zamówieniu i co bez wątpienia stanowi istotną zmianę w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy, dlatego Zamawiający powinien był wydłużyć termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny na ich przygotowanie, a czego zaniechał uczynić.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Opisu Potrzeb i Wymagań poprzez wydłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o jeden miesiąc tj. do dnia 9.11.2023 r. do godz. 11:00.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przede wszystkim przepisy art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 4 ust. 1 UPPP (odnośnie zarzutów nr 1 i nr 2). Zamawiający sformułował bowiem warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie

Krajowej Izby Odwoławczej „Zasada proporcjonalności wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia” (wyrok KIO z dnia 7 marca 2023 r. o sygn. KIO 455/23). Skoro zrealizować przedmiotowe zamówienia bez wątplenia mogą wykonawcy, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie dostaw opraw oświetleniowych, to nie można w niniejszym przypadku mówić o zachowaniu zasady proporcjonalności. W ślad za tym Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lutego 2023 r. o sygn. KIO 224/23 Zamawiający powinien za każdym razem dążyć do takiego opisanie warunków, aby udział w postępowaniu mogli wziąć wykonawcy legitymujący się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Izba nadmieniła przy tym, że przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu należy dążyć do równowagi pomiędzy zapewnieniem gwarancji należytego wykonania zamówienia, a dopuszczeniem do postępowania wykonawców, którzy będą zdolni do jego wykonania. Co ważne, Izba zaznaczyła także, że: „Sam fakt, iż określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego przedsięwzięcia. Bardzo często doświadczenie zdobyte na innych polach wciąż daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a mimo to, przez błędny opis warunków udziału, legitymowanie się takim doświadczeniem uniemożliwia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu.” Wydaje się, że dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

W przedmiocie zarzutów nr 3 i 4 zostały naruszone przepisy art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 pkt 9 Pzp art. 177 ust. 2 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 UPPP.

Jak wskazuje się w art. 7 pkt 9 Pzp stanowiącym definicję kryteriów selekcji, kryteria takie powinny być obiektywne i niedyskryminacyjne. Ponadto skoro kryteria te są powiązane z warunkami udziału w postępowaniu, to jednocześnie dochodzi do naruszenia zasady określonej w art. 112 ust. 1 Pzp w przedmiocie braku zachowania proporcjonalności ww. wymagań do przedmiotu zamówienia. W ślad za tym zostały również naruszone ogólne zasady wyrażone w art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione, dlatego wnoszę jak wyżej.

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z odpisem KRS Odwołującego,
- 2) dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości,
- 3) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.