

Sygn. akt: KIO 595/14

Sygn. akt: KIO 596/14

## WYROK

z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 24 marca 2014 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Landis+Gyr Sp. z o.o. (lider), Landis+Gyr Oy, Iskraemeco d.d., Cube ITG S.A.** z siedzibą dla lidera: **Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 595/14),
- B. w dniu 24 marca 2014 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Landis+Gyr Sp. z o.o. (lider), Landis+Gyr Oy, Iskraemeco d.d., Cube ITG S.A.** z siedzibą dla lidera: **Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 596/14)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LG CNS Co., Ltd. (lider), Eltel Networks A/S, Eltel Networks Olsztyn S.A., WORLDIT Systems Sp. z o.o.** z siedzibą dla lidera **FKI Tower, 24, Yeoui-daero; Yeongdeungpo-gu; Seul (Republika Korei)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 596/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala oba odwołania,**

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Landis+Gyr Sp. z o.o. (lider), Landis+Gyr Oy, Iskraemeco d.d., Cube ITG S.A.** z siedzibą dla lidera: **Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Landis+Gyr Sp. z o.o. (lider), Landis+Gyr Oy, Iskraemeco d.d., Cube ITG S.A.** z siedzibą dla lidera: **Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: Landis+Gyr Sp. z o.o. (lider), Landis+Gyr Oy, Iskraemeco d.d., Cube ITG S.A.** z siedzibą dla lidera: **Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 595/14),

B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 596/14),

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *"Wdrożenie systemu inteligentnego opomiarowania AMI w TAURON Dystrybucja S.A. 1 etap Smart City Wrocław"*, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Tauron Dystrybucja S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Landis+Gyr Sp. z o.o. (lider), Landis+Gyr Oy, Iskraemeco d.d., Cube ITG S.A. (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”] czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na:

1. naruszeniu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 i 16 w zw. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie opisu sposobu oferowania i obliczenia ceny w szczególności w Formularzu oferty, w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia (przedmiotem umowy na dostawę i wdrożenie), a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym wymogu dostarczenia interoperacyjnych liczników dwóch niezależnych producentów,
2. naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz 139 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wymuszający na wykonawcach podanie wyłącznie jednej ceny jednostkowej za dostarczane liczniki dwóch niezależnych producentów, co narusza zasady współżycia społecznego,
3. art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. art. 36 ust. 1 pkt 10 i 16 w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych oraz rażąco nieproporcjonalnych obowiązków w związku z realizacją przedmiotu zamówienia dotyczących zakresu przenoszonych autorskich praw majątkowych nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz złożenia kopii kodu źródłowego u zamawiającego w sposób niegwarantujący należytej ochrony tego kodu oraz określenie zbyt szerokiego i niedookreślonego zakresu przesłanek uprawniających do skorzystania przez zamawiającego z kodu źródłowego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uwzględnienia odwołania,
2. zmiany treści SIWZ w szczególności pozycji 1-2 oraz 10-11 pkt I Formularza oferty oraz § 9 umowy na dostawę i wdrożenie, poprzez umożliwienie podania oddzielnych cen jednostkowych za liczniki dwóch niezależnych producentów w sposób wynikający z opisu przedmiotu zamówienia (przedmiotu umowy na dostawę i wdrożenie) oraz możliwości podania cen jednostkowych dla liczników działających w technologii GPRS i/lub GPRS/UMTS zamiast w technologii PLC,
3. zmiany wzoru umowy na dostawę i wdrożenie w pkt 10.12 dotyczącym przeniesienia praw do danych zgromadzonych w Systemie AM1, poprzez usunięcie wymogu przekazania zamawiającemu wszelkich posiadanych przez wykonawcę autorskich praw majątkowych i ograniczenie tego wymogu do obowiązku przeniesienia praw w zakresie niezbędnym dla wykonania przedmiotu zamówienia,
4. zmiany wzoru umowy na dostawę i wdrożenie w pkt 10.16 dotyczącym złożenia kopii kodu źródłowego, poprzez wprowadzenie możliwości złożenia jednej kopii kodu źródłowego oprogramowania do depozytu u niezależnej strony trzeciej oraz zmiany pkt 10.16, poprzez wykreślenie pkt b) oraz usunięciu przesłanki rozwiązania Umowy Serwisowej z pkt f), a także określenie zamkniętego, a nie otwartego katalogu sytuacji, w których z kodu źródłowego można skorzystać.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt V. I Instrukcji Dla Wykonawców (dalej „IDW”) zamawiający wymaga interoperacyjności i wymienności liczników, w związku z czym wykonawcy muszą dostarczyć liczniki AMI dwóch producentów według proporcji: udział 60% - Producent A, udział 40% - Producent B.

Wskazał, że zamawiający przez producenta rozumie przedsiębiorcę, prowadzącego działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź dołączając do niego swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie.

Wskazał także, że w pkt I Formularza Oferty zamawiający wprowadził tabelaryczne zestawienie do uzupełnienia przez wykonawców o ceny jednostkowe poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, dodając, że podobne postanowienia zawiera § 9 Umowy AMI. Podniósł, że w zakresie interoperacyjnych i wymiennych liczników dwóch producentów, zamawiający w pozycji 1-2 i 10-11 pkt I Formularza Oferty oraz w § 9 Umowy AMI zestawiał łącznie liczniki jednofazowe bezpośrednie, liczniki trójfazowe bezpośrednie bez rozróżnienia na liczniki dostarczane przez Producenta A oraz dostarczane przez Producenta B i przewidując możliwość podania wyłącznie jednej ceny jednostkowej

przez wykonawców łącznie dla oferowanych liczników dwóch producentów.

Wyjaśnił, że jego zdaniem interoperacyjność liczników oznacza wymiennosc urządzeń rozumianą jako zdolność do zastąpienia urządzenia jednego producenta przez urządzenie innego producenta bez konieczności zmian w innych elementach systemu, w konsekwencji czego - zgodnie z pkt V. I IDW oraz § 2.4.2 Umowy AMI, wykonawcy zobowiązani są dostarczyć wymienne liczniki dwóch niezależnych producentów, tj. producentów, którzy niezależnie od siebie, a w szczególności nie będąc w tej samej grupie kapitałowej oraz nie będąc powiązani umowami licencyjnymi, prowadzą działalność polegającą na wytwarzaniu liczników lub występują w obrocie jako wytwórcy.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż z uwagi na wymóg dostarczenia liczników dwóch niezależnych producentów, pkt I Formularza Oferty oraz § 9 Umowy AMI powinien być uzupełniony o dodatkowe pola umożliwiające zaproponowanie dwóch różnych cen jednostkowych za liczniki dwóch niezależnych producentów. Skoro bowiem na część zamówienia składa się dostawa liczników Producenta A oraz odrębnie dostawa liczników Producenta B, to pkt i Formularza Oferty oraz § 9 Umowy AMI powinien zawierać wyraźnie wyodrębnione pola umożliwiające zaproponowanie różnych cen jednostkowych.

W ocenie odwołującego w obecnym kształcie pkt I Formularza Oferty oraz § 9 Umowy AMI nakazuje wykonawcom niczym nie uzasadnione podawanie średniej ceny jednostkowej dla dwóch różnych liczników niezależnych producentów, co nie tylko nie odpowiada praktyce rynkowej, ale może nawet dodatkowo prowadzić do naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący stanął także na stanowisku, iż z uwagi na wprowadzoną w punkcie V.1 IDW możliwość dostarczenia przez wykonawcę liczników, które będą działały w technologii GPRS i/lub GPRS/UMTS zamiast w technologii PLC, pkt 1 Formularza Oferty powinien zawierać wyraźne pole umożliwiające podanie cen jednostkowych dla takich liczników jednofazowych oraz trójfazowych.

W zakresie pkt 10.12 oraz 10.16 Umowy AMI odwołujący uznał, iż zamawiający ukształtował warunki opisane w tych punktach w sposób nadmierny, nie uzasadniony przedmiotem zamówienia i prowadzący do rażącego pokrzywdzenia drugiej strony umowy czyli wykonawcy.

Podniósł, że dostarczany przez wykonawców w ramach wykonania zamówienia przedmiot chroniony jest szeregiem praw własności intelektualnej i przemysłowej, co do których wyłączne prawa przysługują wykonawcom, wobec czego wymóg przekazania autorskich praw majątkowych powinien być ograniczony do obowiązku przeniesienia praw w zakresie niezbędnym dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Uznał nadto, że obowiązek określony w pkt 10.16 Umowy AMI, tj. przekazanie kopii kodu źródłowego do depozytu zamawiającego jest nieproporcjonalny. Podniósł, że obowiązek przekazania kopii kodu źródłowego stronie umowy może nie gwarantować należytej ochrony tego kodu, istotnie zwiększając ryzyko naruszenia i skopiowania kodu źródłowego.

W ocenie odwołującego, z uwagi na specyfikę oprogramowania dotyczącego systemów AMI, istotności kodu źródłowego oprogramowania jako przewagi konkurencyjnej wobec innych wykonawców, nawet jeśli uznać, iż wymóg żądania przekazania kopii kodu źródłowego jest uzasadniony, jego przekazanie może odbywać się jedynie do depozytu niezależnej strony trzeciej.

Stwierdził, że należy wykreślić pkt b) w pkt 10.16 Umowy AMI oraz usunąć przesłankę rozwiązania Umowy Serwisowej z pkt f), a także określić zamknięty, a nie otwarty, katalog sytuacji w których z kodu źródłowego można skorzystać.

Ten sam wykonawca (dalej nadal „odwołujący”) wniósł w tym postępowaniu odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszeniu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i w rezultacie zaniechaniu wykluczenia wykonawcy konsorcjum Firm LG CNS Co. Ltd, Eltel Networks A/S, Elten Networks Olsztyn S.A., Worldit Systems sp. z o.o. (dalej „przystępujący”) ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez przedstawienie niewłaściwego w rozumieniu Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenie”) dokumentu na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia przystępującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do dalszego etapu postępowania, w tym przystępującego,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego z postępowania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania

warunków udziału w postępowaniu, zgodnie zaś z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwa skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Podał, że przystępujący, na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2014 r. (sygn. KIO 191/14, KIO 192/14, KIO 200/14, KIO 202/14, KIO 205/14) został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dotyczących potwierdzenia braku karalności urzędującego członka organu zarządzającego firmy Eltel Networks A/S wchodzącej w skład konsorcjum przystępującego pana J..... P..... L.....

Podał także, że pismem z dnia 10 marca 2014 r. przystępujący uzupełnił dokument, przedstawiając dokument wydany przez Legal Register Centre w dniu 14 lutego 2014 r., zawierający adnotację, iż Centrum Rejestru Prawnego Hameenlinna, Finlandia, oświadcza, że Fiński Rejestr Karny nie zawiera informacji na temat wskazanego obywatela Finlandii, nazwisko J..... P..... L..... nr. id 101265-173F w dniu wystawienia wyciągu oraz adnotację, iż Fiński Rejestr Karny nie zawierał informacji na temat tej osoby również dnia 12 grudnia 2013 r.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 14 marca 2014 r., zamawiający poinformował wykonawców, iż dopuścił przystępującego do udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego przedstawiony przez przystępującego dokument nie potwierdza braku zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp na dzień przed 13 grudnia 2013 r., tj. przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w związku z tym jest dokumentem nieprawidłowym w rozumieniu Rozporządzenia.

Zdaniem odwołującego wzmianka w zaświadczeniu o niekaralności wydanym w dniu 14 lutego 2014 r., iż potwierdza stan z przeszłości na dzień 12 grudnia 2013 r. może nie odpowiadać sytuacji rzeczywistej w tej dacie z uwagi na instytucję zatarcia skazania obowiązującą w prawie Finlandii, w szczególności w ustawie o Rejestrze Karnym (*Criminal Records Act*).

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2012 r. sygn. KIO 412/12, w którym Izba uznała, iż: *"Podkreślić należy, że zaświadczenie o niekaralności potwierdza stan na moment jego wydania, a więc nie jest możliwe jego*



*uzyskanie z datą wsteczną. Tym samym nie ma możliwości uzupełnienia tego dokumentu w następstwie wezwania przez zamawiającego w ten sposób, aby zaświadczenie wystawione po dacie terminu składania ofert potwierdzało niekaralność na dzień składania ofert".*

Odwołujący stanął na stanowisku, że wobec faktu, iż zamawiający wzywał już przystępującego do uzupełnienia dokumentów, to zamawiający powinien był wykluczyć z Postępowania przystępującego z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę braku zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 7 kwietnia 2014 r., pisma uczestnika postępowania z dnia 7 kwietnia 2014 r. (w sprawie o sygn. akt KIO 596/14), a także stanowisk stron i przystępującego (w sprawie o sygn. akt KIO 596/14) zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 595/14 i KIO 596/14, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego się w każdej ze spraw, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

#### Sprawa o sygn. akt KIO 595/14

Izba dopuściła następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”),
2. Zaproszenia do składania ofert z dnia 14 marca 2014 r. skierowanego do odwołującego.

Zarzuty:

opisu sposobu oferowania i obliczenia ceny w Formularzu ofertowym w sposób sprzeczny z opisem przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w tym wymogu dostarczenia interoperacyjnych liczników dwóch niezależnych producentów, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 i 16 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz  
ukształtowania treści SIWZ w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wymuszający na wykonawcach podanie wyłącznie jednej ceny jednostkowej za dostarczone liczniki dwóch niezależnych producentów, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp  
nie potwierdziły się.

Odwołujący zaprezentował w odwołaniu swoje stanowisko i argumentację odnośnie do obu zarzutów łącznie, stąd także łącznie odnosi się do nich skład orzekający Izby.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale V *Opis przedmiotu zamówienia* pkt 1 *Liczniki AMI Odbiorców* lit. a i b SIWZ zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest:

- dostawa 212 000 szt. fabrycznie nowych liczników jednofazowych, bezpośrednich działających w technologii PLC; zamawiający przewidział także prawo opcji, tj. zwiększenie liczby zamawianych urządzeń o 20% (dodatkowo 42 400 szt.) – informację co do opcji zamawiający ujął zarówno w Rozdziale V pkt 1, jak i w Rozdziale V pkt 11 *Zestawienie opcji SIWZ*,
- dostawa 116 500 szt. fabrycznie nowych liczników trójfazowych, bezpośrednich działających w technologii PLC; zamawiający przewidział także prawo opcji, tj. zwiększenie liczby zamawianych urządzeń o 20% (dodatkowo 23 300 szt.) – informację co do opcji zamawiający ujął zarówno w Rozdziale V pkt 1, jak i w Rozdziale V pkt 11 *Zestawienie opcji SIWZ*.

W dalszej części Rozdziału V pkt 1 zamawiający zastrzegł, że wymaga interoperacyjności i wymienności ww. liczników, w związku z czym wykonawca ma obowiązek dostarczyć liczniki AMI dwóch producentów (zamawiający zdefiniował jak rozumieć należy pojęcie „producent” w przedmiotowym postępowaniu) wg proporcji 60% (producent A) i 40% (producent B), co zamawiający odniósł także do liczników, których

zakup przewidział w ramach opcji. Urządzenia obu producentów muszą funkcjonować w tym samym standardzie (IDIS albo OSGP albo PRIME).

Zamawiający dopuścił ponadto, aby spośród ww. wskazanych liczników jednofazowych i trójfazowych nie więcej niż odpowiednio 11 000 szt. i 6 500 szt. działało w technologii GPRS i/lub GPRS/UMTS zamiast w technologii PLC.

Zgodnie z Rozdziałem XII *Opis sposobu przygotowywania ofert* pkt 9 lit. a oferta musi zawierać „Wypełniony i podpisany Formularz ofertowy – wg wzoru z Załącznika nr 1 do IDW”. W pkt. 8 Rozdziału XII zamawiający podał, że „Wzory dokumentów i oświadczeń dołączone do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty bądź też przygotowane przez Wykonawcę w innej formie, lecz o treści wymaganej w niniejszej SIWZ”.

W Rozdziale XV *Opis sposobu obliczenia ceny* zamawiający wskazał, że w Formularzu oferty wykonawca ma podać ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia oraz realizację dostaw w ramach opcji w rozbiciu na ceny jednostkowe netto, podatek VAT, łączną wartość netto i brutto w szczególności za liczniki jednofazowe bezpośrednie oraz liczniki trójfazowe bezpośrednie, przy czym zaznaczenia wymaga, że odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia przepisu art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W pozycji 1 tabeli ujętej w Formularzu ofertowym zamawiający zażądał podania w złotych: ceny jednostkowej netto licznika jednofazowego bezpośredniego, łącznej ceny netto, podatku VAT oraz łącznej ceny brutto 212 000 szt. tych liczników, w pozycji 2 tabeli ujętej w Formularzu ofertowym zamawiający zażądał podania w złotych: ceny jednostkowej netto licznika trójfazowego bezpośredniego, łącznej ceny netto, podatku VAT oraz łącznej ceny brutto 116 500 szt. tych liczników, w pozycji 10 tabeli ujętej w Formularzu ofertowym zamawiający zażądał podania w złotych: ceny jednostkowej netto licznika jednofazowego bezpośredniego, łącznej ceny netto, podatku VAT oraz łącznej ceny brutto 42 400 szt. tych liczników – w ramach prawa opcji, w pozycji 11 tabeli ujętej w Formularzu ofertowym zamawiający zażądał podania w złotych: ceny jednostkowej netto licznika trójfazowego bezpośredniego, łącznej ceny netto, podatku VAT oraz łącznej ceny brutto 23 300 szt. tych liczników – w ramach prawa opcji.

W odwołaniu odwołujący argumentował, że Formularz ofertowy w obecnym kształcie nakazuje wykonawcom „niczym nie uzasadnione podawanie średniej ceny jednostkowej dla dwóch różnych liczników niezależnych producentów, co nie tylko że nie odpowiada praktyce

rynkowej, a może nawet dodatkowo prowadzić do naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Na rozprawie odwołujący stwierdził, że „nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający „ulepszył” treść Formularza ofertowego i zawarł w nim możliwość wskazania odrębnych cen odpowiednio do producenta danego licznika”, a także wskazał, że „w skład odwołującego się konsorcjum wchodzi dwaj niezależni producenci (...), stąd cena licznika jednego producenta nie jest taka sama w przypadku ceny drugiego producenta, co może narazić jednego z nich na zarzut sprzedaży liczników poniżej kosztów ich wytworzenia, wskazuje również na potencjalne zagrożenie zarzutu „dogadywania się” ze swoim konkurentem”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Porównanie opisu przedmiotu zamówienia (tak co do rodzaju urządzeń, jak i ich liczby) ujętego przez zamawiającego w Rozdziale V pkt 1 SIWZ z opisem ujętym w Formularzu ofertowym w pozycjach 1,2,10 i 11 (których zmiany domaga się odwołujący) prowadzi do wniosku, że zamawiający nie zawarł w tych dwóch miejscach SIWZ sprzecznych ze sobą informacji ani w zakresie zamówienia podstawowego, ani zamówienia przewidzianego w ramach opcji, ponieważ w miejscach tych mowa jest o tych samych licznikach jednofazowych i trójfazowych bezpośrednich działających w technologii PLC w takich samych ilościach (212 000 szt., 116 500 szt. 42 400 szt. i 23 300 szt.).

W ocenie składu orzekającego Izby jakakolwiek sprzeczność nie zachodzi także w odniesieniu do urządzeń działających w innej niż PLC technologii (GPRS i/lub GPRS/UMTS), ponieważ zamawiający w Rozdziale V pkt 1 SIWZ akapit ostatni wprost wskazał, że dostawa tych urządzeń we wskazanej przez zamawiającego ilości, tj. maksymalnie 11 000 szt. i 6 500 szt. – o ile wykonawca zdecyduje się je zaoferować – ma nastąpić w ramach ilości liczników jedno i trójfazowych bezpośrednich, co oznacza jednocześnie, że wykonawcy w Formularzu ofertowym w ramach pozycji 1,2,10 i 11 odnoszących się do liczników jedno i trójfazowych bezpośrednich winni ująć ceny urządzeń w technologii innej niż PLC w licznie nie przekraczającej 11 000 i 6 500 szt.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uznał, że postanowienia SIWZ, tj. IDW – Instrukcja dla Wykonawców (będącej jej częścią Rozdział V zawierający opis przedmiotu zamówienia) oraz Formularz ofertowy (Załącznik nr 1 do IDW) nie są ze sobą sprzeczne.

Odwołujący zakwestionował jednoznaczność, wyczerpujący oraz uwzględniający wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty charakter dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia wyłącznie jako konsekwencję sprzeczności opisu zawartego w Rozdziale V z opisem zawartym w Formularzu ofertowym.

Wobec powyższego i uznania przez skład orzekający Izby braku sprzeczności postanowień SIWZ w podnoszonym przez odwołującego zakresie skład orzekający Izby uznał także, że postanowienia te są jednoznaczne, wyczerpujące i uwzględniające wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, że Formularz ofertowy w obecnym kształcie nakazuje wykonawcom „niczym nie uzasadnione podawanie średniej ceny jednostkowej dla dwóch różnych liczników niezależnych producentów, co nie tylko że nie odpowiada praktyce rynkowej, a może nawet dodatkowo prowadzić do naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” skład orzekający Izby wskazuje, że ocena przez Izbę zgodności żądania przez zamawiającego podania „uśrednionej” ceny z praktyką rynkową pozostaje bez znaczenia, ponieważ Izba orzekać może wyłącznie co do niezgodności działań/zaniechań zamawiającego z przepisami ustawy Pzp (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Co do możliwości naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w ramach naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), w odniesieniu do której odwołujący na rozprawie dodatkowo podał, że „w skład odwołującego się konsorcjum wchodzi dwaj niezależni producenci (...), stąd cena licznika jednego producenta nie jest taka sama w przypadku ceny drugiego producenta, co może narazić jednego z nich na zarzut sprzedaży liczników poniżej kosztów ich wytworzenia”, a nadto na zarzut „dogadywania się” ze swoim konkurentem, skład orzekający Izby wskazuje, że argument o różnych cenach urządzeń różnych producentów jest tyleż oczywisty (trudno zakładać identyczność cen urządzeń różnych producentów), co ogólnikowy, a nadto że kwestie ilości i cen urządzeń różnych producentów dostarczanych w ramach wykonania przedmiotowego zamówienia oraz kwestie rozliczeń pomiędzy producentami, będącymi jednocześnie członkami konsorcjum wspólnie ubiegającymi się o to zamówienia mogą być regulowane we wzajemnych umowach między tymi podmiotami (w nich mogą być ujawnione nie uśrednione ceny jednostkowe).

Jako, że § 2 pkt 2.4. i § 9 wzoru umowy na dostawę i wdrożenie systemu inteligentnego opomiarowania (Część II SIWZ) jest powieleniem danych zawartych w Rozdziale V pkt 1 SIWZ oraz w Formularzu ofertowym (w zakresie zamówienia

podstawowego) powyższe rozważania Izby pozostają także aktualne w odniesieniu do wzoru umowy.

Argumenty odwołującego zaprezentowane na rozprawie („nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający „ulepszył” treść Formularza ofertowego i zawarł w nim możliwość wskazania odrębnych cen odpowiednio do producenta danego licznika” oraz „brak zmiany treści SIWZ doprowadzi ostatecznie, że wykonawcy składając oferty pozostawią jawnym jedynie Formularz ofertowy i obejmą tajemnicą przedsiębiorstwa pozostałą część oferty, co uniemożliwi w szczególności Odwołującemu weryfikację treści ofert”) prowadzą do wniosku, że postanowienia SIWZ w obecnym brzmieniu nie tyle utrudniają odwołującemu złożenie oferty i uczciwe konkutowanie, ile są dla odwołującego mniej dogodne, niżby chciał ze względu na skład swojego konsorcjum (dwóch producentów) oraz ze względu na możliwość weryfikacji przez odwołującego w przyszłości ofert potencjalnych konkurentów.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut nałożenia na wykonawcę uciążliwych warunków umownych oraz rażąco nieproporcjonalnych obowiązków w związku z realizacją zamówienia dotyczących zakresu przenoszonych autorskich praw majątkowych oraz złożenia kopii kodu źródłowego u zamawiającego w sposób niegwarantujący należytej ochrony tego kodu oraz określenie zbyt szerokiego i niedookreślonego zakresu przesłanek uprawniających do skorzystania przez zamawiającego z kodu źródłowego, czym zamawiający naruszył przepis art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 10 i 16 w zw. z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Na posiedzeniu odwołujący cofnął ten zarzut, stąd biorąc pod uwagę kontrydiktoryjny charakter postępowania przed Izbą uznać należało, że w tym zakresie pomiędzy stronami nie istnieje już spór wymagający rozstrzygnięcia składu orzekającego Izby.

#### Sprawa o sygn. akt KIO 596/14

Izba dopuściła następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).

2. Wezwania przystępującego z dnia 5 marca 2014 r. do uzupełnienia dokumentów.
  3. Wniosku o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów z dnia 6 marca 2014 r.
  4. Zgody zamawiającego z dnia 7 marca 2014 r. na przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów.
  5. Uzupełnienia przez przystępującego dokumentów, pismem z dnia 10 marca 2014 r.
  6. Zawiadomienia z dnia 14 marca 2014 r. o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- a także „standardowego formularza” wydanego przez fiński Krajowy Rejestr Karny (wyciąg z dnia 4 grudnia 2013 r. wydany w odniesieniu do Keijo Oiva Tapio).

Złożone na rozprawie przez odwołującego i przystępującego opinie prawne skład orzekający Izby uznał za stanowiska składających je uczestników postępowania odwoławczego.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez przedstawienie niewłaściwego w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dokumentu na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia z postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 ppkt 8 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 5 marca 2014 r., na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego niekaralność członka zarządu jednego z członków konsorcjum, tj. Eltel Networks A/S - pana J..... P..... L..... . Wezwanie to zostało skierowane w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2014 r. wydanego w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 191/14, 192/14, 201/14 i 205/14.

W piśmie zamawiający wskazał, że załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument wystawiony przez Legal Register Centre datowany na dzień 12 grudnia 2013 r., zgodnie z którym w stosunku do pana J..... P..... L..... na dzień wydania dokumentu nie widniały w rejestrze karnym wpisy dotyczące określonego katalogu przestępstw m.in. uczestnictwa w zorganizowanej organizacji przestępczej, korupcji, oszustw podatkowych i prania brudnych pieniędzy, nie potwierdza, że pan J.....

P..... L..... nie był skazany za wszystkie przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co jest równoznaczne z niewykazaniem braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zamawiający wyznaczył termin uzupełnienia dokumentu na dzień 10 marca 2014 r. godz. 9<sup>00</sup>.

Pismem z dnia 6 marca 2014 r. przystępujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów do dnia 13 marca 2014 r. godz. 15<sup>00</sup>.

Pismem z dnia 7 marca 2014 r. zamawiający wyraził zgodę i przedłużył termin uzupełnienia dokumentów, zgodnie z wnioskiem przystępującego.

W wyznaczonym terminie przystępujący złożył dokument z Centralnego Rejestru Prawnego wydany w dniu 14 lutego 2014 r., w którym oświadczone, że fiński Rejestr Karny nie zawiera żadnych informacji na temat obywatela Finlandii J..... P..... L..... w dniu wystawienia wyciągu.

W dokumencie złożono także oświadczenie o treści: „Fińskie Rejestr Karny nie zawierał informacji na temat wyżej wskazanej osoby również dnia 12 grudnia 2013 r.” Pod dokumentem podpisał się J..... P..... – Sekretarz Rejestru.

Pismem z dnia 14 marca 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym odwołującego, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując iż do dalszego udziału w postępowaniu zostało dopuszczonych 3 wykonawców w tym odwołujący i przystępujący.

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 13 grudnia 2013 r.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, ponieważ „wzmianka w zaświadczeniu o niekaralności wydanym w dniu 14 lutego 2014 r., iż potwierdza ono stan z przeszłości na dzień 12 grudnia 2013 r., może nie odpowiadać sytuacji rzeczywistej w tej dacie, z uwagi na instytucję zatarcia skazania obowiązująca w prawie Finlandii”.

Odwołujący przywołał także fragment orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (odwołujący wskazał na wyrok z dnia 13 marca 2012 r. o sygn. akt KIO 412/12), zgodnie



z którym: „zaświadczenie o niekaralności potwierdza stan na moment jego wydania, a więc nie jest możliwe jego uzyskanie z datą wsteczną”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że formułując zarzut odwołujący podniósł niewłaściwość złożonego przez przystępującego dokumentu z dnia 14 lutego 2014 r. w rozumieniu przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), jednak ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie sprecyzował, na czym owa niewłaściwość polega, stąd nie sposób w ogóle odnieść się do zarzutu i rozpoznać go w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego Izby, poprzez złożony w wyniku uzupełnienia dokument, odnoszący się do pana J..... P..... L..... – członka zarządu Eltel Networks A/S przystępujący wykazał brak istnienia podstaw do wykluczenia go z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z przyczyn, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ dokument z Centrum Rejestru Prawnego został wydany, choć po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu (co ustawa Pzp dopuszcza, a czego odwołujący nie kwestionował) przez uprawniony do tego organ w ramach kompetencji tego organu i zawiera oświadczenie o braku jakichkolwiek informacji w fińskim Rejestrze Karnym o panu J..... P..... L..... w dniu 12 grudnia 2013 r., tj. w przeddzień upływu terminu składania ofert.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że odwołujący, składając na rozprawie „standardowy formularz” wydawany przez fiński Rejestr, nie wykazał jednocześnie, że dokument z dnia 14 lutego 2014 r. (zaświadczenie z Centrum Rejestru Prawnego) został wydany z naruszeniem obowiązujących w Finlandii przepisów prawa. Nadto na rozprawie sam odwołujący stanowczo zaprzeczył, aby w treści odwołania formułował zarzut przekroczenia przez urzędnika wydającego zaświadczenia uprawnień, czy złamania prawa.

Treść oświadczenia z dnia 14 lutego 2014 r. odnosząca się do stanu na dzień 12 grudnia 2013 r. przesądza, jak wymaga tego przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o tym, że złożony na wezwanie zamawiającego dokument (z Centrum Rejestru Prawnego, podpisany przez Sekretarza tego Rejestru) potwierdza niekaralność pana J..... P..... L..... nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Podnieść należy, że odwołujący nie wykazał, że dokument z Centrum Rejestru Prawnego z dnia 14 lutego 2014 r., podpisany przez Sekretarza tego Rejestru nie odpowiada sytuacji rzeczywistej w dacie 12 grudnia 2013 r.

Odwołujący nie wykazał ani tego, że sekretarz Centrum Rejestru Prawnego, który podpisał dokument w dniu 14 lutego 2014 r. nie dysponował w dniu 14 lutego 2014 r. danymi z rejestru, które pozwoliły mu na złożenie oświadczenia odnoszącego się do stanu na dzień 12 grudnia 2013 r., w szczególności nie wykazał, że dane te nie odpowiadają sytuacji rzeczywistej z uwagi na instytucję zatarcia skazania, ani nie wykazał tego, aby sekretarz Centrum Rejestru Prawnego, który podpisał dokument, dysponując danymi z rejestru o karalności pana J..... P..... L..... (w jakimkolwiek zakresie) złożył oświadczenie, które danym tym nie odpowiada.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że przywołany przez odwołującego fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (odwołujący błędnie wskazał, że cytowany fragment pochodzi z wyroku z dnia 13 marca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 412/12 – w sprawie o sygn. akt KIO 412/12 Izba w dniu 5 marca 2012 r. Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania i cytowanego przez odwołującego fragmentu nie zawiera) wiąże brak możliwości potwierdzenia niekaralności na dzień składania ofert po tym terminie z brakiem możliwości uzyskania zaświadczenia niekaralność taką potwierdzającego z datą wsteczną (dokument z datą wsteczną), jednak dostrzeżenia wymaga, że w rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie nie mamy do czynienia z dokumentem „z datą wsteczną”, ale z dokumentem opatrzonym datą jego wydania, odnoszącego się do stanu wcześniejszego, tj. na dzień 12 grudnia 2013 r., a nadto – co podnosił przystępujący w swoim piśmie – wydany wyrok (KIO 413/12 i 414/12) dotyczył aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp wystawionej dla podmiotu mającego siedzibę w Polsce, a podstawę jego wydania stanowiła analiza przepisów regulujących wydawanie zaświadczeń z KRK w Polsce.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów wniesionych odwołań skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, wydając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp orzeczenie łączne w sprawach o sygn. akt KIO 595/14 i KIOP 596/14.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....