

WYROK
z dnia 22 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2017 r. i 21 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADD Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **ADD Production s.r.l. z siedzibą w Kiszyniowie, Mołdawia**

w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Operator sp. z o.o. w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **Sagemcom Poland sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Apator S.A. w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących pkt 3.12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
 - a) wydłużenie terminu składania ofert do minimum 6 miesięcy od dnia przekazania wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub rezygnację z wymogu złożenia wraz z ofertą makiety infrastruktury pomiarowej systemu AMI, o której mowa w pkt 5.2 i 5.3. SIWZ,
 - b) rezygnację z wymogu określonego w pkt 5.1 k SIWZ odnośnie złożenia wraz z ofertą certyfikatów zgodności ze standardami wydanymi przez:
 - G3-PLC Alliance dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1,
 - PRIME Alliance dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2.
 - c) wykreślenie postanowień pkt 4.6 i 4.7 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ),

- d) zastąpienie w postanowieniu § 20.3 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „0,5%” słowami „0,01%”,
 - e) zastąpienie w postanowieniu § 20.4 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „3%” słowami „0,2%”,
 - f) zastąpienie w postanowieniu § 20.5 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „3%” słowami „0,2%”,
 - g) zastąpienie w postanowieniu § 20.6 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „500.000” słowami „100.000”,
 - h) zastąpienie w postanowieniu § 20.7 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „500.000” słowami „50.000”,
 - i) zastąpienie w postanowieniu § 20.8 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „10%” słowami „2%” oraz słów „500.000” słowami „100.000”,
 - j) zastąpienie w postanowieniu § 20.10 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „50%” słowami „20%”,
 - k) zastąpienie w postanowieniu § 20.11 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „10%” słowami „2%”,
 - l) zastąpienie w postanowieniu § 20.12 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „20%” słowami „5%”,
 - m) zastąpienie w postanowieniu § 20.13 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) słów „200.000” słowami „20.000”,
3. w pozostałym zakresie oddała odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża **Enea Operator sp. z o.o. w Poznaniu** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADD Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **ADD Production s.r.l. z siedzibą w Kiszyniowie, Mołdawia**:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADD Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **ADD Production s.r.l. z siedzibą w Kiszyniowie, Mołdawia** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **Enea Operator sp. z o.o. w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADD Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie** oraz **ADD Production s.r.l. z siedzibą w Kiszyniowie, Mołdawia** kwotę **4.376 zł 58 gr** (słownie: czterech tysięcy trzystu siedemdziesięciu sześciu złotych pięćdziesięciu ośmiu groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Enea Operator sp. z o.o. w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa infrastruktury pomiarowej dla pilotażowego wdrożenia inteligentnego opomiarowania (systemu AMI) w Enea Operator sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 grudnia 2015 r. nr 2015/S 249-456043.

Wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert,
- 3) czynności zamawiającego polegającej na sporządzeniu wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego,

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ADD Polska sp. z o.o. sp. k. w Warszawie oraz ADD Production s.r.l. z siedzibą w Kiszyniowie, Mołdawia, zwani dalej „odwołującym”, wnieśli 6 lutego 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie nakazanie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu (przetarg ograniczony) zostało przekazane do publikacji w dniu 21 grudnia 2015 r. i opublikowane w DUUE 2015/S 249-456043 w dniu 24 grudnia 2015 r. Zgodnie z treścią pierwotnie opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu ustalono, że dokumenty postępowania wykonawcy mogą pozyskać w terminie do 18 stycznia 2016 r. Termin składania wniosków o dopuszczenie ustalono na 19 stycznia 2016 r. Terminy te przesuwano odpowiednio na: 26 stycznia, 5 lutego 2016 i 27 stycznia, 8 lutego 2016 r. Pismem z dnia 20 lipca 2016 r., w dniu 22 lipca 2016 r. zamawiający powiadomił o wykonawcach, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu i kwalifikują się do składania ofert. Zamawiający zastrzegł przy tym, że: „Jednocześnie informuje, iż wykonawcy dopuszczeni do udziału w postępowaniu zostaną zaproszeni do składania ofert oraz otrzymają SIWZ w terminie późniejszym, na podstawie odrębnego pisma”. Argumentował, że przekazanie SIWZ i zaproszenie do złożenia oferty

nastąpiło po ponad 6 miesiącach. Termin składania ofert wyznaczono na 27 lutego 2017 r. na godzinę 11.00. Zdaniem odwołującego nie ma obiektywnych przesłanek do tak długiego okresu przygotowania SIWZ. Jednocześnie poświęcając tyle czasu na przygotowanie tego dokumentu w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy, zamawiający postawił niekonkurencyjne i nieproporcjonalne wymagania, jakie mają spełnić wykonawcy ubiegający się o wykonanie zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że zamawiający żąda złożenia makiety urządzeń wraz z ofertą. Żaden producent nie jest w stanie przystosować swoich urządzeń do wymagań klienta w ciągu 1 miesiąca. Cała procedura wymaga zmiany oprogramowania urządzeń oraz co najważniejsze ich odpowiedniego przetestowania, co wymaga zdecydowanie dłuższego czasu. Aby zmiany zostały przeprowadzone w zgodzie ze standardami obiektywnie potrzeba na to około 6 miesięcy (tyle ile wynosił czas przygotowywania SIWZ). Wymaga to także nowych ustaleń z producentami urządzeń. Pierwotnie producenci uwzględniali w swoich rocznych planach konieczność dedykowania zasobów do przeprowadzenia takich zmian w możliwie najkrótszym okresie, ale okres ten miał przypadać na styczeń 2016 r. - zgodnie z informacją zamawiającego, że specyfikację techniczną przekaże w styczniu 2016. - w pierwszej połowie 2016 roku. W świetle powyższego wyznaczenie 1-miesięcznego terminu składania ofert wraz z makietą, w skład której wchodzi próbki dostarczanych urządzeń, narusza konkurencyjność postępowania, bo obiektywnie uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom, którzy nie wiedzieli przed terminem przekazania SIWZ o konieczności złożenia wraz z ofertą makiety urządzeń.

Odwołujący wniósł o:

- 1) wyznaczenie 6 - miesięcznego terminu składania ofert - jeśli oferta ma zawierać makietę, w skład której wchodzić będą próbki dostarczanych urządzeń, lub
- 2) zmianę harmonogramu realizacji projektu:
 - dostawa makiety urządzeń 16 tygodni od podpisania umowy,
 - rozpoczęcie instalacji kontrolnej (PRESTART) 24 tygodnie od podpisania umowy.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający wymaga deklaracji producenta lub informacji z jednostki certyfikującej o rozpoczęciu procedury oceny zgodności z PRIME/G3 - zamiast certyfikatów. Normalną praktyką rynkową jest to, że producent deklaruje zgodność urządzenia, natomiast złożenie certyfikatów następuje w momencie pierwszej dostawy urządzeń. Daje to możliwość należytego i sprawnego wyprodukowania urządzeń, a zamawiającemu pewność, że spełniają one wymagane normy.

Odwołujący wywiódł, że w pkt. 3.12. SIWZ zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmiany stosunku procentowego między liczbą liczników 1f i 3f o maksymalnie 10%. W takiej

sytuacji, producenci w ofercie wkalkulują dostawę 10% liczników trójfazowych, które są droższe.

Odwołujący argumentował, że zamawiający zgodnie z pkt 5.3.9., 5.3.11., 5.3.13., 5.3.21., 5.3.22. SIWZ zakłada ograniczenie czasu na przeprowadzenie testów wskazanych w punkcie 5.3.9.b) do 8 godz. W dokumencie tym nie zawarto precyzyjnej informacji, czy te testy będą przeprowadzane wspólnie z wykonawcą, czy też samodzielnie przez zamawiającego. Jeśli testy będą przeprowadzone samodzielnie przez zamawiającego to najdrobniejszy problem techniczny wynikający z braku doświadczenia osoby testującej może spowodować odrzucenie oferty. Jest to postanowienie dyskryminujące, bo dopuszczające brak obiektywnych i jednolitych zasad dla oceny urządzeń.

Zdaniem odwołującego zawarte w pkt 5.3.28 SIWZ jednostronne rejestrowanie procedury testowania należy uznać za niedopuszczalne, bo umożliwia niekonkurencyjne i nierówne traktowanie wykonawców.

Według odwołującego, ograniczanie konkurencji następuje także poprzez następujące żądanie spełnienia parametrów technicznych takich jak:

- w III, C.1. pkt. 9.34. SIWZ, bo zamawiający wymaga zacisków klatkowych, podczas gdy powszechnie stosowanymi w licznikach są zaciski śrubowe.
- W III, C.1. pkt. 9.34. SIWZ, bo zamawiający podał maksymalne wymiary zewnętrzne koncentratora danych, które mogą być spełnione jedynie przez dwóch producentów.

Do wymagań utrudniających konkurencję i niezasadnych z technicznego punktu widzenia, należy zaliczyć także możliwość nieuwzględnienia w ofercie oprogramowania HES. Jeśli oprogramowanie to nie zostanie zaoferowane to realizacja projektu wydłuży się o 24 miesiące (na ten czas projekt będzie musiał być zawieszony). W ciągu tych 24 miesięcy zamawiający z 1-miesięcznym wyprzedzeniem może wezwać wykonawcę do realizacji zadania. Nie przewiduje jednak wynagrodzenia za ten okres przestoju i gotowości choćby w poczet kosztów utrzymania zespołu projektowego przez te 24 miesiące zawieszenia i dodatkowo 12 miesięcy na realizację zadania. Brak informacji na ten temat oznacza brak jednolitych zasad wyceny a co się z tym wiąże brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, co jest postanowieniem niekonkurencyjnym. Niezwykle istotnym jest także fakt, że takie postanowienie, choć nie jest niezbędne z punktu widzenia wykonania przedmiotu zamówienia, to bardzo istotnie ogranicza autonomię i swobodę działania firmy w tym czasie, prowadząc nawet do uniemożliwienia realizacji innych zadań. Przesądzają o tym niezwykle wygórowane kary umowne, o czym mowa poniżej.

Odwołujący podniósł także, że określone przez zamawiającego wymiary koncentratora danych powodują, że tylko dwóch producentów spełnia wymagania. Taki opis przedmiotu zamówienia zwiększa trudność wykonania oraz powoduje to nieuzasadniony wzrost ceny urządzeń. Żaden z producentów nie jest w stanie dokonać zmian

konstrukcyjnych koncentratora danych uwzględniając podane wymiary w tak krótkim okresie czasu - 30 dni.

Odwołujący wywiódł również, że zgodnie z pkt. 2.9.1. OPZ obliczenie skuteczności odczytu danych pomiarowych będzie realizowane dla każdego podobszaru wdrożeniowego zgodnie z wzorem:

$$SPDR=(PPEo)/(PPEz)$$

gdzie,

SPDR - skuteczność pozyskiwania Profili Rozliczeniowych,

PPEo - liczba PPE kompletnie odczytanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

PPEz - liczba PPE zabudowanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

Obliczenie skuteczności pozyskiwania Danych Pomiarowych - Profili Obciążenia będzie realizowane dla każdego Podobszaru Wdrożeniowego zgodnie ze wzorem:

$$SPDP=(PPEo)/(PPEz)$$

gdzie,

SPDP - skuteczność pozyskiwania danych profilowych,

PPEo - liczba PPE kompletnie odczytanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

PPEz - liczba PPE zabudowanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

Wywiódł, że zamawiający wymaga, aby do obliczenia skuteczności pozyskiwania danych jako wartość wyjściową stosować liczbę PPE zabudowanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym. Na bazie wieloletniego doświadczenia we współpracy z Operatorami Sieci Dystrybucyjnych oraz realizacji wielu projektów AMI na całym świecie, odwołujący wskazywał, iż posiadane przez OSD dane dotyczące liczby PPE zabudowanych na danym obszarze w mniejszym lub większym stopniu różnią się od stanu faktycznego. Wynika to między innymi z faktu, iż sieć elektroenergetyczna „żyje” i w zależności od zaistniałej sytuacji (np. wichury) podlega modyfikacjom, które nie zawsze są ewidencjonowane. Tym samym, rzeczywiste poziomy skuteczności odczytu mogą znacząco różnić się od tych wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący domagał się:

- 1) dopuszczenia deklaracji zgodności producenta urządzenia, następnie złożenia certyfikatów PRIME/G3 w momencie pierwszej dostawy urządzeń,
- 2) dopuszczenia wykonawcy do całej procedury testowania oraz zaniechania ograniczania jej czasowo z góry tak, aby nieprzewidziane okoliczności techniczne/organizacyjne po stronie zamawiającego nie powodowały odrzucenia całej oferty,
- 3) usunięcia zapisu o wymaganym zacisku klatkowym i pozostawienie dowolności producentom. Natomiast zamawiający powinien umieścić wymóg co do maksymalnego przekroju przewodu jaki powinno dać się zamontować z zacisku.

- 4) aby wymagania dot. rozmiarów koncentratora danych uwzględniały wytyczne Wzorcowej Specyfikacji Technicznej PTPiREE,
- 5) aby zamawiający wspólnie z wykonawcą wyznaczył ostateczną liczbę PPE w danym Podobszarze Wdrożeniowym, która będzie traktowana jako wartość wyjściowa do obliczenia skuteczności pozyskiwania Danych Pomiarowych.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że kolejne postanowienie SIWZ ograniczające konkurencyjność to wskazane w załączniku nr 4 do OPZ - Wymagania kompetencyjne i doświadczenie Zespołu Wykonawcy. Zagadnienie to powinno być badane na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 38 ust. 4b Pzp: *„Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.*

Do realizacji zadań 1 i 2 wykonawca winien zapewnić zespół składający się z 7 wysokiej klasy specjalistów (przy realizacji zadania nr 1 i 2 - jest to 14 osób). Zadanie nr 1 obejmuje dostawę ok. 27 tys. urządzeń pomiarowych, a zadanie nr 2 - ok. 36 tys. urządzeń pomiarowych. Ze względu na powyższe wymóg aż 14 osób to wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia a także wykraczający poza próg minimalnych poziomów zdolności umożliwiających ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powyższe twierdzenie uzasadniają doświadczenia innych zamawiających sektorowych sektora energetycznego oraz doświadczenia własne odwołującego. Realizując umowę z PGE S.A. obejmującą dostawę 55 tys. urządzeń pomiarowych, w porównywalnym okresie czasu jaki planuje ENEA, odwołujący wykorzystywał zespół projektowy składający się z 5-ciu osób, które poza działalnością na rzecz realizacji umowy z PGE (ok. 60% czasu) realizowały inne zadania. Wymagania zamawiającego są zatem niewspółmierne do wielkości projektu. Niezależnie od zarzutu braku proporcjonalności, należy też podkreślić, że wymaganie takie jest nieracjonalne i kosztowne, co ma szczególny wymiar w przypadku spółki Skarbu Państwa. Odwołujący domagał się ograniczenia wymagania składu zespołu do 3 osób na każde zadanie, które będą mogły także uczestniczyć w realizacji innych zadań.

W dalszej części odwołujący podniósł, że projekt wzoru umowy zawiera szereg niezwykle restrykcyjnych postanowień tj. kar umownych i uregulowań z nimi zrównanych.

W § 20 pkt 20.13 wzoru umowy zamawiający stwierdził, że: „W przypadku zmiany członka Zespołu Wdrożeniowego Wykonawcy bez zgody Zamawiającego, Zamawiający ma prawo żądać 200 000,00 zł kary umownej”. Jednocześnie § 3 wzoru umowy zawiera bardzo restrykcyjne wymagania w zakresie Zespołu Projektowego Wykonawcy (ZPW). Zgodnie z pkt 3.1 Wzoru umowy przed zawarciem Umowy ZPW podlega akceptacji przez Zamawiającego.

Zamawiający gwarantuje sobie prawo akceptacji zmienianego członek ZPW, a jednocześnie w pkt 3.2 tego paragrafu wymaga, aby Wykonawca zagwarantował, żeby wszyscy członkowie ZPW cały swój czas poświęcili realizacji Przedmiotu Zamówienia (PZ) w zakresie powierzonego im zadania. Takie wymaganie istotnie wpływa na sposób funkcjonowania firmy. Odwołujący domagał się wykreślenia wymagania, aby wykonawca zagwarantował, żeby wszyscy członkowie ZPW cały swój czas poświęcili realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie powierzonego im zadania.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z art. 38 ust. 4b Pzp: *„Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, jest niedopuszczalne dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.”*. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawierało wymagań w zakresie podwykonawców. Jednocześnie zgodnie z art. 36b ust. 2 Pzp (w brzmieniu na dzień ogłoszenia o zamówieniu): *„Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art 26 ust 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia”*. Ze względu na powyższe, regulacje w zakresie podwykonawców w § 4 w pkt 4.6 i 4.7 wzoru umowy naruszają ww. przepisy Pzp. Na podstawie zawartych w SIWZ postanowień wzoru umowy zamawiający może nie zaakceptować jakiegokolwiek zgłoszonego podwykonawcy i utrudnić lub uniemożliwić wykonawcy wykonanie zamówienia. Odwołujący wskazał także, że nawet obecny przepis art. 25a ust. 5 Pzp stanowi:

„Na żądanie zamawiającego, wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu:

1) składa jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8”.

Wymagania te powinny być określone na etapie kwalifikacji, a takiego lub podobnego wymagania nie zawierało ogłoszenie o zamówieniu. Odwołujący domagał się wykreślenia wymagań określonych w pkt 4.6 i 4.7 wzoru umowy.

Odwołujący wywiódł, że określone w §16 wzoru umowy zasady odnośnie wynagrodzenia wykonawcy w sposób nieuzasadniony i dyskryminacyjny naruszają prawa wykonawców. Postanowienia określone w pkt. 16.4. lit. a i b określają podział

wynagrodzenia, jakie będzie wypłacane wykonawcy. Za ledwie 10% wartości dostarczonych urządzeń wypłacane jest po ich dostarczeniu. Natomiast 90% wynagrodzenia będzie wypłacone po zakończeniu i po podpisaniu protokołu odbioru w ramach danego zadania. Odwołujący domagał się zmiany wprowadzającej wypłatę wynagrodzenia po dostarczeniu urządzeń w wysokości 70% po dostarczeniu urządzeń i 30% po zakończeniu danego zadania.

Odwołujący wywiódł także, że w § 20 wzoru umowy określono „Odpowiedzialność/Kary Umowne”. Generalnie poziom kar umownych jest niezwykle wysoki i dotkliwy dla wykonawców. Nie ma on usprawiedliwienia w potrzebie zabezpieczenia praw zamawiającego i rażąco narusza zasadę proporcjonalności. Przede wszystkim w przypadku tak ryzykownego zamówienia jakim jest pilotażowe wdrożenie inteligentnego opomiarowania nie do zaakceptowania jest uzależnienie zapłaty kar umownych z tytułu opóźnienia a nie opóźnienia zawinionego, czyli zwłoki. Pozostałe kwoty kar umownych w żaden sposób nie uzasadniają kwot, jakie są wymagane przez zamawiającego.

Przykładowo przy wartości przedmiotu zamówienia 10 mln zł, w świetle § 20 pkt. 20.4 wzoru umowy kara za sumaryczne opóźnienie 35 dni przekracza wartość przedmiotu zamówienia, czyli wartość oferty wykonawcy.

Odwołujący domagał się aby:

- w pkt 20.3 wartość kary umownej należy obniżyć do 0,01% Wartości Oferty.
- w pkt 20.4 wartość kary umownej należy obniżyć do 0,2% Wartości Oferty.
- w pkt 20.5 (zarówno lit. a i b) wartość kary umownej należy obniżyć do 0,2% Wartości Oferty.
- w pkt 20.6 wartość kary umownej należy obniżyć do 100 000 zł.
- w pkt 20.7 wartość kary umownej należy obniżyć do 50 000 zł.
- w pkt 20.8 wartość kary umownej należy obniżyć do 2% Wartości Oferty i nie więcej niż 100 000 zł.
- w pkt 20.10 wartość kary umownej należy obniżyć do 20% Wartości Oferty.
- w pkt 20.11 wartość kary umownej należy obniżyć do 2% Wartości Oferty.
- w pkt 20.12 wartość kary umownej należy obniżyć do 5% Wartości Oferty.
- w pkt 20.13 wartość kary umownej należy obniżyć do 20 000 zł.
- Brak naliczania kar umownych za okres, w którym Zamawiający pozostaje w zwłoce.

Argumentował, że zasada proporcjonalności przewidziana jest przez dyrektywy regulujące zagadnienia zamówień publicznych (niezależnie od tego, że została wprowadzona wprost do Pzp w trakcie ostatniej nowelizacji).

Odwołujący podniósł także, że jeżeli zamawiający nie dokona odpowiednich zmian w SIWZ, prowadzących do zgodności jej postanowień z wymaganiami SIWZ, postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, a także w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Sagemcom Poland sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Apator S.A. w Toruniu. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikację treści SIWZ, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Sagemcom Poland sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Apator S.A. w Toruniu uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze,

której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie wyznaczania przez zamawiającego terminu składania ofert, dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i sporządzenia postanowień wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, sporządzenie opisu, postanowień wzoru i wyznaczenie terminu składania ofert w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w grudniu 2015 r. przy wyrokowaniu uwzględniono przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 13 lipca 2016 r. poz. 1020), zgodnie z art. 16 ust. 1 ww. ustawy nowelizującej.

Za zasadne uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do wyznaczenia przez zamawiającego zbyt krótkiego terminu złożenia makiety infrastruktury pomiarowej systemu AMI i wiążącej się z tym kwestii wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania ofert.

Zgodnie z art. 134 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp w przypadku zamówień sektorowych, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, *zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni, z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty.*

Z postanowień pkt 5.2. i 5.3 SIWZ wynikało, że wraz z ofertą należy złożyć, w charakterze próbki, makietę infrastruktury pomiarowej systemu AMI. Wymagania co do zawartości ww. makiety zostało określone następująco:

5.3.1 *Wraz z Ofertą Wykonawca dostarcza Makietę Infrastruktury Pomiarowej Systemu AMI przygotowaną według wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ, która będzie obejmować w szczególności zabudowaną na niej Próbkę Urządzeń oraz Zestaw Sprzętowy z*

zainstalowanym oprogramowaniem niezbędnym do przeprowadzenia procedury weryfikacyjnej, które obejmuje Oprogramowanie Narzędziowe oraz oprogramowanie testujące, a także wszelkie pozostałe elementy składające się na Makietę AMI.

5.3.2 Zestaw Sprzętowy w skład którego wchodzi komputer z zainstalowanym oprogramowaniem niezbędnym do realizacji procedury weryfikacyjnej musi spełniać wymagania sprzętowe pozwalające na uruchomienie i eksploatację oprogramowania oraz Próbkę Urządzeń oraz musi umożliwiać jednoczesne podłączenie urządzenia wyświetlającego przez port D-SUB i/lub HDMI, klawiatury i urządzenia wskazującego typu mysz przez port USB. Zestaw Sprzętowy z zainstalowanym oprogramowaniem, powinien również posiadać wszelkie inne elementy sprzętowe, które będą niezbędne do weryfikacji Próbkę Urządzeń pod kątem spełnienia wymagań określonych dla Funkcjonalności Standardowej oraz wymagań określonych w Załączniku nr 1 do OPZ, powtórzonych w Załączniku nr 4 Część C do SIWZ.

5.3.17 Próbkę Urządzeń przedstawiona do badania powinna składać się z następujących Urządzeń Infrastruktury Pomiarowej Systemu AMI oferowanych przez Wykonawcę w ramach danego Zadania:

5.3.17.1 dla Zadania nr 1,2,3 - Liczniki AMI i Koncentratory PLC w ilości:

- o 2 (dwa) Liczniki AMI 1 fazowe bezpośrednio komunikujące się w określonej dla Zadania technice PLC (dalej Licznik AMI PLC),
- o 2 (dwa) Liczniki 3 fazowe bezpośrednio komunikujące się w określonej dla Zadania technice PLC (dalej Licznik AMI PLC).
- o 1 (jeden) Koncentrator PLC komunikujący się z Licznikami AMI w określonej dla Zadania technice PLC,

W pkt 5.3.18 SIWZ wskazano, że urządzenia pomocnicze zabudowane na Makiecie AMI powinny obejmować:

5.3.1.18.1 dla Zadania nr 1,2,3:

- o 1 (jeden) licznik innych mediów, np. wody, gazu, ciepła skomunikowany z Licznikami AMI PLC przez interfejs elektryczny lub radiowy (Wireless M-Bus) Licznika AMI;
- o 1 (jedno) urządzenie będące urządzeniem Sieci ISD np. wyświetlacz domowy, urządzenie mobilne skomunikowane z Licznikami AMI PLC poprzez Moduł ISD odbierające dane przekazywane z Liczników AMI PLC wraz z ich prezentacją,
- o Moduł ISD do każdego Licznika AMI

5.3.8 Wraz z Makietą AMI i Zestawem Sprzętowym Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć:

5.3.8.1 pełną listę deponowanych elementów wchodzących w skład Makiety AMI, o której mowa w pkt 5.3.1 oraz Zestawu Sprzętowego, o którym mowa w pkt 5.3.2 wraz z podaniem ilości, nazwy producenta i unikalnego numeru identyfikacyjnego każdego elementu Makiety AMI i Zestawu Sprzętowego, w tym poszczególnych jego elementów,

5.3.8.2 opis techniczny Makiety AMI wraz ze schematem połączeń Urządzeń Infrastruktury Pomiarowej AMI i Urządzeń Pomocniczych na Makięcie AMI

5.3.8.3 dla oprogramowania niezbędnego do realizacji procedury weryfikacyjnej instrukcję użytkownika w języku polskim

Ustalono także, że zamawiający w pierwotnej treści SIWZ wyznaczył wykonawcom jednomiesięczny termin na złożenie ofert, ustalając go na 27 lutego 2017 r. (pkt 10.1 SIWZ).

Ustalono również, że w dniu 15 lutego 2017 r., po wniesieniu odwołania, zamawiający przesłał wykonawcom modyfikację treści SIWZ, w której przedłużył termin składania ofert do 28 kwietnia 2017 r.

Jak wynikało z przytoczonych postanowień pkt 5 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą skomplikowanej próbki w postaci makiety infrastruktury pomiarowej systemu AMI. Próbka ta stanowiła de facto gotowy produkt, jaki miał być przedmiotem dostawy. Wymagana przez zamawiającego makieta zawierać miała nie tylko dwa liczniki 1 fazowe i dwa liczniki 3 fazowe wraz z koncentratorami. Musiała także zawierać urządzenia pomocnicze, w tym liczniki innych mediów (np.: wodomierz, gazomierz), urządzenia sieci ISD (inteligentnej sieci domowej), a także moduł ISD do każdego licznika AMI. Próbka miała obejmować także zestaw komputerowy wraz z oprogramowaniem, a także opisy techniczne dla makiety, schematy, instrukcje używania dla oprogramowania.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący i przystępujący po jego stronie nie dysponowali gotowymi urządzeniami, spełniającymi specyficzne wymogi zamawiającego, choćby z tego powodu, że dostawa infrastruktury pomiarowej – jak wynikało z samej nazwy postępowania – przeznaczona była dla pilotażowego wdrożenia inteligentnego opomiarowania.

Stwierdzono, że przypadku zamawianych liczników dostosowanie ich do wymogów zamawiającego wymaga podjęcia po stronie potencjalnych wykonawców całej sekwencji działań, których czasochłonność uniemożliwia im przygotowanie i złożenie makiety w zastrzeżonym terminie. Odwołujący i przystępujący po jego stronie wskazywali, że ok. 40 dni zajmuje dostosowanie liczników do specyficznych wymagań zamawiającego. W tym czasie wykonywane są zmiany elektroniczne, następuje dostosowanie oprogramowania tych liczników. Kolejne 45 dni zajmuje wprowadzenie liczników do produkcji, kiedy to też przeprowadzone są badania licznika pod kątem zgodności z wymaganiami, które musi spełniać oraz następuje fizyczne wyprodukowanie urządzenia. Następnie produkt musi być skierowany do akredytowanego laboratorium celem zbadania jego palności w kontekście

pozyskania certyfikatu, o którym mowa w pkt 5.1. lit. n SIWZ. Certyfikacja taka zajmuje ok. 14 dni, co wynikało z wydruku z korespondencji mailowej prowadzonej przez przystępującego Apator z Biurem Badawczym ds. Jakości (dowód nr 17). Ponadto licznik musiał zawierać w swojej pamięci dane pomiarowe z okresu minimum jednego tygodnia, czego wymagał zamawiający w pkt 5.3.19 SIWZ. Czasochłonność powyższych działań wyniosła ok. 4 miesiące, pomijając czas na legalizację oraz integrację i stworzenie samej makiety wraz z wszystkimi elementami towarzyszącymi.

Na czasochłonność tych czynności wskazywały także terminy ustalone w porównywalnym postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A na wykonanie zadania „dostawa liczników energii elektrycznej i koncentratorów dla potrzeby budowy i wdrożenia inteligentnego systemu pomiarowego w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź Miasto”. Dostawa środowiska testowego miała nastąpić w ciągu 90 dni roboczych od podpisania umowy, co daje 4,5 miesiąca. Ponadto 20 dni dodatkowo miały trwać testy, co łącznie dawało 110 dni roboczych od podpisania umowy (dowód nr 1 – wyciąg z SIWZ przedmiotowego postępowania złożony przez odwołującego w trakcie posiedzenia).

Nie bez znaczenia była również treść pkt 3.4. SIWZ, w którym zamawiający przesądził, że nie dopuszcza oferowania urządzeń oraz oprogramowania, które nie istnieją w dniu złożenia oferty lub istnieją w formie prototypu. Wbrew stanowisku zamawiającego wymóg z pkt 3.4. SIWZ jednoznacznie wskazywał na etap ofertowania, zawierał odniesienie do dnia złożenia oferty, a zatem z pewnością nie dotyczył etapu dostawy urządzeń. Zamawiający błędnie zatem utrzymywał, że wymóg legalizacji, obejmujący uzyskanie certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi MID wydawanego przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z dyrektywą 2004/22/WE (pkt 3.4.1 e SIWZ), może być spełniony dopiero na etapie dostawy. Owszem powyższy dokument należało złożyć dopiero w trakcie dostaw, a nie wraz z ofertą (pkt 3.4.1 e SIWZ). Jednakże skoro urządzenie, którego próbka wszak miała być zamontowana na makiecie nie mogło być prototypem już na etapie składania oferty (pkt 3.4 SIWZ), to należało uznać, że winno ono przejść etap prototypowania i być efektem produkcji seryjnej, a zatem winno ww. certyfikat posiadać.

Niezasadne było powoływanie się przez zamawiającego na sekcję II.1.5 pkt 8 ogłoszenia o zamówienia z 24 grudnia 2015 r., w którym zastrzeżono, że zamawiający będzie wymagał na etapie weryfikacji ofert dostarczenia przez oferenta odrębnie dla każdego zadania makiety testowej wraz z próbkami urządzeń. Zamawiający powołując się na przywołane postanowienie utrzymywał, że wykonawcy mogli wcześniej przewidzieć obowiązek złożenia makiety i przygotować się do jej tworzenia. Izba stwierdziła, że postanowienie to nie zawierało dokładnych informacji odnośnie zawartości makiety, której szczegółowy zakres ujawniono dopiero w SIWZ. Natomiast to nie sama konieczność

złożenia próbki, ale szczegóły odnośnie jej zawartości w połączeniu z wymogiem zaoferowania urządzeń niebędących prototypami, były źródłem zarzutów odwołującego.

Zamawiający powoływał się również w trakcie rozprawy na okoliczność, że 14 i 15 lutego 2017 r., podczas testów systemu AMI w ramach badania próbki aplikacji systemu AMI, złożono mu makietę zawierającą liczniki jedno- i trój- fazowe produkcji odwołującego, koncentrator, modem GSM jak również licznik 3-fazowy z komunikacją systemową. Wywiódł, że makietę tę udało się stworzyć w terminie 3 miesięcy. Wzięto pod uwagę, że sam zamawiający przyznał, iż nie zawierała ona urządzeń sieci domowej. Nie zostało zatem wykazane, aby stopień skomplikowania makiety jak również inne uwarunkowania towarzyszące jej tworzeniu, o których wspomniano wcześniej, były podobne.

Jeżeli zamawiający dostrzegł konieczność przedstawienia wraz z ofertą makiety w takiej szczegółowości, jak określono w SIWZ i odnoszącej się do nieprototypowanych urządzeń, to okoliczność tę powinien uwzględnić wyznaczając termin składania ofert. Zgodnie z art. 134 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp termin składania ofert powinien uwzględniać czas potrzebny wykonawcom na przygotowanie i złożenie ofert. Ponieważ elementem oferty miała być też próbka zatem czas, jaki jest wykonawcom niezbędny na jej przygotowanie należało również wziąć pod uwagę. W ocenie Izby zamawiający tej okoliczności nie uwzględnił, gdyż błędnie utrzymywał jakoby w świetle SIWZ można było zaoferować urządzenie niezalegalizowane. Zamawiający przekazał wykonawcom treść SIWZ zawierającą pełną informację na temat zawartości makiety dopiero w dniu 27 stycznia 2017 r., zaś termin składania ofert wyznaczono już na 27 lutego 2017r. Zamawiający nie podjął nawet próby obrony prawidłowości tego terminu w odpowiedzi na odwołania ani w trakcie rozprawy, zatem ewidentnie dopuścił się naruszenia ww. przepisu. Zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Wobec powyższego Izba oceniła także, czy naruszenie nie zostało usunięte przez zamawiającego na moment wyrokowania, biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający 15 lutego 2017 r., przed wydaniem wyroku w sprawie, zmodyfikował treść SIWZ wydłużając termin składania ofert do 28 kwietnia 2017 r. Stwierdzono jednak, że również ten termin – z przyczyn wskazanych wcześniej - był niewystarczający.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzono, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 134 ust. 3 pkt 2 Pzp przez wyznaczenie terminu składania ofert nieuwzględniającego czasu niezbędnego na ich przygotowanie i złożenie. W konsekwencji nakazano zamawiającemu modyfikację treści SIWZ i wydłużenie terminu do minimum 6 miesięcy liczonych od przekazania wykonawcom treści SIWZ lub rezygnację z wymogu złożenia makiety wraz z ofertą.

Za zasadne uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do bezzasadności składania wraz z ofertą certyfikatów zgodności ze standardami wydanymi przez:

- a) G3-PLC Alliance dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1,
- b) PRIME Alliance dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2.

Rzeczywiście zamawiający w pkt 5.1. k SIWZ wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą m.in. certyfikaty zgodności ze standardami wydanymi przez:

- a) G3-PLC Alliance dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1,
- b) PRIME Alliance dla urządzeń będących przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2.

Odwołujący domagał się aby wykonawcy składali certyfikaty dopiero przy dostawie urządzeń, a nie już na etapie ofertowania. Wywodził, że normalną praktyką rynkową jest to, że producent deklaruje zgodność urządzenia, natomiast złożenie certyfikatów następuje w momencie pierwszej dostawy urządzeń.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie argumentował jedynie, że zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 2 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, miał prawo do żądania takiego dokumentu w ramach oferty. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wyjaśnił, dlaczego żąda od wykonawców złożenia omawianych dokumentów wraz z ofertą w sytuacji gdy to cel żądania ich na tym etapie był przedmiotem zarzutu. Owszem zamawiający ma prawo do żądania, aby wykonawcy złożyli takie dokumenty wraz z ofertą. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że w świetle art. 25 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający nie przedstawił Izbie żadnej argumentacji, która pozwalałaby na ustalenie, że sporne dokumenty są mu niezbędne na tym etapie do przeprowadzenia postępowania. Nie ujawnił bowiem celu, dla którego dokumenty mają być przedstawione już na etapie ofertowania. Konieczność przeprowadzenia dowodu na okoliczność, że sporne certyfikaty są zamawiającemu niezbędne do przeprowadzenia postępowania już na etapie ofertowania spoczywała na zamawiającym, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 Pzp. W ocenie Izby zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu modyfikację SIWZ i usunięcie omawianych wymogów w sposób wskazany w sentencji.

Za chybione uznano zarzuty odwołania odnoszące się do czasu trwania testów wskazanych w pkt 5.3.9. lit. b SIWZ.

Odwołujący wywiódł, że postanowienia pkt 5.3.9., 5.3.11., 5.3.13., 5.3.21., 5.3.22. SIWZ zakładają ograniczenie czasu na przeprowadzenie testów wskazanych w punkcie

5.3.9.b) do 8 godz. Odwołujący domagał się zmiany SIWZ i zaniechania ograniczania procedury czasowo z góry.

Stwierdzono, że w pkt 5.3.9 SIWZ zamawiający przewidział, że w ramach procedury weryfikacyjnej dokona badania i oceny ofert w zakresie realizacji Funkcjonalności Standardowej zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ – dla Zadań nr 1, 2 i 3 (...).

W pkt 5.3.21 SIWZ rzeczywiście wskazano, że maksymalny czas realizacji procedury weryfikacyjnej dla jednego zadania wynosić będzie maksymalnie 8 godzin zegarowych, począwszy od momentu zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do realizacji procedury weryfikacyjnej tj. po przygotowaniu do działania Makiety AMI z Próbką Urządzeń i Zestawu Sprzętowego. Jak jednak wynikało z tego samego postanowienia, powyższe ograniczenie czasowe dotyczyło tylko jednego z elementów procedury weryfikacyjnej z ppkt 5.3.9 lit. b SIWZ, a mianowicie jej fragmentu regulowanego w pkt 5.3.23.1. lit. b SIWZ. Zamawiający przewidział jedynie, że reglamentacja czasowa dotknie elementu procedury opisanej następująco: *Wykonawca w obecności Zamawiającego dokona prezentacji realizacji przez Próbkę Urządzeń poszczególnych wymagań w zakresie realizacji Funkcjonalności Standardowej*. Ewidentnie zatem ograniczenie do 8 godzin dotyczyło tylko jednego z elementów procedury, jakim był sam moment prezentacji przez wykonawcę realizacji przez próbkę wymagań w zakresie funkcjonalności standardowej. Funkcjonalności standardowej zaś dotyczył załącznik nr 4 część A do SIWZ, zawierający jedynie 12 scenariuszy testowych, a nie wszystkie funkcjonalności. Dostrzeżenia wymagało zaś, że pozostałe etapy badania próbki, w tym w zakresie określonym w pkt 5.3.9. lit. b SIWZ, będą przedmiotem oceny przeprowadzanej samodzielnie przez zamawiającego w ramach niejawnej czynności badania i oceny oferty. Na powyższe wskazywało szereg postanowień SIWZ. W pkt 5.3.23. 1 lit. d SIWZ była mowa o weryfikacji w ramach badania i oceny ofert następującej po przeprowadzeniu procedury weryfikacyjnej. Zamawiający zastrzegł sobie także prawo do wzywania wykonawców do składania wyjaśnień (pkt 5.3.24 SIWZ). Wreszcie w pkt 5.3.9 zdanie ostatnie, zastrzeżono także, że dokonanie przez zamawiającego weryfikacji próbki w sposób określony w SIWZ, w tym na podstawie jej prezentacji przez wykonawcę, nie uchybia prawom zamawiającego do badania i oceny ofert wynikających z ustawy Pzp. Zarzuty uznano zatem za chybione.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut odwołującego, jakoby w SIWZ nie zawarto precyzyjnej informacji, czy te testy, o których mowa w pkt 5.3.9 lit. b SIWZ, będą przeprowadzane wspólnie z wykonawcą, czy też samodzielnie przez zamawiającego.

W ocenie Izby kwestia ta została precyzyjnie uregulowana w treści SIWZ. W samym pkt 5.3.9 lit. b SIWZ zamawiający wskazał, że procedura uregulowana w tym postanowieniu odbywać się będzie *na podstawie prezentacji Próbkę Urządzeń, realizowanej przez*

Wykonawcę w warunkach opisanych poniżej, zgodnie z opisem i planem, o których mowa w pkt. 5.3.10). Jednakże wskazano, że dokonanie przez zamawiającego weryfikacji próbki w sposób określony w SIWZ, w tym na podstawie jej prezentacji przez wykonawcę, nie uchybia prawom zamawiającego do badania i oceny ofert wynikających z ustawy Pzp

W pkt 5.3.23.1 SIWZ zamawiający przesądził, że w zakresie opisanym w pkt 5.3.9 lit b):

- a) *Zamawiający w obecności Wykonawcy dokona komisijnego otwarcia i potwierdzenia zawartości Makiety AMI, dostarczonej przez Wykonawcę.*
- b) *Wykonawca w obecności Zamawiającego dokona prezentacji realizacji przez Próbkę Urządzeń poszczególnych wymagań w zakresie realizacji Funkcjonalności Standardowej.*
- c) *Prezentacja musi być prowadzona zgodnie z przedstawioną instrukcją korzystania z Próbkę Urządzeń i zgodnie z planem opisanym w pkt 5.3.10 i nie może zawierać żadnych innych elementów uzupełniających, komentarzy lub zakresu rozszerzającego instrukcję,*
- d) *Jeżeli w wyniku weryfikacji w ramach badania i oceny Ofert, po przeprowadzeniu procedury weryfikacyjnej, Zamawiający stwierdzi, iż prezentowana Próbkę Urządzeń nie realizuje Funkcjonalności Standardowej, Oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP.*

Zamawiający zastrzegł sobie także prawo do wzywania wykonawców do składania wyjaśnień w tym również w zakresie procedury weryfikacyjnej z pkt 5.3.9 (pkt 5.3.24 SIWZ).

Jak wynikało z powyższego procedura weryfikacyjna, o której mowa w pkt 5.3.9 lit. b SIWZ miała charakter wieloetapowy. W etapie prezentacji próbki miał uczestniczyć wykonawca, natomiast w pozostałym zakresie weryfikacja ta miała być dokonywana przez zamawiającego samodzielnie w ramach niejawniej czynności badania i oceny ofert. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do zaniechania dopuszczenia wykonawców do udziału w całości procedury weryfikacyjnej prowadzonej w odniesieniu do próbki.

Rzeczywiście zamawiający przewidział, że procedura weryfikacyjna, o której mowa w pkt 5.3.9 lit. a (zgodność oferowanych urządzeń infrastruktury pomiarowej systemu AMI z oferowaną wersją standardową zgodnie z załącznikiem nr 4 część C.1, C.2, C.3 lub C.4 do SIWZ) i 5.3.9. lit. c (realizacja zadeklarowanej przez wykonawcę w ofercie funkcjonalności punktowanej, zgodnie z załącznikiem nr 4, część E do SIWZ dla zadań nr 1,2 i 3) będzie prowadzona bez udziału wykonawców. Natomiast, jak wskazano wcześniej, w zakresie procedury weryfikacyjnej z pkt 5.3.9 lit. b SIWZ przewidziano udział wykonawcy w czasie prezentacji spełnienia przez próbkę 12 funkcjonalności standardowych.

Odwołujący podniósł, że jeśli testy będą przeprowadzone samodzielnie przez zamawiającego to najdrobniejszy problem techniczny wynikający z braku doświadczenia osoby testującej może spowodować odrzucenie oferty. Uważał, że jest to postanowienie dyskryminujące, bo dopuszczające brak obiektywnych i jednolitych zasad dla oceny urządzeń. Domagał się dopuszczenia wykonawcy do całej procedury testowania.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że żaden z przepisów ustawy nie nakłada na zamawiającego obowiązku dopuszczenia wykonawcy do procesu badania próbki. Nie podzielono także stanowiska odwołującego, jakoby opisany w SIWZ sposób badania próbki oznaczał możliwość pochopnego odrzucenia przez zamawiającego ofert wykonawców. Zamawiający przewidział możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia, w tym również co do złożonej próbki (pkt 5.3.24). Ponadto prawo do wyjaśnienia oferty jest kompetencją zamawiającego wynikającą z art. 87 ust. 1 Pzp. Ponadto, choć testowanie odbywać się będzie w znacznej części bez udziału wykonawców, to nie zostali oni pozbawieni możliwości dochodzenia swych praw w razie błędnej oceny dokonanej przez zamawiającego. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający przewidział w SIWZ sporządzenie raportu z badań, który znajdzie się w protokole (pkt 5.3.13 SIWZ). Jeżeliby rzeczywiście zamawiający dopuścił się błędów w procesie badania próbki i bezpodstawnie odrzucił ofertę wykonawcy przysługiwać mu będą środki ochrony prawej określone w art. 179 i n. ustawy Pzp. Okoliczność zaś, że inny zamawiający - PGE Dystrybucja S.A. w prowadzonym przez siebie postępowaniu przewidziała szerszy udział wykonawców w procedurze badania próbek aniżeli zamawiający (dowód nr 2 - wyciąg z SIWZ PGE Dystrybucja S.A. na wykonanie zadania dostawa liczników energii elektrycznej i koncentratorów dla potrzeby budowy i wdrożenia inteligentnego systemu pomiarowego w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź Miasto) pozostawało bez znaczenia. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za niezasadne uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do zaniechania umożliwienia wykonawcom rejestrowania procedury testującej.

Rzeczywiście zamawiający w postanowieniu pkt 5.3.28 przewidział, że *zamawiający przeprowadzać będzie rejestrację video procedury weryfikacyjnej. Wykonawca nie może w żaden sposób rejestrować ani transmitować prowadzonej procedury weryfikacyjnej.*

Odwołujący argumentował, że jednostronne rejestrowanie procedury testowania należy uznać za niedopuszczalne, bo umożliwia niekonkurencyjne i nierówne traktowanie wykonawców.

Zdaniem Izby kwestionowane postanowienie nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zapis dotyczy bowiem wszystkich wykonawców i żaden z nich nie będzie mógł rejestrować ani transmitować procedury. Zapis nie narusza także zasady zachowania uczciwej konkurencji, jak zdawał się podnosić

odwołujący. Nie ogranicza bowiem wykonawcom dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ani nie utrudnia złożenia oferty. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do możliwości nieuwzględnienia w ofercie oprogramowania HES.

Zamawiający w pkt 1.7 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ) przewidział, że w przypadku, gdy Wykonawca nie przewidział w swojej Ofercie dostarczenia Zamawiającemu Oprogramowania HES, realizacja Przedmiotu Zamówienia w odniesieniu do Zadania nr 1, nr 2 lub nr 3 rozpocznie się w terminie wskazanym przez Zamawiającego (dalej „Dzień Rozpoczęcia”), jednak nie później niż po upływie 24 (dwudziestu czterech) miesięcy od dnia podpisania Umowy. Zamawiający poinformuje Wykonawcę o Dniu Rozpoczęcia na piśmie i z wyprzedzeniem co najmniej 4 tygodni.

Odwołujący podniósł, że postanowienie to utrudnia konkurencję i jest niezasadne z technicznego punktu widzenia. Wywiódł, że jeśli oprogramowanie HES nie zostanie zaoferowane to realizacja projektu wydłuży się o 24 miesiące (na ten czas projekt będzie musiał być zawieszony). Wskazywał, że w ciągu tych 24 miesięcy zamawiający z miesięcznym wyprzedzeniem może wezwać wykonawcę do realizacji zadania. Nie przewiduje jednak wynagrodzenia za ten okres przestoju i gotowości choćby w poczet kosztów utrzymania zespołu projektowego przez te 24 miesiące zawieszenia i dodatkowo 12 miesięcy na realizację zadania. Zarzutowi temu nie towarzyszyło żaden wniosek o zmianę treści SIWZ.

Podzielono stanowisko zamawiającego, że skoro fakt zaoferowania lub niezaoferowania oprogramowania HES został pozostawiony decyzji wykonawcy, to już w momencie ofertowania będzie on wiedział, jaką opcję wybiera. Powyższe umożliwia wykonawcy odpowiednie skalkulowanie ceny swej oferty i uwzględnienie w niej wybranego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, w tym kosztów utrzymania zespołu projektowego. Postanowienie zatem nie utrudnia wykonawcy prawidłowego skalkulowania oferty ani nie zmusza go do nieodpłatnego utrzymywania zespołu projektowego, na co zdawał się wskazywać odwołujący. Zarzut musiał zatem zostać uznany za chybiony.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do wymogu zaoferowania zacisków klatkowych.

W pkt załącznika nr 4 do SIWZ, pkt III;C1 ppkt 9.34 zamawiający wskazał, że liczniki muszą posiadać *Zaciski podłączenia napięcia lub prądu fazowego muszą być wykonane jako, przystosowane do instalacji aluminiowych i miedzianych, zaciski klatkowe wyposażone w 1 śrubę dociskową o szerokości okna pozwalającej na swobodne umieszczenie przewodu*

o średnicy T-0,5 mm (gdzie wartość T, rozumianą jako średnicę okręgu wpisanego w klatkę, dla poszczególnych odmian liczników podano tabeli w punkcie 4 poniżej) i pewne zaciśnięcie przewodu o przekroju minimum 2,5 mm².

Odwołujący podniósł, że wymóg odnośnie zacisków klatkowych ogranicza konkurencję, gdyż powszechnie stosowanymi w licznikach są zaciski śrubowe. Odwołujący wniósł o nakazania zmawiającemu modyfikacji SIWZ i usunięci zapisu o wymaganym zacisku klatkowym i pozostawienie dowolności producentom.

Wzięto pod uwagę, że kwestionowane przez odwołującego postanowienie jest odzwierciedleniem wzorcowej specyfikacji technicznej, o której mowa w słowniczku pojęć znajdującym się na str. 42 SIWZ. Zgodnie z tym słownikiem, Wzorcowa Specyfikacja Techniczna jest to *specyfikacja techniczna dla postępowań przetargowych na dostawę infrastruktury licznikowej dla systemów AMI opracowana w ramach Warsztatów Rynku Energii i opublikowana na stronie Urzędu Regulacji Energetyki w maju 2015 r. pod adresem: <http://ise.ure.gov.pl/ise/warsztaty-ryнку-energi/ami/6170,Rekomendowane-zapisy-specyfikacji-istotnych-warunkow-zamowienia-opracowane-dla-p.html>*. Odwołujący i przystępujący nie zaprzeczyli, że analogiczne zapisy znajdują się w tym dokumencie. Podnosili jedynie, powołując się na odpowiedź na interpelację poselską nr 32747, że dokument ten zawiera jedynie zapisy rekomendowane przez Urząd Regulacji Energetyki. W świetle powyższego Izba stwierdziła, że zapisy kwestionowane przez odwołującego są zapisami rekomendowanymi przez URE.

Ponadto zamawiający powołał się w odpowiedzi na odwołanie na okoliczność, że zaciski klatkowe są stosowane w ramach infrastruktury zamawiającego od 5 lat i w ten sposób zamawiający zapewnia sobie jednolitość infrastruktury. Strona przeciwna usiłowała dowodzić, że zamawiający w prowadzonych przez siebie postępowaniach, w ostatnim okresie czasu nie stosował analogicznego wymogu. Powoływała się na wyciąg z warunków zamówienia Enea Operator sp. z o.o. na dostawę komunalnych liczników energii elektrycznej w 2016r. z 28.09.2016 r. i wywodziła, że w punkcie 45 zamawiający nie wymagał stosowania zacisków klatkowych. Argumentowała także, że podobnie sformułowania znalazły się w punkcie 2.6.19. SIWZ na dostawę bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem GPS/GPRS na rzecz Enea Operator sp. z o.o. z 25.09.2014 r. Jednakże zamawiający podniósł, że wskazane przez stronę przeciwną postępowania nie dotyczyły dostawy liczników inteligentnych AMI, w przeciwieństwie do przedmiotu obecnego postępowania. Izba stwierdziła, że rzeczywiście okoliczność taka nie wynikała z wyciągów z SIWZ złożonych przez stronę przeciwną. Natomiast wzorcowa specyfikacja techniczna URE dotyczyła właśnie liczników inteligentnych. Zatem inna praktyka zamawiającego co do innych rodzajów liczników nie przeczyła jednak tezie z odpowiedzi na odwołanie, a mianowicie że zamawiający przez kwestionowany wymóg dąży do ujednoczenia infrastruktury, do czego ma

prawo. Zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, o którym mowa w art. 29 ust. 2 Pzp, nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych.

Okoliczność zaś, że inny zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. w prowadzonym przez siebie postępowaniu nie wymagał zacisków klatkowych (pkt 11.29 w wyciągu z SIWZ na wykonanie zadania „dostawa liczników energii elektrycznej i koncentratorów dla potrzeby budowy i wdrożenia inteligentnego systemu pomiarowego w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź Miasto” – dowód nr 5) pozostawała bez znaczenia. Potrzeby PGE Dystrybucja S.A. mogły być bowiem inne aniżeli zamawiającego, ponadto SIWZ w tamtym postępowaniu powstała 5 maja 2015 r. (dowód nr 5), a zatem na samym początku miesiąca, w którym przyjęto specyfikację techniczną Urzędu Regulacji Energetyki. Nie wykazano Izbie, aby SIWZ PGE Dystrybucja S.A. powstała po dacie opublikowania specyfikacji technicznej URE.

Reasumując, zamawiający wykazał, że omawiany wymóg jest wynikiem zastosowania rekomendacji Urzędu Regulacji Energetyki, a także odpowiada uzasadnionym potrzebom zamawiającego. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do określenia przez zamawiającego wymiarów koncentratorów.

W pkt załącznika nr 4 do SIWZ, pkt III;C1 ppkt 9.34 zamawiający wskazał na wymiary koncentratorów.

Odwołujący podniósł, że rozmiary te powinny uwzględniać wytyczne Wzorcowej Specyfikacji Technicznej Polskiego Towarzystwa Przesyłu i Rozdziału Energii. W trakcie rozprawy powołał się na wyciąg ze specyfikacji technicznej dla postępowań przetargowych na dostawę infrastruktury licznikowej dla systemów AMI (dowód nr 4), jednakże z wydruku tego nie wynikało, aby pochodził ze strony internetowej Polskiego Towarzystwa Przesyłu i Rozdziału Energii, jak utrzymywał odwołujący. Izba nie mogła zatem w oparciu o jego treść ustalić, czy rzeczywiście wytyczne pochodzą od ww. towarzystwa.

W dalszej kolejności należało stwierdzić, że zamawiający nie narzucił w SIWZ dokładnych rozmiarów koncentratora, a jedynie określił jego maksymalne wymiary. Motywy takiego zabiegu ujawniono na str. 82 SIWZ w punkcie 3.20 i wynikało z nich, że wymiary wynikają z przyjętej u zamawiającego standaryzacji wykonania szaf pomiarowych montowanych w stacjach SN/nn. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy zamawiający wyjaśnił ponadto, że koncentratory te będą montowane w szafach, które zamawiający już posiada, a które posiadają określone gabaryty. Wywiódł, że w szafach muszą być zamieszczone jeszcze inne urządzenia – licznik bilansujący, zasilacz, modem do komunikacji, sterownik

telemechaniki, układy zabezpieczeń, akumulator, listwy łączeniowe, szafa ma określoną, skończoną pojemność.

Do tak opisanych motywów i potrzeb zamawiającego odwołujący i przystępujący po jego stronie się nie odnieśli. W tej sytuacji Izba uznała, że uwzględnienie żądania odwołującego oznaczałoby, że zamawiający zostałby zmuszony do nabycia urządzeń, które nie mieściły się do szaf posiadanych przez zamawiającego. Jak wyjaśniono wcześniej, nie narusza przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, taki opis przedmiotu zamówienia, który nawet eliminując niektóre z rozwiązań dostępnych na rynku, jednak wpisuje się w obiektywne potrzeby zamawiającego. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do wymogu, aby dla skuteczności pozyskiwania danych jako wartość wyjściową stosować liczbę PPE zabudowanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

Zgodnie z pkt. 2.9.1. opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że *obliczenie skuteczności odczytu Danych Pomiarowych będzie realizowane dla każdego podobszaru wdrożeniowego zgodnie z wzorem: $SPDR=(PPEo)/(PPEz)$ gdzie:*

SPDR - skuteczność pozyskiwania Profili Rozliczeniowych,

PPEo - liczba PPE kompletnie odczytanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

PPEz - liczba PPE zabudowanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

Obliczenie skuteczności pozyskiwania Danych Pomiarowych - Profili Obciążenia będzie realizowane dla każdego Podobszaru Wdrożeniowego zgodnie ze wzorem: $SPDP=(PPEo)/(PPEz)$ gdzie:

SPDP - skuteczność pozyskiwania danych profilowych,

PPEo - liczba PPE kompletnie odczytanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

PPEz - liczba PPE zabudowanych na danym Podobszarze Wdrożeniowym.

Odwołujący argumentował, że dane posiadane przez operatorów dotyczące liczby PPE zabudowanych na danym obszarze w mniejszym, lub większym, stopniu różnią się od stanu faktycznego. Wywodził, iż sieć elektroenergetyczna „żyje” i w zależności od zaistniałej sytuacji (np. wichury) podlega modyfikacjom, które nie zawsze są ewidencjonowane. Tym samym, rzeczywiste poziomy skuteczności odczytu mogą znacząco różnić się od tych wymaganych przez zamawiającego. Odwołujący domagał się takiej zmiany postanowień SIWZ, aby to zamawiający wspólnie z wykonawcą wyznaczał ostateczną liczbę PPE w danym Podobszarze Wdrożeniowym, która będzie traktowana jako wartość wyjściowa do obliczenia skuteczności pozyskiwania danych pomiarowych.

Wzięto pod uwagę stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, który wywiódł, że - w przeciwieństwie do innych operatorów sieci dystrybucyjnych (OSD) - posiada on systemy informatyczne (System Informacji o Sieci - SIS, System bilingowy) co oznacza, że jako jedyny OSD w Polsce posiada w pełni zinwentaryzowaną sieć i ma pełne informacje co do ilości oraz położenia PPE. Na posiadanie przez zamawiającego Systemu Informacji o Sieci wskazywał wydruk ze strony internetowej glos-enea.cire.pl złożony w trakcie rozprawy przez odwołującego (dowód nr 13). Odwołujący w oparciu o ww. dowód zdawał się wywodzić, że przedmiotem systemu ma być tylko zarządzanie majątkiem sieciowym, gospodarką i nieruchomościami oraz zarządzaniem pracą brygad w terenie. Jednakże z dowodu tego wynikało, że zamawiający podpisał umowę na rozbudowę już istniejącego Systemu Informacji o Sieci o ww. dodatkowe moduły, które mają stać się jego częścią. W oparciu o ww. wydruk nie można było zatem ustalić, że zamawiający takiego systemu nie posiada.

Wzięto również pod uwagę to, że zamawiający w pkt. 2.5 str. 66 opisu przedmiotu zamówienia uregulował mechanizmy uczestniczenia przez wykonawcę przy weryfikacji informacji o sieci. Zamawiający w tym postanowieniu przewidział bowiem, że w ramach instalacji kontrolnej to wykonawca przy współudziale zamawiającego będzie opracowywał procedury związane z przygotowaniem procesu Instalacji kontrolnej (PRESTART) (w tym przegląd wskazanych przez zamawiającego obszarów sieciowych, sprawdzenie konfiguracji liczników AML i koncentratorów PLC).

Zbliżone postanowienia zawarto w pkt 2.6 opisu przedmiotu zamówienia, dotyczącym instalacji masowej. Przewidziano tam weryfikację wspólnie z wykonawcą obszarów sieciowych (Podobszary Wdrożeniowe) dla instalacji masowej na podstawie przygotowanego przez zamawiającego harmonogramu instalacji dla obszaru wdrożenia oraz udostępnionej w niezbędnym zakresie przez zamawiającego dokumentacji sieci niskiego napięcia, w szczególności w zakresie schematów poszczególnych obwodów sieci oraz lokalizacji poszczególnych PPE (przepisania do stacji PPE dla podziału normalnego sieci). Opisano, że celem weryfikacji będzie finalne potwierdzenie z wykonawcą harmonogramu zamawiającego instalacji urządzeń infrastruktury pomiarowej Systemu AML, według którego służby techniczne i służby serwisowe zamawiającego będą realizowały instalację urządzeń na obszarach wdrożenia dla poszczególnych zadań.

Z przywołanych postanowień wynikało, że wykonawca będzie brał aktywny udział w przeglądzie sieci. Ze wskazanych względów zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut odnoszący się do liczebności zespołu wykonawcy.

Z załącznika nr 4 do opisu przedmiotu zamówienia (rozdział II SIWZ) wynikało, że zamawiający wymagał aby w przypadku zarówno zadania 1 jak i zadania 2 wykonawca

zapewnił zespół pracowników odpowiednio wykwalifikowanych i doświadczonych w zakresie przedmiotu zamówienia w liczbie minimum 7 osób.

Odwołujący podniósł, że wymóg przeznaczenia do każdego z zadań po 7 osób, a więc – w przypadku chęci wykonania dwóch zadań, tak jak zamierzał odwołujący - w sumie 14 osób, narusza zakaz zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które prowadziłyby do zmiany ogłoszenia o zamówieniu (art. 38 ust. 4b Pzp).

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Rolą warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ogłoszeniu o zamówieniu, było zbadanie jedynie potencjału wykonawcy, a więc tego, czy daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia. Od warunków udziału w postępowaniu (art. 22 Pzp) należy odróżnić opis przedmiotu zamówienia (art. 29 i n. Pzp). Zgodne z art. 22 ust. 4 Pzp opis warunku udziału w postępowaniu powinien być jedynie związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Nie ma natomiast obowiązku aby opis warunku był identyczny z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający miał zatem prawo sformułować w ramach czynności opisu przedmiotu zamówienia wymagania co do liczebności zespołu wykonawcy, przewyższające wymogi z ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący podniósł także, że kwestionowany wymóg jest nadmierny i może utrudniać uczciwą konkurencję. Powołał się na wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. na wykonanie zadania „dostawa liczników energii elektrycznej i koncentratorów dla potrzeby budowy i wdrożenia inteligentnego systemu pomiarowego w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź Miasto (dowód nr 6, pkt 7.1.3), z którego wywodził, że PGE Dystrybucja S.A. wymagał zespołu czteroosobowego przy porównywalnym zakresie zamówienia. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ i ograniczenie składu zespołu do 3 osób na każde zadanie, które będą mogły także uczestniczyć w realizacji innych zadań.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że wymóg skierowania do realizacji każdego z zadań po 7 osób, bez możliwości ich łączenia w przypadku chęci realizacji obu zadań i przy założeniu, że osoby te nie mogą zajmować się niczym innym, był wymogiem nadmiernym i utrudniał uczciwą konkurencję. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ani w trakcie rozprawy nie podjął próby obrony kwestionowanego postanowienia. Przy wyrokowaniu jednak Izba, kierując się treścią przepisu art. 191 ust. 2 Pzp, musiała wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniono zatem fakt, że zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał modyfikacji SIWZ w dniu 15 lutego 2017 r. W wyniku tej modyfikacji przesądzone, że w przypadku gdy wykonawca będzie realizował dwa zadania, zamawiający dopuszcza możliwość korzystania z tych samych osób w obu zadaniach w ramach posiadanych kompetencji.

Powyższe oznaczało, że na moment wyrokowania wykonawca, który tak jak odwołujący zamierzał realizować oba zadania jednocześnie, musiał się legitymować się zespołem siedmioosobowym a nie czternastoosobowym. Modyfikacja SIWZ wprowadziła nie odpowiadała wprost wnioskowi odwołującego, który domagał się zmniejszenia liczebności zespołu do 3 osób na każde zadanie (6 osób na oba zadania). Jednakże w tej sytuacji spór pomiędzy stronami sprowadzał się de facto do różnicy co do jednego członka zespołu.

Izba uznała, że niezasadne było przy tym powoływanie się na postanowienia SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. Wzięto pod uwagę, na co wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że przedmiot zamówienia w obecnym postępowaniu jest szeroki. Odwołujący nie zaprzeczał wywodom zamawiającego, że zadanie 1 oraz zadanie 2 będą realizowane w oparciu o odrębne techniki PLC i technologie, które wymagają zupełnie innych kompetencji technicznych po stronie zespołu wykonawcy oraz będą realizowane w ramach różnych obszarów wdrożeniowych - zarówno pod względem charakterystyki sieci elektroenergetycznej zamawiającego ale także oddalone geograficznie od siebie (obszar wdrożenia dla zadania nr 1 obejmuje miasto Świnoujście, zadanie nr 2 będzie realizowane w lokalizacji ENEA Operator Oddział Dystrybucji Poznań, rejon dzielnica Rataje). Nie negował twierdzeń zamawiającego, że będą to dwa odrębne projekty, wymagające dedykowanych zespołów z uwagi na potrzebne kompetencje ale także lokalizację wdrożenia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, wyrażające się w wymaganiu nadmiernego zespołu projektowego nie istnieje na moment wyrokowania, zaś kwestionowane postanowienie zostało wyeliminowane i zastąpione innym. Zarzut podlega zatem oddaleniu.

Za chybione uznano zarzuty odnoszące się do § 3.2 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ).

W § 3.2. wzoru umowy zastrzeżono, że wykonawca gwarantuje, że wszyscy członkowie Zespołu Projektowego Wykonawcy cały swój czas pracy poświęcą realizacji Przedmiotu Zamówienia w zakresie powierzonego im Zadania.

Odwołujący podniósł, że takie wymaganie istotnie wpływa na sposób funkcjonowania firmy. Domagał się wykreślenia tego postanowienia.

Izba stwierdziła, że kwestionowane wymaganie naruszało przepis art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ani w trakcie rozprawy nie podjął w ogóle próby obrony swego zapisu. Przy wyrokowaniu Izba, kierując się treścią przepisu art. 191 ust. 2 Pzp, musiała wziąć jednak pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniono zatem okoliczność, że zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał modyfikacji SIWZ w dniu 15 lutego 2017 r. W wyniku tej modyfikacji postanowienie § 3.2

wzoru umowy otrzymało brzmienie: *Wykonawca gwarantuje, że wszyscy członkowie Zespołu Projektowego Wykonawcy poświęcą realizacji Przedmiotu Zamówienia niezbędny czas pracy celem efektywnego wykonywania umowy w zakresie powierzonego im zadania.*

Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że zmodyfikowane postanowienie, choć nie jest zgodne z jego wnioskiem, to jednak go satysfakcjonuje. Odwołania w rozpatrywanej części jednak nie wycofał. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp, odnoszące się do historycznego postanowienia, na moment wyrokowania nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp a contrario). Wobec powyższego zarzut musiał zostać oddalony.

Częściowo za zasadne uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do postanowień § 4.6 i 4.7 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ).

Ustalono, że w kwestionowanych postanowieniach zamawiający przewidział, iż:

4.6. Zamawiający ma prawo do odmowy wyrażenia zgody na udział danego podwykonawcy w realizacji Przedmiotu Zamówienia, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 PZP. W celu dokonania stosownej oceny i podjęcia decyzji przez Zamawiającego dotyczącej danego podwykonawcy, Wykonawca winien wraz z wnioskiem o wyrażenie zgody przez Zamawiającego przedłożyć niżej wymienione dokumenty dotyczące podwykonawcy, wskazując jednocześnie szczegółowy zakres prac, które Wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy:

4.6.1. oświadczenie podwykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z przyczyn określonych w art. 24 ust. 1 PZP;

4.6.2. aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 PZP, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu złożenia wniosku o wyrażenie zgody na realizację Przedmiotu Zamówienia przez podwykonawcę;

4.6.3. aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że podwykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu złożenia wniosku o wyrażenie zgody na realizację Przedmiotu Zamówienia przez podwykonawcę;

4.6.4. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu złożenia wniosku o wyrażenie zgody na realizację Przedmiotu Zamówienia przez podwykonawcę;

4.6.5. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 PZP, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu złożenia wniosku o wyrażenie zgody na realizację Przedmiotu Zamówienia przez podwykonawcę;

4.6.6. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu złożenia wniosku o wyrażenie zgody na realizację Przedmiotu Zamówienia przez podwykonawcę.

4.7. Zamawiający ma prawo do odmowy wyrażenia zgody na udział danego podwykonawcy w realizacji Przedmiotu Zamówienia w przypadku braku odpowiednich kompetencji bądź potencjałów podwykonawcy potrzebnych do zrealizowania powierzanego podwykonawcy zadania. Oceniając zdolność podwykonawcy do realizacji zadania, Zamawiający będzie brał pod uwagę zakres zadania, doświadczenie podwykonawcy w realizacji zadań zbliżonych do powierzanego mu zadania, możliwość samodzielnego finansowania realizacji powierzanego podwykonawcy zadania, liczebność personelu podwykonawcy, jego kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie oraz posiadane ubezpieczenie oceniane w świetle potencjalnej szkodowości działań i zaniechań podwykonawcy. W celu dokonania stosownej oceny i podjęcia decyzji przez Zamawiającego dotyczącej danego podwykonawcy, Wykonawca winien na wniosek Zamawiającego przedłożyć niżej wymienione dokumenty dotyczące podwykonawcy:

4.7.1. wykaz wykonanych dostaw lub usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów, że zostały wykonane należycie;

4.7.2. wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Przedmiotu Zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania Przedmiotu Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

4.7.3. *opłaconą polisę, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że podwykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem Umowy;*

4.7.4. *zaświadczenia z banku o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej,*

4.7.5. *inne niezbędne dokumenty.*

W pierwszej kolejności stwierdzono, że przytoczone postanowienia wzoru umowy nie naruszają art. 38 ust. 4b Pzp, tj. nie prowadzą do zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Jak słusznie wskazywał zamawiający, kwestia sposobu wyboru podwykonawcy na etapie wykonywania zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, nie jest przedmiotem ogłoszenia o przetargu ograniczonym (art. 48 ust. 2 Pzp). Okoliczności co do swobody wyboru podwykonawcy na etapie realizacji umowy nie musiały być zatem uregulowane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamieszczenie zapisów, takich jak przytoczone wyżej we wzorze umowy, stanowiącym część SIWZ, nie prowadzi zatem do zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Podzielono stanowisko odwołującego, że na mocy kwestionowanego postanowienia zamawiający przyznał sobie arbitralne i niczym nieograniczone prawo do niezaakceptowania jakiegokolwiek podwykonawcy dostaw zgłaszanego mu przez wykonawcę. Sporne postanowienia umożliwiały zamawiającemu de facto swobodną ingerencję w dobór podwykonawcy, uzależniając je, jak w § 4.7, od spełnienia przez podwykonawcę bliżej niesprecyzowanych warunków odnoszących się do jego zdolności i potencjału. Za chybione uznano stanowisko zamawiającego jakoby ustawa Pzp nie regulowała omawianej kwestii, co pozwalało zamawiającemu na zastosowanie ogólnych reguł wynikających z KC.

Uszło uwadze zamawiającego, że zgodnie z art. 36 a ust. 1 Pzp, *wykonawca może powierzyć wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcy*. Z treści tego przepisu wynika generalna zasada, zgodnie z którą wykonawcy przyznaje się prawo do swobodnego wyboru podwykonawcy i powierzania mu do wykonania dowolnej części przedmiotu zamówienia. Analiza szeregu przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że kiedy ustawodawca chce ingerować w tę swobodę, to daje temu wyraz nakładając na wykonawcę określone obowiązki, względnie przyznając określone uprawnienia zamawiającemu.

Przykładowo, w art. 36a ust. 2 Pzp, przyznano zamawiającemu prawo zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) *kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;*
- 2) *prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostaw.*

W art. 36 Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane zamawiającemu nadano uprawnienie do określenia w SIWZ:

- a) wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu,
- b) informacji o umowach o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, które, z uwagi na wartość lub przedmiot tych dostaw lub usług, nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu.

Z kolei w art. 36b ust. 2 Pzp przesądzono, że *jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.*

Słusznie zatem zarzucił odwołujący, że możliwość żądania wykazania przez podwykonawcę jego zasobów, dotyczyła tylko takiego podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powołuje się celem wykazania warunków (art. 26 ust. 2b Pzp). Tymczasem kwestionowane postanowienia daleko wykraczały poza uprawnienia zamawiającego i sprowadzały się do nałożenia na wykonawcę dodatkowych, nieznanych ustawie Pzp, obowiązków. Biorąc pod uwagę reguły wykładni językowej i systemowej należało stwierdzić, że sporna kwestia jest przedmiotem reglamentacji przez ustawę Pzp, której znana jest zasada swobodnego doboru podwykonawcy. Wyjątki od tej zasady określają przepisy ustawy, zaś kwestionowane postanowienia wzoru umowy w te wyjątki się nie wpisują.

Wobec powyższego należało uznać, że zamawiający naruszył przepisy art. 36 a ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp. W konsekwencji nakazano zamawiającemu usunięcie obu spornych postanowień.

Za chybione uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do postanowienia § 16.4 wzoru umowy (załącznik nr 6, rozdział III SIWZ).

W § 16.4 wzoru umowy zamawiający uregulował kwestię terminów i zasad wypłaty wynagrodzenia wykonawcy za zadania 1-3.

16.4.1. W przypadku Zadań nr 1-3, za wykonanie danego Zadania Wykonawca otrzyma odpowiednią część Wynagrodzenia Podstawowego, w wysokości i na zasadach określonych niżej:

a) *każdorazowo, po podpisaniu przez Zamawiającego bez uwag Protokołu Odbioru weryfikacji jakościowej danej partii Urządzeń dostarczonych przez Wykonawcę w ramach realizacji Zadania, Zamawiający zapłaci Wykonawcy 10% wartości Urządzeń dostarczonych w ramach tej partii, w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury,*

b) *pozostałą część - tj. 90% wartości wszystkich Urzędzeń dostarczonych przez Wykonawcę w ramach danego Zadania, Zamawiający zapłaci Wykonawcy po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego danego Zadania, w terminie 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury;*

Jak wynikało z powyższego, zamawiający wskazał, że 10% wartości dostarczonych urzędzeń wypłacane będzie po ich dostarczeniu w ramach danej partii. Natomiast 90% wynagrodzenia będzie wypłacone po zakończeniu całości dostaw i po podpisaniu protokołu odbioru w ramach danego zadania. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu zmiany wprowadzającej wypłatę wynagrodzenia w wysokości 70% po dostarczeniu urzędzeń i 30% po zakończeniu danego zadania.

Izba stwierdziła, że umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie zawarta na okres nieprzekraczający 12 miesięcy, zaś przedmiotem zamówienia są dostawy. Umowa ma zatem charakter krótkookresowy, zaś tego typu postanowienia odnośnie płatności z dołu są spotykane w obrocie. Dostrzeżenia wymaga, że w omawianym zakresie ustawa Pzp nie przewiduje żadnej szczególnej reglamentacji. Zatem zastosowanie znajdują przepisy KC (art. 139 ust. 1 Pzp). Natomiast w przepisach powszechnych próżno szukać bezwzględnie obowiązujących przepisów, z którymi opisywana zasada kształtowania wynagrodzenia miała być spreczna. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

W końcowej części odwołania odwołujący podniósł, że nie do zaakceptowania jest uzależnienie zapłaty kar umownych z tytułu opóźnienia wykonawcy, a nie opóźnienia zawnionego, czyli zwłoki (§ 20 wzoru umowy).

Izba stwierdziła, że nie ma podstaw aby uczynić zadość żądaniu nakazania zamawiającemu wprowadzenia kar umownych za zwłokę, a nie za opóźnienie. Izba w pełni podziela stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt II CSK 331/12), który jest aprobowany w orzecznictwie sądowym i doktrynie prawa cywilnego: (...) *strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania (...)* *Od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu” bez względu na przyczynę niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania. Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę (kwalifikowane opóźnienie zawnione bezpośrednio przez dłużnika bądź osoby, którymi posługiwał się przy wykonywaniu zobowiązania, powstałe z innych przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność),*

jak i tzw. opóźnienia proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia po wezwaniu dłużnika do wykonania przez wierzyciela (...). Brak podstawy do nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika, zatem ich wprowadzenie zależy od woli stron (...). Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty, wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (...). Jeżeli dłużnik (tu zobowiązany do zapłaty kary umownej) może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, to dla zmiany polegającej na poszerzeniu lub ograniczeniu zakresu takiej ochrony niezbędna byłaby podstawa prawna.(...) Konkludując, co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania.

Zatem pomimo zastrzeżenia, że kara umowa naliczana będzie z tytułu opóźnienia wykonawcy w wykonaniu świadczeń niepieniężnych, to w świetle ww. wyroku z uwagi na fakt, że jest to instytucja kary umownej, a nie zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, wykonawca będzie mógł się zasłaniać zarzutami, iż przyczyną opóźnienia były okoliczności od niego niezależne. W konsekwencji zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Za zasadne uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do wysokości zastrzeżonych kar umownych. W § 20 wzoru umowy wysokość kar umownych zamawiający ukształtował następująco:

20.3. Za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia Wykonawcy w dostarczeniu danego Produktu / Fazy / Etapu w ramach danego Zadania, w tym w dostawie poszczególnych partii Urządzeń w stosunku do ustalonych terminów, w szczególności wynikających z Harmonogramu Szczegółowego lub z Harmonogramu Dostaw, Zamawiający jest uprawniony naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,5% Wartości Oferty, z zastrzeżeniem, że powyższe kary umowne będą naliczane najpóźniej do chwili upływu terminu Odbioru danego Produktu / Fazy / Etapu. Z chwilą bezskutecznego upływu terminu Odbioru, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym zastosowanie znajdują postanowienia punktu 20.4. Umowy niżej.

20.4. Za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w Odbiorze danego Produktu / Fazy / Etapu w ramach danego Zadania w stosunku do ustalonych terminów w szczególności wynikających z Harmonogramu Szczegółowego, Zamawiający jest uprawniony naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 3 % Wartości Oferty.

20.5. Za każdy dzień opóźnienia w usunięciu Usterki, Błędu albo Wady Urządzeń lub Oprogramowania w stosunku do ustalonych terminów wynikających z „Warunków Gwarancji”, stanowiących Załącznik nr 5 do OPZ, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych w wysokości:

a) w odniesieniu do Urządzeń objętych wadą - 3 % Wartości Oferty, wyliczonej w oparciu o postanowienia zawarte w § 16 Umowy;

b) w odniesieniu do Oprogramowania – 3 % Wartości Oferty.

20.6. W przypadku naruszenia obowiązków związanych z zachowaniem poufności określonych w § 18, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500.000 (pięćset tysięcy) zł, za każdy stwierdzony przypadek naruszenia.

20.7. W przypadku naruszenia przez Wykonawcę obowiązku ochrony danych osobowych określonego w § 19 Umowy - w wysokości 500.000 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia.

20.8. W przypadku, w którym dla Zadań nr 1-3 Zamawiający, po upływie 3 miesięcy od dnia zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do Odbioru Infrastruktury Pomiarowej Systemu AMI w danym Podobszarze Wdrożeniowym, w ramach Instalacji kontrolnej (PRESTART), z uwagi na niespełnianie przez Infrastrukturę Pomiarową Systemu AMI wymagań związanych ze skutecznością pozyskiwania i odczytu danych pomiarowych, o których mowa w OPZ, nie dokona Odbioru Infrastruktury Pomiarowej Systemu AMI bez uwag, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % Wartości Oferty albo karę umowną w wysokości 500.000 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych), według wyboru Zamawiającego.

20.10. W przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, z powołaniem na postanowienia pkt. 22.1. i 22.2, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 50 % Wartości Oferty.

20.11. W przypadku wypowiedzenia przez Wykonawcę Licencji (bądź odpowiednio sublicencji), przed upływem terminu, na który została udzielona, Zamawiający będzie uprawniony do żądania od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 10% Wartości Oferty.

20.12. W przypadku stwierdzenia, że którykolwiek z Produktów dostarczonych przez Wykonawcę Zamawiającemu dotknięty jest wadą prawną, Zamawiający będzie uprawniony do żądania od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 20 % Wartości Oferty za każdy przypadek.

20.13. W przypadku zmiany członka Zespołu Wdrożeniowego Wykonawcy bez zgody Zamawiającego, udzielonej na zasadach określonych w Umowie, Zamawiający będzie uprawniony do żądania od Wykonawcy zapłaty kary umownej w wysokości 200 000 zł (dwieście tysięcy złotych) za każdy przypadek.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający pomimo postawienia zarzutu, iż wysokość kar umownych rażąco nie koreluje z wysokością szkody, jaką zamawiający może ponieść z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie przedstawił w odpowiedzi na odwołanie ani w trakcie rozprawy żadnej symulacji celem wykazania, że wysokość tych kar znajduje uzasadnienie w szkodzie, jaką może ponieść zamawiający. W orzecznictwie sądów powszechnych, na tle instytucji miarkowania kar umownych, wskazuje się na dwie funkcje kar umownych, tj. odszkodowawczą oraz prewencyjną (odstraszającą). Jeżeli chodzi o tę pierwszą funkcję, to zamawiający powinien przedstawić choćby symulację, jakiej wysokości szkody można się spodziewać biorąc pod uwagę zdarzenia, o jakich mowa w kwestionowanych postanowieniach. Takiej argumentacji w ogóle zabrakło. Przedstawienie zaś takiej symulacji umożliwiłoby ocenę, czy pozostała część kary, która odpowiada za funkcję prewencyjną, została ukształtowana na adekwatnym poziomie.

Owszem Izba podziela zapatrywanie zamawiającego, że generalnie mechanizm korekcji zbyt wygórowanych kar umownych jest domeną prawa cywilnego (instytucja miarkowania kar umownych). Izba stwierdziła jednak, że w analizowanej sprawie wysokość kar umownych znacząco odbiega od poziomu spotykanego w innych tego typu postępowaniach, na co dowody przedstawił odwołujący. Prawdą jest również to, że w przypadku choćby samej kary umownej, o której mowa w § 20.4 wzoru umowy, już opóźnienie wykonawcy rzędu 35 dni spowoduje naliczenie kary umownej przekraczającej wartość oferty wykonawcy.

Za zasadne uznano wywody odwołującego i przystępujących, że w tej sytuacji wykonawcy zmuszeni będą do skalkulowania w cenie ofertowej ryzyka poniesienia kar umownych w niespotykanej wysokości sięgającej rzędu kilkukrotności wartości ceny ofertowej. Izba podziela zatem stanowisko, że w tej konkretnej sprawie kary umowne zastrzeżono na tak wysokim poziomie, że stały się instrumentem ograniczenia konkurencji w postępowaniu, co godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. Takie ukształtowanie wysokości kar umownych stało się bowiem instrumentem odstraszenia wykonawców, gdyż należy uznać za dalece prawdopodobne, że część wykonawców w tej sytuacji w ogóle zrezygnuje ze złożenia oferty. Kolejni wykonawcy uwzględnią wysokie ryzyko ekonomiczne poniesienia kar umownych i złożą zamawiającemu bardzo niekorzystne oferty. Może się natomiast zdarzyć sytuacja, że znajdzie się wykonawca, który nie skalkuluje ryzyka co będzie oznaczało, że rzetelni wykonawcy nie będą w stanie z takim wykonawcą konkurować.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nakazała zamawiającemu modyfikację postanowień wzoru umowy przez zmniejszenie wysokości kar umownych zgodnie z żądaniem odwołującego.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w części odnoszącej się do postanowienia pkt 3.12 SIWZ.

Zamawiający w tym postanowieniu przewidział m.in., że (...) *Zamawiający przewiduje możliwość skorygowania stosunku procentowego pomiędzy liczbą nabywanych Liczników AMI 1 i 3 fazowych w ramach Zadania nr 1, 2, 3 i 4 o maksymalnie 10%, w zakresie i na warunkach określonych w SIWZ.* Odwołujący zarzucił, że zamawiający zastrzegł sobie w ten sposób prawo do zmiany stosunku procentowego między liczbą liczników 1 fazowych i 3 fazowych o maksymalnie 10%. Argumentował, że w takiej sytuacji, producenci w ofercie w kalkulują dostawę 10% liczników trójfazowych, które są droższe.

Izba stwierdziła, że w pkt II 1.5 ppkt 12 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 24 grudnia 2015 r. zamawiający wskazał wykonawcom, że *zamawiający przewiduje możliwość skorygowania stosunku procentowego pomiędzy liczbą wskazanych liczników 1 i 3 fazowych w ramach każdego zadania o maksymalnie 10%.* Po porównaniu obu postanowień uznano, że zaskarżony zapis z pkt 3.12 SIWZ był analogiczny z zapisem z pkt II.1.5. ppkt 12 ogłoszenia.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia wnosi się w terminie 10 dni o dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Wobec powyższego należało uznać, że termin na wniesienie odwołania wobec spornego postanowienia upłynął odwołującemu 4 stycznia 2016 r. Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Skoro Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie spóźnione w całości, to w przypadku odwołania wielozarzutowego obowiązek odrzucenia odwołania dotyczy tej części, która dotknięta jest jedną z obligatoryjnych przesłanek odrzucenia wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Jednocześnie jednak informacja o częściowym odrzuceniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 i 3 sentencji, miało charakter

merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio odrzucenia części odwołania i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2,3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Oдноśnie części odwołania, która podlegała odrzuceniu Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, orzekła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu,

jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo odrzuciła, częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się 4 zarzuty, zaś za niezasadne i spóźnione należało uznać 13 zarzutów. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 23,53% (4/17) zaś niezasadne w stosunku 76,47%

(13/17). Kosztami postępowania w wysokości 76,47% obciążono zatem odwołującego, zaś kosztami w wysokości 23,53% - zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł, a więc w sumie 18.600 zł. Odwołujący poniósł zatem koszty w wysokości 18.600 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie w wysokości 14.223,42 zł (18.600 zł x 76,47%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4376,58 zł stanowiącej różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: