

Sygn. akt: KIO 340/19

WYROK
z dnia 26 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2019 r. przez wykonawcę **P.P.H. Politech Sp. z o.o., ul. Budowlana 3, 58-100 Świdnica** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków**,

przy udziale wykonawców:

- ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k., ul. Słomińskiego 15/504, 00-195 Warszawa,
- Sagemcom Poland Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa,
- Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o., Plac Kombatantów 2, 58-100 Świdnica,
- ZPA Smart Energy a.s., Střední Předměstí, Komenského 821, 541 01 Trutnov,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;

- Apator S.A., ul. Gdańska 4a/lok. C4, 87-100 Toruń,
- DGT Sp. z o.o., ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn,
- Foxytech Sp. z o.o., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica,
- Landis+Gyr Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
 - przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej 5 miesięcy od dnia ogłoszenia niniejszego wyroku, przy zachowaniu wymogu złożenia wraz z ofertą próbki licznika,

o której mowa w rozdziale 4 pkt 4.2.1.11 specyfikacji oraz dokumentów, o których mowa w rozdziale 3 pkt 3.7.2 specyfikacji,

albo

- rezygnacji z wymogu złożenia ww. próbki licznika i dokumentów wraz z ofertą;

2. oddała odwołanie:

- w zakresie zarzutu nr 2 odwołania w odniesieniu do pkt 2.10, 2.11, 5.19, 6.1, 8.10, 8.19, 8.20, 8.30, 8.31 Załącznika nr A do SIWZ – wymagania techniczne i pkt 1.10, 2.8, 5.1 Załącznika nr A do SIWZ – wymagania bezpieczeństwa,

- w zakresie zarzutu nr 4,

- w zakresie zarzutu nr 5 w odniesieniu do § 3 ust. 4, § 9 ust. 3 i 4 Załącznika nr 5 do SIWZ – wzór umowy;

3. umarza postępowanie w zakresie pozostałych zarzutów,

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P.P.H. Politech Sp. z o.o., ul. Budowlana 3, 58-100 Świdnica** tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od Zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków**, na rzecz Odwołującego - **P.P.H. Politech Sp. z o.o., ul. Budowlana 3, 58-100 Świdnica** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawę statycznych bezpośrednich liczników 3-fazowych energii elektrycznej na potrzeby opomiarowania klientów grup taryfowych C1”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.02.2019 r. pod numerem 2019/S 032-072904, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dnia 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 14 lutego 2019 r. Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Od treści SIWZ, w dniu 25.02.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 25 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 13 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez żądanie złożenia przez wykonawców wraz z ofertą próbek liczników, co do których Zamawiający postawił nadmierne wymagania techniczne oraz wymienionych w SIWZ certyfikatów dotyczących oferowanego licznika (oraz innych dokumentów wymienionych w rozdziale 3 „Warunki udziału w postępowaniu” ust. 3.7.2 SIWZ) - które nie są (zarówno próbki o takich wymaganiach, jak i certyfikaty oraz inne dokumenty) niezbędne na etapie oceny ofert do przeprowadzenia postępowania oraz wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego wykonawcom uzyskanie próbki licznika i jego certyfikację, co w konsekwencji spowodowało naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty zgodnej z SIWZ przez wykonawców;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zawierający zbędne i utrudniające konkurencję wymagania dotyczące funkcjonalności technicznych liczników stanowiących przedmiot zamówienia (szczegółowo

wymienione w uzasadnieniu odwołania), a w tym wymagania obciążające wykonawcę, związane z okolicznościami, na które wykonawca nie ma wpływu, powodujące nadmierne obciążenia dla wykonawców, nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;

- 3) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez określenie kryterium „Walory techniczne”, które stawia w uprzywilejowanej sytuacji jednego z wykonawców, co powoduje naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp;
- 4) art. 353¹ kc, w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający zasadę swobody kontraktowania wyrażoną w art. 353¹ kc oraz zasadę proporcjonalności, w szczególności poprzez ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego naturę, równowagę stron oraz prowadzący do nadużycia praw podmiotowych Zamawiającego (jako podmiotu przygotowującego wzór umowy), co zostało szczegółowo opisane w uzasadnieniu odwołania,

względnie:

- 5) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy jego przeprowadzenie spowoduje, że będzie ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) modyfikacji Rozdziału 4 pkt 4.2.6. SIWZ poprzez przedłużenie przez Zamawiającego terminu składania ofert o co najmniej 8 miesięcy, liczonego od dnia przekazania informacji/opublikowania informacji o dokonaniu czynności wydłużenia terminu składania ofert w przypadku wymagania przedłożenia próbek liczników energii elektrycznej wraz z ofertą, w konsekwencji pozwalając większej liczbie wykonawców na odpowiednie dostosowanie swoich wyrobów do stawianych przez Zamawiającego wymagań określonych w SIWZ,

albo

- 2) modyfikacji Rozdziału 4 pkt 4.2.6. SIWZ poprzez przedłużenie terminu składania ofert o 1 miesiąc liczony od dnia przekazania informacji/opublikowania informacji o dokonaniu czynności wydłużenia terminu składania ofert w przypadku braku wymagania przedłożenia próbek liczników energii elektrycznej wraz z ofertą oraz przesunięcie terminu dostawy pierwszej transzy liczników, tj. po 28 tygodniach od dnia podpisania umowy;
- 3) zmiany treści SIWZ, w tym w szczególności OPZ oraz wzoru umowy, w sposób

przedstawiony w uzasadnieniu odwołania,
ewentualnie
4) unieważnienia postępowania.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że Zamawiający w rozdziale 4 SIWZ „Postępowanie”, w dotychczasowej treści pkt 4.2.1.11 wymaga złożenia wraz z ofertą jednego egzemplarza próbki oferowanego licznika oraz modułu komunikacyjnego. Zamawiający wskazuje, że oferta musi zawierać:

4.2.1.11. Jeden egzemplarz oferowanego 3-fazowego licznika energii elektrycznej oraz modułu komunikacyjnego. Wraz z próbką Wykonawca musi dostarczyć dwie wersje firmware, różne od siebie, jako wersja firmware o numerze (n-1) oraz wersja firmware numerze (n) - aktualny firmware. Wraz z próbką Wykonawca dostarczy oprogramowanie narzędziowe do licznika energii elektrycznej i modułu komunikacyjnego / wszelkie inne niezbędne licencje i wyposażenie bez których nie będzie możliwe sprawdzenie pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających. Dostarczona próbka zostanie poddana badaniom technicznym przez Zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności ich parametrów z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 do projektu umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Procedura badania próbki opisana jest w Załączniku nr 6 do SIWZ.

Próbkę (wraz z materiałami wymienionymi w niniejszym punkcie) należy złożyć w Punkcie Obsługi Kancelaryjnej TAURON Dystrybucja S.A. przy pl. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław (pok. Nr 044), nie później niż do terminu składania ofert. Punkt Obsługi Kancelaryjnej czynny jest od poniedziałku do piątku w godzinach od 7 do 15”.

Odwołujący kwestionuje powyższe postanowienie. Podnosi, że żądanie złożenia przez wykonawców próbki licznika, który ma w pełni odpowiadać licznikowi, który będzie dostarczany do Zamawiającego w ramach realizacji zamówienia, narusza warunki uczciwej konkurencji pomiędzy zainteresowanymi wykonawcami oraz zasadę proporcjonalności.

Odwołujący wskazuje, że liczniki zamawiane w postępowaniu według SIWZ określonej przez Zamawiającego nie były wcześniej zamawiane ani na rynku polskim ani europejskim, więc żaden z producentów, z wyjątkiem jednego, nie ma w swojej gamie produktowej licznika odpowiadającego w pełni funkcjonalnościom żądanym przez Zamawiającego. Podnosi, że mając na uwadze różne wymagania zamawiających w poszczególnych postępowaniach na tego typu dostawy, również Zamawiających, w imieniu których postępowanie prowadzi Tauron, nie

jest uzasadniony wymóg dostarczenia już na etapie składania oferty licznika, który byłby w pełni zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący podnosi, że wykonawcy, w tym on sam, potrzebują więcej czasu na przeprowadzenie procesu dostosowania posiadanych w ofercie liczników stricte do wymagań Zamawiającego. Wywodzi, że dotychczas postępowania o udzielenie zamówienia na inteligentne opomiarowanie realizowane w Polsce zakładały czas potrzebny na tzw. development, a więc dostosowanie produktu pod kątem wymagań danego Zamawiającego lub grupy Zamawiających, ponieważ wymagane przez operatorów urządzenia były unikalne pod względem zarówno sprzętowym, jak i oprogramowania. Jako przykłady podaje ostatnie postępowania prowadzone przez Enea Operator oraz przez Tauron Dystrybucja w imieniu swoim oraz spółki PGE Dystrybucja oraz Innogy (drugie postępowanie), na zakup aparatury pomiarowej do stacji bilansujących, gdzie określony przez Zamawiających czas na wykonanie próbki oraz realizację dostaw wynosił od kilku miesięcy (Tauron, PGE, Innogy) do roku (Enea). Wyjątkiem było postępowanie ENEA Operator, w którym także pierwotnie ustalone zostały niekonkurencyjne warunki, które zamawiający zmienił wskutek wniesionego odwołania i udzielił wykonawcom znacznie dłuższego od pierwotnie zakładanego czasu na przygotowanie oferty pod kątem wymagań postawionych w postępowaniu.

Odwołujący wywodzi, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga urządzeń z parametrami i funkcjonalnościami, które nie pojawiły się we wcześniejszych postępowaniach u żadnego operatora. Poniżej Odwołujący wskazuje kluczowe wymagania, które uniemożliwiają mu złożenie spełniającej wymagania Zamawiającego próbki urządzenia pomimo tego, iż Odwołujący posiada licznik z komunikacją GSM, spełniający większość warunków specyfikacji technicznej. W celu skorelowania informacji na temat posiadanych funkcji w liczniku Odwołującego przywołuje listę funkcji z SIWZ, które jego zdaniem są nadmiarowe lub wymuszają zmiany w liczniku oraz wymagają dodatkowych opracowań, badań i testów starzeniowych:

W Załączniku A do SIWZ „Wymagania techniczne dla statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii elektrycznej” Zamawiający wymaga:

- pkt 2.10 Licznik musi mieć możliwość zdalnej zmiany metody pomiaru i rejestracji energii:
 1. zmiana z metody arytmetycznej na metodę wektorową,
 2. zmiana z metody wektorowej na metodę arytmetyczną.
- pkt 2.11 Licznik musi mieć możliwość lokalnej zmiany metody pomiaru i rejestracji energii:
 1. zmiana z metody arytmetycznej na metodę wektorową,
 2. zmiana z metody wektorowej na metodę arytmetyczną.

- pkt 4.5 Licznik musi umożliwiać definiowanie co najmniej 1 progu przekroczenia i co najmniej jednego progu obniżenia napięcia dla każdej z fazy...
 - pkt 4.9 W liczniku musi istnieć możliwość ustawienia w sposób lokalny:
 2. daty aktywacji i czasu trwania wartości progu ograniczenia mocy
 - pkt 4.10 W liczniku musi istnieć możliwość ustawienia w sposób zdalny:
 2. daty aktywacji i czasu trwania wartości progu ograniczenia mocy.
 - pkt 5.3 Moduł komunikacyjny musiał umożliwiać pracę w zakresach częstotliwości sygnału:
 2. ... /EDGE:900/1800.
 - pkt 5.4 Moduł komunikacyjny musiał umożliwiać co najmniej pracę w trybie .../EDGE/...
 - pkt 5.11 Moduł komunikacyjny musi:
 1. posiadać możliwość zdalnej i lokalnej obsługi profili SIM/eUICC zgodnie ze specyfikacją GSMA w wersji minimum 3.1.
 - pkt 5.14 Licznik lub moduł komunikacyjny powinien posiadać dedykowany log zdalnej komunikacji rejestrujący co najmniej informację o błędnych próbach rejestracji modemu w sieci .../EDGE/...
 - pkt 5.16 Licznik lub moduł komunikacyjny musi posiadać możliwość zdalnej zmiany wartości parametrów w zakresie:
 1. Włączenia i wyłączenia żądania kodu PIN dla karty SIM.
 - pkt 5.17 Licznik lub moduł komunikacyjny musi posiadać możliwość lokalnej zmiany wartości parametrów w zakresie:
 1. Włączenia i wyłączenia żądania kodu PIN dla karty SIM.
 - pkt 5.19 Moduł komunikacyjny musi wspierać protokół LWM2M w wersji co najmniej 1.0 (8 lutego 2017). Lista parametrów protokołu LWM2M, które musi mieć zaimplementowany moduł komunikacyjny stanowi załącznik nr 2 do Specyfikacji.
 - pkt 6.1. ppkt 13 Licznik musi rejestrować co najmniej następujące zdarzenia:
 13. zdarzenia związane z działaniem pola magnetycznego (próg nieczułości do 400 mT) – rejestracja początku i końca zdarzenia”,
 - pkt 7.1.8 Licznik musi posiadać wyświetlacz LCD z możliwością prezentacji co najmniej sygnalizacji zdarzeń: otwarcia pokrywy skrzynki zaciskowej, otwarcie obudowy, zadziałanie polem magnetycznym, rozładowana bateria (w przypadku wyposażenia licznika w baterię dla podtrzymania chodu).
- 8.2. Plomby, na których są nałożone cechy zabezpieczające muszą być wykonane z tworzywa sztucznego. Przez pojęcie plomba rozumie się zatem element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające.

- pkt 8.9.2: „Licznik musi zapewniać:

2. Zatrzaskiwanie 30 stanów dobowych rejestrów i przechowywanie w pamięci licznika przez okres co najmniej 45 cykli dobowych,

3. Zatrzaskiwanie 30 stanów miesięcznych rejestrów rozliczeniowych i przechowywanie w pamięci licznika przez okres co najmniej 12 cykli miesięcznych (1 rok),

- pkt 8.10: Rozmiar pamięci licznika dla profili sieciowych musi pozwolić na przechowywanie danych dla rejestracji uśrednionych rzeczywistych wartości skutecznych napięć fazowych dla okresu rejestracji 10 minut za okres co najmniej 16 ostatnich dni.

- pkt 8.19 Licznik musi posiadać czujnik zadziałania zewnętrznego pola magnetycznego (próg nieczułości 400 mT).

- pkt 8.20 Działanie zewnętrznego pola magnetycznego o wartości indukcji przy powierzchni obudowy (z wyjątkiem tylnej ściany obudowy licznika) do 400 mT nie może powodować utraty klasy dokładności pomiaru licznika, zakłócenia pracy licznika, wyłączenia licznika, zmiany stanu członu wykonawczego oraz nie może powodować zadziałania sygnalizacji wykrycia oddziaływania pola magnetycznego.

- pkt 8.36 Licznik musi posiadać przycisk zamknięcia okresu rozliczeniowego, posiadający możliwość zabezpieczenia przez oplombowanie przed nieautoryzowanym jego wciśnięciem i zamknięciem.

- pkt 8.46 Skrzynka zaciskowa licznika musi być wyposażona w zaciski pomiarowe wykonane jako klatkowe. Śruby muszą mieć łeb płaski oraz uniwersalne wgłębienie wg ISO 4757 - rowkowe o szerokości $1,2 \pm 0,4$ mm i długości równej średnicy łba śruby oraz krzyżowe typu Pozidrv PZ2.

- pkt 8.48 Budowa skrzynki zaciskowej licznika musi uniemożliwić przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń „za zaciskiem”. Po odkręceniu śrub listwy zaciskowej zacisk musi być cały czas otwarty niezależnie od położenia/nachylenia licznika.

- pkt 8.49 Zamawiający wymaga założenia cech zabezpieczających na liczniku, nakładanych w procesie oceny zgodności w miejscach do tego technologicznie przygotowanych. Sposób plombowania musi zostać potwierdzony przedłożonym certyfikatem MID.

W Załączniku nr A do SIWZ „Wymagania techniczne dla statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii elektrycznej” „Lista parametrów protokołu LWM2M, które musi mieć zaimplementowany moduł komunikacyjny” – Odwołujący powołał tabelę zawierającą 99 parametrów protokołu LWM2M, których zaimplementowania w module komunikacyjnym wymaga Zamawiający.

Dalej Odwołujący informuje, że w załączniku A do SIWZ – „Wymagania bezpieczeństwa wobec statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii elektrycznej” Zamawiający postawił następujące wymagania:

- pkt 1.10 W przypadku dostępu do licznika poprzez oprogramowanie narzędziowe, licznik musi rejestrować identyfikator użytkownika uruchamiającego oprogramowanie narzędziowe wraz ze zdarzeniem odpowiadającym wykonaniu komendy, skutkującej wystąpieniem zdarzenia w liczniku:

1. zmiany oprogramowania (firmware) licznika
2. zmiana parametryzacji licznika
3. zmiana stanu elementu wykonawczego

- pkt 2.2 Dostęp do wszystkich interfejsów komunikacyjnych licznika musi być realizowany wyłącznie po uwierzytelnianiu, z wyłączeniem asocjacji „Public”.

- pkt 2.3 W liczniku musi istnieć mechanizm zdalnej zmiany certyfikatu (klucza) z gotowych plików XML do uwierzytelniania na interfejsach komunikacyjnych.

- pkt 2.4 Dla poszczególnych interfejsów komunikacyjnych licznika muszą być stosowane wyłącznie różne certyfikaty (klucze), tzn. na każdym z interfejsów nie mogą być takie same certyfikaty (klucze).

- pkt 2.5 Liczniki muszą mieć zablokowany odczyt i debugowanie poprzez interfejsy procesora do tego celu przeznaczone (SWD, JTAG i inne).

- pkt 2.6 Komunikacja między modułem komunikacyjnym a systemem odczytowym musi być szyfrowana algorytmem TLS w wersji 1.3.

- pkt 2.9 Moduł komunikacyjny licznika musi posiadać możliwość ograniczenia dostępu tylko z wybranych adresów IP lub sieci (tzw. whitelist).

- pkt 5.1 „Wykonawca dostarczy oprogramowanie narzędziowe dla licznika oraz modułu komunikacyjnego (instalacja na komputerach przenośnych z systemem operacyjnym):

Obsługę lokalnej wymiany kluczy szyfrujących za pomocą pliku XML.

- pkt 5.4 Zmiana metody pomiaru i rejestracji energii z metody arytmetycznej na metodę wektorową oraz zmiana z metody wektorowej na metodę arytmetyczną, musi być możliwa w liczniku wyłącznie w trybie administracyjnym.

- pkt 5.5 hasła dostępowe do oprogramowania narzędziowego muszą być zgodne z polityką opisaną w punkcie 6.

- pkt 5.8 Oprogramowanie narzędziowe musi posiadać funkcjonalność przechowywania haseł i kluczy w postaci zaszyfrowanej.

- pkt 5.15 Oprogramowanie narzędziowe musi umożliwiać eksport danych pomiarowych, zdarzeń i konfiguracji z liczników do plików tekstowych (TXT, CSV, XML) o udokumentowanej strukturze.
- pkt 5.17 Oprogramowanie narzędziowe musi wspierać szyfrowanie TLS w wersji zgodnej z wersją TLS w module komunikacyjnym licznika.
- pkt 5.19 Oprogramowanie narzędziowe musi umożliwiać ustawienie aktywnego profilu SIM/UICC albo SIM/e/UICC.
- pkt 6.3 Zmiana hasła musi następować na żądanie lub z częstotliwością definiowalną przez Zamawiającego.

Zmiana hasła musi być wymuszona przez dostarczone oprogramowanie do obsługi licznika podczas próby uwierzytelnienia.

- pkt 6.4 Wymagania co do złożoności hasła użytkownika (muszą być wymuszone przez oprogramowanie narzędziowe):

1. Co najmniej jedna mała lub wielka litera alfabetu,
2. Co najmniej jeden znak numeryczny,
3. Co najmniej jeden znak specjalny (@,#,\$,%,&,*,(...),

Minimalna długość haseł: 10 znaków.

- pkt 6.5 Polityka hasła użytkownika (musi być zastosowana w oprogramowaniu narzędziowym):

1. Historia haseł: 5 zapamiętanych haseł,
2. Niemożliwość ustawienia jako nowego hasła jednego z 5 ostatnich haseł zapisanych w historii,
3. Maksymalny okres ważności hasła: 30 dni,
4. Minimalny okres ważności hasła: 2 dni,

Hasła muszą być przechowywane w postaci zaszyfrowanej.

Odwołujący wywodzi, że wobec ww. postanowień SIWZ wymaganie złożenia wzorcowego, gotowego licznika wraz z ofertą jest wymaganiem nadmiernym i naruszającym zasadę proporcjonalności, albowiem Zamawiający ma inne środki, których zastosowanie umożliwi mu osiągnięcie zakładanego celu, przy jednoczesnym otwarciu postępowania na konkurencję, która w obecnych warunkach jest wykluczona. Podnosi, że z obowiązkiem złożenia wzorcowego licznika skorelowane są postanowienia rozdziału 3 - „Warunki udziału w postępowaniu”: ust. 3.7.2 *Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawca przekaże Zamawiającemu:*

3.7.2.1. Dokumenty w języku polskim, wydane przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego / Rady 2004/22/WE lub 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępnienia na rynku przyrządów pomiarowych.

- Certyfikat badania typu (moduł B) lub Certyfikat badania projektu (moduł H1) wraz z aneksami i załącznikami wydanymi do certyfikatu,

- Certyfikat potwierdzający uprawnienia Producenta do przeprowadzenia oceny zgodności licznika z typem w oparciu o zapewnienie jakości procesu produkcji (moduł D) lub dokument potwierdzający uprawnienia jednostki notyfikowanej do przeprowadzenia oceny zgodności licznika z typem w oparciu o weryfikację produktu (moduł F) lub Certyfikat badania projektu (moduł H1).

3.7.2.2 Instrukcję obsługi licznika energii elektrycznej oraz modułu komunikacyjnego w języku polskim.

3.7.2.3 Kartę katalogową licznika energii elektrycznej oraz modułu komunikacyjnego w języku polskim.

3.7.2.4 Instrukcję obsługi oprogramowania narzędziowego dla licznika energii elektrycznej oraz modułu komunikacyjnego w języku polskim.

3.7.2.5 Raport z badań rozłącznika na poziomie UC3 zgodnie z normą 62055-31, wystawione przez niezależne od Wykonawcy laboratorium.

Odwołujący podnosi, że ww. postanowienia obligują wykonawców do złożenia wraz z ofertą wyszczególnionych przez Zamawiającego dokumentów. Z uwagi na to, że Odwołujący nie ma obecnie w ofercie licznika w pełni odpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, jest oczywiste, iż wskazane dokumenty mające się do tego licznika odnosić również na daną chwilę nie istnieją. Wobec tego Odwołujący kwestionuje również to postanowienie SIWZ.

Odwołujący wskazuje na dwa możliwe rozwiązania, korygujące zakwestionowane postanowienia ogłoszenia i SIWZ, które umożliwiłyby mu złożenie oferty, a także pozwoliłyby na wystąpienie w postępowaniu jakiegokolwiek konkurencji:

- a) przełożenie terminu na składanie ofert przynajmniej o 8 miesięcy, pozwalając większej liczbie wykonawców na odpowiednie dostosowanie swoich wyrobów do stawianych przez Zamawiającego wymagań;
- b) rezygnacja z wymogu złożenia wraz z ofertą licznika wzorcowego (próbki) odpowiadającej wymaganiom specyfikacji technicznej i w konsekwencji rezygnacja z wymogu złożenia dokumentów wskazanych w rozdziale 3 ust. 3.7. SIWZ, a zamiast tego wprowadzanie wymagania złożenia licznika wzorcowego wraz z odpowiednią dokumentacją na etapie

realizacji zamówienia, po upływie 28 tygodnia od dnia podpisania umowy; w tym przypadku zmianie powinny ulec również postanowienia: projektu umowy poprzez wykreślenie obowiązku złożenia licznika wzorcowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz ofertą i Procedura Badania Próbek opisana w Załączniku nr 6 do SIWZ, poprzez jego usunięcie.

Zarzut 2

Odwołujący podnosi, iż niżej omówione postanowienia zał. nr 1 do SIWZ budzą liczne wątpliwości i uniemożliwiają złożenie oferty, która będzie w pełni odpowiadała wymaganiom Zamawiającego na skutek nieprecyzyjnego opisu wymogów wobec przedmiotu zamówienia lub ich sprzeczności z innymi przepisami, w tym z przepisami ustawy Prawo Energetyczne oraz Rozporządzenia Ministra Gospodarki z 4 maja 2017 w sprawie Funkcjonowania Systemu Elektroenergetycznego.

W odniesieniu do wymagań technicznych stanowiących załącznik 1 do SIWZ, Odwołujący wskazuje na pkt 2.10 i 2.11, podnosząc, że zmiana metody pomiaru podczas działania licznika na sieci nie była wymaganiem obligatoryjnym w żadnym postępowaniu na liczniki z komunikacją zdalną (GSM, PLC) w Tauron Dystrybucja. Z tego wywodzi, że dostosowanie aktualnych rozwiązań do tego wymogu jest procesem długotrwałym, ingerującym w podstawowe mechanizmy pomiarowe licznika i winna być przetestowana w sposób należyty. Taka zmiana, wykonana podczas pracy licznika na sieci mogłaby stanowić podstawę do niewłaściwego rozliczania klienta końcowego i dawać możliwość nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego wobec odbiorcy (konsumenta) energii elektrycznej poprzez jednostronne złamanie zasad rozliczania zużycia energii elektrycznej już po podpisaniu umowy dystrybucyjnej. Zdaniem Odwołującego powyższe stoi również w sprzeczności z obecnie obowiązującymi zasadami dopuszczania do rozliczeń urządzeń pomiarowych, gdyż każde urządzenie pomiarowe podczas weryfikacji jego sposobu działania (metrologii), prowadzącej do wydania certyfikatu uprawniającego do stosowania go do rozliczeń finansowych z odbiorcą, posiada określoną metodę pomiarową, której późniejsza zmiana wiąże się z innym, niż sprawdzony podczas kontroli metrologicznej, sposobem działania licznika. Tym samym określenie dwóch metod pomiarowych przez Zamawiającego nie jest zasadne, a metoda pomiarowa będzie ustalana na etapie zamówienia. Odwołujący podnosi, że w postępowaniu wszczętym przez Enea Operator (RPUZ/P/0652/2018/DN/NU) na liczniki z komunikacją zdalną (2G/3G), Zamawiający Enea Operator, świadomie i celowo odstąpił od

tego wymagania, jednocześnie zgadzając się na definicję metody na poziomie produkcyjnym, bez konieczności jej zmiany.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o wykreślenie wymagań pkt. 2.10 i 2.11 Tabeli z Załącznika 1 do SIWZ w całości.

W odniesieniu do wymagania pkt 5.19 oraz całości Załącznika nr 2 do SIWZ, opisującego listę parametrów protokołu LWM2M, które musi mieć zaimplementowany moduł komunikacyjny, podnosi że wymagania te nigdy nie było stawiane w postępowaniach na dostawę liczników z komunikacją GSM (GPRS/UMTS) w Polsce, a rozwiązanie tego typu jest rozwiązaniem specyficznym, stosowanym obecnie w Polsce przez jednego producenta modemów komunikacyjnych, który dostarcza swoje rozwiązanie tylko jednemu wykonawcy rozwiązań licznikowych, co za tym idzie, zapis takiego wymagania w odniesieniu do próbek składanych wraz z ofertą (po 40 dniach od ogłoszenia SIWZ) jest ograniczeniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący dodaje, że Zamawiający po raz pierwszy opublikował dokument z bardzo szczegółowym rozróżnieniem konkretnych obiektów, wraz z informacją, które z nich mają być zastosowane jako obiekty obligatoryjne, a inne tylko opcjonalne. Zdaniem Odwołującego tak dokładny zbiór danych, koniecznych do udostępnienia w tym protokole, z jednoczesnym wyłączeniem innych, które nie muszą być spełnione, stanowi niepodważalny dowód na wskazanie konkretnego rozwiązania komunikacyjnego i chęć jego narzucenia wykonawcom. Co więcej, tak szczegółowo opisane warunki obsługi komunikatów sieciowych, wymagają od Zamawiającego posiadania specjalnego oprogramowania do ich odczytu i prezentacji. Takie oprogramowanie, zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, jest dostępne (oferowane) tylko przez jednego dostawcę, który w dodatku dostarczył już licencję na oprogramowanie m.in. opierające swoje działanie na opisanym protokole LWM2M. Oprogramowanie to jest produkowane i oferowane tylko przez jednego dostawcę modemów GSM dla liczników energii elektrycznej. Pozostali producenci liczników z modemami komunikacyjnymi posługują się innym standardem obsługi danych diagnostycznych i nie są w stanie zaimplementować wymaganego przez Zamawiającego protokołu przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący wskazuje, że w praktyce spełnienie tego wymagania wymusza współpracę z konkretnym dostawcą modemów.

Ze względu na powyższe Odwołujący wnioskuje o usunięcie z kryteriów oceny oferty zarówno pkt 5.19 jak i całego Załącznika nr 2.

Odwołujący postanowieniu pkt 8.9 załącznika 1 stawia zarzut, że opis ppkt 2 i 3 jest opisem nieprecyzyjnym, użyte słowa do określenia sposobu działania, nawet dla wieloletnich

ekspertów z branży budzą wątpliwości, a ich zamienne stosowanie nie pozwala na jednoznaczną interpretację faktycznych wymogów formułowanych przez Zamawiającego: („...stany dobowe rejestrów...” i „...stany miesięczne rejestrów rozliczeniowych...”). Wskazuje, że zapis dotyczy profili, czyli w praktyce konieczności pamiętania konkretnych rejestrów. Podnosi, że w wymaganiach musi być podany wykaz konkretnych rejestrów oraz okres, w jakim muszą być pamiętane.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o uzgodnienie treści zapisów i o taką ich zmianę, aby pozostały spójne i jednoznaczne oraz określały, jakich rejestrowanych parametrów dotyczy.

Odwołujący wskazuje, że w tabeli wymagań technicznych, stanowiącej załącznik 1 do SIWZ, w pkt 4.5 zawarto wymaganie, że:

„Licznik musi umożliwiać definiowanie co najmniej 1 progu przekroczenia i co najmniej 1 progu obniżenia napięcia dla każdej fazy, jako wartości procentowej napięcia znamionowego lub wartości jednostkowej (V) odchylenia od napięcia znamionowego. Próg jest definiowany przez Zamawiającego, przy czym domyślnie muszą być ustalone progi:

1. próg 1 - wzrost napięcia ponad wartość 110% U_n ,
2. próg 2 - obniżenie napięcia poniżej 90% U_n .

Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe przygotowania rozwiązania technicznego, w ramach którego progi dla kontroli napięcia byłyby ustawiane w liczniku trójfazowym na każdej fazie oddzielnie. Taka funkcja nie jest wymagana żadnym prawem i jest nadmiarowa dla licznika bezpośredniego.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o wykreślenie części zdania „dla każdej fazy”.

Odwołujący wskazuje na pkt 4.9.2 i 4.10.2. załącznika 1 do SIWZ, podnosząc, że określają one konieczność posiadania przez licznik możliwości w sposób zdalny i lokalny ustawiania daty aktywacji wraz z czasem trwania wartości progu ograniczenia mocy. Dla licznika z komunikacją jest to wymaganie nadmiarowe. Ogólnie stosowane liczniki tego typu realizują taką funkcję na żądanie tj. w każdej chwili można ustawić odpowiedni poziom mocy oraz włączyć lub wyłączyć działanie ogranicznika mocy. Przy takim rozwiązaniu nie ma konieczności, aby licznik w tym zakresie działał autonomicznie.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o wykreślenie z punktów 4.9 ppkt 2 oraz 4.10 ppkt 2 części zapisów „...daty aktywacji i czasu trwania...”.

W przedmiocie wymagania 5.19 ww. załącznika, Odwołujący podnosi, że w związku z brakiem doświadczeń działania tego protokołu diagnostycznego w Polsce na masową skalę przez producentów modemów Polskich oraz Europejskich (za wyjątkiem jednego producenta), nie ma możliwości jego implementacji do licznika zintegrowanego z modemem lub do modemu zewnętrznego.

Wnosi o wykreślenie Punktu 5.19 w całości.

Odwołujący wskazuje na postanowienie pkt 5.23 ww. załącznika – „Moduł komunikacyjny musi synchronizować czas z czasem licznika”. Podnosi, że tak zapisane wymaganie preferuje rozwiązania, w których moduł komunikacyjny dubluje niepotrzebnie funkcje licznika. Najczęściej takie rozwiązanie, gdzie każde urządzenie posiada zegar (licznik oraz modem) było charakterystyczne dla starszych rozwiązań, w których licznik był innego producenta niż moduł komunikacyjny. Wskazuje, że obecnie dla rozwiązań zintegrowanych zegar posiada tylko licznik i to on odpowiada za jego parametry oraz podtrzymanie chodu w przypadku zaniku napięcia zasilania. W związku z powyższym żądanie, aby moduł komunikacyjny synchronizował czas z czasem licznika jest niepotrzebne, gdyż powszechnym rozwiązaniem jest, że zegar znajduje się jedynie w liczniku.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę treści powyższego wymagania na następująca treść: „licznik musi umożliwiać synchronizację czasu w sposób zdalny i lokalny”.

Odwołujący wskazuje na wymagania Załącznika 1 do SIWZ:

- pkt. 6.1, zgodnie z którym licznik musi rejestrować co najmniej następujące zdarzenia:

1. aktywacja/dezaktywacja funkcji ograniczania mocy czynnej;
2. zaniki i powroty napięcia zasilającego dla każdej z faz;
3. zdjęcie osłony skrzynki zaciskowej;
4. otwarcie obudowy licznika;
5. błędy wewnętrzne licznika;
6. zmiany parametryzacji;
7. zmiany tabeli taryfowej TOU;
8. zmiany oprogramowania (firmware) licznika;
9. zmiana stanu elementu wykonawczego;
10. nieudane próby logowania na interfejsach lokalnych;

11. rozładowana bateria (w przypadku wyposażenia licznika w baterię dla podtrzymania chodu);
12. obniżenie/podwyższenie napięcia od napięcia znamionowego, zgodnie z pkt. 4.4- rejestracja początku i końca zdarzenia;
13. zdarzenia związane z działaniem pola magnetycznego (próg nieczułości do 400 mT) - rejestracja początku i końca zdarzenia;

- pkt 8.19 Licznik musi posiadać czujnik zadziałania zewnętrznego pola magnetycznego (próg nieczułości 400 mT)

- pkt 8.20 Działanie zewnętrznego pola magnetycznego o wartości indukcji przy powierzchni obudowy (z wyjątkiem tylnej ściany obudowy licznika) do 400 mT nie może powodować utraty klasy dokładności pomiaru licznika, zakłócenia pracy licznika, wyłączenia licznika, zmiany stanu członu wykonawczego oraz nie może powodować zadziałania sygnalizacji wykrycia oddziaływania pola magnetycznego.

Odwołujący podnosi, że w tych wymaganiach Zamawiający określił, że licznik ma pozwalać na wykrywanie pola magnetycznego o poziomie przekraczającym poziom 400 mT. W konstrukcji wszystkich liczników elementy zastosowane do wykrywania pola magnetycznego nie są kalibrowane i powinny być traktowane jako wskaźniki informujące o obecności pola magnetycznego (zwykle kontaktron lub hallotron). W związku z brakiem możliwości przeprowadzenia na próbnicy jednoznacznych badań w tym zakresie powinno się stosować dość szeroki zakres dla progu wykrywania pola i najlepiej jego wielkość pozostawić w kompetencji producenta licznika.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę omawianego wymagania (tj. punkt 13/6.1, 8.19, 8.20) z obecnego progu nieczułości do 400 mT) na próg nieczułości w zakresie od 200 mT do 400 mT).

W odniesieniu do wymogu 8.2 załącznika 1 do SIWZ – „*Plomby, na których są nałożone cechy zabezpieczające muszą być wykonane z tworzywa sztucznego. Przez pojęcie plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające*”, odwołujący podnosi, że takie postanowienie ogranicza możliwość złożenia ofert producentom, którzy posiadają nierozbieralne obudowy liczników. Wskazuje, że w certyfikacie MID dla takich rozwiązań są informacje o nierozbieralności oraz zwykle brak jest informacji o metodach plombowania, co jest jednoznaczne, że taki licznik dopuszczony jest do obrotu bez konieczności nanoszenia cech zabezpieczających. Tym samym, żądanie przez Zamawiającego plomb dla liczników, które

posiadają nierozbieralne obudowy (co wynika z certyfikatu), jest zdaniem Odwołującego zbędne i ogranicza konkurencję.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę tego wymagania z obecnej treści na następującą: *„Plomby, na których są nałożone cechy zabezpieczające muszą być wykonane z tworzywa sztucznego, jeśli plombowanie jest wymagane w certyfikacie MID. Przez pojęcie Plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające”*.

W zakresie postanowienia 8.10 ww. załącznika – *„Rozmiar pamięci licznika dla profili sieciowych musi pozwolić na przechowywanie danych dla rejestracji uśrednionych rzeczywistych wartości skutecznych napięć fazowych dla okresu rejestracji 10 minut za okres co najmniej 15 ostatnich dni”*, Odwołujący podnosi, że tylko jeden producent na rynku posiada w przybliżeniu tak dużo pamięci przeznaczonej dla profili sieciowych. Wywodzi, że dla licznika z komunikacją zdalną takie wymaganie jest w jego opinii zdecydowanie nadmiarowe, a zarządzanie pamięcią musi dawać priorytet danym służącym do rozliczeń.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę wymagania z obecnego brzmienia *„...co najmniej 15 ostatnich dni”* na brzmienie o treści: *„...co najmniej 8 ostatnich dni”*.

Dalej Odwołujący wskazuje na postanowienie 8.14 – *„Wersja/wersje oprogramowania oraz suma/sumy kontrolna liczników muszą być:*

- 1. jednoznaczne*
- 2. możliwa do odczytu drogą elektroniczną w sposób zdalny*
- 3. możliwa do odczytu drogą elektroniczną w sposób lokalny (odczytywane oprogramowaniem narzędziowym oraz prezentowane na wyświetlaczu licznika).*
- 4. identyczne jak w świadectwie zgodności z MID”*.

Podnosi, że prezentacja danych na wyświetlaczu LCD posiada swoje ograniczenia. Prezentacja takich znaków, jak znaki interpunkcyjne lub inne znaki specjalne mogą się różnić pomiędzy prezentacją na monitorze komputera, a wyświetlaczu licznika.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę zapisu tego wymagania z obecnej treści punktu 4 *„identyczne jak w świadectwie zgodności z MID”* na *„w zakresie znaków istotnych identyczna jak w świadectwie zgodności MID”*.

Kolejnym podważanym postanowieniem załącznika 1 jest pkt 8.30 – *„Licznik musi posiadać wewnętrzny zegar czasu rzeczywistego z podtrzymaniem chodu w przypadku braku napięcia zasilającego. Podtrzymanie chodu zegara przy braku napięcia zasilającego musi być nie krótsze niż 120 godzin”*.

W wymaganiach technicznych licznika Zamawiający dopuszcza w celu podtrzymania chodu zegara w sytuacji braku napięcia zasilania superkondensator lub baterię wymienną. W tym punkcie podaje wymagany czas podtrzymania czasu tj. 120 godzin w przypadku braku napięcia zasilania. Zdaniem Odwołującego jest to poprawna wartość dla superkondensatora, natomiast rażąco niska dla baterii - taki zapis trzeba traktować jako merytoryczny błąd, a nie świadome wymaganie techniczne.

W związku z powyższym. Odwołujący wnosi o uzupełnienie wymagania o treść „*przez 120 godzin dotyczy superkondensatora, a w przypadku baterii ten okres powinien wynosić minimum okres legalizacji*”.

Do postanowienia 8.31 – „*W przypadku zastosowania w liczniku źródła podtrzymania w postaci baterii, licznik musi mieć możliwość wymiany baterii bez konieczności demontażu licznika z tablicy licznikowej układu pomiarowego oraz naruszenia plomb legalizacyjnych licznika*”, Odwołujący podnosi, że wymaganie przypisane w tym punkcie premiuje tytko jednego dostawcę liczników energii elektrycznej, który jako jedyny w licznikach stosuje baterię bardzo małej pojemności i przyznaje się w instrukcji, że okres jej życia wynosi dwa lata. Kwestia wymienności tego elementu nie może być alternatywą dla baterii, która zapewnia jej pracę w okresie legalizacji licznika. Zdaniem Odwołującego na potrzeby tego postępowania bateria powinna pracować minimum 9 lat, ponieważ taki jest przybliżony okres gwarancji. Zwraca uwagę, że koszt wymiany licznika według jego oceny jest bardzo bliski kosztowi wymiany baterii w liczniku pracującym na sieci.

Wnosi o uzupełnienie wymagania o treść „*Zastosowana bateria w liczniku musi niezależnie od sytuacji na sieci zapewnić podtrzymanie zegara przez okres minimum 9 lat*”

Postanowienie 8.38 Załącznika 1 do SIWZ – „*Licznik powinien mieć obudowę przystosowaną do nałożenia cech zabezpieczających nakładanych w procesie oceny zgodności MID oraz w procesie legalizacji ponownej, w taki sposób, by wewnętrzne elementy licznika były dostępne jedynie po zniszczeniu lub widocznym uszkodzeniu wyżej wymienionych cech lub obudowy licznika*”.

Zdaniem Odwołującego ww. wymaganie eliminuje możliwość zaoferowania liczników z obudową nierozbieralną. Liczniki tak zabezpieczone przed nieautoryzowaną ingerencją do wnętrza w innych postępowaniach u tego samego Zamawiającego otrzymywałby dodatkowe punkty za technikę.

W związku z powyższym. Odwołujący wnosi o uzupełnienie wymagania o treść „Zapis tego Punktu wymagań nie dotyczy liczników kompaktowych, które posiadają w certyfikacie MID informacje, że mogą być produkowane w obudowach nierozbieralnych”.

Postanowienie 8.45 załącznika 1 – „Osłona skrzynki zaciskowej licznika musi być skonstruowana w taki sposób, aby dla prawidłowo zamocowanego na płaskiej płycie montażowej licznika, przy prawidłowo założonej na licznik osłonie skrzynki zaciskowej zagwarantować pod skrzynką zaciskową licznika prostopadłościenną przestrzeń o minimalnych wymiarach opisanych poniżej oraz określonych również graficznie na rysunku poniżej”.

Odwołujący podnosi, że wszystkie parametry powinny być określone przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, w tym wymaganiu brak jest wartości dla wymiaru S (szerokości) – na ww. rysunku.

Nadto Odwołujący podnosi, że opis pod ww. rysunkiem – „Dopuszcza się lokalizację w tej przestrzeni maksymalnie jednego zespołu elementów skrzynki listwy zaciskowej lub obudowy i skrzynki zaciskowej licznika służącego do przykręcenia osłony skrzynki zaciskowej do licznika pod warunkiem, że mocowanie to nie będzie w żaden sposób utrudniać podłączenia do skrzynki zaciskowej przewodów układu pomiarowego o maksymalnym dopuszczalnym dla licznika przekroju przewodów” – jest niezrozumiały.

Odwołujący wniósł o usunięcie ww. opisu.

Do pkt 8.46 załącznika 1 do SIWZ – „Skrzynka zaciskowa licznika musi być wyposażona w zaciski pomiarowe wykonane jako klatkowe. Śruby muszą mieć łeb płaski oraz uniwersalne wgłębienie wg ISO 4757 - rowkowe o szerokości $1,2 \pm 0,4\text{mm}$ i długości równej średnicy łba śruby oraz krzyżowe typu Pozidriv PZ2” – Odwołujący podnosi, że dla spełnienia wymagań w zakresie prądu maksymalnego 80 (A) w celu zwiększenia konkurencyjności w wielu postępowaniach na dostawę liczników prowadzonych na terenie Unii Europejskiej dopuszcza się dwa alternatywne rozwiązania w zakresie zacisków prądowych liczników tj. zaciski klatkowe oraz mosiężne zaciski tzw. wiercone. Zdecydowana większość wykonawców oferuje liczniki posiadające klasyczne zaciski mosiężne, wiercone. Zdaniem Odwołującego rozwiązanie takie jest równoważne do zacisków klatkowych i brak jest jakichkolwiek podstaw technicznych dla ograniczenia przez Zamawiającego możliwości zastosowania zacisków mosiężnych tzw. wierconych. Powyższe twierdzenie znajduje poparcie w choćby w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja (również uczestnik przedmiotowego

postępowania) o numerze 412/DU/PS/A/WL/2017, w którym taki wymóg został zawarty (opis przedmiotu zamówienia ust. 3 Warunki formalne i techniczne, które muszą spełnić liczniki statyczne specjalne - dotyczy zadań 1,2,3,4), a gdzie w rezultacie doszło do złożenia tylko jednej ważnej oferty przez firmę APATOR S.A. Podnosi, że z kolei w postępowaniu wciąż prowadzonym przez Zamawiającego Tauron Dystrybucja (2018/TD-CN/TD-CN/02651/L) oraz w poprzednich, ten nie stosował obligatoryjnego obowiązku posiadania przez licznik tzw. „zacisków klatkowych”. Kryterium to pojawiło się jako wymóg opcjonalny - dodatkowo punktowany, gdzie spośród ofert nieodrzuconych w tym postępowaniu, jedynie oferta APATOR S.A. posiadała takie rozwiązanie. Pozostali oferenci, nie mają takiego rozwiązania, a jego dostosowanie nie jest możliwe w czasie krótszym niż kilka miesięcy. Ponadto w postępowaniu wszczętym przez Enea Operator (RPUZ/P/0652/2G18/DN/NU) na liczniki z komunikacją zdalną (2G/3G), Zamawiający pozostawił dla wykonawcy alternatywę w zakresie konstrukcji zacisków, dopuszczając możliwość złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu, również w wykonaniu z tzw. zaciskami wierconymi.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uzupełnienie w/w treści wymagania o następującą: *„Dopuszcza się stosowanie zacisków klasycznych, mosiężnych tzw. wierconych”*.

Do postanowienia 1.6 Załącznika 1 – *„Wykonawca przedstawi Zamawiającemu (na żądanie) dokładny opis sposobu, algorytmów oraz technologii stosowanych przy zabezpieczeniu danych w liczniku”* – Odwołujący podnosi, że opis tego wymagania jest nieprecyzyjny i jednocześnie ocena spełnienia tego wymagania jest bardzo uznaniowa. Wywodzi, że sformułowanie „dokładny opis” może w trakcie postępowania być elementem spornym, a skrajne roszczenie ze strony Zamawiającego w kierunku doprecyzowywania w/w informacji może zakończyć się absolutnym wetem ze strony wykonawcy. Podnosi, że zabezpieczenia, algorytmy oraz stosowane technologie to najbardziej dziś strzeżone informacje w firmach produkujących liczniki elektroniczne. Na tych informacjach opiera się istota działalności każdego producenta. Zamawiający nie zabezpieczył tej sytuacji karami jakie można mu naliczyć w przypadku ujawnienia takich informacji.

Wobec powyższego wnosi o usunięcie słowa „dokładny”.

Postanowienia 1.10 i 2.8 Załącznika 1 – *„W przypadku dostępu do licznika poprzez oprogramowanie narzędziowe, licznik musi rejestrować identyfikator użytkownika*

uruchamiającego oprogramowanie narzędziowe wraz ze zdarzeniem odpowiadającym wykonaniu komendy, skutkującej wystąpieniem zdarzenia w liczniku):

1. zmiany oprogramowania (firmware) licznika
2. zmiana parametryzacji licznika
3. zmiana stanu elementu wykonawczego”;

„Komunikacja bezpośrednia między licznikiem a systemem pomiarowym OSD i oprogramowaniem narzędziowym musi być szyfrowana algorytmem AES co najmniej 128 bit (HL5) dla protokołu odczytu DLMS/COSEM na całej ścieżce komunikacji, Wymagane jest uwierzytelnienie licznika podczas nawiązywania komunikacji z systemem pomiarowym OSD / oprogramowaniem”.

Zdaniem Odwołującego ww. wymagania w dziedzinie bezpieczeństwa nie są skorelowane ze sobą, a wymaganie informacji o osobie parametryzującej licznik jest nadmiarowe. Funkcję opisaną w punkcie 1.10 posiada tylko jeden wykonawca. Cel zakupu to liczniki ze zdalną komunikacją. Obsługa takiego licznika realizowana jest zdalnie, a bezpieczeństwo zapewnia system szyfrowania algorytmem AES. Wystarczające bezpieczeństwo gwarantuje wymiana kluczy szyfrujących w liczniku. Takie działanie limituje zupełnie dostęp do licznika. Na pytanie zadane do systemu, kto parametryzował licznik? - system odpowiada - ten komu przesłałem klucz.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o usunięcie wymagania opisanego w punkcie 1.10.

W zakresie postanowienia 2.4 Załącznika 1 - „Dla poszczególnych interfejsów komunikacyjnych licznika muszą być stosowane wyłącznie różne i certyfikaty (klucze), tzn. na każdym z interfejsów nie mogą być takie same certyfikaty (klucze)” – Odwołujący podnosi, że nie jest możliwa obsługa na każdym interfejsie innego klucza. Licznik wspiera system szyfrowania na jednym kluczu, takim samym dla wszystkich interfejsów. Utrzymanie tego wymagania może spowodować brak ofert lub tylko jedną ofertę.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o usunięcie wymagania z pkt 2.4.

Dalej Odwołujący wskazuje na postanowienie 5.1 Załącznika 1 – „Wykonawca dostarczy oprogramowanie narzędziowe dla licznika oraz modułu komunikacyjnego (Instalacja na komputerach przenośnych z systemem operacyjnym):

1. Windows 7 32bit,
2. Windows 7 64bit,

3. *Windows 10 32bit,*
 4. *Windows 10 64 bit,*
- umożliwiający:*
5. *pełną konfigurację,*
 6. *parametryzację,*
 7. *diagnostykę,*
 8. *odczyt danych pomiarowych,*
 9. *odczyt zdarzeń z licznika,*
 10. *wymianę firmware*

obsługę lokalnej wymiany kluczy szyfrujących za pomocą pliku XML”.

W odniesieniu do ww. punktu Odwołujący podnosi, że program narzędziowy przygotowany jest do obsługi jednego licznika zdalnie lub lokalnie. Do zarządzania kluczami jest potrzebny dedykowany system zarządzania kluczami. Zdaniem Odwołującego, wiedząc, że każdy z trzech końcowych odbiorców będzie realizował w zupełnie inny sposób dystrybucję kluczy na potrzebę lokalnych zleceń wymagane z plikiem XML jest ewidentnie nadmiarowe. Plik XML służy do obsługi masowych ilości informacji. Na potrzeby realizacji obsługi jednego licznika wystarczy absolutnie plik .xls , który zestawia numer licznika z kluczem szyfrującym oraz umożliwi wyszukanie numeru licznika.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o usunięcie z wymagania 5.1 frazy „*obsługę lokalnej wymiany kluczy szyfrujących za pomocą pliku XML.*”

Odwołujący wskazuje na postanowienie 5.16 Załącznika 1 – „*Oprogramowanie narzędziowe musi być dostarczone w polskiej wersji językowej*” i podnosi, że system operacyjny lub inne komponenty zwykle występują w nie do końca spolszczonej wersji językowej, a w czasie działania programu narzędziowego mogą również pojawić się wtrącenia, pojedyncze słowa w języku angielskim. Dotyczy to wszystkich podmiotów zagranicznych. Zdaniem Odwołującego taki zapis daje specjalny przywilej tylko jednemu wykonawcy. Podkreśla, że istotne komunikaty są przekazywane w języku polskim, a fakt występowania słów w języku angielskim nie powoduje żadnego utrudnienia z korzystania z narzędzia nawet w przypadku braku znajomości języka angielskiego.

Wnosi o uzupełnienie ww. wymagania o frazę „*Dopuszcza się występowanie pojedynczych słów lub objaśnień w języku angielskim (ogólnie znanych)*”.

Do postanowienia 5 Załącznika 1 – „*Wymagania wobec polityki haseł dla oprogramowania narzędziowego*”, zgłasza uwagę, że u każdego z trzech dostawców trzeba

będzie dopasować się do działających systemów dystrybucji kluczy, haseł i uprawnień, co jest zajęciem kosztownym i czasochłonnym i jego zdaniem wymagania opisane na tą chwilę jest nadmiarowe.

Wnosi o uzupełnienie tego wymagania o informacje, że polityka haseł będzie wdrażana tylko z wygranym tego postępowania oraz, że będzie to proces trwający od chwili podpisania umowy do końca realizacji pierwszej dostawy.

Zarzut 4

Odwołujący podnosi, że opisane w ust. 4.5.1. kryteria i przypisane im wagi wraz z ilością przyznanych im punktów, stanowią wymagania faworyzujące jednego z wykonawców, który wraz z publikacją SIWZ posiadał już zrealizowane funkcje pomiaru wartości sieciowych ze wskazanymi w wymaganiu okresami co najmniej 63 dni rejestracji. Dotyczy to kryteriów określonych jako „*Opis dodatkowych walorów technicznych. Opisane funkcjonalności nie są obligatoryjne, a ich niespełnienie nie skutkuje odrzuceniem oferty :*

2. Rozmiar pamięci licznika dla profili sieciowych musi pozwolić na przechowywanie danych dla rejestracji uśrednionych rzeczywistych wartości skutecznych napięć fazowych dla okresu rejestracji 10 minut za okres co najmniej 63 ostatnich dni. – 2 pkt.

3. Licznik musi dokonywać rejestracji uśrednionych rzeczywistych wartości skutecznych prądów fazowych (IRMS) w okresie 10 min. Rozmiar pamięci licznika dla profili sieciowych musi pozwolić na przechowywanie danych dla rejestracji uśrednionych rzeczywistych wartości skutecznych prądów fazowych dla okresu rejestracji 10 minut za okres co najmniej 63 ostatnich dni. – 2 pkt”.

Odwołujący wywodzi, że Zamawiający we wszystkich dotychczasowych postępowaniach, które prowadził, nie stosował tak dużego wymagania w stosunku do długości rejestrowanych danych sieciowych. Tak sformułowane wymagania, nie tylko jest wymaganiem nadmiarowym, ale również nie znajduje potwierdzenia w żadnym akcie prawnym jak ustawa, rozporządzenie czy nawet instrukcja ruchu i eksploatacji sieci dystrybucyjnej (nr DRR-4321-60(5)/2013/KSm z dnia 17 grudnia 2013 wraz z późniejszymi zmianami) stosowana przez Zamawiającego.

Ze względu na powyższe Odwołujący wnioskuję o usunięcie z kryteriów oceny ofert wskazanych powyżej - dodatkowo punktowane parametry techniczne.

Zarzut 5

Odwołujący podnosi, że zasada proporcjonalności przewidziana jest przez dyrektywy regulujące zagadnienia zamówień publicznych (niezależnie od tego, że została wprowadzona wprost do Pzp w trakcie ostatniej nowelizacji). Wskazuje, że w wyroku KIO 786/16 Izba stwierdziła, że: *„Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania”*. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ w § 3 ust. 4 wskazał, że: *4. Wykonawca zobowiązuje się do zainstalowania karty SIM, w terminie nie krótszym niż 30 dni przed wskazaną w Harmonogramie (stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy) dostawą Urządzeń. Karty SIM zostaną przez Wykonawcę odebrane z miejsca wskazanego przez Zamawiającego znajdującego się na obszarze działania Zamawiającego”*.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający, specyfikując wymagania w zakresie bezpieczeństwa danych, w tym konieczności szyfrowania ich algorytmem AES128 oraz wymagając dodatkowych zabezpieczeń programowych odnoszących się choćby do sposobu szyfrowania kluczy dostępowych do liczników, stawia wysokie wymagania w ochronie dostępu do swojej infrastruktury i jednocześnie, nakłada na wykonawcę obowiązek podjęcia odpowiedzialności za znaczną ilość kart SIM, wraz z kodami dostępowymi PIN, umożliwiając dostęp w wewnętrzną (wydzieloną) część struktury informatycznej Zamawiającego. Podnosi, że obarczając wykonawcę koniecznością odbioru kart, przenosi na niego całość odpowiedzialności za ich odbiór, transport i zabezpieczenie ich przed potencjalnymi zagrożeniami wynikającymi z ich posiadania. Dodatkowo wskazuje, iż potencjalny wykonawca, może mieć siedzibę poza terenem Polski lub nawet poza Europą - w takiej sytuacji Zamawiający uchybia własnej polityce bezpieczeństwa, a potencjalne straty wydają się trudne do oszacowania.

Dalej Odwołujący wywodzi, że biorąc pod uwagę, że obowiązek zabudowy kart SIM do dostarczanych liczników jest procesem produkcyjnym, nałożenie na wykonawcę obowiązku instalacji kart SIM w dostarczanych urządzeniach, w terminie 30 dni przed ich dostawą w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp (w tym wypadku możliwość wykonania zamówienia) podmiotom potencjalnie zdolnym do jej wykonania (mających siedzibą poza terytorium Polski). Wskazuje, że Zamawiający prowadząc postępowanie w imieniu trzech spółek

dystrybucyjnych ma świadomość, że każda z nich może posiadać innego operatora kart SIM, co w połączeniu z koniecznością realizacji dostaw każdego miesiąca do 32 różnych magazynów w Polsce i uprawnieniem odbioru kart SIM przez wykonawcę tylko na 30 dni przed dostawą, jest niemożliwe w realizacji. Podnosi, że taki wymóg wiąże się z ryzykiem opóźnień w dostawach i wynikającego z nich obowiązku zapłaty kar umownych.

Odwołujący wnosi o całkowite usunięcie ww. zapisu z projektu umowy.

Odwołujący informuje, że Zamawiający we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ w § 7 pkt 7 wskazał, że:

„7. Podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury i zapłaty wynagrodzenia stanowi wyłącznie protokół odbioru podpisany przez Zamawiającego bez zastrzeżeń.

8. Najpóźniej w terminie 7 dni kalendarzowych od daty podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru Wykonawca zobowiązuje się wystawić fakturę VAT i wysłać Zamawiającemu na adresy wskazane w zał. Nr 2 do Umowy”.

Odwołujący podnosi, że w żadnym z ww. przepisów Zamawiający nie określił terminu protokołu odbioru, co negatywnie wpływa na odpowiedzialność wykonawcy oraz możliwości wystawienia przez niego faktury, tym samym skutkując nieokreślonymi ryzykami.

Wnosi o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do projektu umowy następującego zapisu: *„Zamawiający po otrzymaniu dostawy, najpóźniej w 2 dniu od jej otrzymania, poinformuje Wykonawcę o podpisaniu protokołu odbioru bez zastrzeżeń, bądź o odmowie jego podpisania. W przypadku braku potwierdzenia od Zamawiającego w powyższym terminie, dostawę uważa się za odebraną bez zastrzeżeń”.*

Odwołujący informuje, że Zamawiający we Wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ zawarł:

- w § 8 ust. 4 następujące postanowienie: *„Jeżeli w okresie o którym mowa w ust., tj. w okresie Gwarancji Zamawiający stwierdzi wystąpienie wady Przedmiotu objętego Gwarancją w szczególności stwierdzi niezgodność Urządzeń, oprogramowania narzędziowego z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1 do Umowy, uprawniony jest do zgłoszenia Wykonawcy reklamacji (dalej jako „Reklamacja”) pocztą elektroniczną lub w formie pisemnej. Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie potwierdzić na piśmie lub pocztą elektroniczną otrzymanie zgłoszenia Reklamacji. Jeżeli w terminie 3 dni roboczych od zgłoszenia Reklamacji przez Zamawiającego Wykonawca nie potwierdzi jej otrzymania, uważa się, że Wykonawca takie potwierdzenie złożył z chwilą upływu tego terminu”,*

- w § 9 ust. 1 pkt 3 następujące postanowienie: „opóźnienia w realizacji w terminie obowiązków wynikających z Gwarancji lub rękojmi - w wysokości 1% ceny netto Urządzenia objętego postępowaniem w ramach Gwarancji lub rękojmi - za każdy dzień opóźnienia”,

- w § 9 ust. 2 następujące postanowienie: „Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych jest ograniczona do kwoty równej 100% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 2 Umowy. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Prawa Opcji przedmiotowy limit odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych zostaje powiększony o wartość netto zakresu Prawa Opcji z jakiego Zamawiający skorzystał.”

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z postanowieniem w § 8 ust. 4 projektu umowy, podstawą rozpatrzenia reklamacji ma być jedynie protokół reklamacyjny z opisem stwierdzonych wad. W odpowiedzi na takie zgłoszenie wykonawca dysponował będzie jedynie trzema dniami roboczymi na zajęcie stanowiska. Zdaniem Odwołującego termin ten jest zbyt krótki, a jego ustalenie na takim poziomie stanowi naruszenie wskazanych powyżej przepisów. Odwołujący wywodzi, że mając na uwadze daleko idące ograniczenie, a w zasadzie wyeliminowanie swobody kontraktowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający powinni powstrzymać się od ustalania niemożliwych do spełnienia bądź zbyt rygorystycznych warunków umownych wobec wykonawców. Podnosi, że biorąc pod uwagę, iż wykonawca w ciągu 3 dni roboczych nie jest w stanie skutecznie zrealizować odbioru reklamowanego urządzenia, w związku z czym będzie zdany wyłącznie na informację pochodzącą od przedstawiciela Zamawiającego, której szczegółowość może być niewystarczająca do właściwego zajęcia stanowiska, trzy dni robocze na zajęcie stanowiska to ewidentnie nierealny termin na wykonanie tego obowiązku.

Odwołujący postuluje zmianę postanowienia na minimum 5 dni roboczych na zajęcie stanowiska.

Odwołujący podnosi, że w postępowaniu doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, w szczególności ze względu na wskazane powyżej naruszenia, ale także nieuzasadnione i określone w nadmiernej wysokości kary umowne utrudniające albo uniemożliwiające uczestnictwo w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego zachodzi konieczność zmiany postanowień SIWZ dla umożliwienia uczestnictwa wykonawców na konkurencyjnych i równych zasadach.

Odwołujący podnosi, że w pozostałych postanowieniach w § 9 ust. 3 Zamawiający zawarł nieuzasadnione i dyskryminujące, bo utrudniające dostęp do postępowania, kary

umowne. Jednocześnie wprowadził ograniczenia wysokości kar umownych do 100% wartości wynagrodzenia netto, co dla wielu wykonawców stanowi barierę dla możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Podnosi, że standardowe kontrakty na dostawy tego typu aparatury w Europie zawierają ograniczenia do 10% wartości umowy.

Dalej Odwołujący wskazuje, że w § 8 ust. 9 Zamawiający dokonał zróżnicowania zryczałtowanych kosztów wymiany urządzeń zainstalowanych na sieci w zależności od operatora. Zdaniem Odwołującego takie zróżnicowanie nie jest niczym uzasadnione - poszczególni operatorzy działają w takich samych warunkach ekonomicznych, mają relatywnie podobne koszty i nie ma żadnych powodów, dla których ta sama operacja ma u jednego operatora kosztować 55 zł, a u innego 133 zł netto.

W związku z tym Odwołujący wnosi o ustalenie jednolitego kosztu zryczałtowanego w kwocie 43 zł netto.

Odwołujący wskazuje, że w § 8 ust. 16 Zamawiający zamieścił postanowienie, na podstawie którego wykonawca oświadcza, iż przenosi na Zamawiającego przysługujące mu uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne urządzeń i gwarantuje, że przeniesienie to jest skuteczne. Zdaniem Odwołującego postanowienie powyższe jest sprzeczne z zasadą *nemo in alium transfere potest quam ipse habet*. Wywodzi, że w chwili zawierania umowy wykonawca nie będzie miał żadnych uprawnień z tytułu rękojmi, albowiem te pojawiają się dopiero, gdy w rzeczach ujawnia się wada - w konsekwencji wykonawca może jedynie zobowiązać się do przeniesienia takich uprawnień na Zamawiającego w chwili kiedy one powstaną. Podnosi, że wykonawcy nie powinni być zmuszani do składania oświadczeń bez pokrycia, które de facto nie wywołują żadnych skutków prawnych.

W związku z tym Odwołujący wnosi o zmianę tego postanowienia i nadanie mu treści następującej *„Wykonawca zobowiązuje się do przeniesienia na Zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji, jakie będą mu przysługiwały w związku z Przedmiotem Umowy, najpóźniej w terminie dwóch tygodni od dnia ich powstania”*.

Odwołujący informuje, że w § 9 ust. 4 Zamawiający przewidział niczym nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy za szkodę wyrządzoną Zamawiającemu. Zdaniem Odwołującego, niezgodne z dobrymi obyczajami i zasadami poprawnego obrotu gospodarczego jest obarczanie wykonawców taką odpowiedzialnością, której rozmiarów nie można przewidzieć. Wywodzi, że ustalanie zbyt represyjnych postanowień umownych ma wpływ na

zakres konkurencji w zamówieniach publicznych, albowiem wielu wykonawców rezygnuje z udziału w przetargach, obawiając się właściwie niczym nie ograniczonego ryzyka. Dalej wskazuje, że twierdzenie, że wykonawcy mogą znaczne ryzyko skompensować odpowiednim wynagrodzeniem jest w istocie fikcją, gdyż na rynku funkcjonują podmioty, które zdolne są do podejmowania nadmiernego ryzyka i rzetelny wykonawca nie będzie mógł z nimi uczciwie konkurować, a poza tym jest to twierdzenie nieodpowiedzialne, gdyż prowadzić może hipotetycznie do nieuzasadnionych wydatków z budżetu publicznego. Zdaniem Odwołującego zakres odpowiedzialności niezależnie od tego, czy ma ona charakter kontraktowy, czy deliktowy powinien być ograniczony.

W związku z tym Odwołujący wnosi o dopisanie w przedmiotowym postanowieniu zdania drugiego o treści następującej: *„Łączna wysokość naliczonych kar umownych i odszkodowania uzupełniającego nie może przekroczyć 20% wysokości wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 2 Umowy.”*

Zarzut 6

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

Wywodzi, że w postępowaniu na ww. warunkach dojdzie do wyeliminowania części wykonawców, ze względu na brak możliwości podołania bliżej nieokreślonym ryzykom. Jak wskazano w uzasadnieniu ww. zarzutów część wymagań Zamawiającego jest w ogóle niemożliwa do spełnienia. Pozostali wykonawcy, którzy podejmą ryzyko i złożą oferty narażeni będą na ocenę ofert w niejednoznacznych i niejednorodnych warunkach. Podnosi, że po złożeniu ofert wskazanych wad postępowania nie da się sanować, stąd ewentualnie zawarta umowa będzie podlegała unieważnieniu. Odwołujący podnosi, że postępowanie, w którym dojdzie do złożenia ofert bez dokonania żądanych zmian będzie podlegało unieważnieniu.

Zdaniem Odwołującego powyższe zarzuty świadczą o tym, że doszło do naruszenia wskazanych przepisów oraz zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w sposób, który ma wpływ na wynik postępowania oraz naruszający interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 12.03.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie. W treści ww. odpowiedzi, poinformował, że dokonał następujących modyfikacji SIWZ:

- zmiana terminu składania ofert na 31.05.2019 r.,
- pkt 4.5 załącznika 1 do SIWZ – zmiana zwrotu „dla każdej fazy” na „dla wszystkich faz”,
- pkt 5.23 załącznika 1 do SIWZ – „W przypadku, gdy moduł komunikacyjny wyposażony jest w zegar oddzielny od zegara licznika musi być on synchronizowany czasem z zegara licznika”.
- pkt 8.2 – Zamawiający uwzględnił zarzut odwołania w tym zakresie i zmienił postanowienie zgodnie z żądaniem,
- pkt 8.14 – usunięcie w ppkt 3 sformułowania „oraz prezentowane na wyświetlaczu licznika”,
- pkt 8.46 – nadał brzmienie „Skrzynka zaciskowa licznika musi być wyposażona w zaciski pomiarowe wykonane jako klatkowe lub śrubowe (...)” – podkreślenie Izby,
- pkt 1.6 – zgodnie z żądaniem odwołania usunięto słowo „dokładny”,
- pkt 2.4 – Zamawiający uwzględnił żądanie odwołania i nadał postanowieniu brzmienie „Dla poszczególnych interfejsów komunikacyjnych licznika muszą być stosowane te same lub różne certyfikaty (klucze)”,
- pkt 6 został zmieniony i otrzymał brzmienie „Wymagania wobec polityki haseł do oprogramowania narzędziowego. Implementacja rozwiązania przez Wykonawcę musi być wykonana nie później niż 12 tygodni od daty podpisania umowy”.

Zamawiający dokonał także modyfikacji kryteriów oceny ofert określonych pkt 4.5.1.2 i 3 SIWZ, nadając im brzmienie:

„2. Rozmiar pamięci licznika dla profili sieciowych musi pozwolić na przechowywanie danych dla rejestracji uśrednionych rzeczywistych wartości skutecznych napięć i prądów fazowych (IRMS) dla okresu rejestracji 10 minut za okres co najmniej 63 ostatnich dni – 2 pkt.

3. Skrzynka zaciskowa licznika musi być wyposażona w zaciski pomiarowe wykonane jako klatkowe. Śruby muszą mieć łeb płaski oraz wgłębienie wg ISO 4757 – rowkowe o szerokości 1,2+/- 0,4mm i długości (...) średnicy łba śruby oraz krzyżowe typu Pozidriv PZ2 – 2 pkt.”

Zamawiający dokonał również zmiany zapisów Załącznika nr 5 do SIWZ – wzoru umowy:

- § 3 ust. 4 – „Zamawiający przekaze Wykonawcy karty SIM w terminie nie późniejszym niż 9 tygodni od daty podpisania umowy. Karty SIM zostaną przez Wykonawcę odebrane z miejsca wskazanego przez Zamawiającego znajdującego się na obszarze działania Zamawiającego.”

- § 8 ust. 4 – Zamawiający uwzględnił wniosek odwołania, nadając postanowieniu brzmienie: „Jeżeli w okresie, o którym mowa w ust. 1, tj. w okresie Gwarancji, Zamawiający

stwierdzi wystąpienie wady Przedmiotu objętego Gwarancją, w szczególności stwierdzi niezgodność Urządzeń, oprogramowania narzędziowego z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1 do Umowy, uprawniony jest do zgłoszenia Wykonawcy reklamacji (dalej jako „Reklamacja”) pocztą elektroniczną lub w formie pisemnej. Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie potwierdzić na piśmie lub pocztą elektroniczną otrzymanie zgłoszenia Reklamacji. Jeżeli w terminie 5 dni roboczych od zgłoszenia Reklamacji przez Zamawiającego Wykonawca nie potwierdzi jej otrzymania, uważa się, że Wykonawca takie potwierdzenie złożył z chwilą upływu tego terminu”,

- § 8 ust. 16 Zamawiający wskazał, że uwzględnił wniosek odwołania, nadając postanowieniu brzmienie „Wykonawca zobowiązuje się do przeniesienia na Zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji, jakie będą mu przysługiwały w związku z Przedmiotem Umowy, najpóźniej w terminie dwóch tygodni od dnia ich powstania. Powyższe nie uchybia uprawnieniom z rękojmi przysługującym Zamawiającemu względem Wykonawcy.

W pozostałym zakresie wnioś o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Do postępowania skutecznie przystąpienie zgłosili wykonawcy: ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k., ul. Słomińskiego 15/504, 00-195 Warszawa, Sagemcom Poland Sp. z o.o., ul. Bema 83, 01-233 Warszawa, Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o., Plac Kombatantów 2, 58-100 Świdnica, ZPA Smart Energy a.s., Střední Předměstí, Komenského 821, 541 01 Trutnov – po stronie Odwołującego, oraz wykonawcy Apator S.A., ul. Gdańska 4a/lok. C4, 87-100 Toruń, DGT Sp. z o.o., ul. Młyńska 7, 83-010 Straszyn, Foxytech Sp. z o.o., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica, Landis+Gyr Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa po stronie Zamawiającego.

Odwołujący w dniu 18.03.2019 r. złożył pismo, w którym poinformował o wycofaniu części zarzutów.

Na drugim terminie posiedzenia przed KIO z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 26.03.2019 r., Odwołujący potwierdził wycofanie zarzutów dotyczących następujących zapisów SIWZ:

- w zakresie zarzutu 1 – pkt 8.46., 8.45, 8.48 załącznika A – wymogi techniczne;
- w zakresie zarzutu 2 – pkt 8.9, 4.5, 4.9, 4.10, 5.23, 8.2, 8.14, 8.38, 8.45, 8.46 (załącznik A), - załącznik 1 – wymogi bezpieczeństwa pkt. 1.6, 2.4, 6.
- wzór umowy – w zakresie dot. Par. 7 ust. 7, par. 8 ust. 4, par. 8 ust. 9,
- zarzut nr 6 odwołania.

Nadto wskazał, że Zamawiający uwzględni par. 8 ust. 16 wzoru umowy.

Na ww. terminie posiedzenia przed Izłą Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut dot. pkt 5.16 załącznika nr 1. Odwołujący cofnął zarzut w tym zakresie.

W toku rozprawy przed KIO strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i złożonych dowodów, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismami uczestników, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania sprawy, Izba ustaliła przede wszystkim, że stan faktyczny sprawy w zakresie brzmienia postanowień SIWZ przedstawiony w odwołaniu znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania i nie był pomiędzy stronami sporny, nie będzie zatem powtarzany.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Ad zarzutu 1 odwołania – dotyczącego żądania złożenia przez wykonawców wraz z ofertą próbek liczników, co do których zdaniem Odwołującego Zamawiający postawił nadmierne wymagania techniczne oraz wymienionych w rozdziale 3 pkt 3.7.2 SIWZ dokumentów, które w opinii Odwołującego nie są niezbędne na etapie oceny ofert do przeprowadzenia postępowania

oraz wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert uniemożliwiającego wykonawcom uzyskanie próbki licznika i jego certyfikację.

Izba uznała, że ww. zarzut jest zasadny. W sprawie bezsporną była okoliczność, iż przedmiot zamawianych dostaw ma charakter „unikalny”, tj. produkowany specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Strony i uczestnicy postępowania byli zgodni w twierdzeniach, że zamawiane liczniki energii elektrycznej charakteryzują się parametrami, z których część nie była wcześniej wymagana oraz że nigdy nie były przez Zamawiającego zamawiane liczniki posiadające wszystkie wymagane parametry. Wobec powyższego, należało stwierdzić, że ustanowienie wymogu złożenia wraz z ofertą próbki produktu nowego, wytwarzanego specjalnie na potrzeby Zamawiającego, określone w tym postępowaniu, narusza zasady uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców, jak również zasadę proporcjonalności.

Wymaga podkreślenia, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego i przystępujących po jego stronie, przedmiotowego postępowania nie można przyrównywać do postępowań, gdzie zamawiany był produkt „z półki”, wybierany w zasadzie z katalogów producentów. W takich postępowaniach rzeczywiście wymogu złożenia próbki z ofertą nie można zazwyczaj uznać za naruszający ww. zasady, jednakże wynika to właśnie z „gotowości” zamawianego przedmiotu dostawy. Takie produkty są już przeważnie zweryfikowane pod kątem odpowiednich norm i poddane certyfikacji, a dla ich wyprodukowania i dostarczenia wystarczającym jest poświęcenie określonych sił produkcyjnych, a czasami nawet jedynie skompletowanie z zasobów magazynowych. W takich postępowaniach zwykły, minimalny ustawowo określony termin składania ofert przeważnie będzie terminem wystarczającym, pozwalającym na prawidłowe przygotowanie oferty. Jednakże przedmiotowe postępowanie ma zupełnie odmienny charakter, albowiem produkt zamawiany nie ma charakteru gotowego, katalogowego, ale jak wskazano powyżej, jest unikalny, dostosowany do potrzeb Zamawiającego określonych w tym postępowaniu, co było bezsporne. Wobec tej okoliczności należało uznać, że wymóg złożenia wraz z ofertą próbki oraz dokumentów takich jak m.in. certyfikaty wystawione przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną (pkt 3.2.7.1 SIWZ) nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i potrzeb Zamawiającego. Ponadto, jak wynika z okoliczności sprawy, tylko dwóch wykonawców wprost wykazywało gotowość do złożenia oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie – tj. przystępujący Apator i Foxytech (przy czym Foxytech ogólnie wskazał jedynie, że „spełnia warunki” i zamierza ubiegać się o zamówienia na warunkach SIWZ). Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca DGT jest producentem modułów komunikacyjnych, zaś wykonawca Landis+Gyr oświadczył jedynie, że uznaje wymóg złożenia

oferty wraz z próbką za zasadny – nie odniósł się natomiast do możliwości złożenia oferty z próbką w wymaganym terminie. Jak natomiast wynika ze stanowiska Odwołującego, złożonych przezeń oświadczeń producentów liczników, jak również oświadczenia złożonego przez wykonawcę ZPA (także producenta), inni producenci dla złożenia prawidłowej oferty muszą dostosować swoje produkty do potrzeb Zamawiającego. Okoliczność ta nie była zresztą kwestionowana, sporny był jedynie zakres niezbędnych modyfikacji i czas potrzebny na ich dokonanie.

Zamawiający pierwotnie wyznaczył termin składania ofert na dzień 26.03.2019 r. Następnie, po wniesieniu odwołania w sprawie zmienił ów termin na dzień 31.05.2019 r. Specyfikacja została udostępniona wykonawcom w dniu 14.02.2019 r., zatem wykonawcy dysponowali czasem 101 dni na przygotowanie ofert. Jakkolwiek wydaje się, że jest to dużo czasu, to należy wziąć pod uwagę okoliczność, że Odwołujący nie posiada wiedzy o ostatecznym brzmieniu SIWZ, w szczególności w zakresie kwestionowanych w odwołaniu parametrów, które, w przypadku uwzględnienia w tym przedmiocie odwołania przez Izbę, podlegałyby modyfikacji. Odwołujący zatem nie ma możliwości ustalenia precyzyjnego zakresu rozwoju, modyfikacji oferowanych urządzeń i przygotowania próbki – co ma szczególne znaczenie wobec wymogu złożenia również certyfikatów produktu, wystawionych przez niezależną jednostkę. Nie wystarczy więc dokonanie odpowiednich modyfikacji, ale konieczne jest również poddanie zmodyfikowanego urządzenia badaniom. W tym zakresie strony złożyły dość zbieżne ze sobą dowody. Zamawiający złożył oświadczenie jednostki zajmującej się certyfikacją, wskazujące na „około” 2 miesiące jako czas konieczny dla testowania liczników energii moduł B, a nadto wskazujące na konieczność ustalenia terminu rozpoczęcia testów zgodnie z wolnymi możliwościami w laboratorium testowym. Z kolei Odwołujący złożył oświadczenie producenta Hexing, zgodnie z którym na certyfikację zmodyfikowanych liczników przeznaczyć należy 3 miesiące. Na termin 3-miesięczny wskazał również Przystępujący ZPA, w złożonym na piśmie oświadczeniu – należy zaznaczyć, że Przystępujący ZPA również jest producentem liczników. Analiza powyższych dowodów prowadzi do wniosku, że certyfikacja zmodyfikowanych liczników zajmie co najmniej 2,5 miesiąca. Ustalenie to znajduje oparcie przede wszystkim w ww. dowodzie złożonym przez Zamawiającego, przy czym wobec użytego określenia „około” oraz wskazanej konieczności uwzględnienia ustalenia terminu, zależnego od wolnych mocy laboratorium, nie jest racjonalnym założeniem, że wystarczającym czasem są 2 miesiące – co koresponduje też z ww. oświadczeniami producentów, które wskazują na zbliżony termin 3 miesięcy. W tym miejscu zaznaczyć należy, że nieoparte żadnymi dowodami pozostały twierdzenia Zamawiającego i Przystępujących po jego stronie, że wystarczająca jest

aktualizacja certyfikatu, trwająca najwyżej kilka tygodni. Jakkolwiek o aktualizacji certyfikatu mówi oświadczenie producenta Hexing, to jednak wskazuje ono na okres 3 miesięcy. Z kolei ww. dowód złożony przez samego Zamawiającego nie pozwala na uznanie, że konieczna jest jedynie aktualizacja certyfikatu, która trwa krócej niż wskazane w dowodzie 2 miesiące dla testowanie liczników energii – moduł B. Nie jest racjonalne założenie, że Zamawiający, jednocześnie twierdząc, że wystarczająca jest aktualizacja certyfikatu, składa dowód na inną okoliczność, potwierdzający dłuższy termin niż dla rzeczonyj aktualizacji. Należy przyjąć, że ów dowód dotyczył certyfikacji modyfikowanych liczników, tej bowiem okoliczności dotyczył spór.

Z powyższego wynika, że z ww. 101 dni przeznaczonych na przygotowanie ofert, co najmniej około 76 dni zajęć może certyfikacja zmodyfikowanych liczników. A zatem na dostosowanie produktów do potrzeb Zamawiającego pozostaje czas 25 dni, co daje 19 dni roboczych. Takiego terminu nie można uznać za wystarczający dla wprowadzenia zmian o charakterze idącym dalej niż proste przeróbki techniczne czy zmiany np. layoutu oprogramowania, zaś modyfikacje w przedmiotowym postępowaniu idą znacznie dalej, dotyczą bowiem m.in. funkcjonalności i sposobu komunikacji oferowanych urządzeń. Zgodnie ze złożonymi przez Odwołującego dowodami, wprowadzanie modyfikacji trwać będzie od 0,5 miesiąca („ostateczne wdrożenie nowego oprogramowania – oświadczenie Meter&Control) nawet do trzech miesięcy („wdrożenie modyfikacji mechanicznych i sprzętowych (hardware)”). Zgodnie zaś z oświadczeniem ZPA czas na modyfikacje to minimum 5 miesięcy. Izba uznała, że minimalny czas jaki należy przyznać na dokonanie modyfikacji przedmiotu zamówienia to 2,5 miesiąca. Wynika to z powoływanych w oświadczeniach Hexing i Meter&Control ilości czasu potrzebnych na dostosowanie produktów do wymagań Zamawiającego – odpowiednio 3 i 2 miesiące dla najdłużej trwających kategorii działań. Oświadczenie ZPA nie zawierało rozbicia na poszczególne działania, wobec czego nie mogło stanowić podstawy dla ustalania omawianego czasu. Izba uwzględniła przy tym, że Zamawiający zmodyfikował część kwestionowanych przez Odwołującego wymagań (co ogranicza liczbę modyfikacji koniecznych do wprowadzenia), jak również, że Odwołujący dysponuje np. technologią określoną w pkt 2.10 i 2.11 Załącznika nr A do SIWZ – o czym szerzej w odniesieniu do zarzutu 2 odwołania. Izba nie uznała za udowodnione powoływanych przez ww. producentów terminów na wprowadzenie wszystkich modyfikacji – tj. 7 miesięcy (Hexing), 7,5 miesiąca (Meter&Control) i 5 miesięcy (ZPA). Nie udowodniono, ani nawet nie wyjaśniono, dlaczego wymieniane poszczególne kategorie działań zmierzających do modyfikacji nie mogą być wykonywane równolegle – np. modyfikacje mechaniczne, wdrożenie protokołu LWM2M, wdrożenie nowych funkcjonalności. Konieczność

wdrażania poszczególnych modyfikacji „po sobie”, tak znacząco wydłużająca dostosowanie urządzeń nie została udowodniona. Wobec powyższego Izba uznała za uprawdopodobniony jedynie czas 2,5 miesięcy na wdrożenie modyfikacji.

W ocenie Izby powyższe ustalenia co najmniej uprawdopodobniają, że wymóg złożenia wraz z ofertą próbki w postaci gotowego, w pełni funkcjonalnego urządzenia wraz z całą dokumentacją techniczną i certyfikatami w przewidzianym przez Zamawiającego terminie, prowadziłyby do nadmiernego ograniczenia konkurencji. Negatywny wpływ skonstruowania zapisów SIWZ w taki sposób potwierdza podniesiona w toku rozprawy przez przystępującego Sagecom, a niezaprzeczona przez stronę przeciwną, okoliczność odnosząca się do dowodu nr 1 złożonego na rozprawie przez Zamawiającego. Mianowicie Zamawiający powołał się na 4 postępowania – 3 prowadzone przez Tauron Dystrybucja S.A., jedno przez PGE Dystrybucja S.A., w których m.in. zastrzeżono terminy od 40 do 50 dni na złożenie oferty wraz z próbką w postaci oferowanego urządzenia. Jak podniósł przystępujący w 3 z ww. 4 postępowań (o czwartym, Przystępujący, wg. oświadczenia nie miał wiedzy) albo była składana jedna oferta, albo wszystkie poza jedną ofertą były odrzucane z uwagi na niezgodność z SIWZ – przy czym w jednym postępowaniu, po wyroku KIO, przywrócono jedną ofertę. Bez znaczenia pozostaje przy tym podniesiona przez przystępującego Apator okoliczność, że były również postępowania, gdzie jedyną skuteczną ofertę składał Odwołujący – a w zasadzie może to jedynie potwierdzać niekonkurencyjny charakter takiego sposobu ukształtowania specyfikacji.

Jednocześnie należało uznać, że Zamawiający nie wykazał, by ww. ograniczenie konkurencji było uzasadnione jego realnymi potrzebami. Zamawiający podnosił co prawda, że musi dokonać wymiany liczników, na takie, które umożliwiają pobór opłaty mocowej, do 1 października 2020 r., co wynika z wymogu poboru tej opłaty od ww. daty, zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 9 ze zm.). Mając jednak na uwadze, że rzeczona ustawa weszła w życie 18.01.2018 r., Zamawiający już od tej daty winien mieć świadomość konieczności wymiany liczników i wszczęcia odpowiedniego postępowania. Również okoliczność, że ostateczna treść rekomendacji PTPiREE została ustalona w dniu 20.09.2018 r., nie przemawia na korzyść Zamawiającego, który przedmiotowe postępowanie wszczął dopiero w dniu 14.02.2019 r. – w szczególności, iż wstępna treść rekomendacji była znana już w dniu 2.07.2018 r. Konieczność ustalenia treści SIWZ pomiędzy podmiotami, które zakupują liczniki w przedmiotowym postępowaniu – Tauron Dystrybucja, PGE Dystrybucja i Enea Operator również nie uzasadnia konieczności wyznaczenia terminu składania ofert, który prowadzi do ograniczenia konkurencji. Należy bowiem zważyć, że zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego - wymogi dotyczące spornych parametrów wynikają również z rekomendacji

PTPiREE – w których to przygotowaniu brały udział wszystkie ww. podmioty, zatem znają dokładnie ich treść oraz przebieg ich kształtowania, nie jest więc uzasadniona prawie pięciomiesięczna przerwa pomiędzy publikacją ww. rekomendacji w ostatecznym kształcie a wszczęciem przedmiotowego postępowania. Wymaga także zaznaczenia, że nie jest tak, że wydłużenie terminów na złożenie ofert/realizacji pierwszej transzy zgodnie z żądaniem odwołania w sposób nieunikniony doprowadziłoby do niespełnienia ww. wymogu z ustawy o rynku mocy. Takie wydłużenie terminów doprowadziłoby jedynie do powstania ryzyka przekroczenia tego terminu, w przypadku np. dostawy urządzeń niespełniających wymagań SIWZ. W tak ukształtowanym stanie sprawy w ocenie Izby brak jest podstaw dla uznania, że zachodzi rzeczywista potrzeba Zamawiającego, która uzasadniałaby konstrukcję zapisów SIWZ powodującą daleko idące ograniczenie konkurencji. Zasada konkurencyjności postępowania nie może być ograniczana ze względu na problemy z organizacją postępowania leżące po stronie zamawiającego. Dopuszczenie takiej możliwości mogłoby otworzyć furtkę do prowadzenia postępowań w sposób preferujący określonego wykonawcę bądź ich grupę.

Izba nie uznała za zasadne twierdzeń Zamawiającego oraz uczestników po jego stronie, że wykonawcy mieli czas na dostosowanie swoich urządzeń do rekomendacji PTPiREE, a zatem wymóg złożenia próbki wraz z ofertą i wyznaczone terminy nie powinny ograniczać im możliwości złożenia oferty. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że rekomendacje PTPiREE nie mają charakteru wiążącego, że mogą zostać wykorzystane w całości lub w części, a nadto będą podlegały aktualizacji – jak wynika chociażby z dowodu złożonego przez przystępującego Apator. Co za tym idzie, trudno uznać, że charakter rzeczoności dokumentu pozwala producentom na rozwój liczników o konkretnych parametrach. Jak zresztą podnoszono w toku rozprawy, w innych postępowaniach, uwzględniających rekomendacje PTPiREE wymagane parametry były odmienne – co stanowi naturalną konsekwencję różnych indywidualnych potrzeb zamawiających. Omawiane rekomendacje niewątpliwie mogą stanowić wskazówki rozwoju technologii, jednakże wobec braku ich wiążącego charakteru nie można uznać, że brak możliwości złożenia oferty leży w zaniechaniu dostosowania produktów do ww. dokumentu. Czas na przygotowanie oferty liczyć należy od ogłoszenia o zamówieniu i udostępnienia treści SIWZ. To SIWZ stanowi podstawę przygotowania oferty i bezpodstawne jest wymaganie od wykonawców by wcześniej, nie znając dokładnych wymagań zamawiającego opracowywali nowe rozwiązania techniczne. Ocena wpływu SIWZ na konkurencyjność nie może uwzględniać aktywności wykonawców przed ogłoszeniem SIWZ. Dodać należy, że zainteresowanie zamówień po publikacji ogłoszenia o zamówieniu zainteresowanie mogły również wykazać podmioty zagraniczne, wcześniej nieobecne na rynku polskim – i które nie

miały możliwości wzięcia udziału w przygotowaniu rekomendacji PTPiREE, czy nawet wiedziały o istnieniu rzeczonych rekomendacji przed wszczęciem postępowania. Podmioty takie, przy przyjęciu logiki argumentów strony Zamawiającego, byłyby w gorszej pozycji, co stanowiłoby nieuzasadnione zróżnicowanie traktowania wykonawców.

Reasumując, Izba uznała, że wymóg złożenia próbki wraz z ofertą w wyznaczonym terminie (przedłużonym do 31.05.2019 r.) stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, gdyż bezpodstawnie prowadzić może do nadmiernego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Ukształtowanie SIWZ w tym zakresie stanowiło więc naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 9a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wyznaczając terminy składania ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert. Wymaga przy tym uzupełnienia, że bezpodstawne było twierdzenie przystępującego Apator, że zarzut nr 1 dotyczył jedynie powołanych w petitum odwołania przepisów (tj. art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i § 13 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów). Już w rzeczonym petitum Odwołujący wskazywał bowiem na naruszenie zasad Pzp i wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert. Zakres zarzutu określa powołana podstawa faktyczna i argumentacja, nie zaś przytoczone przepisy prawa.

Wobec stwierdzenia ww. naruszeń Izba orzekła jak w sentencji, nakazując dokonanie określonych w niej czynności. Jednocześnie Izba nie uwzględniła w całości wniosków odwołania co do zmian SIWZ w zakresie terminu na złożenie oferty bądź zmiany terminu realizacji pierwszej transzy dostawy. Decyzja Izby w tym zakresie podyktowana była następującymi okolicznościami.

Po pierwsze, jak wskazano powyżej, Izba uznała, że udowodniono jedynie, że dla przygotowania urządzenia odpowiadającego wymogom SIWZ i jego certyfikacji potrzebny jest okres co najmniej 5 miesięcy. Jako początkowy termin biegu tego czasu wyznaczono dzień ogłoszenia wyroku w niniejszej sprawie, od tego dnia bowiem wykonawcy mają wiedzę, czy koniecznym jest wprowadzanie kwestionowanych w odwołaniu funkcjonalności i parametrów. Przy czym zważyć należy, że od dnia ogłoszenia SIWZ wykonawcy mogą już podejmować wstępne działania w kierunku odpowiednich modyfikacji urządzeń, dlatego Izba nie uznała za właściwe nakazania wyznaczenia terminu dłuższego niż termin 5 miesięcy, który w ocenie Izby jest terminem odpowiednim. Po drugie, wyznaczony termin realizacji pierwszej transzy jest w ocenie Izby na tyle odległy, że zgodnie z powyższymi ustaleniami wykonawcy dysponować będą odpowiednią ilością czasu dla rozwoju odpowiedniej technologii i uzyskania niezbędnych

certyfi katów. Przewidziany termin na realizację pierwszej transzy – 16 tygodni od dnia zawarcia umowy, to ok. 4,5 miesiąca. Mając na uwadze, że Odwołujący wykazał, że dla dostosowania urządzeń do wymogów SIWZ i uzyskania certyfi katów potrzeba 5 miesięcy, zaś od dnia ogłoszenia wyroku do samego terminu składania ofert pozostają jeszcze ponad 2 miesiące, to łączny czas, jaki otrzymują wykonawcy wynosi ponad 6,5 miesiąca. Izba uznaje, że brak jest podstaw dla nieuwzględnienia czasu trwania postępowania po wyroku, przed zawarciem umowy, jako czasu którym wykonawcy dysponują na modyfikacje urządzeń i uzyskanie certyfi katów. Skoro bowiem Odwołujący przewiduje możliwość rozwoju licznika w celu złożenia próbki wraz z ofertą (a zatem bez uprzedniego zawarcia umowy), to nie ma podstaw dla wydłużenia terminu realizacji tak, by cały czas na rozwój liczników i certyfikowanie przypadła po zawarciu umowy. Nie jest również uzasadnione kształtowanie postanowień SIWZ, by wykonawcy rozwój urządzeń mogli wstrzymywać aż do czasu, gdy będą mieli pewność w uzyskaniu zamówienia. Funkcjonowanie na rynku konkurencyjnym niesie ze sobą określone ryzyka, w tym między innymi wydatki na rozwój, konieczne dla utrzymania konkurencyjności produktów. Okoliczności dotyczące możliwości wyprodukowania odpowiedniej ilości liczników w tym terminie nie były przedmiotem odwołania i jako niedopuszczalne rozszerzenie zarzutu nie mogły być wzięte przez Izbę pod uwagę. W konsekwencji, Izba uznała, że w przypadku zachowania wymogu składania próbki wraz z ofertą, zasadnym jest wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 5 miesięcy od ogłoszenia wyroku Izby bądź rezygnacja z wymogu złożenia próbki – przy zachowaniu pierwotnie przewidzianych terminów realizacji.

Ad zarzutu 2 odwołania – naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zawierający zbędne i utrudniające konkurencje wymagania dotyczące funkcjonalności technicznych, powodujące nadmierne obciążenia dla wykonawców, nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego – w zakresie, w jakim zarzut ten nie został uwzględniony bądź wycofany.

Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie potwierdził się. Poniżej przedstawiono uzasadnienie oceny w odniesieniu do kwestionowanych wymagań technicznych i bezpieczeństwa – załączniki nr A do SIWZ.

Ad pkt 2.10 i 2.11 – dotyczące zmiany metody pomiaru z arytmetycznej na wektorową i z wektorowej na arytmetyczną. Izba oceniła, że Zamawiający wykazał, że przedmiotowy wymóg wynika z jego rzeczywistej potrzeby. W sytuacji, gdy ustawodawca nie określił jeszcze, jaka metoda pomiaru powinna być stosowana, a co więcej, jak podniósł sam Odwołujący,

rzeczoną kwestią zainteresowany jest Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, to racjonalny jest wymóg zakupu takich liczników, które pozwolą na wybór metody pomiaru zgodnie z wymaganiami prawa bądź ustaleniami UOKiK. Zakup liczników, które mogłyby się w niedługim czasie okazać niezgodne z wydanymi przepisami bądź ww. ustaleniami nie znajduje uzasadnienia. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, by wymóg ten ograniczał konkurencję – jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego dowodu, Odwołujący oferował we wcześniejszych postępowaniach liczniki spełniające ten wymóg. Podniesiony w odpowiedzi argument, że Odwołujący już wycofał te liczniki ze swojej oferty jest nieadekwatny, nie tłumaczy bowiem, dlaczego nie może znów zaoferować tej funkcjonalności, skoro odpowiednia technologia jest dla niego dostępna. Izba nie znalazła podstaw dla uznania, że ww. wymogi naruszają art. 7 i 29 ustawy Pzp i w sposób nadmierny ograniczają konkurencję.

Ad pkt 5.19 – wymóg wspierania przez moduł komunikacyjny protokołu LWM2M w wersji co najmniej 1.0, wraz z listą parametrów ww. protokołu, które muszą być zaimplementowane w module komunikacyjnym liczników.

Izba uznała, że zarzut dotyczący ww. wymagania nie potwierdził się. Odwołujący wywodził, że rzecone parametry nigdy nie były wymagane, rozwiązanie to ma charakter specyficzny i stosowany obecnie w Polsce tylko przez jednego producenta modułów komunikacyjnych, a postawienie wymagania w odniesieniu do próbek składanych wraz z ofertą po 40 dniach od ogłoszenia SIWZ jest ograniczeniem uczciwej konkurencji. Przede wszystkim zważyć należy, że wobec nakazania przez Izbę, na skutek uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania, wydłużenia terminu składania ofert z próbkami bądź rezygnacji z wymogu składania próbki wraz z ofertą zarzut ten w znacznej mierze się zdezaktualizował. Wykonawcy uzyskali dużo dłuższy termin na wprowadzenie tej funkcjonalności, zaś nie wskazywano, by była to technologia całkowicie dla innych wykonawców niedostępna. Wręcz przeciwnie, z oświadczeń producentów Hexing oraz Meter&Control d.o.o. wynika, że są oni w stanie wdrożyć rzecone protokoły (odpowiednio w jeden i dwa miesiące), podobnie z oświadczenia przystępującego ZPA wynika, że wdrożenie protokołu jest możliwe (konkretny czas nie został podany). Nadto niepoparte żadnymi dowodami pozostały twierdzenia odwołania o tym, że opis parametrów w tym zakresie wyraźnie wskazuje na jednego dostawcę, zarzut ten w zasadzie pozostał gołosłowny.

Z kolei Zamawiający powołał się m.in. na okoliczność, że wymóg ten wprost pochodzi z rekomendacji PTPIREE, co było bezsporne. W ocenie Izby okoliczność zawarcia omawianego wymogu w rekomendacjach PTPIREE wskazuje na uzasadnioną potrzebę Zamawiającego. W tym miejscu wskazać należy, że Polskie Towarzystwo Przesyłu i Rozdziału Energii

Elektrycznej (PTPIREE), zgodnie ze złożonym przez przystępującego Apator dowodem, jest stowarzyszeniem zrzeszającym operatorów elektroenergetycznych systemów dystrybucyjnych i operatora systemu przesyłowego oraz pracowników branży energetycznej. Zgodnie ze złożonymi przez przystępującego Apator informacjami, stowarzyszenie to działa na rzecz wdrażania nowych rozwiązań w energetyce, dąży do poprawy efektywności działania sieci energetycznej, jakości usług i obsługi klientów oraz dostosowanie sieci do nowych wymagań rynku i oczekiwań klientów. Dalej wskazano, że „Projekt wymagań technicznych dla statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej” zawiera wymagania bazujące m.in. na doświadczeniach i potrzebach biznesowych OSD i równocześnie uwzględnia potencjalne kierunki w rozwoju urządzeń pomiarowych i usług telekomunikacyjnych. Zamawiający wskazywał również, że Operatorzy Systemów Dystrybucyjnych, będący członkami PTPIREE przystąpili do opracowania ww. wymagań po wejściu w życie ustawy o rynku mocy. Następnie projekt wymagań został poddany konsultacjom publicznym, w których udział wzięło 14 podmiotów. Powyższe okoliczności pozwalają na uznanie, że wymagania zawarte w ww. rekomendacjach są ustalonymi dla rynku polskiego standardami w zakresie liczników energii elektrycznej i określają parametry, których spełnienie pozwala na zachowanie pożądanego jakości usług i funkcjonowania systemu. Odnotowania wymaga również, że udział wielu podmiotów w tworzeniu rekomendacji, o ile nie zostanie dowiedzione inaczej, pozwala na przyjęcie, że nie zawierają one wymagań, które faworyzowałyby jeden z tych podmiotów.

Wobec powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw dla uznania zarzutu w zakresie pkt 5.19 Załącznika nr A do SIWZ.

Ad pkt 6.1, 8.19, 8.20 Załącznika nr A do SIWZ – wymogi odnoszące się do czujnika zadziałania zewnętrznego pola magnetycznego o progu nieczułości 400mT.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący wywodził, że brak jest możliwości przeprowadzenia na próbie jednoznacznych badań w zakresie ww. progu czułości, wobec czego powinno stosować się dość szeroki zakres dla progu wykrywania pola i najlepiej jego wielkość pozostawić w kompetencji producenta licznika. Odwołujący poprzestał na ww. wskazanych twierdzeniach, nie starając się nawet ich uprawdopodobnić. Co więcej, nie wskazał w jaki sposób ów wymóg wpływa na konkurencyjność postępowania. Zamawiający wskazał zaś, że w przypadku gdy próg nieczułości czujnika będzie niższy niż 400 mT, to czujnik będzie wykrywał liczne zdarzenia nie stanowiące nieuprawnionej próby ingerencji w jego pracę – np.

w przypadku stosowania urządzeń diagnostycznych będących na wyposażeniu Zamawiającego. Ponadto zważyć należy, że wymóg ten również pochodzi z rekomendacji PTPiREE – w tym zakresie Izba odsyła do rozważań dotyczących pkt 5.19.

Zarzut w omawianym zakresie nie został w żadnym stopniu uprawdopodobniony, ponadto Zamawiający wskazał na istniejące uzasadnione potrzeby, dla których zaspokojenia wprowadzono ww. parametry.

Ad. pkt 8.10 – rozmiar pamięci licznika dla profili sieciowych pozwalający na przechowywanie danych dla rejestracji uśrednionych rzeczywistych wartości skutecznych napięć fazowych dla okresu rejestracji 10 minut za okres co najmniej 15 ostatnich dni.

Odwołujący podniósł, że tylko jeden producent dysponuje urządzeniem o takiej pamięci, a wymóg ten jest nadmiarowy i wystarczającym byłoby okres 8 ostatnich dni. W piśmie z dnia 18.03.2019 r. uzupełnił, że posiada sprawdzone informacje, że częstotliwość czytania liczników systemem odczytowym spółek dystrybucyjnych wynosi 4 razy na dobę oraz w razie potrzeby na żądanie, wobec czego wymaganie długich okresów pamiętania „różnych danych” jest żądaniem nadmiarowym.

Zamawiający wskazał, że ilość dni w wymaganiu jest minimalną, którą licznik musi przechowywać w swojej pamięci, aby zachować ciągłość danych pomiarowych. Wskazał, że w przypadkach braku dostępu do układu pomiarowego w trybie zdalnym, okres 8 dni jest za krótki, aby zabezpieczyć procesy biznesowe, w szczególności w przypadku awarii sieci - konsekwencją byłaby utrata danych.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności przedmiotowego zarzutu. Poprzestał na ogólnych twierdzeniach, koncentrując się na niepopartym dowodami twierdzeniu o uprzywilejowaniu przystępującego Apator. Nie wyjaśnił również, w jaki sposób okoliczności podniesione w piśmie z dnia 18.03.2019 r. miałyby się przekładać na ocenę przedmiotowego wymogu. Zamawiający wskazał natomiast na uzasadnioną potrzebę. Ponadto, omawiany wymóg pochodzi z rekomendacji PTPiREE – w tym zakresie Izba odsyła do rozważań dotyczących pkt 5.19.

Zarzut w powyższym zakresie podlegał oddaleniu.

Ad pkt 8.30 – wymóg posiadania wewnętrznego zegara czasu rzeczywistego z podtrzymaniem chodu w przypadku braku napięcia zasilającego, podtrzymanie chodu nie krótsze niż 120 godzin.

Odwołujący podnosił, że 120 godzin to wartość poprawna dla superkondensatora, a rażąco niska dla baterii, wnosił o wprowadzenie zapisu, iż dla kondensatora to 120 godzin, a dla baterii – minimum okres legalizacji.

Zamawiający wskazał, że rezerwa 5 (120 h) dni jest wystarczająca, gdyż licznik zainstalowany jest w sieci dystrybucyjnej i jest zasilany napięciem w miejscu zabudowy i nie korzysta z napięcia z baterii, a z sieci. Wskazał również, że zastosowane zarówno superkondensator jak i bateria powinny zapewniać użytkowanie przez cały czas, nie krótszy niż okres legalizacji. Wskazał, że Odwołujący nie sformułował zarzutu, nie wskazał z jakiego powodu postanowienie jest sprzeczne z przepisami ustawy.

Odwołujący w piśmie z dnia 18.03.2019 r. uzupełnił swoje stanowisko, podnosząc, że z jego wiedzy wynika, że liczniki korzystają z baterii, nawet gdy są podłączone do sieci. Podniósł, że wykorzystanie zapisu SIWZ może skutkować uzyskaniem przewagi kosztowej nad jego poprawnie techniczną ofertą. Wywodzi, że bateria powinna podtrzymać pracę przez 8 lat w każdych warunkach, a kwestionując postanowienie, stara się je sanować i kieruje się dobrze pojętą służbą społeczną.

Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał, dlaczego omawiane postanowienie ma naruszać zasady konkurencji w postępowaniu, poprzestając jedynie swoich oświadczeniach i powołaniu się na swoją wiedzę. Należy zauważyć, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający sprecyzował rzeczony wymóg, wskazując że bateria i superkondensator powinny zapewniać użytkowanie przez cały czas, nie krótszy niż okres legalizacji. Doprecyzowanie to wychodzi naprzeciw żądaniom Odwołującego zawartym w odwołaniu i zapewnia prawidłową pracę zegara przez cały okres legalizacji.

W świetle powyższych ustaleń, przedmiotowy zarzut należało uznać za bezzasadny.

Ad pkt 8.31 – dot. wymogu zapewnienia możliwości wymiany baterii bez konieczności demontażu licznika z tablicy licznikowej, układu pomiarowego oraz naruszenia plomb legalizacyjnych w przypadku zastosowania baterii jako źródła podtrzymania.

Odwołujący podniósł, że postanowienie faworyzuje jednego producenta, który wprost przyznaje, że okres życia stosowanej baterii wynosi dwa lata, a wymiennosc baterii nie może być alternatywą dla baterii, która zapewnia pracę w okresie legalizacji licznika.

W piśmie z dnia 18.03.2019 r. odniósł się do tego punktu łącznie z punktem 8.30. Wskazał, że wymiennosc baterii nie może być alternatywą dla baterii o poprawnej pojemności. Podniósł,

że wymiana baterii w liczniku na sieci jest kosztowo i technicznie podobna do wymiany uszkodzonego licznika.

W ocenie Izby zarzut jest bezpodstawny. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący nie wyjaśnił nawet, w jaki sposób ww. postanowienie negatywnie wpływa na konkurencyjność postępowania. Nie udowodnił również twierdzenia o kosztach wymiany baterii na liczniku. Ponadto żądanie odwołania w tym zakresie – postawienie wymogu, by bateria niezależnie od sytuacji, zapewniała podtrzymanie zegara przez okres minimum 9 lat jest niespójne z wymogiem możliwości wymiany baterii w liczniku. Z uwagi na powyższe zarzut podlegał oddaleniu.

Ad pkt 1.10 i 2.8 załącznika nr A do SIWZ – wymogi bezpieczeństwa.

Odwołujący kwestionował postanowienie pkt 1.10, dotyczące rejestracji przez licznik identyfikatora użytkownika uruchamiającego oprogramowanie narzędziowe wraz ze zdarzeniem odpowiadającym wykonaniu komendy skutkującym zdarzeniami: zmiany firmware oprogramowania, zmiany parametryzacji licznika, zmiany stanu elementu wykonawczego. Podniósł, że wymaganie identyfikacji osoby parametryzującej licznik jest nadmiarowe, a funkcję tę posiada jeden wykonawca, bezpieczeństwo zapewnia algorytm AES (wskazany w pkt 2.8), a bezpieczeństwo gwarantuje wymiana kluczy szyfrujących w liczniku, zaś system pozwala na zidentyfikowanie parametryzującego poprzez uprzednio przesłany klucz. Wniósł o wykreślenie pkt 1.10. W piśmie z 18.03.2019 r. podkreślił, że w przypadku liczników z komunikacją zdalną przewidziana identyfikacja zapewnia bezpieczeństwo na odpowiednim poziomie, co czyni wymóg pkt 1.10 zbędnym.

Zamawiający wywodził, że wymóg ma charakter kluczowy ze względu na bezpieczeństwo, a wprowadzenie tej funkcjonalności stanowi prostą modyfikację oprogramowania.

Izba uznała, że rozpatrywany zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie podjął próby uprawdopodobnienia swojego twierdzenia, że tylko jeden wykonawca dysponuje taką technologią. Podnoszona przezeń okoliczność, że wymiana kluczy szyfrujących w liczniku i identyfikacja wg. osób, którym przydzielono klucz jest wystarczająca dla zachowania bezpieczeństwa, w ocenie Izby nie przesądza o zasadności omawianego postanowienia. Mając na uwadze newralgiczność systemów dystrybucji energii, uzasadnionym jest żądanie Zamawiającego nawet parametru ponad „wystarczające” gwarancje bezpieczeństwa wynikające z szyfrowania algorytmem AES. Niewątpliwie bezpośrednia identyfikacja użytkownika ingerującego w licznik sprzyja zachowaniu przejrzystości systemu bezpieczeństwa, co pozytywnie odbija się na jego funkcjonowaniu.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut w ww. zakresie.

Ad pkt 5.1 – Odwołujący kwestionował wymóg obsługi lokalnej wymiany kluczy szyfrujących za pomocą pliku XML przez oprogramowanie narzędziowe dla licznika oraz modułu komunikacyjnego, wskazując że jest to wymaganie nadmiarowe, a dla obsługi realizacji jednego licznika wystarczy plik .xls.

Zamawiający podniósł, że stosuje do dystrybucji kluczy szyfrujących pliki XML w systemie obejmującym 300 tysięcy liczników inteligentnych i systemie obejmującym 16 tysięcy liczników bilansujących. Wskazał, że wszystkie jego interfejsy pomiarowe systemów informatycznych dostosowane są do obsługi plików XML, zatem zmiana przedmiotowego postanowienia powodowałaby dodatkowe koszty zmiany infrastruktury IT.

Odwołujący w piśmie z 18.03.2019 r. zasugerował, by przyjąć na etapie próbki rozwiązanie tymczasowe i w czasie oczekiwania na pierwszą dostawę wypracować rozwiązanie akceptowalne dla obu stron.

Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny. Odwołujący nie wskazał, dlaczego przedmiotowy zapis ma negatywnie wpływać na jego pozycję w postępowaniu bądź naruszenie zasad Pzp. Zamawiający zaś powołał się na swoją uzasadnioną potrzebę. Nie można zatem uznać, że Odwołujący wykazał zasadność zmiany SIWZ w tym zakresie, nie uprawdopodobnił też naruszenia konkurencyjności.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie znalazła podstaw dla uwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania w powołanym powyżej zakresie.

Ad zarzutu 3 – naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium „walory techniczne”, które stawia w uprzywilejowanej sytuacji jednego z wykonawców.

W ocenie Izby zarzut należało uznać za bezzasadny. Odwołujący również w tym przypadku nie uniół ciężaru dowodu, nie próbując nawet uprawdopodobnić prawdziwości twierdzenia, iż wymóg ów faworyzował wykonawcę, który w momencie publikacji SIWZ posiadał zrealizowane funkcje pomiarów wartości sieciowych ze wskazanymi okresami co najmniej 63 dni rejestracji. Odwołujący nie wskazał też, czy ewentualne dostosowanie posiadanych urządzeń nie jest możliwe, albo że stanowi nadmierne obciążenie. Nie ma również wymogu, by techniczne kryteria oceny ofert miały swoje oparcie w przepisach prawa czy innych dokumentach, zatem

bez znaczenia pozostaje okoliczność, że nie kryteria te nie znajdują potwierdzenia w przepisach ani w instrukcji. Okoliczność „nadmierności wymagania” nie ma znaczenia w ocenie kryteriów oceny ofert, które mają służyć wyborze oferty najkorzystniejszej pod kątem – w tym przypadku jakości – tj. oferty o najlepszych parametrach funkcjonalnych. Zamawiający dokonał zmiany kwestionowanych kryteriów, łącząc je w jedno o wadze 2 pkt, tym samym zmniejszając ich wpływ na pozycję oferty w rankingu.

W tak ukształtowanych okolicznościach sprawy Izba nie znalazła podstaw dla uwzględnienia omawianego zarzutu. Konkluzja ta wynika w szczególności z braku jakiegokolwiek aktywności dowodowej po stronie Odwołującego, który poprzestał na ogólnikowym stwierdzeniu o uprzywilejowanej pozycji „jednego z wykonawców”. Odwołujący nie podnosił również, by kryterium było niejasno czy nieostro sformułowane. Wobec powyższego nie można stwierdzić, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 i 2, art. 7 czy 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Nadmienić należy, że okoliczności powołane w piśmie Odwołującego z 18.03.2019 r. dotyczące nowego kryterium oceny ofert, jako odnoszące się do nowej czynności Zamawiającego, nie będącej przedmiotem zaskarżenia, pozostawały bez znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Ad zarzutu 4 – naruszenia art. 353¹ kc, w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie wzoru umowy w sposób naruszający powołane przepisy.

Ad § 3 ust. 4 wzoru umowy – odwołujący wywodził, że określony w powołanym postanowieniu obowiązek zainstalowania przez wykonawcę karty SIM w terminie nie krótszym niż 30 dni przed dostawą urządzeń, które to karty zostaną przez wykonawcę odebrane z miejsca wskazanego przez Zamawiającego znajdującego się na obszarze działania Zamawiającego, jest niemożliwe do realizacji, a nadto przenosi na wykonawcę odpowiedzialność za odbiór, transport i zabezpieczenie kart i jednocześnie naraża bezpieczeństwo systemu informatycznego Zamawiającego. Ponadto wskazał, że wymóg odbioru kart na terenie działania Zamawiającego ogranicza dostęp dla podmiotów zagranicznych.

Zamawiający dokonał zmiany ww. postanowienia, ustalając, że Zamawiający przekaze wykonawcy karty SIM w terminie nie późniejszym niż 9 tygodni od daty podpisania umowy. Poinformował, że ze względu na politykę bezpieczeństwa przekazane karty SIM będą kartami nieaktywnymi, wykonawca nie będzie miał możliwości zalogowania do prywatnej sieci APN Zamawiającego i nie będzie miał wglądu do parametrów technicznych kart SIM.

Odwołujący w piśmie z 18.03.2019 r. podniósł, że pomimo wydłużenia czasu przekazania kart SIM, w dalszym ciągu zapis wiąże się z ryzykiem opóźnień oraz brakiem możliwości odpowiednio wczesnej weryfikacji prawidłowości działania kart w dostarczanych licznikach.

Odnosząc się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności należy zauważyć, że okoliczności powołane w piśmie z dnia 18.03.2019 r. – dotyczące weryfikacji prawidłowości działania kart z licznikami nie były podnoszone w odwołaniu i należy uznać je za niedopuszczalne rozszerzenie podstawy faktycznej odwołania (por. np. wyrok KIO z dnia 8.12.2017 r. KIO 2468/17, z dnia 12.06.2017 r. KIO 1102/17, z dnia 17.03.2017 r. KIO 409/17). Mając powyższe na uwadze, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie mogła orzekać w zakresie tych okoliczności i nie brała ich pod uwagę. Dalej, argumentacja co do naruszenia bezpieczeństwa informatycznego stała się nieaktualna wobec wyjaśnienia przez Zamawiającego, że karty SIM będą nieaktywne, wykonawca nie będzie miał wglądu do ich parametrów technicznych ani kodów PIN. W ocenie Izby bezpodstawny z kolei jest zarzut, że wymóg instalacji kart przed dostawą liczników ogranicza dostęp do zamówienia podmiotów spoza granic kraju. Jakkolwiek rzeczony wymóg może stanowić pewne utrudnienie dla takich podmiotów, to nie sposób uznać, by był on nadmiarowy i miał na celu ograniczenie dostępności zamówienia. Naturalnym jest, że podmiot zagraniczny będzie ponosił wyższe koszty zamówienia realizowanego poza granicami swojego kraju związane z odległością geograficzną. Odbiór kart SIM do zainstalowania nie stanowi czynności, która przekraczałaby uzasadniony zakres obowiązków wykonawcy w realizacji zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że podobną argumentację mogłyby stosować podmioty mające siedzibę np. w Szczecinie w przypadku konieczności realizacji zamówienia w Rzeszowie. Omawianego twierdzenia Odwołujący nie poparł również żadnymi dowodami czy chociażby wyliczeniami. Twierdzenia w zakresie odpowiedzialności za opóźnienie wynikające z ewentualnych problemów z dostarczeniem kart SIM przez Zamawiającego są bezpodstawne mając na uwadze § 9 ust. 9 wzoru umowy, zgodnie z którym odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie nie dotyczy sytuacji, gdy do opóźnienia doszło na skutek okoliczności zależnych od Zamawiającego lub osoby trzeciej, za którą wykonawca nie odpowiada. Wskazywana konieczność dostaw każdego miesiąca do 32 różnych magazynów w Polsce, co mogłoby doprowadzić do opóźnień Odwołujący wiązał z uprawnieniem odbioru kart SIM tylko na 30 dni przed dostawą – co wobec wydłużenia rzeczowego terminu należy uznać za nieaktualne.

Mając powyższe na uwadze należało uznać, że zarzut dotyczący § 3 ust. 4 wzoru umowy nie potwierdził się.

Ad § 9 ust. 3 wzoru umowy – Odwołujący twierdził, że ograniczenie wysokości kar umownych do 100% wartości wynagrodzenia stanowi barierę dla możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, a standardowe kontrakty tego typu w Europie zawierają ograniczenia do 10% wartości umowy.

Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Jak zasadnie podniósł Zamawiający, Odwołujący nie udowodnił twierdzenia o standardowości ograniczenia do 10% wartości umowy. Nie wyjaśnił również twierdzenia o dyskryminującym charakterze rzeczonoego postanowienia. Co więcej, Odwołujący nie sformułował również wniosku co żądanego kierunku zmiany przedmiotowego postanowienia. Niezależnie od powyższego, brak było podstaw dla uznania zarzutu. Przytoczyć w tym miejscu należy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2015 r., sygn. akt CSK 687/14, który wskazał, że *„Nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 kc wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”*. Zaskarżony zapis postanowienia umownego wprowadza właśnie wskazaną przez SN podstawę definitywnego określenia wysokości, dzięki czemu nie zachodzi przypadek do powstania *„zobowiązania wiecznego, niekończącego się”*.

Mając powyższe na uwadze należało uznać, że Odwołujący nie wykazał, by kwestionowane postanowienie było sprzeczne z prawem bądź wpływało na krąg potencjalnych wykonawców, zatem zarzut w tym zakresie podlegał oddaleniu.

Ad § 9 ust. 4 wzoru umowy – Odwołujący zarzucał, że Zamawiający przewidział niczym nieograniczoną odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną Zamawiającemu, co jest niezgodne z dobrymi obyczajami i zasadami poprawnego obrotu gospodarczego. Wskazał, że nie jest dopuszczalne obarczanie wykonawców taką odpowiedzialnością, której rozmiarów nie można przewidzieć, zaś ustalanie zbyt represyjnych postanowień umownych ma wpływ na zakres konkurencji, gdyż wykonawcy rezygnują w obliczu niczym nieograniczonego ryzyka. Wniósł o ograniczenie łącznej wysokości naliczonych kar umownych i odszkodowania uzupełniającego do 20% wartości wynagrodzenia.

Odnosząc się do ww. zarzutu trzeba wskazać, że § 9 ust. 4 stanowił, że *„Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej jest dopuszczalne, a tym samym Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, przewidzianych w Kodeksie cywilnym”*. Nie jest zatem tak, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający przewidział *„niczym nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy za szkodę wyrządzoną Zamawiającemu”*, gdyż odpowiedzialność ta ograniczona będzie rozmiarami szkody. Trudno upatrywać w takim postanowieniu naruszenia dobrych obyczajów, gdyż stanowi ono jedynie gwarancję, że Odwołujący poniesie odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę. Nie można

przy tym zapomnieć, że żądania odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej wprost dopuszcza kodeks cywilny (art. 484 § 1), o ile strony tak postanowiły. Przedmiotowe postanowienia należało więc uznać za dopuszczalne i nienaruszające przepisów prawa, zasady swobody kontraktowania ani też dobrych obyczajów. Zgłoszone żądanie zmiany postanowienia poprzez ograniczenie maksymalnej łącznej wysokości kar umownych i odszkodowania do 20% wysokości wynagrodzenia nie jest uzasadnione. W ocenie Izby takie zastrzeżenie mogłoby zostać uznane za niedopuszczalne, gdyż niezależnie od rozmiarów wyrządzonej Zamawiającemu szkody odpowiedzialność, wykonawcy ograniczona byłaby jedynie do 20% wartości wynagrodzenia, co powodowałoby rażące uprzywilejowanie jednej ze stron stosunku wynikającego z umowy.

Wobec powyższego Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezpodstawny.

W świetle tak ustalonych okoliczności sprawy, w ocenie Izby zarzut nr 4 w powołanym powyżej zakresie podlegał oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła o umorzeniu postępowania w zakresie zarzutów nr 2 i 4 odwołania - poza ww. rozpatrzonymi punktami, oraz zarzutu nr 5, wobec oświadczeń Zamawiającego o uwzględnieniu części zarzutu nr 2 i 4, oświadczenia Odwołującego o wycofaniu w części zarzutu nr 2 i 4 oraz zarzutu nr 5 w całości.

Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, jeśli odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Informacja o umorzeniu postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów znalazła odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Istotne jest umożliwienie Odwołującemu powołanie się na okoliczność uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów i wygekwowanie dokonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 186 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w odwołaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie w części podlega umorzeniu i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący: