

Sygn. akt: KIO 2751/21, KIO 2783/21, KIO 2786/21, KIO 2860/21

WYROK

z dnia 27 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 października 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez:

- wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (KIO 2751/21)**

- wykonawcę **ATENDE Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 2783/21)**

- wykonawcę **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (KIO 2786/21)**

oraz w dniu 27 września 2021 r. przez:

- wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (KIO 2860/21)**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach KIO 2783/21, KIO 2786/21,

przy udziale **wykonawcy Essembli sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach KIO 2751/21, KIO 2783/21, KIO 2786/21,

przy udziale **wykonawcy ATENDE Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2751/21 oraz 2786/21,

przy udziale **wykonawcy CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie KIO 2751/21, KIO 2783/21, KIO 2786/21,

orzeka:

- 1. Umarza postępowania odwoławcze w sprawach KIO 2783/21 oraz KIO 2860/21 i**
 - 1.1. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy ATENDE Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu (KIO 2783/21),
 - 1.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu (KIO 2860/21).
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1-2, 5-7 uzasadnienia odwołania w sprawie KIO 2751/21 oraz w zakresie części zarzutu dotyczącego sprawozdawczości GUS, ARE i URE odwołania w sprawie KIO 2786/21.**
- 3. W pozostałym zakresie oddala odwołania w sprawie KIO 2751/21 oraz KIO 2786/21.**
- 4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie w sprawie KIO 2751/21 i**
 - 4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. Zasądza od wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie na rzecz zamawiającego PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 5. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w sprawie KIO 2786/21 i**
 - 5.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 5.2. Zasądza od wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz

zamawiającego PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2751/21, KIO 2783/21, KIO 2786/21, KIO 2860/21

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Wdrożenie centralnych systemów CRM i Billing*”. nr postępowania: POST/PGE/SYS/DZ/00206/2021. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2021 r., za numerem 2021/S 176-459791.

KIO 2751/21

W dniu 20 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 240 ust. 2 ustawy pzp w związku art. 16 ustawy pzp, poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji (zarzut 1 i 2 uzasadnienia odwołania);
2. art. 239 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 16 ustawy pzp, poprzez wprowadzenie takich kryteriów oceny ofert, na podstawie których oferta, która zostanie uznana za najkorzystniejszą nie będzie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, co stanowi prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut 3 i 4 uzasadnienia odwołania);
3. art. 99 ust. 1 ustawy pzp w związku z art. 16 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny, a przedmiot zamówienia został opisany w sposób nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (zarzut 5 uzasadnienia odwołania);

4. art. 433 pkt 1 i pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 470 i 474 § 1 kc poprzez określenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie oraz ukształtowanie kary umownej niezwiązanej z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonywaniem (zarzut 6 i 7 uzasadnienia odwołania).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) w odniesieniu do zarzutu 1 uzasadnienia odwołania: zmianę SWZ poprzez Wprowadzenie weryfikowalności kryterium Funkcjonalność i w tym celu wprowadzenie następujących postanowień: a) Weryfikacja informacji wskazanych w arkuszach Excel wskazanych w Załączniku 1a do OPZ – Wymagania funkcjonalne PGE Obrót1 oraz w Załączniku 1b do OPZ – Wymagania funkcjonalne PGE Dystrybucja w kolumnie „Deklaracja spełnienia” dokonywana będzie na podstawie przedmiotowego środka dowodowego w postaci: ścieżki dostępowej do środowiska testowego Oprogramowania w celu wykonania zdalnej prezentacji, b) Określenia warunków przeprowadzenia prezentacji w procesie badania i oceny ofert.

2) w odniesieniu do zarzutu 2 uzasadnienia odwołania: zmianę SWZ poprzez nadanie pkt 22.2.5.1 i 22.2.5.4 brzmienia: 22.2.5.1. Kryterium „Potencjał wdrożeniowy, serwisowy i rozwojowy” odnosi się do liczby zrealizowanych wdrożeń oferowanego produktu w zakresie systemu odpowiednio Bilingowego lub CRM spełniających jednocześnie co najmniej następujące warunki: a) wykonanych w charakterze Wykonawcy, które będzie stanowiło bazę dla wdrożenia, tj. oprogramowania dla oferowanego produktu w zakresie systemu odpowiednio Bilingowego lub CRM, b) wdrożonych na terenie EOG. 22.2.5.4. W przypadku gdy zostanie wykazane więcej niż jedno wdrożenie dla jednej z kategorii określonych w lit. a) – c) wykonane przez tego samego partnera, Zamawiający przyzna 1 punkt za te wdrożenia dla danej kategorii.

3) w odniesieniu do zarzutu 3 uzasadnienia odwołania: zmianę SWZ poprzez nadanie pkt 22.2.4.2 brzmienia: 22.2.4.2. W kryterium uwzględniona zostanie liczba PPE/PPM w zakresie od 2 do 6 milionów PPE/PPM. Jeśli obsługiwana liczba PPE/PPM w wymienionym wdrożeniu systemu klasy Biling przekracza liczbę 6 milionów PPE/PPM, do oceny Oferty badanej/Oferty najwyższej ocenionej Zamawiający przyjmie wartość 6 milionów PPE/PPM. Jeśli obsługiwana liczba PPE/PPM w wymienionym wdrożeniu systemu klasy Biling jest mniejsza od 2 milionów PPE/PPM Zamawiający przyzna w tym kryterium 0 punktów.

4) w odniesieniu do zarzutu 4 uzasadnienia odwołania: zmianę SWZ poprzez wprowadzenie standardowego, liniowego wyliczania wagi dla kryterium cena:

$$C = \frac{C \text{ minimalna w postępowaniu}}{C \text{ oferowana przez wykonawcę}} \times 50\% \times 100$$

5) w odniesieniu do zarzutu 5 uzasadnienia odwołania: zmianę SWZ poprzez nadanie pkt 4.5. brzmienia:

„Wykonawca lub jego podwykonawca ma obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę 51 (pięćdziesięciu jeden) osób wykonujących czynności związane z realizacją Umowy tj. 51 (pięćdziesięciu jeden) pracowników realizujących czynności w ramach projektu.”

6) w odniesieniu do zarzutu 6 uzasadnienia odwołania: zmianę Umowy poprzez nadanie pkt 15.20. brzmienia: „15.20. W przypadku gdy Wykonawca nie wykonuje całości lub części przedmiotu Umowy lub wykonuje go w sposób nienależyty, w tym dopuszcza się zwłoki, która może spowodować niewykonanie Harmonogramu Ramowego lub Szczegółowego, Zamawiający jest uprawniony wezwać Wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie pozwalającym Wykonawcy na ich usunięcie, a w przypadku bezskutecznego upływu powyższego terminu jest uprawniony, na koszt i ryzyko Wykonawcy, do wykonania lub zlecenia osobom trzecim wykonania całości lub części Umowy (wykonanie zastępcze).”

7) w odniesieniu do zarzutu 7 uzasadnienia odwołania: zmianę Umowy poprzez wykreślenie pkt 15.11.17.

W związku z oświadczeniem Odwołującego złożonym na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 22 października 2021 r. o wycofaniu zarzutów: 1-2 oraz 5-7 uzasadnienia odwołania, Izba przedstawia uzasadnienie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego.

Zarzut 3. SWZ Rozdział 22 „OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” w zakresie kryterium Ocena skalowalności systemu: pkt 22.2.4.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SWZ w Rozdziale 22 „OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” tak scharakteryzował kryterium „Ocena skalowalności systemu (KT)”: 22.2.4.2. W kryterium uwzględniona zostanie liczba PPE/PPM w zakresie od 2 do 10 milionów PPE/PPM. Jeśli obsługiwana liczba PPE/PPM w wymienionym wdrożeniu systemu klasy

Biling przekracza liczbę 10 milionów PPE/PPM, do oceny Oferty badanej/Oferty najwyższej ocenionej Zamawiający przyjmie wartość 10 milionów PPE/PPM. Jeśli obsługiwana liczba PPE/PPM w wymienionym wdrożeniu systemu klasy Biling jest mniejsza od 2 milionów PPE/PPM Zamawiający przyzna w tym kryterium 0 punktów. Przy tak sformułowanym kryterium punkty w tym kryterium otrzymają ci wykonawcy, którzy wskażą referencyjne wdrożenia z co najmniej 2 milionami punktów poboru energii. Równocześnie to kryterium w pozycji uprzywilejowanej (najwyższej ocenionej) stawia tych wykonawców, których referencyjne wdrożenia będą dotyczyły systemów obsługujących ponad 10 mln punktów poboru energii elektrycznej. Według Załącznika do SWZ „Załącznik 1 do Migracja - Wolumetria PPE”, obecnie obsługiwany u Zamawiającego wolumen punktów PPE to (...). Istotne jest, że żaden podmiot w Polsce obecnie nie posiada więcej obsługiwanych punktów PPE. Skutkiem tego jest okoliczność, że żadne wdrożenie systemu typu Biling albo CRM dokonane na terenie Polski nie zostanie wysoko ocenione, a Zamawiający preferuje wykonawców, którzy dokonali wdrożeń poza Polską. Odwołujący podniósł, że w okresie ostatniej dekady Zamawiający pozyskał (...) (zał. „Załącznik 1 do Migracja - Wolumetria PPE”, i podaną w tym załączniku informacją o (...) zatem utrzymując bieżące tempo przyrostu klientów sprzedażowych – Zamawiający nigdy nie osiągnie takiej liczby punktów PPE rozliczanych w swoich systemach (nawet z uwzględnieniem nowo przyłączanych obiektów na obszarze PGE Dystrybucja S.A.), dla której to liczby wysoko punktuje oferty w przedmiotowym kryterium. Powyższe narusza art. 239 ust. 2 ustawy pzp – gdyż oferta, która zostanie uznana za najkorzystniejszą nie będzie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny. Zamawiający preferuje bowiem wykonawców, którzy wykonali bardzo duże wdrożenia poza Polską, podczas gdy wiedza i doświadczenie w tym zakresie wystarczające jest na poziomie do 6 milionów PPE/PPM. Tym samym Zamawiający będzie „przeplacał” za doświadczenie, które nie ma żadnego znaczenia dla jakości realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca, który wykonał wdrożenia o bardzo dużej liczbie punktów PPE nie ma – w zakresie niezbędnym do realizacji niniejszego zamówienia – wiedzy i doświadczenia większego niż wykonawca, który wykonał wdrożenia o wielkości porównywalnej do tej objętej przedmiotem zamówienia. Przedmiotowe postanowienie SWZ narusza też art. 16 ustawy pzp – postępowanie prowadzone jest w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny. Nie jest bowiem wiadome, dlaczego Zamawiający preferuje wykonawców o doświadczeniu, które nie ma wartości dodanej w zakresie realizacji wdrożenia. Można też stwierdzić, że Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zgodnie z określeniem kryteriów oceny ofert maksymalną liczbę punktów otrzyma wykonawca będący dystrybutorem firmy SAP, gdyż

tylko ten producent oprogramowania ma wdrożenia o wartości zbliżonej lub przekraczającej 10 mln PPE/PPM.

Zarzut 4. SWZ Rozdział 22 „OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” w zakresie kryterium Cena brutto za realizację Zamówienia

Odwołujący wskazał, że Kryterium Cena brutto za realizację Zamówienia ma wagę 50% - czyli oferta najkorzystniejsza cenowo otrzyma 50 pkt. Zamawiający w SWZ w Rozdziale 22 „OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” w pkt 22.2.2 wzór dla wyliczania punktów w kryterium Cena określił następująco:

$$KC = \frac{\ln(1,05 \times KC_{max} - KC_{obliczana})}{\ln(1,05 \times KC_{max} - KC_{min})} \times Waga_{KC} \times 100$$

Odwołujący podniósł dalej, że wskazane we wzorze „ln” to funkcja logarytmu naturalnego. Zastosowanie przez Zamawiającego autorskiego algorytmu, opartego o logarytm naturalny powoduje, że różnice pomiędzy punktami przyznanymi w tym kryterium są minimalne i nie mają prawie żadnego wpływu na ranking ofert. Przykładowe liczby punktów przyznanym ofertom przy przykładowym założeniu, że oferentów jest pięciu, każda z inną ceną, gdzie najtańsza jest na kwotę 50 mln zł, a najdroższa na 1 miliard zł, wówczas punktacja kryterium CENA wyniesie:

Cena oferty brutto w PLN: 50 mln zł, Liczna pkt wg pkt 22.2.2 SWZ: 50, Liczba punktów wg wyliczenia wg standardowego wzoru: 50,00, Cena oferty brutto w PLN: 100 mln zł, Liczna pkt wg pkt 22.2.2 SWZ: 49,88, Liczba punktów wg wyliczenia wg standardowego wzoru: 25,00, Cena oferty brutto w PLN: 200 mln zł, Liczna pkt wg pkt 22.2.2 SWZ: 49,61, Liczba punktów wg wyliczenia wg standardowego wzoru: 12,50, Cena oferty brutto w PLN: 500 mln zł, Liczna pkt wg pkt 22.2.2 SWZ: 48,56, Liczba punktów wg wyliczenia wg standardowego wzoru: 5,00, Cena oferty brutto w PLN: 1 mld zł, Liczna pkt wg pkt 22.2.2 SWZ: 42,77, Liczba punktów wg wyliczenia wg standardowego wzoru: 2,50.

Co więcej – różnice w punktach będą niewielkie nawet wtedy, gdyby złożono oferty o cenach absurdalnie wysokiej i absurdalnie niskiej:

Cena oferty brutto w PLN: 1 zł, Liczna pkt wg pkt 22.2.2 SWZ: 50,00, Liczba punktów wg wyliczenia wg standardowego wzoru: 50,00, Cena oferty brutto w PLN: 1 mld zł, Liczna

pkt wg pkt 22.2.2 SWZ: 42,67, Liczba punktów wg wyliczenia wg standardowego wzoru: 0,00000005.

Co więcej – połączenie powyższego kryterium Cena z pozostałymi kryteriami prowadzi do sytuacji, w której najkorzystniejszą będzie oferta z ceną bardzo wysoką (nawet astronomicznie wysoką), małym zakresem gotowej funkcjonalności, ale za to otrzymująca maksymalną liczbę punktów w kryteriach Skalowalność oraz Potencjał wdrożeniowy, serwisowy i rozwojowy – przykład:

OFERTA 1 -tania oferta Producenta: Cena brutto za realizację Zamówienia: 1 złoty, liczba punktów: 50,00, OFERTA 2 – droga oferta dystrybutora firmy SAP: Cena brutto za realizację Zamówienia: 1 miliard złotych, liczba punktów: 42,67; OFERTA 1 -tania oferta Producenta: Funkcjonalność: 923 z wymaganych 923 – Obrót, 668 z wymaganych 668 – Dystrybucja, liczba punktów: 15, OFERTA 2 – droga oferta dystrybutora firmy SAP: Funkcjonalność: 92 z wymaganych 923 – Obrót, 66 z wymaganych 668 – Dystrybucja, liczba punktów: 1,49; OFERTA 1 -tania oferta Producenta: Ocena skalowalności system: 6 mln PPE, liczba punktów: 9, OFERTA 2 – droga oferta dystrybutora firmy SAP: Ocena skalowalności systemu: 10 mln PPE, liczba punktów: 15, OFERTA 1 -tania oferta Producenta: Potencjał wdrożeniowy, serwisowy i rozwojowy: 2 wdrożenia bilingu dla Dystrybucji, 2 wdrożenia bilingu dla Obrotu, 1 wdrożenie CRM, liczba punktów: 0 *), OFERTA 2 – droga oferta dystrybutora firmy SAP: Potencjał wdrożeniowy, serwisowy i rozwojowy: 2 wdrożenia bilingu dla Dystrybucji, 2 wdrożenia bilingu dla Obrotu, 1 wdrożenie CRM, liczba punktów: 15, OFERTA 1 -tania oferta Producenta OFERTA 2 – droga oferta dystrybutora firmy SAP: Cena netto za 1 MD Usługi rozwojowej: 2000 zł, liczba punktów: 3, OFERTA 1 -tania oferta Producenta OFERTA 2 – droga oferta dystrybutora firmy SAP: Cena brutto paczki licencji: 1 zł, liczba punktów: 2; OFERTA 1 -tania oferta Producenta: suma punktów: 79,00, OFERTA 2 – droga oferta dystrybutora firmy SAP: suma punktów: 79,16. Przy czym *) oznacza: 22.2.5.4. SWZ – W przypadku gdy zostanie wykazane więcej niż jedno wdrożenie dla jednej z kategorii określonych w lit. a) – c) wykonane przez tego samego partnera, Zamawiający przyzna 1 punkt za te wdrożenia dla danej kategorii. Zamawiający nie przyzna punktów za realizację wdrożenia wykonane przez Producenta Oprogramowania.

Ponadto w innych postępowaniach publicznych, prowadzonych przez PGE Polską Grupę Energetyczną, nigdzie nie pojawia się taki sposób wyliczania punktacji w kryterium cena, jak w niniejszym postępowaniu. Wszędzie stosowany jest standardowy w tym zakresie wzór. Przykładowo: 16-10-2018 r., Dostawa produktów Microsoft w ramach umowy

Enterprise Agreement, 17-05-2019, Zakup licencji i wsparcia VMWare., 17-09-2021, Monitoring meteorologiczny wraz z serwisem i konserwacją systemu w Lokalizacji Lubiato – Kopalino i Żarnowiec, 23-04-2021, Dostawa oprogramowania diagnostycznego dla pomiarów specjalnych wraz z licencją i dedykowanym serwerem dla turbozespołu TG1 w PGE Energia Ciepła S.A. Oddział nr 1 w Krakowie, 12-08-2021, Zakup samochodów ciężarowych, 09-06-2021, Wdrożenie systemu informatycznego klasy SOAR, 10-06-2021, Zawarcie umów ramowych w zakresie usług informatycznych SAP.

Odwołujący podniósł, że powyższe narusza art. 239 ust. 2 ustawy pzp – gdyż oferta, która zostanie uznana za najkorzystniejszą nie będzie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny. Cena – zgodnie z przedmiotowym wzorem – nie ma właściwie praktycznego znaczenia dla rankingu ofert. Pomimo że waga kryterium ceny to 50%, to jej praktyczne znaczenie dla rankingu ofert nie przekracza 8% - taka bowiem jest różnica pomiędzy oferta najtańszą i najdroższą, najtańsza zawsze uzyska 50pkt, a najdroższa – nie mniej niż 42pkt, nawet jeśli będzie 100 razy droższa czy nawet 1000 razy droższa. Przedmiotowe postanowienie SWZ narusza też art. 16 ustawy pzp – postępowanie prowadzone jest w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny. Można też stwierdzić, że Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zgodnie z określeniem kryteriów oceny ofert jako najkorzystniejsza zostanie zawsze wybrana oferta dystrybutora firmy SAP, nawet w sytuacji, gdy wykonawca będący producentem zaoferuje cenę nawet o 100 mln zł niższą.

KIO 2783/21

W dniu 20 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca ATENDE Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie. Odwołujący wniósł odwołanie wobec określenia przez Zamawiającego treści dokumentów zamówienia oraz treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- I. utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
- II. nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia,
- III. niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

W dniu 22 października 2021 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu wniesionego odwołania w całości.

KIO 2786/21

W dniu 20 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 i 17 ustawy pzp oraz art. 112 ust. 1 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania (opisanie warunków udziału w postępowaniu) w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nieproporcjonalny, a także prowadzący do udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw i usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, to jest określenie:

1. w ppkt 14.2.4.1.1. SWZ, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Zamawiający wymaga, by Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje: 1.1. co najmniej 1 projekt obejmujący dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy Billing, wspierającego proces rozliczeń w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem energii elektrycznej lub gazu; 1.2. przy czym jako system wspierający proces rozliczeń rozumie się system obejmujący co najmniej rozliczanie i fakturowanie energii elektrycznej w ramach umów kompleksowych oraz sprzedażowych, także sprawozdawczość na potrzeby GUS, ARE i URE związaną z koncesją na obrót energią elektryczną i gazem;

2. w ppkt 14.2.4.1.2. SWZ, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Zamawiający wymaga, by Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje co najmniej 1 projekt obejmujący dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy Billing, wspierającego proces rozliczeń w przedsiębiorstwie zajmującym się dystrybucją energii elektrycznej;

3. w ppkt 14.2.4.1.3. SWZ, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Zamawiający wymaga, by Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje co najmniej 1 projekt obejmujący dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy CRM, wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem i/lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu, ciepła lub wodno-kanalizacyjnym.

Odwołujący wniósł o modyfikację warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej poprzez:

1) rezygnację z wymagania w pkt 14.2.4.1.1. SWZ, aby Wykonawcy zobowiązani byli do wykazania projektu obejmującego dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy Billing, wspierającego proces rozliczeń w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem energii elektrycznej lub gazu - poprzez rezygnację z doprecyzowania, iż projekt referencyjny musi być wykonany w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem energii elektrycznej lub gazu - dopuszczenie możliwości wykazania projektów wykonanych dla przedsiębiorstw z innej branży, albo określenie w wymaganiu w pkt 14.2.4.1.1. SWZ, aby Wykonawcy zobowiązani byli do wykazania projektu obejmującego dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy Billing, wspierającego proces rozliczeń w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem energii elektrycznej, gazu lub u operatora telekomunikacyjnego;

2) rezygnację z wymagania w pkt 14.2.4.1.1. SWZ, że jako system wspierający proces rozliczeń rozumie się system obejmujący co najmniej rozliczanie i fakturowanie energii elektrycznej w ramach umów kompleksowych oraz sprzedażowych, a także sprawozdawczość na potrzeby GUS, ARE i URE związaną z koncesją na obrót energią elektryczną i gazem (dopuszczenie możliwości wykazania się projektem referencyjnym wykonanym w przedsiębiorstwie z innej branży i dopuszczenie możliwości wykazania się projektem wykonanym poza granicami Polski);

3) wykreślenie ppkt 14.2.4.1.2. SWZ, ponieważ zawęża on możliwość wykazania się projektem referencyjnym wyłącznie do projektów wykonanych dla branży energetycznej (w innych branżach nie występują przedsiębiorstwa zajmujące się wyłącznie dystrybucją energii elektrycznej);

4) rezygnację z wymagania w ppkt 14.2.4.1.3. SWZ, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Zamawiający wymaga, by Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje co najmniej 1 projekt obejmujący dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy CRM, wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem i/lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu, ciepła lub wodno-kanalizacyjnym - rezygnację z doprecyzowania, iż projekt referencyjny musi być wykonany w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem i/lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu, ciepła lub wodno-kanalizacyjnym - dopuszczenie możliwości wykazania projektów wykonanych dla przedsiębiorstw z innej branży, albo określenie w wymaganiu w pkt 14.2.4.1.3. SWZ, aby Wykonawcy zobowiązani byli do wykazania projektu obejmującego dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy CRM, wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem energii elektrycznej, gazu lub u operatora telekomunikacyjnego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt 14 (14.2.4.1.1. – 14.2.4.1.3.) SWZ, Zamawiający określił szereg wymagań dla wykonawców w zakresie koniecznej do wykazania zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący podniósł, że sformułowane w zakresie projektów referencyjnych jest tak szczegółowe, że może je spełnić wyłącznie podmiot, który wdrażał system bilingowy i CRM dla polskiego operatora i dystrybutora energii elektrycznej w okresie ostatnich 5 lat. Biorąc pod uwagę ilość funkcjonujących w Polsce operatorów i dystrybutorów energii elektrycznej – ilość podmiotów, które w świetle obecnych postanowień SWZ mogą złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, jest w zasadzie z góry określona. Sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób jest z oczywistych względów sprzeczne z ideą postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z treścią art. 132 ustawy pzp, przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że tak istotne ograniczenie kręgu podmiotów, które mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, narusza dyspozycję art. 16 i 17 ustawy pzp oraz art. 112 ust. 1 ustawy pzp. Nie umożliwia bowiem prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, a także prowadzący do udzielenia zamówienia w sposób

zapewniający najlepszej jakości dostaw i usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia. W szczególności całkowicie nieuzasadnione jest wyłączenie z możliwości ubiegania się o zamówienie jednej z największych polskich firm informatycznych, jaką jest Comarch. Odwołujący ma w swoim portfolio wiele wdrożeń systemów bilingowych oraz systemów CRM, w tym również o takiej wielkości i złożoności, jakiej oczekuje w niniejszym zamówieniu Zamawiający. Co więcej – wdrożenia systemów bilingowych, którymi może wykazać się Odwołujący, pod względem ilości przetwarzanych danych przekraczają znacznie wymagania Zamawiającego. System bilingowy – np. dla operatorów telekomunikacyjnych, to system tej samej klasy, co system billingowy dla energetyki. Przykładowo - wymaganiem systemu billingowego dla energetyki jest m.in. możliwość przetwarzania dużej ilości danych w odpowiednio krótkim czasie. Przy założeniu wymagania generowania faktur co miesiąc i konieczności generacji 800 000 faktur w czasie od kilku godzin do 1 dnia, wymaga to przetworzenia co najmniej 1-10 rekordów na klienta (odczyty liczników, dane dodatkowe), co oznacza konieczność przetworzenia od 0.8 do 8 milionów danych w cyklu rozliczeniowym. W tym zakresie system billingowy dla telekomunikacji musi przetworzyć od 200 do 1000 rekordów miesięcznie na pojedynczy punkt (telefon), co daje konieczność przetworzenia od 16 milionów do 800 milionów rekordów danych w tym samym czasie co billing energetyczny (kilka godzin do 1 dnia). Oznacza to, że system billingowy dla telekomunikacji z natury wymaga przetwarzania od 16 do 50 razy więcej danych dla takiej samej ilości wystawianych faktur, w tym samym czasie co system bilingowy dla energetyki. Podobnie w przypadku systemu CRM - system CRM dla klienta telekomunikacyjnego wymaga obsługi dużej ilości równoległych sesji oraz obsługi dużej ilości klientów. Tak samo jak CRM dla energetyki, system CRM dla telekomunikacji wymaga możliwości jednoczesnej obsługi ilości wielu setek lub tysięcy jednoczesnych użytkowników, oraz prezentacji danych billingowych, zgłoszeń i procesów obsługi klienta. System wymaga elastyczności, co pokazują obecne wdrożenia tego systemu u operatorów i wykorzystanie tego systemu do obsługi również oferty energetyki, gazu i wody, telewizji i Internetu, ale również firm trzecich (np. Usług typu Netflix, HBO).

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, wyłączenie możliwości złożenia oferty przez wykonawców, którzy posiadają systemy zdolne do obsługi bilingu i CRM przedsiębiorstwa energetycznego, lecz mogą wykazać się doświadczeniem we wdrożeniu tych systemów w przedsiębiorstwach z innej branży (w szczególności u operatorów telekomunikacyjnych), należy uznać za nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego ograniczenie konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne ograniczenia w zakresie ustalania warunków udziału w postępowaniu w przetargach informatycznych były już

kwestionowane pod kątem zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych. Dla przykładu – skutecznie kwestionowany był dość często stosowany przez zamawiających w pewnym okresie warunek wykazania się doświadczeniem we wdrożeniach systemów informatycznych w jednostkach administracji publicznej albo jednostkach samorządu terytorialnego. Tego rodzaju ograniczenia uznawane były za naruszające dyspozycję art. 22 ust. 4 (a od 22 czerwca 2016 r. art. 22 ust. 1a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, którego odpowiednikiem w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, jest właśnie art. 16 i 17 ustawy pzp. W wyroku z dnia 19 października 2016 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie, w sprawie o sygn. akt I SA/OI 493/16 utrzymał decyzję o nałożeniu kary finansowej na zamawiającego, argumentując: „Podstawę naliczenia korekty finansowej stanowiły ustalenia, w świetle których środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich zostały wykorzystane z naruszeniem przepisów prawa, tj. art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Beneficjent nieprawidłowo bowiem uzależnił wyłonienie wykonawcy od posiadania doświadczenia w podmiotach publicznych w realizacji projektów związanych z informatyzacją w jednostkach administracji publicznej. Powyższy wymóg nie znajdował uzasadnienia w świetle zapisów art. 22 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, którego celem jest zapewnienie realizacji podstawowych zasad ustawy, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasadnicze znaczenie powinien mieć bowiem rodzaj i stopień złożoności inwestycji, na której prowadził on daną usługę. Naruszenie procedur PZP powoduje zmniejszenie zainteresowania przetargiem, zmniejszenie liczby ofert i tym samym ma wpływ na wysokość ceny.” Podobnie w wyroku z dnia 7 czerwca 2019 r. Naczelny Sąd Administracyjny w sprawie o sygn. akt I GSK 1296/18: „Zgodnie z art. 22 ust. 4 p.z.p. zamawiający ma obowiązek dokonać opisu oceny spełniania poszczególnych warunków udziału w związku z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. WSA w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyraźnie wskazał, iż beneficjent nieprawidłowo uzależnił wyłonienie wykonawcy od posiadania doświadczenia w podmiotach publicznych w realizacji projektów związanych z informatyzacją w jednostkach administracji publicznej. Zasadnie zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego Sąd I instancji ocenił powyższy wymóg jako nie znajdujący uzasadnienia w treści art. 22 ust. 4 p.z.p., którego celem jest zapewnienie realizacji podstawowych zasad ustawy p.z.p., tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Prawidłowo, w ślad za organem, Sąd I instancji wywiódł, iż zasadnicze

znaczenie powinien mieć bowiem rodzaj i stopień złożoności inwestycji, na której prowadził on daną usługę. Zasadnie wskazano, iż naruszenie procedur p.z.p. powoduje zmniejszenie zainteresowania przetargiem, zmniejszeniem liczby ofert i tym samym ma wpływ na wysokość ceny." Również w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 23 lipca 2020 r., sygn. akt I SA/OI 289/20 wskazano: „Zasadniczą kwestią sporną między stronami jest to, czy dopuszczalne było wprowadzenie do warunków przetargu nieograniczonego - zapisu nakazującego potencjalnym wykonawcom wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch dostaw systemu informatycznego w zakresie elektronicznego obiegu spraw i dokumentów na rzecz JST. Zakwestionowane przez IZ postępowanie prowadzone było na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579). Zgodnie z art. 7 ust.1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Na podstawie art. 22 ust. 1a tej ustawy zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z ust. 1b art. 22 pkt 3 pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Potwierdzenie spełnienia tych warunków odbywa się według zasad przyjętych w art.22d pzp, w którym wskazano m. in., że oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Przepis powyższy daje zatem możliwość warunkowania przystąpienia do zamówienia wykazaniem przez oferenta doświadczenia potwierdzającego jego zdolność techniczną, przy czym należy stosować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W realiach rozpatrywanej sprawy wymóg ten, zdaniem Sądu, należało donosić do rodzaju wcześniej wykonywanych zamówień w znaczeniu przedmiotowym, a nie podmiotowym. Zatem od wykonawcy należało oczekiwać doświadczenia w zakresie dostawy systemów elektronicznego obiegu dokumentów, bez zawężania tego wymogu do dostaw na rzecz JST. Nie polemizując ze skarżącym co do tego, że systemy elektronicznego obiegu dokumentów różnią się od siebie, to jednak, w ocenie Sądu, nie można uznać, że system dla JST jest na tyle unikalny, że nie należało powierzać

jego wykonania wykonawcy nie legitymującemu się dostawami dla JST. W powyższym zakresie Sąd akceptuje stanowisko IZ przedstawione na str.11-12 zaskarżonej decyzji. W ocenie Sądu skarżący nie miał podstaw do ograniczenia dostępu do zamówienia poprzez postawienie przed wykonawcą wymogu wykazania się doświadczeniem w realizacji projektów o określonej wartości na rzecz JST. W art.22 ust.1b pzp wymieniono, czego mogą dotyczyć warunki udziału w postępowaniu, jednak warunek postawiony przez skarżącego nie mieści się w dyspozycji tego przepisu, gdyż nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a ponadto jest niezgodny z art. 7 ust.1 pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zastosowany przez skarżącego wymóg nie jest zgodny z tą zasadą, bez względu na motywy, jakimi kierował się skarżący, tj. nawet jeżeli miał na względzie zapewnienie wysokiego poziomu wykonania zadania. Zastosowany w zamówieniu wymóg mógł (choć nie musiał) ograniczać dostęp potencjalnym wykonawcom. Przedstawione zarówno w toku postępowania administracyjnego jak i w skardze wyjaśnienia przyczyn określenia warunków udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem doświadczenia w dostawach na rzecz JST systemów elektronicznego obiegu spraw i dokumentów o wartości nie mniejszej niż 300.000 zł brutto - tłumaczą pobudki, jakimi kierowano się, formułując ten warunek, tj. dbałość o dobro Gminy, lecz nie uzasadniają, na gruncie prawnym, prawidłowości przyjętego rozwiązania.”

W ocenie Odwołującego w odniesieniu do niniejszej sprawy problem jest analogiczny. Oczywiście nie ulega wątpliwości, że system bilingowy i CRM będzie w każdej branży nieco inny – tak samo jak będzie inny w każdym przedsiębiorstwie. Nie można jednak wymagać od wykonawców, aby wykazywali się wdrożeniem systemów informatycznych w konkretnej branży, szczególnie w przypadku tak wąskich branż, reprezentowanych przez tak wąski krąg podmiotów zamawiających, jakim jest branża energetyczna. Prowadzi to bowiem do kolejnego monopolizowania rynku przez wąski krąg podmiotów – od lat na rynku energetycznym mają szansę istnieć wyłącznie te podmioty, które kiedyś historycznie uzyskały już takie zamówienie w tej branży.

W dniu 22 października 2021 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący złożył oświadczenie o częściowym wycofaniu zarzutu w zakresie sprawozdawczości GUS, ARE i URE.

W dniu 27 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści OPZ.

W dniu 22 października 2021 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu wniesionego odwołania w całości.

W dniu 20 października 2021 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołania, w której Zamawiający wniósł o ich oddalenie w całości przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska. Jednocześnie Zamawiający poinformował o dokonaniu modyfikacji treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu w dniu 20 października 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołania czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem któregokolwiek odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie: wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie w sprawach KIO 2783/21, KIO 2786/21, wykonawca Essembli sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawach KIO 2751/21, KIO 2783/21, KIO 2786/21, wykonawca ATENDE Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w sprawach KIO 2751/21 oraz 2786/21 oraz wykonawca CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie KIO 2751/21, KIO 2783/21, KIO 2786/21.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpień wraz z załącznikami, a także dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

KIO 2783/21 oraz KIO 2860/21

Odwołujący w ww. sprawach w dniu 22 października 2021 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia o wycofaniu wniesionych odwołań w całości. Wobec powyższego Izba uznała, że odwołania zostały skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp postanowił umorzyć postępowania odwoławcze w ww. sprawach, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawach KIO 2783/21 oraz KIO 2860/21, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie obu odwołań miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem za rzecz każdego z Odwołujących należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

KIO 2751/21

W związku ze złożeniem przez Odwołującego w dniu 22 października 2021 r. oświadczenia o wycofaniu zarzutów 1-2 oraz 5-7 uzasadnienia odwołania Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych, bowiem rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut 3. SWZ Rozdział 22 „OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” w zakresie kryterium Ocena skalowalności systemu: pkt 22.2.4.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu 3 uzasadnienia odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W odniesieniu do kryterium oceny ofert: „Ocena skalowalności systemu” Zamawiający przewidział następujące postanowienia w treści SWZ:

„22.2.4. Liczba punktów w kryterium „Ocena skalowalności systemu (KT)” zostanie wyliczona wg wzoru:

KT = 0, KTobliczana < 2 mln PPE/PPM,

Jeżeli KTmax ≤ 10 mln PPE/PPM: KT = KTobliczana / KTmax x 100 x WagaKT,

Jeżeli KTmax > 10 mln PPE/PPM: KT = KTobliczana / 10 mln x 100 x WagaKT: 10 mln PPE/PPM ≥ KTobliczana ≥ 2 mln PPE/PPM;

KT = 100 x WagaKT: KTobliczana > 10 mln PPE/PPM

Skrót Zmienne we wzorze: KT: Liczba punktów uzyskanych w kryterium „Ocena skalowalności systemu”, KTobliczana: Liczba PPE/PPM we wdrożeniu systemu klasy Billing wskazana przez Wykonawcę w Formularzu oferty – w Ofercie badanej, KTmax: Liczba PPE/PPM we wdrożeniu systemu klasy Billing, wskazana przez Wykonawcę w Formularzu Oferty – w Ofercie najwyższej ocenionej, WagaKT: Waga kryterium „Ocena skalowalności systemu”.

22.2.4.1. Oferta Wykonawcy będzie podlegała ocenie w kryterium „Ocena skalowalności systemu (KT)” pod warunkiem wskazania przez Wykonawcę w Formularzu oferty liczby PPE/PPM obsługiwanych w jednym, wybranym wdrożeniu systemu klasy Billing, o następujących cenach, spełnionych łącznie: a) wdrożenie dotyczyło oferowanego Zamawiającemu produktu dla systemu klasy Billing w ramach 1 (jednej) instancji systemu; b)

wdrożenie zostało zrealizowane na terenie EOG; c) wdrożony system obsługuje, na dzień składania ofert, co najmniej 2 mln PPE/PPM; d) wdrożenie zostało zakończone w ciągu ostatnich 8 lat przed terminem składania ofert.

22.2.4.2. W kryterium uwzględniona zostanie liczba PPE/PPM w zakresie od 2 do 10 milionów PPE/PPM. Jeśli obsługiwana liczba PPE/PPM w wymienionym wdrożeniu systemu klasy Billing przekracza liczbę 10 milionów PPE/PPM, do oceny Oferty badanej/Oferty najwyższej ocenionej Zamawiający przyjmie wartość 10 milionów PPE/PPM. Jeśli obsługiwana liczba PPE/PPM w wymienionym wdrożeniu systemu klasy Billing jest mniejsza od 2 milionów PPE/PPM Zamawiający przyzna w tym kryterium 0 punktów.

22.2.4.3. W przypadku wskazania przez Wykonawcę więcej niż jednego wdrożenia systemu klasy Billing Zamawiający oceni wdrożenie potwierdzone przez Producenta oprogramowania z najwyższą liczbą obsługiwanych PPE/PPM.

22.2.4.4. Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do Oferty oświadczenie Producenta oprogramowania, potwierdzające realizację wdrożenia wraz ze wskazaniem liczby obsługiwanych PPE/PPM.”

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

W myśl art. 239 ust. 2 ustawy pzp: „Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”

Istotą sporu w zakresie podniesionego zarzutu była kwestia, czy ustanowienie kryterium dotyczącego oceny skalowalności systemu spełnia wymagania w zakresie wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. W ocenie Izby, Zamawiający wykazał czynniki mające wpływ na takie ukształtowanie kryterium, które pozwoli na wybór i premiowanie wykonawców, których system spełnia wymagania ponad określone na minimalnym poziomie, co nie może zostać uznane za naruszenie przepisów ustawy pzp.

Odwołujący wywodził, że kryterium „Ocena skalowalności systemu” przewiduje przyznanie maksymalnej liczby punktów w sytuacji, gdy liczba PPE/PPM we wdrożeniu systemu klasy Billing wskazana przez wykonawcę w formularzu oferty będzie na poziomie 10 mln, co jest

w ocenie Odwołującego wymaganiem nadmiernym biorąc pod uwagę liczbę PPE obsługiwaną obecnie przez samego Zamawiającego. Argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zwraca uwagę, że celem kryteriów oceny ofert jest wybór oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, przy czym oczywistym jest, że premiowane jest oferowanie rozwiązań dodatkowych czy też przekraczających minimalne poziomy ustalony w SWZ, które nie mają charakteru absolutnego, tym samym nie zawsze będą spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, który pozwoli na otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Co więcej, ustanowione kryterium nie przekreśla szans wykonawców oferujących system obsługujący mniejszą liczbę PPE niż maksymalna, którzy będą mogli złożyć ważne oferty, ale będą musieli konkurować w zakresie pozostałych kryteriów ustanowionych w postępowaniu. Ponadto, chybione okazały się twierdzenia Odwołującego, że konsekwencją ustanowionego kryterium będzie wybór droższej oferty, pomimo że doświadczenie, które będzie premiowane nie przekłada się na jakość realizacji przedmiotu zamówienia. W spornym kryterium punkty będą bowiem przyznawane za możliwości rozwojowe oferowanego systemu, a nie za wiedzę i doświadczenie wykonawcy, który taki system wdrożył. Trudno zatem uznać za właściwe twierdzenia, że kryterium jest irrelewantne dla przyszłej realizacji umowy. Jak wskazał Zamawiający, wdrożony system będzie użytkowany przez następne lata, a zatem koniecznym jest uwzględnienie zdarzeń mogących mieć wpływ na jakość systemu w długoletniej perspektywie, co świadczy o obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Sam Odwołujący zwrócił uwagę, że dostrzegalna jest tendencja wzrostowa w odniesieniu do liczby punktów poboru energii u Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający formułując sporne kryterium brał pod uwagę czynniki, które mogą mieć w przyszłości wpływ na dynamiczny wzrost PPE, jak fuzja z innymi spółkami, co będzie miało bezpośrednie przełożenie na możliwości rozwojowe eksploatowanego systemu. Zamawiający zrealizował zasadę efektywności, gdyż otrzymanie w tym postępowaniu systemu spełniającego możliwości rozwojowe wyeliminuje konieczność finansowania kolejnego zamówienia w przypadku, gdy liczba punktów PPE drastycznie wzrośnie. Zaznaczenia również wymaga, że Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, iż wyłącznie podmioty zagraniczne będą w stanie uzyskać maksymalną liczbę punktów w kwestionowanym kryterium jakościowym.

Mając zatem na względzie, iż oferowany system powinien zaspokajać potrzeby Zamawiającego w długoletniej perspektywie, Izba uznała że ustanowione kryterium jest adekwatne do celu, jaki Zamawiający planuje osiągnąć i nie narusza konkurencji, a żądanie Odwołującego dążyło wyłącznie do zaspokojenia interesu własnego Odwołującego.

Zarzut 4. SWZ Rozdział 22 „OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT” w zakresie kryterium Cena brutto za realizację Zamówienia.

Zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu 4 uzasadnienia odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 22.1 SWZ: „Spośród Ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający wybierze najkorzystniejszą Ofertę kierując się następującymi kryteriami: 1. Cena brutto za realizację Zamówienia, KC, 50 %, 50 pkt, 2. Funkcjonalność, KF, 15 %, 15 pkt, 3. Ocena skalowalności systemu, KT, 15 %, 15 pkt, 4. Potencjał wdrożeniowy, serwisowy i rozwojowy, KP, 15 %, 15 pkt, 5. Cena netto za 1 MD Usługi rozwojowej, KPD, 3 %, 3 pkt.”

W odniesieniu do kryterium oceny ofert: „Cena brutto za realizację Zamówienia (KC)”, uwzględniając modyfikację SWZ z dnia 20 października 2021 r., Zamawiający przewidział następujące postanowienia w treści SWZ:

„22.2.2. Liczba punktów w kryterium „Cena brutto za realizację Zamówienia (KC)” zostanie wyliczona wg poniższego wzoru:

$$KC = \frac{\ln(1,05 \times KC_{max} - KC_{obliczana})}{\ln(1,05 \times KC_{max} - KC_{min})} \times Waga_{KC} \times 100$$

Skrót Zmienne we wzorze

KC: Liczba punktów uzyskanych w kryterium „Cena brutto za realizację Zamówienia”, In: Funkcja logarytmu naturalnego, KC_{max}: Najdroższa, z zaoferowanych przez Wykonawców, cena brutto za realizację Zamówienia, **wyrażona w mln PLN**, KC_{min}: Najniższa, z zaoferowanych przez Wykonawców, cena brutto za realizację Zamówienia, **wyrażona w mln PLN**, KC_{obliczana}: Cena brutto zaproponowana przez Wykonawcę w Ofercie badanej, **wyrażona w mln PLN**, Waga_{KC}: Waga kryterium „Cena brutto za realizację Zamówienia”

Cena brutto za realizację Zamówienia (KC_{max}, KC_{min}, KC_{obliczana}) obejmuje poniższy zakres: Lp Zakres KC_{max}, KC_{min}, KC_{obliczana}

1. Zakończenie Etapu wdrożenia pilotażowego - cena brutto (PLN)
2. Zakończenie Etapu 1 - cena brutto (PLN)
3. Zakończenie Etapu 2 - cena brutto (PLN)

4. Gwarancja w okresie 3 lat - cena brutto (PLN)
5. Usługi serwisu na okres 7 lat po zakończeniu Gwarancji - cena brutto (PLN)
6. Licencje aplikacyjne - cena brutto (PLN)
7. Infrastruktura sprzętowa wraz z licencjami na infrastrukturę (obejmuje także Opcję nr 1 do infrastruktury (produkty Oracle)) - cena brutto (PLN)
8. Cena brutto (PLN) Wymagań funkcjonalnych z wagą 3 - opcja
9. Cena brutto (PLN) Interfejsów z opcją.”

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

W myśl art. 239 ust. 2 ustawy pzp: „Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”

Przedmiot sporu w zakresie podniesionego zarzutu sprowadzał się do oceny czy Zamawiający konstruując kryterium ceny z zastosowaniem wzoru logarytmicznego nie naruszył zasady wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. W ocenie Izby, ustalone kryterium spełniało zasadę efektywności, a żądanie Odwołującego zmiany konstrukcji kryterium na oparte o wzór liniowy nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że ocena w oparciu o ustalone w postępowaniu kryteria może być oceną wyłącznie przez prymat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia (kryterium cenowe) bądź przez pryzmat efektywności, czyli stosunku jakości do ceny. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zdecydował o zastosowaniu oceny efektywności, kształtując kryteria oparte nie tylko o cenę oferty ale odnoszące się do jakości. Zauważyć należy, że żaden przepis ustawy nie ustanawia sposobu wyliczenia punktów w kryterium ceny, a wybór w tym zakresie należy do zamawiającego.

W ocenie Izby, działanie Zamawiającego nie naruszyło ustawy pzp. Zamawiający zastosował wzór dopuszczalny, nakierowany na wybór wykonawcy, który zbilansuje stosunek ceny do jakości. Nie można Zamawiającemu czynić zarzutu, że nie preferuje oferty najtańszej w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, potrzeby Zamawiającego eksploatacji systemu

w długoletniej perspektywie uzasadniają sposób ukształtowania kryterium w tym postępowaniu. Jak wykazał Zamawiający i co wynika ze złożonych Izbie symulacji, przy zastosowaniu wzoru logarytmicznego wygrywa oferta z optymalną ceną i spełniająca wszystkie kryteria jakościowe. Izba zważyła, że symulacje zaprezentowane w odwołaniu nie odzwierciedlają danych wynikających z faktycznej konkurencji na rynku. Jak słusznie wskazywał Zamawiający zaoferowanie ceny rażąco niskiej spowoduje odrzucenie oferty, natomiast cena „absurdalnie” wysoka, a przekraczająca budżet zamawiającego nie doprowadzi do wyboru takiej oferty. Przypadki przywołane w odwołaniu to przypadki skrajne, wręcz niemożliwe do zaistnienia w warunkach konkurencji rynkowej. Oczywistym jest, że wykonawcy kalkulując cenę oferty muszą brać pod uwagę niezbędne koszty wykonania zamówienia ale również realny zysk. Sposób przyznawania punktów w kryterium ceny w tym postępowaniu eliminuje ryzyko zaoferowania ceny poniżej kosztów wykonania zamówienia.

W świetle powyższego, Izba uznała za nieuzasadnione żądanie Odwołującego zastosowania w postępowaniu wzoru liniowego i nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

Izba orzekając w niniejszej sprawie nie uwzględniła twierdzeń zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 25 października 2021 r., jako podniesionych po zamknięciu rozprawy. Zgodnie z art. 535 ustawy pzp: *„dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”* Izba zgodnie z art. 549 ustawy pzp udzieliła na rozprawie głosu stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego, na równych zasadach, z prawem do swobodnej, nieograniczonej czasowo wypowiedzi, w tym odnoszącej się do złożonej w dniu 20 października 2021 r. zgodnie z zarządzeniem Składu orzekającego odpowiedzi na odwołanie, a także Izba umożliwiła składanie dowodów do czasu zamknięcia rozprawy. Strony i uczestnicy postępowania nie składali wniosków dotyczących ustalonego sposobu prowadzenia rozprawy. Izba wydała zatem orzeczenie biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2751/21 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5

pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

KIO 2786/21

W związku ze złożeniem przez Odwołującego w dniu 22 października 2021 r. oświadczenia o wycofaniu częściowo zarzutu odwołania w zakresie sprawozdawczości GUS, ARE i URE Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie części wycofanej zarzutu, bowiem rozstrzygnięcie odwołania w zakresie, którego nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W odniesieniu do postawionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 4.1. SWZ: Opis przedmiotu zamówienia:

„4.1. Przedmiotem Zamówienia jest wdrożenie kompleksowego, centralnego rozwiązania informatycznego wspierającego kluczowe procesy biznesowe w Grupie Kapitałowej PGE realizowane przez: – spółkę PGE Obrót S.A. w obszarze sprzedaży i rozliczeń mediów, obsłudze klientów w modelu omnichannel oraz wymianie informacji na Rynku Energii – spółkę PGE Dystrybucja S.A. w obszarze świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej, obsłudze klientów i sprzedawców oraz wymianie informacji na Rynku Energii. 4.2. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do Projektowanych postanowień Umowy, stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ. 4.3. Warunki realizacji Przedmiotu Zamówienia zostały określone w Projektowanych postanowieniach Umowy, stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ.”

W myśl pkt 2 UMOWY O WYKONANIE WDROŻENIA I ŚWIADCZENIE USŁUG: Przedmiot umowy: *„2.1. Przedmiot Umowy stanowi określenie zasad i warunków współpracy Stron w zakresie: 2.1.1. wykonania przez Wykonawcę Wdrożenia PGE Dystrybucja; 2.1.2. wykonania przez Wykonawcę Wdrożenia PGE Obrót; 2.1.3. zapewnienia przez Wykonawcę licencji Producenta lub Wykonawcy w zakresie Systemów stanowiących przedmiot*

powyższych Wdrożeń oraz jakiegokolwiek innego Oprogramowania wskazanego w Umowie (w tym korzystania przez Zamawiającego z Praw opcji, o których mowa w Umowie); 2.1.4. udzielenia przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego Gwarancji na zasadach i warunkach określonych w Umowie; 2.1.5. Dostawy oraz Instalacji Infrastruktury (Sprzętu), a także Oprogramowania wskazanych w Umowie; 2.1.6. dostarczenia Dokumentacji wymaganej przez Zamawiającego; 2.1.7. zapewnienia przez Wykonawcę praw własności intelektualnej (PWI) do Rezultatów wymienionych w Umowie oraz w sposób wymieniony w Umowie, a także 2.1.8. wykonania przez Wykonawcę Usług, w tym Usług serwisowych oraz rozwojowych opisanych w Załączniku numer 1 do Umowy (w tym korzystania przez Zamawiającego z Praw opcji, o których mowa w Umowie), a także: (i) zapewnienia przez Wykonawcę wsparcia Producenta Oprogramowania standardowego Systemów na warunkach nie gorszych niż określone w Załączniku numer 9 do Załącznika numer 1 do Umowy oraz (ii) zapewnienia przez Wykonawcę wsparcia Producenta lub dystrybutora w zakresie (a) Oprogramowania standardowego Platformy Systemu oraz jakiegokolwiek innego Sprzętu, a także (b) Platformy Systemu oraz jakiegokolwiek innego Sprzętu na warunkach opisanych w Załączniku numer 6 do Załącznika numer 1 do Umowy.”

Zgodnie z definicjami przyjętymi w Umowie Wdrożenie rozumiane jako ogół prac i Rezultatów jakie mają zostać wykonane przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, opisanych szczegółowo w załącznikach do Umowy, których celem jest przeprowadzenie prac analitycznych, skuteczne wykonanie, wdrożenie, uruchomienie, zasilenie danymi, zintegrowanie, przetestowanie oraz ustabilizowanie Systemu PGE Dystrybucja tj. systemu teleinformatycznego jako centralnego rozwiązania dla organizacji i realizacji prac w zakresie billingu i obsługi zgłoszeń (dla PGE Dystrybucja S.A.) oraz billingu i CRM (dla PGE Obrót S.A.) w celu ujednoczenia sposobu obsługi kluczowych procesów biznesowych PGE Dystrybucja S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A.

Zamawiający w pkt 14.2.4.1.1. – 14.2.4.1.3 SWZ z uwzględnieniem modyfikacji treści SWZ z dnia 20 października 2021 r. przewidział następujące warunki udziału w postępowaniu:

„14.2. O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu, określone w art. 112 ust. 2 pkt 1) – 4) Ustawy PZP, dotyczące: (...) 14.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: 14.2.4.1. Zamawiający wymaga, by Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania Ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje:

14.2.4.1.1. co najmniej 1 projekt obejmujący ~~dostawę~~, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy Billing, wspierającego proces rozliczeń w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem energii elektrycznej lub gazu, **przy czym w ramach projektu Zamawiający dopuszcza, że wdrożenie oraz utrzymanie systemu mogą być realizowane na podstawie odrębnych zamówień lub umów dotyczących tego samego rozwiązania – systemu informatycznego:**

a) na rzecz klienta końcowego prowadzącego w/w działalność na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

b) w zakres którego wchodziło zaprojektowanie, wdrożenie systemu, jego integracja na poziomie sprzętowo-aplikacyjnym w strukturze wewnętrznej systemu oraz integracja zamawianego systemu z innymi systemami działającymi u klienta końcowego, migracja danych z systemów eksploatowanych przez klienta końcowego oraz świadczenie usług utrzymaniowych,

c) którego efektem był wdrożony system obsługujący przynajmniej 800 000 (osiemset tysięcy) PPE / PPM [PPE – punkt poboru energii, PPM – punkt poboru medium] oraz umożliwiający jednoczesną pracę 500 (pięciuset) użytkowników,

d) **co do którego składana jest oferta w Postępowaniu (lub poprzednich wersji tego systemu),**

e) którego usługa utrzymania była świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku **w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert lub jest świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku przed upływem terminu składania ofert, jeśli dotyczy usługi, która jest świadczona.**

Jako system wspierający proces rozliczeń rozumie się system obejmujący co najmniej:

a) ewidencję danych pomiarowo-rozliczeniowych,

b) rozliczania i fakturowanie energii elektrycznej **lub gazu** w ramach umów kompleksowych oraz sprzedażowych,

c) zarządzanie przychodami i należnościami,

d) obsługę płatności,

e) obsługę windykacji.

~~f) sprawozdawczość na potrzeby GUS, ARE i URE związaną z koncesją na obrót energią elektryczną i gazem.~~

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni wykazać, że warunek określony w pkt 14.2.4.1.1. SWZ spełniają łącznie, z zastrzeżeniem, że każdy element projektu (**dostawa** / wdrożenie / utrzymanie) był, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – jest, realizowany dla systemu obsługującego przynajmniej 800 000 (osiemset tysięcy) PPE / PPM [PPE – punkt poboru energii, PPM – punkt poboru medium] oraz umożliwiającą jednoczesną pracę 500 (pięciuset) użytkowników.

14.2.4.1.2. co najmniej 1 projekt obejmujący **dostawę**, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy Billing, wspierającego proces rozliczeń w przedsiębiorstwie zajmującym się dystrybucją energii elektrycznej **lub gazu, przy czym w ramach projektu Zamawiający dopuszcza, że wdrożenie oraz utrzymanie systemu mogą być realizowane na podstawie odrębnych zamówień lub umów dotyczących tego samego rozwiązania – systemu informatycznego:**

a) na rzecz klienta końcowego prowadzącego w/w działalność na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

b) w zakres którego wchodziło zaprojektowanie, wdrożenie systemu, jego integracja na poziomie sprzętowo-aplikacyjnym w strukturze wewnętrznej systemu oraz integracja zamawianego systemu z innymi systemami działającymi u klienta końcowego, migracja danych z systemów eksploatowanych przez klienta końcowego oraz świadczenie usług utrzymaniowych,

c) którego efektem był wdrożony system obsługujący przynajmniej 800 000 (osiemset tysięcy) PPE / PPM [PPE – punkt poboru energii, PPM – punkt poboru medium] oraz umożliwiającą jednoczesną pracę 500 (pięciuset) użytkowników,

d) **co do którego składana jest oferta w Postępowaniu (lub poprzednich wersji tego systemu),**

e) którego usługa utrzymania była świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku **w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert lub jest świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku przed upływem terminu składania ofert, jeśli dotyczy usługi, która jest świadczona.**

Jako system wspierający proces rozliczeń rozumie się system obejmujący co najmniej:

a) ewidencję danych pomiarowo-rozliczeniowych,

b) rozliczania i fakturowanie usług dystrybucji energii elektrycznej **lub gazu** w ramach umów o świadczenie usług dystrybucji oraz umów kompleksowych,

c) zarządzanie przychodami i należnościami,

d) obsługę płatności,

e) obsługę windykacji.

f) sprawozdawczość na potrzeby GUS, ARE i URE związaną z koncesją na dystrybucję energii elektrycznej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni wykazać, że warunek określony w pkt 14.2.4.1.2. SWZ spełniają łącznie, z zastrzeżeniem, że każdy element projektu (**dostawa** / wdrożenie / utrzymanie) był, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – jest, realizowany dla systemu obsługującego przynajmniej 800 000 (osiemset tysięcy) PPE / PPM [PPE – punkt poboru energii, PPM – punkt poboru medium] oraz umożliwiającą jednoczesną pracę 500 (pięciuset) użytkowników.

14.2.4.1.3. **najmniej 1 projekt obejmujący dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie systemu informatycznego klasy CRM, wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie zajmującym się obrotem i/lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu, ciepła lub wodno-kanalizacyjnym, przy czym w ramach projektu Zamawiający dopuszcza, że wdrożenie oraz utrzymanie systemu mogą być realizowane na podstawie odrębnych zamówień lub umów dotyczących tego samego rozwiązania – systemu informatycznego:**

a) na rzecz klienta końcowego na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

b) w zakres którego wychodziło zaprojektowanie, wdrożenie systemu, jego integracja na poziomie sprzętowo-aplikacyjnym w strukturze wewnętrznej systemu oraz integracja zamawianego systemu z innymi systemami działającymi u klienta końcowego, migracja danych z systemów eksploatowanych przez klienta końcowego oraz świadczenie usług utrzymaniowych,

c) którego efektem był wdrożony system obsługujący przynajmniej 800 000 (osiemset tysięcy) klientów oraz umożliwiającą jednoczesną pracę 500 (pięciuset) użytkowników,

d) **co do którego składana jest oferta w Postępowaniu (lub poprzednich wersji tego systemu),**

e) którego usługa utrzymania była świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku **w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert lub jest świadczona nieprzerwanie przez okres co najmniej 1 roku przed upływem terminu składania ofert, jeśli dotyczy usługi, która jest świadczona.**

Jako system wspierający obsługę klientów rozumie się system obejmujący co najmniej:

- a) zarządzanie danymi oraz wiedzą na temat Partnerów handlowych,
- b) zarządzanie produktami
- c) obsługę procesów sprzedażowych i umów,
- d) realizację kampanii marketingowych i reklamowych,
- e) przyjmowanie, rejestrację i zarządzanie obsługą zgłoszeń,
- f) zarządzanie kontaktami z klientami.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni wykazać, że warunek określony w pkt 14.2.4.1.3. SWZ spełniają łącznie, z zastrzeżeniem, że każdy element projektu (~~dostawa~~ / wdrożenie / utrzymanie) był, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – jest, realizowany dla systemu obsługującego przynajmniej 800 000 (osiemset tysięcy) klientów oraz umożliwiającego jednoczesną pracę 500 (pięciuset) użytkowników.”

Zgodnie z art. 16 i 17 ustawy pzp: „Art. 16. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 17. 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. 2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. 3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.”

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do oceny postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej w zakresie, w jakim Zamawiający oczekuje wykazania się doświadczeniem we wdrożeniu i utrzymaniu systemów klasy Billing oraz CRM w przedsiębiorstwach o określonej branży odpowiednio: energii elektrycznej, gazu, ciepła czy wodno – kanalizacyjnej. Odwołujący podnosił, że takie określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób istotny zawęży krąg wykonawców zdolnych do wykazania się wymaganym doświadczeniem. W konsekwencji Odwołujący żądał alternatywnie wykreślenia warunku w odniesieniu do sprecyzowanych przez Zamawiającego obszarów działalności bądź dopuszczenia doświadczenia zdobytego u operatora telekomunikacyjnego. W ocenie Izby, w świetle specyfiki przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu nie zostały określone w sposób nadmierny czy ograniczający konkurencję, a żądania Odwołującego sprowadzały się wyłącznie do realizacji interesu własnego Odwołującego.

Na wstępie wskazania wymaga, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: *„zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.”* W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględnić specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób

wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji Odwołującego dotyczącej ograniczenia konkurencji poprzez sformułowanie nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu wskazania wymaga, że Odwołujący na którym spoczywał obowiązek dowodzenia w ogóle tej okoliczności nie wykazał. Odwołujący wprost w odwołaniu wskazał, że ustalone przez Zamawiającego warunki blokują dostęp do zamówienia wyłącznie Odwołującemu. Izba zwraca uwagę, że pomimo licznych odwołań w przedmiotowym postępowaniu tylko Odwołujący Comarch wnosił o wykreślenie z warunku wymagania dotyczącego branż czy też rozszerzenia warunku o branżę telekomunikacyjną. Podnoszone przez część z Odwołujących żądanie jednoznacznego dopuszczenia branży gazowej zostało przez Zamawiającego uwzględnione w dokonanych w dniu 20 października 2021 r. modyfikacjach treści SWZ.

Dalej wskazania wymaga, że Zamawiający wykazał, iż postawione w postępowaniu warunki udziału są zakotwiczone w specyfice przedmiotu zamówienia i są uzasadnione potrzebami Zamawiającego wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu muszą znajdować swoje odzwierciedlenie w konkretnym przedmiocie zamówienia z uwzględnieniem jego specyfiki. W ocenie Izby postawienie warunku udziału obejmującego wdrożenie i utrzymanie systemu bilingowego i CRM bez uwzględnienia charakteru tego systemu, który determinuje właśnie dana branża przedsiębiorstwa i obszar działalności podlegający ścisłym regulacjom prawnym, pozostawałoby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zwrócił uwagę na czynniki, które wpłynęły na ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który realizuje potrzeby Zamawiającego, jak: skomplikowany proces wdrożenia (zastąpienie 14 rozwiązań klasy CRM i Biling różnych dostawców eksploatowanych u Zamawiającego posiadających w sumie ponad 200 instancji, prowadzony synchronicznie w dwóch Spółkach; wymagania w zakresie rozdzielenia Systemów na linie PGE Obrót i PGE Dystrybucja; szeroki zakres funkcjonalny: złożoność architektoniczna i technologiczna, konieczność integracji z wieloma systemami

zewnątrznymi czy też wewnętrznymi; oczekiwana wysoka wydajność rozwiązania co do rozliczenia zwiększonego wolumenu obsługiwanych PPE); harmonogram wdrożenia uwzględniający wymagania wynikające z ustawy Prawo Energetyczne i konieczność dostosowania rozwiązania do 1 lipca 2024; istotność i znaczenie projektu dla Rynku energii w Polsce; innowacyjność rozwiązań i skala przedsięwzięcia z zachowaniem bezpieczeństwa funkcjonowania sieci elektroenergetycznej, w tym: automatyzacja procesów sprzedażowych i udostępnienie klientowi dedykowanych aplikacji, optymalizacja procesu technicznej obsługi odbiorców (skrócenie czasu reakcji na zgłoszenia odbiorców) oraz planowana długoletnia eksploatacja systemów.

Izba wskazuje ponadto, że Odwołujący nie wykazał aby specyfika systemów wdrażanych w branży telekomunikacyjnej odpowiadała charakterowi niniejszego przedmiotu zamówienia i była nim związana w sposób gwarantujący jego należytą realizację przez wykonawcę posiadającego takie doświadczenie. Nie ulega wątpliwości, że obszar działalności określony w warunku przekłada się na przedmiot zamówienia, jakim jest wdrożenie systemu obsługującego procesy z tym obszarem działalności związane. Zamawiający podkreślił w odpowiedzi na odwołanie specyficzne elementy przedmiotu zamówienia mające wpływ na treść warunku udziału w postępowaniu. I tak w zakresie zarządzania, ewidencji, obsługi układów pomiarowych, tzw. liczników Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że zarządzanie procesami związanymi z urządzeniami pomiarowymi w branży energetycznej czy gazowej można zrównać z zarządzaniem np. modemami. Nie ulega wątpliwości, że podany jako przykład przez Odwołującego modem nie służy do zliczania jednostek zużytej usługi, a jest narzędziem do odbioru usługi i może zostać wymieniony w każdym czasie, bez konieczności zachowania szczególnych procedur, w przeciwieństwie do licznika energii. W tym bowiem przypadku niezbędne są procesy m.in. planowania wymiany, zaangażowanie czynnika ludzkiego, odpowiedniego zabezpieczenia i zapieczętowania licznika. Zamawiający zwracał również uwagę na rozproszenie urządzeń pomiarowych, które zawsze znajdują się u użytkownika. W tym przypadku również występuje znaczna różnica w przypadku instalacji urządzeń pomiarowych, a instalacji Internetu czy telefonu stacjonarnego. Nieadekwatna w ocenie Izby do przedmiotu zamówienia jest również skala takiej instalacji, gdzie w przypadku branży telekomunikacyjnej odchodzi się od rozwiązań stacjonarnych na rzecz telefonii mobilnej, a realizacja usługi następuje za pośrednictwem urządzenia niezwiązanego z dostawcą usługi (np. telefon komórkowy). Ponadto, urządzenia pomiarowe w branży energetycznej służą do zliczania zużycia, natomiast w branży telekomunikacyjnej determinują wyłącznie możliwość realizacji usługi, za którą płatność następuje w większości w formie ryczałtu za wybrane przez użytkownika usługi. Co więcej, odczyt danych

pomiarowych odbywa się ręcznie w branży energetycznej i wymaga zaangażowania czynnika ludzkiego (inkasenci), czego nie wymaga specyfika branży telekomunikacyjnej i z czym co do zasady zgodził się sam Odwołujący. Nie ma możliwości zdalnego odczytu danych pomiarowych z centrali, jak jest to realizowane w branży telekomunikacyjnej. Powyższego nie sposób przyrównać z ręcznym korygowaniem rozliczeń końcowych w branży telekomunikacyjnej. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego, iż rynek ulega dynamicznym zmianom, także w zakresie liczników inteligentnych dotyczy zdarzeń przyszłych i niepewnych i nie może determinować określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany na dzień składania ofert z przedmiotem zamówienia. Odmienne w przypadku przywołanych branż są także zasady rozliczeń. Rozliczenie za energię elektryczną odbywa się w oparciu o prognozy obliczane m.in. na podstawie taryfy i zużycia za ostatni okres rozliczeniowy, uwzględniające szacowanie układów pomiarowych na datę zmiany cen. Rozliczenia są korygowane w przypadku reklamacji, zmian umowy. Nie sposób tej specyfiki rozliczeń odnieść do podnoszonej przez Odwołującego konieczności przetwarzania dużo większej ilości danych w okresie rozliczeniowym w branży telekomunikacyjnej. W ocenie Izby niewłaściwe jest również przyrównywanie przez Odwołującego występującej w telekomunikacji usługi prepaid, czyli zasilania konta klienta określoną kwotą, która następnie jest zużywana z zarządzaniem specyficznymi dla energetyki układami sprzedaży przedpłatowej, zawierającej rozwiązania umożliwiające generowanie specjalistycznego kodu zależnego od numeru seryjnego licznika oraz umożliwiające zarządzanie montażem, wymianą czy demontażem licznika. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie na różnice pomiędzy rozwiązaniami przedpłatowymi w sektorze energetycznym i telekomunikacyjnym, którym Izba dała wiarę, jak: wyjątkowość zastosowania takich rozwiązań w branży energetycznej w odróżnieniu do stosowania usługi przedpłatowej standardowo w branży telekomunikacyjnej; konieczność zastosowania rozwiązania niewystępującego w branży telekomunikacyjnej obsługi doładowań do licznika połączonych z jednoczesną spłatą długu; zakup przez klienta usługi o określonej wartości, za którą płaci „z góry” w telekomunikacji w odróżnieniu od niepełnego systemu przedpłatowego w energetyce, gdzie płatności „z góry” dotyczą tylko ilości kWh (należność za opłaty stałe dystrybucyjne pobierana jest z dołu niezależnie od faktycznego korzystania z energii); w przypadku usługi prepaid nie ma potrzeby zawierania pisemnej umowy z operatorem, podczas gdy podstawą systemu przedpłatowego w energetyce zawsze jest umowa w formie pisemnej; konieczność montażu specjalnego układu pomiarowego w odróżnieniu od telekomunikacji, gdzie wystarczająca jest karta SIM; obsługa zdalnych doładowań liczników przedpłatowych wymaga interakcji z systemem spółki Apator (Lew-System), która ma

monopol na rynku polskim, która oczywiście nie występuje w branży telekomunikacyjnej. W ocenie Izby powyższe różnice jednoznacznie wskazują, że system obsługujący ww. rozwiązania i procesy w obszarze energetyki stanowi odmienny przedmiot zamówienia od systemu w branży telekomunikacyjnej. Ponadto, wskazywane przez Odwołującego podobieństwa w pozostałym zakresie mają charakter marginalny bądź wyłącznie pozorny. Mechanizm rozliczania strat został przyrównany z realizacją usługi w jakości niezgodnej z zamówieniem. Obsługa usług dodatkowych związanych z eksploatacją układów pomiarowych, bonifikat oraz naliczania wartości rachunków w oparciu o parametry pomocnicze została porównana z wykonywaniem bonifikat w telekomunikacji w oparciu o inne parametry np. w przypadku braku sygnału czy złej jakości sygnału. W odniesieniu do obsługi rozliczeń opartych o indeksy giełdowe oraz grafiki handlowe Odwołujący wskazał na często zmieniające się cenniki roamingowe, która to okoliczność zakwestionowana przez Zamawiającego, nie została wykazana. Co do sprawozdawczości wskazał na występowanie takiego obowiązku w obszarze telekomunikacji, jednak oczywistym jest, że będzie to sprawozdawczość w całkiem innym zakresie i wobec innych podmiotów zewnętrznych, tym samym podlegająca odmiennym procedurom.

W ocenie Izby powyższe okoliczności powodują, że Zamawiający właściwie uznał, iż wyłącznie doświadczenie w branży energii elektrycznej, gazu, ciepła czy wodno – kanalizacyjnej odpowiada specyfice niniejszego przedmiotu zamówienia, gdyż właśnie w obrębie tych branż występują zbliżone rozwiązania, które będą obsługiwane przez oczekiwany przez Zamawiającego system. Izba dała wiarę i podziela stanowisko Zamawiającego w zakresie cech odróżniających te rozwiązania od rynku telekomunikacyjnego, jak: sposób rozliczenia z wykorzystaniem układów pomiarowych uwzględniające kompleksowe nimi zarządzanie, w tym ewidencję, specyfikę wymiany, montażu, zarządzanie awariami; rozproszenie układów pomiarowych na bardzo dużym obszarze terytorialnym; różny sposób odczytu danych pomiarowych stanowiących podstawę rozliczeń z klientami, konieczność uwzględnienia czasowego braku danych pomiarowych; obsługa kontroli jakości otrzymanych danych pomiarowych, szacowania danych pomiarowych w przypadku braków, korygowania danych w przypadku błędów; szczególne algorytmy w zakresie prognozowania zużycia; charakterystyczna siatka pojęć stosowanych w ww. branżach. Jak słusznie wskazał Zamawiający także Ustawodawca dostrzega podobieństwa w obszarach gospodarki wodnej, energii elektrycznej, gazu i ciepła charakteryzując te branże jako działalność sektorową w art. 5 ust. 4 ustawy pzp, a wykluczając z ww. sektora branżę telekomunikacyjną.

Nie ulega wątpliwości, że specyficzne rozwiązania w ww. obszarach mają bezpośredni wpływ na przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Branża, w której zamawiany system będzie użytkowany determinuje określoną wewnętrzną architekturę tego systemu, sposób projektowania, specyficzne funkcjonalności, a także ma przełożenie na realizację wdrożenia. Chybiona jest zatem argumentacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu w zakresie przyrównania ustanowionych w przedmiotowym postępowaniu warunków udziału w odniesieniu do obszarów działalności, które identyfikują oczekiwany produkt, z kwestionowanymi w przeszłości przypadkami ograniczenia warunku do wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówienia na rzecz danego podmiotu. Zasadą jest, iż warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i tą zasadę Zamawiający spełnił.

Niezasadne okazały się również twierdzenia Odwołującego, iż referencje składane w postępowaniu nie będą odzwierciedlały rzeczywistego doświadczenia wykonawcy, skoro w odniesieniu do personelu, który zdaniem Odwołującego jest „nośnikiem” wykazywanego doświadczenia, Zamawiający nie postawił wymagań referujących do obszaru działalności. Po pierwsze, sytuacja którą przywołał Odwołujący jest kuriozalna, gdyż trudno sobie wyobrazić aby w jednym czasie wykonawca utracił cały kluczowy personel posiadający doświadczenie w określonych rozwiązaniach i procesach systemowych. Po drugie, racjonalny wykonawca branży informatycznej posiada mechanizmy zabezpieczające wypracowane dotychczas procesy, systemy i przekazywania wiedzy oraz doświadczenia w ramach posiadanej kadry. Po trzecie Izba zauważa, że ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych reguluje kwestie autorskich praw majątkowych do programów komputerowych, które jeśli zostały stworzone w ramach stosunku pracy przysługują pracodawcy (art. 74 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1062)). Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, z uwagi na poniesione nakłady m.in. finansowe będzie dążył do zachowania dotychczas wypracowanego doświadczenia.

Za chybiony Izba uznała także argument Odwołującego, że skoro w kryterium funkcjonalność punktowane są weryfikowalne funkcjonalności dostępne w standardzie, a za te które wymagają modyfikacji i / lub integracji wykonawca otrzyma 0 pkt ale zostanie dopuszczony do udziału w postępowaniu to tym samym ustanowiony warunek należy uznać za nieproporcjonalny. Izba zwraca uwagę, że na wybór wykonawcy zdolnego do należytej realizacji zamówienia ma wpływ całokształt ustanowionych w postępowaniu wymagań, w tym opisu przedmiotu zamówienia, warunki udziału oraz kryteria oceny ofert, które rozpatrywane łącznie wyznaczają profil wykonawcy, którego wiedza i doświadczenie gwarantuje realizację

celu postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji Izba zważyła, że Zamawiający ustanowił adekwatne do przedmiotu zamówienia wymagania co do minimalnego poziomu zdolności wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu są proporcjonalne i nie ograniczają konkurencji w postępowaniu, bynajmniej takie ograniczenie nie zostało przez Odwołującego wykazane. Wobec stwierdzenia istotnych odmienności w stosowanych rozwiązaniach w branży telekomunikacyjnej, nieuprawnionym byłoby rozszerzenie warunków w sposób wskazany w żądaniu odwołania. Powyższe spowodowałoby dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców nieposiadających doświadczenia w realizacji zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia, co w sposób oczywisty godziłoby w uzasadnione potrzeby Zamawiającego wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy pzp podniesionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2786/21 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....