

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Orange Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie oraz Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Operator Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**

przy udziale:

A. wykonawcy DGT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Straszynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawcy Apator ELKOMTECH Spółka Akcyjna w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 59 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu – **Enea Operator Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** – unieważnienie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części I opisu przedmiotu zamówienia pkt. 6 ppkt. 6.2.6 i nadanie mu brzmienia: „Wymóg dla obudowy sterownika zapewnienia stopnia ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów był co najmniej IP 30”.
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddać.

3. kosztami postępowania obciąża **Enea Operator Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Orange Polska Spółkę Akcyjną w Warszawie oraz Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Enea Operator Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Integrated Solutions Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Orange Polska Spółki Akcyjnej w Warszawie oraz Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” w Poznaniu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Enea Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest zakup urządzeń teletechnicznych na potrzeby realizacji transmisji danych z stacji SN/nn.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 kwietnia 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Integrated Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Orange Polska Spółka Akcyjna w Warszawie oraz Badawczo-Rozwojową Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „Mikronika” w Poznaniu wnieśli odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,

2. art. 30 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, które nie mają zastosowania do przedmiotu zamówienia,

3. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wymaganie od wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu urządzeń i Oprogramowania zaoferowanych w ofercie wraz z dokumentacją, która zgodnie z projektem umowy stanowiącym załącznik do Opisu przedmiotu zamówienia jest wymagana dopiero na etapie realizacji umowy,

4. art. 59 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie niezgodnej z ustawą P.z.p. modyfikacji postanowień s.i.w.z., wykraczającej poza zakres, w jakim była ona przedmiotem negocjacji,

5. art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ustawy P.z.p. w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez ustanowienie obowiązku dotrzymania parametrów jakościowych, których wartości nie mogą zostać spełnione przez wykonawcę ze względu na istniejące ograniczenia

technologiczne i fizyczne (narzucony przez zamawiającego wymóg, by po 4 latach eksploatacji pojemność akumulatora nie była mniejsza niż 80% pojemności znamionowej akumulatora nowego),

6. art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

7. art. 7 oraz art. 139 ustawy P.z.p. w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a mianowicie zobowiązanie wykonawcy do usuwania wszelkich usterek urządzeń teletechnicznych w ramach udzielonej gwarancji, bez względu na okoliczności i przyczyny powstania usterek.

Odwołujący podnieśli, że prowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający postanowienia ustawy P.z.p. polegające w szczególności na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, narusza interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, bowiem odwołujący, pomimo zaproszenia go do złożenia oferty, nie jest w stanie złożyć oferty odpowiadającej treści s.i.w.z., przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na nie udzielenie mu przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji utraty korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przedmiotem zamówienia jest zakup urządzeń teletechnicznych na potrzeby realizacji transmisji danych z stacji SN/nn . Opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) określony został w Rozdziale II s.i.w.z. W ramach realizacji zamówienia wykonawca dostarczy urządzenia teletechniczne wraz z oprogramowaniem w następujących ilościach;

- 1) 7000 sztuk urządzeń transmisyjnych 2G/3G/LTE wraz z Oprogramowaniem zarządzającym EMS,
- 2) 7000 sztuk sterowników z Oprogramowaniem Zarządzającym EMS.
- 3) 7000 sztuk zasilaczy buforowych 24V.
- 4) 7000 sztuk zestawów akumulatorów 24V.

W dalszej części OPZ zamawiający precyzuje szczegółowe wymagania dotyczące każdego z rodzaju urządzeń oraz oprogramowania.

Odwołujący podnieśli, że w części IV OPZ odnoszącej się do akumulatorów zamawiający powołuje się na obowiązujące dla przedmiotu zamówienia, jakim są akumulatory o pojemności znamionowej co najmniej 2.8 Ah. normy i regulacje. O ile przywołanie przez zamawiającego norm w pkt. 3 (1)-{4) nie budzi zastrzeżeń, o tyle niezrozumiale dla odwołującego jest wymaganie, aby akumulatory, stanowiące przedmiot zamówienia musiały spełniać normę przewidzianą dla akumulatorów przenośnych - PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe - Ogniwa i baterie akumulatorowe przenośne (typy wyposażone w zawory) - Zalecenia dotyczące bezpieczeństwa stosowania w urządzeniach elektrycznych pkt 3 (5).

Odwołujący stwierdzili, że akumulatory, które zostaną dostarczone do zamawiającego w ramach realizacji zamówienia to akumulatory typu stacjonarnego, do których odnoszą się w szczególności normy wskazane w pkt. 3 (1) i (2) IV części OPZ.

Odwołujący wnieśli o modyfikację postanowień s.i.w.z. w tym zakresie, w ten sposób, aby z katalogu regulacji i norm wskazanych przez zamawiającego w IV części OPZ usunąć odniesienie do normy PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe - Ogniwa i baterie akumulatorowe przenośne (typy wyposażone w zawory) - Zalecenia dotyczące bezpieczeństwa stosowania w urządzeniach elektrycznych jako nie mającej zastosowania w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący odnieśli się do EUROBAT - Stowarzyszenie Europejskich Producentów Baterii Przemysłowych i Motoryzacyjnych (ang. the Association of European Automotive and Industrial Battery Manufacturers), która ma zastosowanie do niniejszego postępowania (została przywołana przez zamawiającego w IV części OPZ, w części zatytułowanej Regulacje i normy). EUROBAT stanowi podstawowe kryteria dla standardów jakie powinny spełniać baterie dostarczane na rynek przez europejskich producentów. Dotyczy to między innymi takich aspektów jak projektowany okres żywotności baterii, czy wymagania dotyczące zachowań techniczno-eksploatacyjnych baterii. Normy europejskie, dotyczące wymagań dla baterii, czy urządzeń współpracujących z baterią akumulatorów, budowane są w oparciu o kryteria zapisane w EUROBAT. W oparciu o te kryteria zostały także opisane przez zamawiającego wymagania techniczne dla akumulatorów. Jednymi z kluczowych kryteriów są kryteria dotyczące projektowanej żywotności baterii. Projektowana żywotność dla baterii według EUROBAT jest szacowana w określonych warunkach laboratoryjnych i jest podawana dla 20°C przy zastosowaniu zalecanych warunków napięciowych podanych przez producenta. Aby ułatwić ustalenie lub wymagania użytkownika, projektowana żywotność baterii została podzielona na cztery główne grupy, w następujący sposób:

3-5 lat - Standard Commercial

6-9 lat - General Purpose

10/12 lat - Long Life

ponad 12 - Very Long Life.

Odwołujący wskazali, że zamawiający w pkt. 5 ppkt. 5.2.4. IV części OPZ żąda, aby projektowany czas życia akumulatorów wynosił co najmniej 6...9 lat (grupa General Purpose) według klasyfikacji EUROBAT. Następnie zamawiający oczekuje, aby po 4 latach eksploatacji pojemność akumulatora nie była mniejsza niż 80% pojemności znamionowej akumulatora nowego (według terminologii EUROBAT tzw. „end of service life”, co w języku polskim można tłumaczyć jako koniec okresu eksploatacji).

W ocenie odwołujących, zamawiający, wymagając, aby dla akumulatorów o projektowanym czasie życia co najmniej 6...9 lat „end of service life” wynosił 4 lata, nie wziął pod uwagę istotnej kwestii jaką jest to, w jakich warunkach dana bateria będzie eksploatowana. Jeżeli zamawiający deklaruje, że do mniejszego postępowania mają zastosowanie zalecenia EUROBAT, to odwołujący ma prawo oczekiwać, że zamawiający będzie konsekwentny w swoich oczekiwaniach co do wymagań odnośnie żywotności baterii, co najmniej w tym sensie, że nie będą one pozostawać w sprzeczności z zaleceniami EUROBAT. na które powołuje się w OPZ. Odwołujący stwierdzili, że zamawiający zapomniał, że żywotność baterii, na co jednoznacznie wskazują zalecenia EUROBAT, jest ściśle związana z warunkami pracy baterii. Eksploatacja baterii o typie, jaki jest wymagany w mniejszym postępowaniu, w temperaturze wyższej niż 20° C, zmniejsza jej żywotność.

Biorąc pod uwagę fakt, iż zamawiający wymaga, żeby akumulatory pracowały w temperaturach od - 25° C do + 55° C, należy stwierdzić, że wypełnienie warunku aby „end of service life” rozumiany jako moment, w którym pojemność akumulatora osiąga 80% pojemności znamionowej akumulatora nowego wynosił 4 lata, jest niemożliwe. Powyższe wynika bezspornie z zaleceń EUROBAT, które mają charakter wiążący w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowo odwołujący zakwestionował sposób, w jaki zostały opisane wymagania, techniczne akumulatorów w części dot. parametrów środowiskowych - tabela w pkt.5 ppkt 5. i. i

Zdaniem odwołującego, prawidłowy opis parametrów, odpowiadający zaleceniom EUROBAT jest następujący:

Znamionowa temperatura pracy	+15°C - +25°C
Maksymalna temperatura pracy ciągłej	+40°C przy zgodnej z normą wentylacji (zredukowana żywotność poniżej 1 roku)
Maksymalna temperatura pracy krótkotrwałej (maks. kilka godzin w roku)	+55°C przy zgodnej z normą wentylacji (zredukowana żywotność)
Minimalna temperatura pracy baterii w pełni naładowanej	-25°C

Odwołujący zwrócili uwagę na jeszcze jedną konsekwencję pozostawienia Opisu przedmiotu zamówienia w części IV odnoszącej się do akumulatorów w niezmienionej treści, a mianowicie – stwarza to realne ryzyko uznania umowy, która zostałaby zawarta z wykonawcą wybranym w niniejszym postępowaniu za nieważną na podstawie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Narzucony przez zamawiającego wymóg, by po 4 latach eksploatacji pojemność akumulatora nie była mniejsza niż 80% pojemności znamionowej akumulatora nowego jest zdaniem odwołujących świadczeniem niemożliwym. Jednocześnie § 2 tego artykułu ustanawia odpowiedzialność odszkodowawczą strony, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła. W takiej sytuacji ciąży na niej zobowiązanie do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia.

W związku z powyższym odwołujący zażądali modyfikacji postanowień OPZ w części IV - Akumulatory poprzez usunięcie ppkt. 5.2.6 oraz zastąpienie tabeli w ppkt. 5.1.1 tabelą jak powyżej.

Odwołujący podnieśli, że w rozdziale I s.i.w.z. w części 5 zamawiający zawarł postanowienia dotyczące wymagań w zakresie warunków gwarancji, w tym okresów gwarancji dla urządzeń teletechnicznych. Zgodnie z tymi wymaganiami, okres gwarancji dla akumulatorów musi wynosić 48 miesięcy. Zaproponowanie przez wykonawcę innego okresu gwarancji dla akumulatorów spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Tożsame postanowienia dotyczące okresu gwarancji dla akumulatorów zawiera projekt umowy, stanowiący załącznik nr 2 do OPZ.

Jednocześnie odwołujący zwrócili uwagę, iż zamawiający w części IV OPZ dotyczącej akumulatorów żąda, aby projektowany czas życia akumulatorów wynosił co najmniej 6.. 9 lat (grupa General Purpose) według klasyfikacji EUROBAT. Zdaniem odwołujących, dla akumulatorów tego typu gwarancja podstawowa wynosi co do zasady jedynie 24 miesiące. Tym samym nie sposób nie uznać, iż zgoda zamawiającego na dostarczenie akumulatorów o projektowanym czasie życia 6...9 lat (z Grupy General Purpose), co nie jest bez znaczenia dla wykonawcy ze względu na ich niższą cenę, przy jednoczesnym wymaganiu przez Zamawiającego gwarancji 48 miesięcy dla akumulatorów, jest zgodą pozorną.

Wykonawca, który nie będzie chciał narazić się na odrzucenie oferty, przy tak rygorystycznych zapisach dotyczących usuwania usterek, będzie zmuszony do zbudowania swojej oferty w oparciu o akumulatory droższe, o dłuższym projektowanym czasie życia, z dłuższą gwarancją podstawową.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący zażądali modyfikacji postanowień s.i.w.z. poprzez zmianę wymogu gwarancji akumulatorów z wymaganych 48 miesięcy na 24 miesiące,

Odwołujący podnieśli, że w rozdziale I s.i.w.z., zatytułowanym „Informacje dla wykonawców”, zamawiający wymaga, aby wraz z ofertą wykonawcy dostarczyli wykaz urządzeń i oprogramowania zaoferowanych w ofercie wraz z dokumentacją, wskazaną w Rozdziale II, pkt. V ppkt 3.

Jest to dokumentacja odnosząca się do urządzeń/Oprogramowania Zarządzającego EMS. Szczegółowy zakres ww. dokumentacji znajduje się we wspomnianym powyżej Rozdziale II pkt. V ppkt 3 s.i.w.z.

Zadanie przedstawienia dokumentacji, w tym dotyczącej Oprogramowania Zarządzającego EMS już na etapie składania oferty pozostaje w Sprzeczności z pozostałą treścią s.i.w.z., w szczególności z treścią projektu umowy, która stanowi załącznik nr 2 do OPZ, która przewiduje dostawę urządzeń i Oprogramowania Zarządzającego EMS wraz z Dokumentacją według Harmonogramu, który zostanie opracowany przez wykonawcę w terminie 14 dni licząc od zawarcia umowy (podkreślenie Odwołującego) z Zamawiającym,

W związku z powyższym, Odwołujący żąda usunięcia z Rozdziału I pkt, 6 ppkt. 6.1 lit. f wymogu dostarczenia wraz z ofertą dokumentacji określonej w Rozdziale II pkt, V ppkt. 3.

Odwołujący podnieśli, że w niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał nieuprawnionej modyfikacji treści s.i.w.z. w części I OPZ dotyczącej sterownika obiektowego, czym naruszył art. 59 ust. ustawy P.z.p.

W pkt. 6 ppkt 6.2.6 zamawiający wymaga, aby obudowa sterownika zapewniała stopień ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów, co najmniej IP 31 (wg PN-EN 60529:2Q03/A2:2014-07). Przed modyfikacją s.i.w.z. zamawiający wymagał stopnia ochrony co najmniej IP 30v. Zmiana jest na tyle istotna, że wymusza znaczące zmiany w konstrukcji urządzenia. Ponadto odwołujący zwrócili uwagę, że dla zasilacza umieszczonego w tej samej szafce wymagany jest stopień ochrony IP 30 (część III pkt 5 ppkt 5.2.8). Niczym nieuzasadnione jest zdaniem odwołujących wymaganie przez zamawiającego dwóch różnych stopni ochrony dla urządzeń umiejscowionych w tej samej przestrzeni środowiska, narażonych na oddziaływanie takich samych warunków.

Druga zmiana, jaka została dokonana przez Zamawiającego, a która nie była przedmiotem negocjacji, dotyczy Interfejsów komunikacyjnych sterownika, opisanych w części I OPZ w pkt. 6 ppkt. 6.4,1. Sterownik musi być wyposażony w następujące interfejsy (porty) komunikacyjne:

- a) Ethernet 10 BaseT/100 BaseTX - dedykowany do komunikacji z systemem nadrzędnym;
- b) RS485 -2w/4w - dedykowany do komunikacji z licznikiem bilansującym;
- c) RS485-2w/4w - dedykowany do komunikacji z urządzeniem do wykrywania przepływu prądu zwarciovego;

Przed modyfikacją zamawiający wymagał portów komunikacyjnych RS485-2w.

Wprowadzona zmiana jest również istotna dla wykonawców, bowiem wymusza daleko idące zmiany konstrukcyjne w urządzeniu, wymagające przeróbek zarówno od strony sprzętowej, jak i programowej.

W związku z powyższym odwołujący zażądali przywrócenia poprzednich zapisów s.i.w.z. odnoszących się do opisanego wyżej wymogu w związku z czym żąda modyfikacji postanowień s.i.w.z. w taki sposób, aby po zmianie:

- 1, wymóg dla obudowy sterownika zapewnienia stopnia ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów był co najmniej IP 30,
2. Sterownik musiał być wyposażony w następujące interfejsy (porty) komunikacyjne:
 - a) Ethernet 10 BaseT/100 BaseTX - dedykowany do komunikacji z systemem nadrzędnym:

- b) RS485~2w- dedykowany do komunikacji z licznikiem bilansującym;
- c) RS485-2w- dedykowany do komunikacji z urządzeniem do wykrywania przepływu prądu zwarciovego.

Odwołujący podnieśli, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy P.z.p., „Do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej“. Z kolei art. 353¹ Kodeksu cywilnego stanowi, że „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego“. Tak więc granica swobody umowy zakreślona jest również poprzez zasady współżycia społecznego, z którymi wiąże się problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Wymaga podkreślenia, iż celem zamawiającego powinno być dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w postępowaniu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga o sygn. akt IV Ca 508/05). Zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa (np. wyrok o sygn. akt KIO 283/14). Bez względu na to, iż to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, korzystanie z uprzywilejowanej pozycji nie może przejawiać się w kształtowaniu wzoru umowy w sposób, który rażąco będzie naruszał równowagę stron umowy.

Mimo możliwości przerzucenia znacznego ryzyka na wykonawcę, zamawiający powinni dążyć do przygotowania umowy, która nie tylko zabezpieczy ich interesy, ale będzie także odpowiedzią na potrzeby rynku. Zbyt rygorystyczne postanowienia umowy mogą doprowadzić do niezrealizowania inwestycji lub niezrealizowania jej w oczekiwanym przez zamawiającego terminie.

Odwołujący stwierdzili, że zgodnie z pkt. 13 projektu umowy, wykonawca zobowiązany jest do usuwania wszelkich usterek (pojęcie zdefiniowane w pkt. 2 projektu umowy) w urządzeniach teletechnicznych, bez względu na przyczynę ich wystąpienia. Dodatkowo, w przypadku gdy ilość urządzeń teletechnicznych w jakich wystąpią usterki przekroczy 10% wszystkich urządzeń danego rodzaju, wykonawca będzie dodatkowo obciążony kosztem ich demontażu, transportu, wymiany albo naprawy oraz ponowny montaż będzie realizowany przez wykonawcę i na jego koszt.

Tak sformułowany zakres odpowiedzialności wykonawcy za usuwanie usterek daje zamawiającemu prawo do żądania naprawy albo wymiany każdego urządzenia teletechnicznego, dostarczonego przez wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu zamówienia bez względu na okoliczności, w jakich doszło do wystąpienia usterki. Odwołujący zwrócili uwagę, że montaż urządzeń teletechnicznych nie będzie realizowana przez wykonawcę. Jest to czynność, która zostanie wykonana przez pracowników zamawiającego. Nie można wykluczyć, że część usterek może wynikać właśnie z wadliwego montażu urządzenia, czy powstać wskutek działania niekorzystnych warunków zewnętrznych, np. uderzenie pioruna, dlatego też przerzucanie na wykonawcę pełnej odpowiedzialności i ryzyka związanego z realizacją umowy jest niedopuszczalne. Odwołujący powołali się na wyroku SN z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. akt II CR 419/67), zgodnie z którym, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie podnosi odpowiedzialności (art. 471 k. c.). kary umownej nie nalicza się. Odmienna zasada została przyjęta przez zamawiającego, który w niniejszym postępowaniu zawarł postanowienia, zgodnie z którymi zamawiający będzie mógł żądać od wykonawcy zapłaty kar umownych za nieterminowe usunięcie każdej usterki, bez względu na okoliczności jej powstania.

Mając powyższe na względzie odwołujący zażądali ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy za sprawność urządzeń teletechnicznych jedynie do sytuacji, gdy powodem wystąpienia usterki będą okoliczności, za które wykonawca odpowiada poprzez wprowadzenie do projektu umowy zapisu: „Wykonawca nie jest zobowiązany do usunięcia Usterki w urządzeniu teletechnicznym w przypadku, gdy jej wystąpienie jest spowodowane okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 kwietnia 2017 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści pisma procesowego;
- 3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wedle przedstawionych dokumentów, które zostaną okazane na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz art. 30 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, które nie mają zastosowania do przedmiotu zamówienia w zakresie wymagania postawionego w

ROZDZIALE II SIWZ w OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w części IV „Akumulatory” punkt 3 [5] norma PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe, zamawiający podniósł, iż wymagania zawarte w OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA są jednoznaczne precyzyjne i pozwalają wykonawcy na złożenie prawidłowej oferty. Zamawiający odwołał się do treści normy PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe, co stoi w zgodzie z postanowieniem art. 30 ust. 2 pkt. 1 lit. a ustawy P.z.p., pozwalającej zamawiającemu na dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w odwołaniu się do treści norm. W ocenie zamawiającego w tym kontekście zarzut dotyczący niejednoznaczności sposobu określenia przedmiotu zamówienia jest niezasadny. Zamawiający w pełni zasadnie wymaga, aby oferowane urządzenia teletechniczne spełniały wymagania zawarte w normie PNT-E -8304&4999L. Akumulatory ołowiowe, gdyż będzie to odpowiadało warunkom pracy dla tych urządzeń. Zamawiający podkreślił, iż zakupione urządzenia będą pracowały w warunkach zbliżonych do pracy urządzeń przenośnych, a nie stacjonarnych tj. nie będą znajdowały się w warunkach klimatyzowanych. Stąd niezbędnym dla zamawiającego jest, aby urządzenia te spełniały warunki przewidziane dla normy PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe. Zamawiający stwierdził, że dokonał rozeznania rynku, z którego wynika, iż na rynku oferowane są urządzenia spełniające normy wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że akumulatory będące przedmiotem zamówienia mają być przeznaczone do eksploatacji stacjonarnej tj. nie mają być przenoszone z miejsca na miejsce w trakcie eksploatacji. Jednocześnie akumulatory te będą instalowane w szafce AMI/SG o ograniczonych wymiarach i ograniczonym miejscu przewidzianym na ich instalację. W szafce AMI/SG będą również instalowane inne urządzenia elektroniczne. Biorąc pod uwagę specyfikę miejsca instalacji oraz spodziewane warunki środowiskowe, zamawiający wymaga spełnienia wymagań normy PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe w zakresie bezpieczeństwa użytkowania, w tym osiągniętej temperatury. Żądanie spełnienia wymagań normy [1]-[4] oraz normy [5] nie wyklucza się wzajemnie i brak jest technicznych przesłanek takiego wykluczenia.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ustawy P.z.p. w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez ustanowienie obowiązku dotrzymania parametrów jakościowych, których wartości nie mogą zostać spełnione przez wykonawcę ze względu na istniejące ograniczenia technologiczne i fizyczne (narzucony przez Zamawiającego wymóg, by po 4 latach eksploatacji pojemność akumulatora nie była mniejsza niż 80% pojemności znamionowej akumulatora nowego) zamawiający podniósł, iż wymagania zawarte w ROZDZIALE II SIWZ w OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w części IV „Akumulatory” w punktach 5.2.4 i 5.2.6 są ze sobą spójne i brak jest przesłanek do rezygnacji z wymań przewidzianych w punkcie 5.2.6.

Zamawiający podkreślił, iż wymaganie zawarte w punkcie 5.2.4 mówi o „projektowanym czasie życia akumulatorów”, który w ocenie zamawiającego powinien „co najmniej” mieścić się w przedziale od 6...9 lat. Tym zapisem zamawiający wprost nie narzuca tego, jakie ma przyjąć rozwiązanie wykonawca, tylko mówi o założeniu, które powinien przyjąć wykonawca, by osiągnąć chociażby wymagania przewidziane w punkcie 5.2.6 (80% pojemności znamionowej). Na podstawie tego założenia wykonawca może zaproponować baterie o żywotności od 6..9 lat lub dłuższej, jeżeli w jego ocenie klasyfikacja wskazana przez zamawiającego jest zbyt niska (grupa General Purpose). Zamawiający nie widzi konieczności rezygnacji z wymagania zawartego w punkcie 5.2.6, gdyż tylko taki warunek pracy akumulatorów daje mu gwarancję prawidłowej eksploatacji akumulatorów przez zakładany przez niego okres 4 lat. Wymagania wskazane przez ten parametr zapewnią zamawiającemu ciągłość pracy urządzeń, co ma z punktu widzenia prowadzonej przez zamawiającego działalności zasadnicze znaczenie.

W ocenie zamawiającego, wymagania przewidziane w Opisie Przedmiotu Zamówienia określone w punktach 5.2.4 i 5.2.6 nie wykluczają się ze sobą. Wykonawca ma swobodę w doborze akumulatorów tak, by spełniały minimalne wymagania wskazane przez zamawiającego w punkcie 5.2.4 oraz 5.2.6. W zakresie swobody w doborze sprzętu wykonawca określi też poziom ceny za proponowane rozwiązanie.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w sposób niezasadny wyciągnęli wniosek, że zbiór pojęć podstawowych dla ogniwi i baterii ołowiowo-kwasowych opracowany przez stowarzyszenie EUROBAT ma zastosowanie do wszystkich wymagań zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Regulacje EUROBAT zostały wykorzystane wyłącznie do zdefiniowania pojęcia „Klasyfikacja żywotności baterii EUROBAT” w słowniku pojęć i mają zastosowanie wyłącznie do wymagania: „Projektowany czas życia akumulatorów: co najmniej 6..9 lat (grupa General Purpose) wg klasyfikacji EUROBAT”, pozostałe wymagania w zakresie wybranych cech, są niezależne od pojęć i wytycznych stosowanych przez stowarzyszenie EUROBAT. Zamawiający uważa, że Opis Przedmiotu Zamówienia jest w tym zakresie jednoznaczny i nie budzący wątpliwości.

Zamawiający stwierdził, że wymaganie 5.2.4 powiązane z EUROBAT należy rozumieć jako wymaganie, którego spełnianie jest potwierdzane przez deklarację producenta baterii. Zgodność produktu z wymaganiem 5.2.6 jest natomiast deklarowana przez potencjalnego wykonawcę i jego niespełnienie może być podstawą do reklamacji. Wymaganie zachowania określonej pojemności akumulatora podczas 4 lat eksploatacji, w zdefiniowanych warunkach środowiskowych, jest istotne dla zamawiającego, gdyż jest powiązane z okresem gwarancji na akumulatory oraz z częstością przeglądów stacji SN/nn zawartą w instrukcjach eksploatacji

oraz zabezpiecza zamawiającego przed dostawą akumulatorów niskiej jakości. Zamawiający zdefiniował warunki temperaturowe pracy akumulatorów wskazując spodziewane temperatury graniczne oraz miejsce instalacji (stacje SN/nn, sieć dystrybucyjna ENOP). Zaznaczył, że praca w temperaturze maksymalnej jest pracą krótkotrwałą, co wynika z warunków środowiskowych we wskazanym miejscu instalacji. Do wykonawcy, na podstawie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia warunków środowiskowych oraz miejsca instalacji, należy zaoferowanie akumulatorów spełniających wymagania 5.2.6 z zachowaniem wymagania 5.2.4. Wymaganie 5.2.4 dopuszcza dostawę akumulatorów o dłuższej żywotności niż 6..9 lat, jeżeli wykonawca stwierdzi, że jest to konieczne ze względu na spełnienie wymagania 5.2.6. Powyższe wymagania są jednakowe dla wszystkich oferentów i nie naruszają zasady konkurencyjności oraz – zdaniem zamawiającego – są możliwe do spełnienia, biorąc pod uwagę obecne rozwiązania dostępne na rynku oraz przewidywane warunki temperaturowe w miejscu instalacji akumulatorów.

Zamawiający uznał żądanie przez odwołującego modyfikacji tabeli 5.1.1 na tabelę wskazaną w odwołaniu za niezasadne. Zamawiający miał prawo zdefiniować warunki środowiskowe pracy w zakresie temperatury niezależnie od zaleceń EUROBAT. Zdefiniowane w tabeli 5.1.1 temperatury w sposób jednoznaczny definiują graniczne wartości, które mogą wystąpić w miejscu instalacji. Miejsce instalacji (stacje SN/nn, sieć dystrybucyjna ENOP) pozwala wykonawcy jednoznacznie oszacować jak długo maksymalne temperatury pracy mogą wystąpić oraz jakiego zakresu temperatur należy się spodziewać dla przeważającego okresu eksploatacji.

Zamawiający stwierdził, że akumulatory wykonane w technologii kwasowo-ołowiowej, szczelne, z zaworami (VRLA) pozwalają na pracę w temp. -40°C do +55°C (w ograniczonym czasie) (za EN 50272-1 tabela 4), temperatury zdefiniowane w tab. 5.1.1 nie przekraczają tych wartości.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymagań w zakresie warunków gwarancji, które jego zdaniem są za wysokie i powinny wynosić zamiast 48 miesięcy 24 miesiące, zamawiający stwierdził, że argumenty Odwołujących są bezzasadne.

Zamawiający wskazał, że wymagany okres gwarancji na poziomie 48 miesięcy w pełni odpowiada jego oczekiwaniom. Zamawiający dokonał szczegółowej analizy swoich potrzeb i analizy rynku i na tej podstawie przyjął 48 miesięczny okres gwarancji. Zamawiający szacował koszt zakupu urządzeń przy założonym okresie gwarancji (48 miesięcy). Przyjmując taki okres gwarancji zamawiający wyszedł z założenia, iż zapewni mu to perspektywę stabilnej eksploatacji urządzeń, co jest zasadniczym celem zamawiającego w rozumieniu użytkowym. Zamawiający liczy się z tym, iż wydłużony okres gwarancji ma charakter gwarancji

rozszerzonej. Oczekuje tym samym, aby koszty wydłużonej gwarancji wykonawcy uwzględnia w cenie ofertowej.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego żądania przedstawienia wraz z ofertą wykazu urzędzeń i oprogramowania zamawiający zaprzeczył, aby wymóg złożenia przedmiotowych dokumentów był niezgodny w oparciu o przepisy prawa, a jego żądanie utrudniałoby złożenie oferty i ograniczałoby konkurencyjność.

Zamawiający podniósł, iż upłynął termin na złożenie odwołania, co do kwestionowanych zapisów, gdyż w odniesieniu do ww. postanowień, można je było zaskarżyć na wcześniejszym etapie w ciągu 10 dni od przesłania zaproszenia do złożenia ofert wstępnych (tj. od dnia 25.05.2016 r.) Treść s.i.w.z. w zakwestionowanym przez odwołującego zakresie została przesłana odwołującemu wraz z zaproszeniem do złożenia ofert wstępnych. W ciągu 10 dni od przesłania odwołującemu s.i.w.z. przysługiwało mu prawo do złożenia odwołania do KIO (art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy P.z.p).

W zakresie zarzutów dot. żądania samego wykazu, zamawiający podniósł, iż jego złożenie ma mieć charakter *stricte* informacyjny. Stanowiąc on będzie materiał porównawczy dla zamawiającego z tym, który zostanie dołączony do umowy. Ocena zbieżności tych dokumentów ma dać pewność zamawiającemu, iż przedmiot zamówienia oferowany na etapie składania ofert jest tym samym, który zostanie wykonany na etapie realizacji umowy.

W ocenie zamawiającego, całkowicie chybione są twierdzenia odwołujących, iż poprzez żądanie takiego wykazu zamawiający formułuje dodatkowy nadmierny warunek udziału w postępowaniu, co jest niepotrzebne i wiąże się ze zbyt dużym nakładem pracy po stronie wykonawcy. Zamawiający formułując żądanie korzysta z uprawnienia przewidzianego w § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że omawiany dokument jest żądany w celu potwierdzenia wymogu, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Jest to zatem tzw. dokument przedmiotowy. W stosunku do dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego przepisy rozporządzenia formułują otwarty katalog takich dokumentów. Jak bowiem wynika z postanowień § 13 ust. 1 rozporządzenia, katalog takich dokumentów ma charakter przykładowy, co wyrażone zostało poprzez użycie zwrotu „w szczególności”. Tym samym zamawiający jest uprawniony żądać nie tylko dokumentów wyraźnie wyliczonych w treści § 13 ust. 1 rozporządzenia, ale także innych, które miałyby potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego określonego w punkcie 6.2.6 OPZ stopnia ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów, określonego na poziomie IP 31 (wg. PN-EN 60529:2003/A2:2014-07) zamawiający wskazał, iż poziom IP 31 stopnia ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów (wg. PN-EN 60529:2003/A2:2014-07) został określony prawidłowo i jest zgodny z założonym celem zamawiającego. Podniósł, że w trakcie negocjacji wykonawcy zwracali uwagę, na to, iż ze względu na umiejscowienie sterownika (w górnej części szafki) koniecznym jest zwiększenie wymagań co do stopnia szczelności obudowy sterownika. W trakcie użytkowania może dochodzić do przenikania wody do wnętrza szafki w wyniku zmian temperatury. Ze względu na pojawienie się skroplonej wody, która może przenikać do wnętrza szafki, niezbędne jest takie zabezpieczenie sterownika aby nie doszło do przepięcia (mikro wyładowań w obwodach elektronicznych) lub do wystąpienia korozji w obwodach elektrycznych. Postawienie takiego samego wymagania na poziomie IP 30 w stosunku do zasilacza jest o tyle bezcelowe, iż znajduje się on w dolnej części szafki, co w istotny sposób zmniejsza ryzyko kontaktu z wodą.

Zamawiający stwierdził, że zmiana wymagania z IP 31 na IP 30 będzie oznaczało, iż obudowa sterownika nie będzie chroniła przed dostępem do wody. Według przyjętej przez normę sposobów gradacji druga cyfra charakterystyczna na poziomie „0” oznacza, iż obudowa nie zapewnia ochrony przed skutkami wnikania wody. W związku z powyższym, ze względu na ryzyko przenikania wody do wnętrza obudowy zamawiający chce zabezpieczyć sterownik przed kontaktem z wodą.

Zamawiający podniósł, że przy określeniu poziomu stopnia ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów (IP 31) jest konsekwentny, gdyż podobny poziom przewidział dla rutera (również znajdującego się w górnej części szafki) w ROZDZIALE II SIWZ w OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w CZĘŚĆ 7 Wymagania techniczne rutera w punkcie 7.2.5.

Oдноśnie dotyczącego interfejsów komunikacyjnych sterownika, zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację s.i.w.z. dokonaną w dniu 12 kwietnia 2017 r. W związku z nowym brzmieniem s.i.w.z. omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. Zamawiający dokonaną zmianą dopuścił również porty komunikacyjne RS485-2w.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego postanowień w zakresie gwarancji i rękojmi, zamawiający wskazał, iż zaskarżony zapis umowy wyznacza kontraktowy rozkład ryzyk związanych z umową. Oczekiwanie zamawiającego, co do tego, aby dostawy wykonawcy podlegały wymianie, mają charakter dyscyplinujący a dodatkowo zapewniają wykonawcy

możliwość uchylenia się od odpowiedzialności, jeżeli poziom usterek nie przekroczy 10 % puli wszystkich urządzeń. Zdaniem zamawiającego, warunek umowny nie jest nadmierny, gdyż może on obejmować całość pierwszej dostawy urządzeń przewidzianej w harmonogramie w punkcie 5.3 lit. a) wzoru umowy (załącznik nr 2 do s.i.w.z). Zamawiający stwierdził, iż ograniczenie ryzyka wykonawcy pod warunkiem wykazania jego winy uniemożliwi dochodzenie roszczeń zamawiającemu odnośnie zaistniałych usterek.

Zamawiający wskazał, iż odpowiedzialność wykonawcy jest wyłączona w przypadku siły wyższej zgodnie z punktem 15.2 wzoru umowy (załącznik nr 2 do s.i.w.z.). Ponadto ryzyko uszkodzenia urządzeń w trakcie montażu jest na tyle mało realne, iż można mówić jedynie o celowym lub umyślnym działaniu ze strony zamawiającego. Biorąc pod uwagę posiadaną wiedzę na temat urządzeń na podstawie instrukcji obsługi oraz za sprawą prowadzonych szkoleń przez wykonawcę w zakresie montażu urządzeń, ryzyko uszkodzenia urządzeń przez zamawiającego jest minimalne. Wspomniał, iż przyjęta konstrukcja urządzeń jest tak przemyślana aby montaż odbywał się w sposób najmniej ingerujący w urządzenie.

Na posiedzeniu w dniu 19 kwietnia 2017 roku odwołujący cofnął zarzut dotyczący żądania wraz z ofertą dokumentów, o którym mowa w rozdziale II pkt 5 ppkt 3, oraz zarzut dotyczący interfejsów komunikacyjnych sterownika.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: DGT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Straszynie oraz Apator ELKOMTECH Spółka Akcyjna w Łodzi. Obecny na rozprawie przystępujący Apator ELKOMTECH Spółka Akcyjna w Łodzi poparł stanowisko odwołującego i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Przedmiotem zamówienia jest zakup urządzeń teletechnicznych na potrzeby realizacji transmisji danych z stacji SN/nn . Opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) określony został w Rozdziale II s.i.w.z. W ramach realizacji zamówienia wykonawca dostarczy urządzenia teletechniczne wraz z oprogramowaniem w następujących ilościach;

- 1) 7000 sztuk urządzeń transmisyjnych 2G/3G/LTE wraz z Oprogramowaniem zarządzającym EMS,
- 2) 7000 sztuk sterowników z Oprogramowaniem Zarządzającym EMS.
- 3) 7000 sztuk zasilaczy buforowych 24V.

- 4) 7000 sztuk zestawów akumulatorów 24V.

Akumulatory, stanowiące przedmiot zamówienia mają spełniać normę przewidzianą dla akumulatorów przenośnych - PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe - Ogniwa i baterie akumulatorowe przenośne (typy wyposażone w zawory) - Zalecenia dotyczące bezpieczeństwa stosowania w urządzeniach elektrycznych pkt 3 (5).

Zamawiający w pkt. 5 ppkt. 5.2.4. IV części OPZ wymaga, aby projektowany czas życia akumulatorów wynosił co najmniej 6...9 lat (grupa General Purpose) według klasyfikacji EUROBAT. Zamawiający oczekuje, aby po 4 latach eksploatacji pojemność akumulatora nie była mniejsza niż 80% pojemności znamionowej akumulatora nowego.

W rozdziale I s.i.w.z. w części 5 zamawiający zawarł postanowienia dotyczące wymagań w zakresie warunków gwarancji, w tym okresów gwarancji dla urządzeń teletechnicznych. Zgodnie z tymi wymaganiami, okres gwarancji dla akumulatorów musi wynosić 48 miesięcy. Zaproponowanie przez wykonawcę innego okresu gwarancji dla akumulatorów spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Tożsame postanowienia dotyczące okresu gwarancji dla akumulatorów zawiera projekt umowy, stanowiący załącznik nr 2 do OPZ.

W pkt. 6 ppkt 6.2.6 zamawiający wymaga, aby obudowa sterownika zapewniała stopień ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów, co najmniej IP 31 (wg PN-EN 60529:2Q03/A2:2014-07). Przed modyfikacją s.i.w.z. zamawiający wymagał stopnia ochrony co najmniej IP 30v. Pierwotny zapis nie był przedmiotem negocjacji.

Zgodnie z pkt. 13 projektu umowy, wykonawca zobowiązany jest do usuwania wszelkich usterek (pojęcie zdefiniowane w pkt. 2 projektu umowy) w urządzeniach teletechnicznych, bez względu na przyczynę ich wystąpienia. W przypadku, gdy ilość urządzeń teletechnicznych w jakich wystąpią usterki przekroczy 10% wszystkich urządzeń danego rodzaju, wykonawca będzie dodatkowo obciążony kosztem ich demontażu, transportu, wymiany albo naprawy oraz ponowny montaż będzie realizowany przez wykonawcę i na jego koszt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 59 ust. 1 w związku z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie niezgodnej z ustawą P.z.p. modyfikacji postanowień s.i.w.z., wykraczającej poza zakres, w jakim była ona przedmiotem negocjacji, polegającej na ustanowieniu wymogu, aby obudowa sterownika zapewniała stopień ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów, co najmniej IP 31 (wg PN-EN 60529:2Q03/A2:2014-07).

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

Odnosząc się do zarzutu uznanego przez Izbę za zasadny, Izba wskazuje, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. W myśl art. 54 ustawy P.z.p., negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zgodnie z art. 58 ust. 2, zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, podnieśli, że przed modyfikacją s.i.w.z. zamawiający wymagał stopnia ochrony obudowy sterownika co najmniej IP 30v. W wyniku modyfikacji zamawiający postawił wymóg, aby obudowa sterownika zapewniała stopień ochrony przed wnikaniem do wnętrza urządzenia ciał stałych i płynów, co najmniej IP 31 (wg PN-EN 60529:2Q03/A2:2014-07). Odwołujący stwierdzili, że prowadzone negocjacje nie dotyczyły wskazanego wymogu. Zamawiający nie zakwestionował w tym zakresie stanowiska odwołujących. W odpowiedzi na odwołanie stwierdził jedynie, że podczas negocjacji wykonawcy zwracali uwagę, na to, iż ze względu na umiejscowienie sterownika (w górnej części szafki) koniecznym jest zwiększenie wymagań co do stopnia szczelności obudowy sterownika.

Izba przeanalizowała przekazane przez zamawiającego protokoły z negocjacji i stwierdziła, iż nie zawierają one informacji na temat prowadzenia negocjacji w zakresie stopnia ochrony obudowy sterownika. Informacja taka nie została również przekazana wykonawcom zgodnie z art. 58 ust. 4 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 59 ust. 1, po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Z uwagi na fakt, iż stopień ochrony obudowy sterownika nie był przedmiotem negocjacji, Izba uznała, iż zamawiający dokonał modyfikacji s.i.w.z. w tym zakresie w sposób nieuprawniony.

Izba nie uwzględniła zarzutów związanych z wymogiem, by akumulatory, stanowiące przedmiot zamówienia spełniały normę przewidzianą dla akumulatorów przenośnych - PN-E-83016:1999 Akumulatory ołowiowe - Ogniwa i baterie akumulatorowe przenośne (typy wyposażone w zawory) - Zalecenia dotyczące bezpieczeństwa stosowania w urządzeniach elektrycznych pkt 3 (5) oraz wymogów w zakresie 48 – miesięcznego okresu gwarancji, jak

również konieczności zapewnienia, by po 4 latach eksploatacji pojemność akumulatora nie była mniejsza niż 80% pojemności znamionowej akumulatora nowego.

Odwołujący w odwołaniu podnieśli, iż wymóg dotyczący normy jest niezrozumiały, a norma nie ma zastosowania do akumulatorów zamawianych w tym postępowaniu. Niemniej jednak na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2017 roku pełnomocnik odwołujących przyznał, że można wyprodukować akumulator przenośny, który spełnia wymagania akumulatora stacjonarnego, ale jest on droższy i jego zakup może być nieuzasadniony ekonomicznie. Stwierdzenie to zostało poparte przez przystępującego Aparator ELKOMTECH S.A., który dodał, że dostawa takiego akumulatora, który spełnia wymagania obu norm jest dłuższa i 3 tygodnie może być niewystarczające. Tym samym odwołujący i przystępujący potwierdzili, że postawiony przez zamawiającego wymóg nie jest niemożliwy do spełnienia.

Odnosząc się zaś do wymogów w zakresie okresu gwarancji i pojemności akumulatora po 4 latach eksploatacji, odwołujący na rozprawie przyznali, iż wymogi te mogą być spełnione przez akumulatory o projektowanej żywotności: 10/12 lat - Long Life i ponad 12 - Very Long Life według klasyfikacji EUROBAT.

Izba podkreśla, że zamawiający oczekiwał od wykonawców zaoferowania akumulatorów, których projektowany czas życia wynosił co najmniej 6.. 9 lat (grupa General Purpose) według klasyfikacji EUROBAT. Użycie przez zamawiającego sformułowania „co najmniej” oznacza, że wykonawcy mogą zaoferować akumulatory z wyższych grup, tj. Long Life i Very Long Life, jeżeli akumulatory należące do niższej grupy nie spełniają innych wymogów opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, taki sposób opisu przedmiotu zamówienia jest dopuszczalny i nie jest wewnętrznie sprzeczny.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p.). Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia, bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając

korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Utrudnieniem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony wykonawca.

A zatem, realizacja obowiązku zawartego w art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. oznacza dla zamawiającego konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Taki pogląd został wyrażony między innymi przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 stycznia 2004 roku sygn. akt VI ACa 965/11.

Jednakże, pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem zapewnienia konkurencji jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których uniemożliwia się z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 7 oraz art. 139 ustawy P.z.p. w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez nałożenie na wykonawcę uciążliwych warunków umownych w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a mianowicie zobowiązanie wykonawcy do usuwania wszelkich usterek urządzeń teletechnicznych w ramach udzielonej gwarancji, bez względu na okoliczności i przyczyny powstania usterek

Izba stoi na stanowisku, iż „w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353¹ K.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego

wynika wprost z przepisów ustawy P.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego" (np. wyrok KIO 283/14). Na gruncie ustawy P.z.p. dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy we Wrocławiu, który w wyroku o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Dodatkowo Izba orzekła, że wszyscy wykonawcy, którzy mogą się ubiegać o konkretne zamówienie znajdują się w takiej samej sytuacji i dlatego nie można twierdzić, że postanowienia umowy - takie same dla wszystkich - mogą ich dyskryminować (np. wyrok KIO 283/14).

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....