

WYROK

z dnia 1 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2018 r. przez **wykonawcę Sagemcom Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: ENERGA-OPERATOR S. A. z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ, t.j. m. in. Rozdziału IV, Rozdziału VI pkt 1 i 3 oraz Rozdziału VIII SIWZ, oraz postanowień umownych (Załącznika nr 5) do SIWZ z uwzględnieniem również okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach SIWZ wraz z załącznikami.**
- 2. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu nr V oraz części zarzutu nr VI z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego niniejszych zarzutów,**
- 3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: ENERGA-OPERATOR S. A. z siedzibą w Gdańsku i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Sagemcom Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **Zamawiającego: ENERGA-OPERATOR S. A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz wykonawcy Sagemcom Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18.600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – ENERGA-OPERATOR S. A. z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Dostawa liczników zdalnego odczytu*”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 165-377499.

Wykonawca Sagemcom Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 10 września 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej również: „*SIWZ*”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp a także art. 353 (1) w zw. Z art. 5 k.c. w zw. Z art. 139 ust. 1 a także art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o zmianę niektórych postanowień SIWZ, ich modyfikację, czy wykreślenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie. Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut nr I i II – t.j. zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz żądanie próbek liczników, co do których zamawiający postawił nadmierne wymagania techniczne na etapie oceny ofert.

Ogłoszenie o zamówieniu brzmiało następująco: Sekcja III punkt III. 1.1): Należyte wykonanie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert dostawy (jedną lub więcej) fabrycznie nowych liczników energii elektrycznej z zegarem wewnętrznym i profilem obciążenia, o łącznej wartości co najmniej 3.000.000 zł brutto. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki wykonawcy muszą spełniać łącznie, przy czym jeden z nich musi mieć doświadczenie w postaci należytego wykonania dostaw (jednej lub więcej) o łącznej wartości co najmniej 2.000.000 zł brutto.

W SIWZ w rozdziale VI w pkt 1 i 3: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali należyte dostawy (jedną lub więcej) fabrycznie nowych liczników energii elektrycznej z zegarem wewnętrznym i profilem obciążenia, o łącznej wartości co najmniej 3.000.000 zł brutto. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o którym mowa w pkt 1, wykonawcy muszą spełniać łącznie, przy czym jeden z nich musi mieć doświadczenie w postaci należytego wykonania dostaw (jednej lub więcej) o łącznej wartości co najmniej 2.000.000 zł brutto. ”

Ponadto w Rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców”

Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą próbek liczników. W celu potwierdzenia, że oferowane liczniki spełniają wymagania określone przez zamawiającego wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą po 2 (dwa) egzemplarze oferowanego typu licznika, zwanego dalej „licznikiem wzorcowym”, wraz z dedykowanym oprogramowaniem parametryzacyjnym wraz z oprzyrządowaniem niezbędnym do ich uruchomienia dla każdego z nich (w języku polskim, z min. trzydziestodniową nieodpłatną licencją); szczegółowy opis wymagań zawiera załącznik nr I do SIWZ (Wymagania techniczne).

W ustępie 3, w pkt 1 i 2 w Rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców”, Zamawiający wskazał, że: W celu potwierdzenia, że oferowane liczniki spełniają wymagania określone przez zamawiającego wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą po 2 (dwa) egzemplarze oferowanego typu licznika, zwanego dalej „licznikiem wzorcowym”, wraz z dedykowanym oprogramowaniem parametryzacyjnym wraz z oprzyrządowaniem niezbędnym do ich uruchomienia dla każdego z nich (w języku polskim, z min. trzydziestodniową nieodpłatną licencją); szczegółowy opis wymagań zawiera załącznik nr 1 do SIWZ („Wymagania techniczne ”).

Uwagi dotyczące liczników wzorcowych

- Każda próbka powinna być umieszczona w zamkniętym opakowaniu i opisana „Próbka do postępowania nr P//0061/2018 na dostawę liczników zdalnego odczytu ”.
- Próbka powinna zawierać kompletną dokumentację w języku polskim dotyczącą licznika wzorcowego, modemu testowego (komunikacji zastępczej) i licencji. Dokumentacja ta winna być dołączona do oferty w postaci papierowej lub elektronicznej na nośniku danych w formacie PDF.

W ocenie Izby zgodzić należało się z Odwołującym oraz Przystępującym, że z jednej strony Zamawiający stawia bardzo wymagające warunki przedmiotowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony warunki podmiotowe ustalone zostały na poziomie minimalnym, które nie gwarantują prawidłowego wykonania zamówienia.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że na podstawie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu, które będą proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwią ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Porównanie ustalonych przez Zamawiającego warunków przedmiotowych z warunkiem podmiotowym prowadzi do wniosku, iż warunek podmiotowy

został ustalony na poziomie nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia tj. umożliwi udział w postępowaniu wykonawcy, który nie da rękojmi należytego wykonania zamówienia. Dostawa liczników energii elektrycznej, nie wykorzystujących komunikacji PLC PRIME, o wartości 3.000.000 zł brutto w porównaniu z szacunkową wartością przedmiotowego zamówienia nie pozwala na uzyskanie doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Jak wskazano na podstawie złożonych dowodów Liczniki AML, to tzw. „inteligentne liczniki”. Liczniki energii elektrycznej z wbudowanym systemem komunikacji do systemu informatycznego, który steruje odczytami energii oraz parametrami licznika w zakresie taryf, włączeń, informacji o jakości energii oraz ciągłości dostawy. Wykonawca zatem musi dostarczyć w pełni sprawne urządzenia, funkcjonujące w środowisku informatycznym Zamawiającego. Zgodzić należało się, że wymagania Zamawiającego doprowadzają do sytuacji w której wykonawca w praktyce zobowiązany jest do stworzenie właściwego modelu - „Finalnej próbki” inteligentnego licznika energii elektrycznej, czyli urządzenia będącego przedmiotem dostaw w trakcie realizacji umowy. Zapewnienie bowiem na tym etapie wszystkich funkcjonalności i wyeliminowanie jakichkolwiek błędów konstrukcyjnych, czy w funkcjonowaniu urządzenia, wiązałoby się z koniecznością dopuszczenia potencjalnych wykonawców do systemów informatycznych Zamawiającego, a także przekazaniu wykonawcom wiedzy o posiadanym środowisku informatycznym, niezbędnej z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia. Jak zauważono istotne znaczenie mają wymagania techniczne, co do wymiennego modułu komunikacyjnego. Zamawiający wymaga aby dostarczono Licznik PLC z wymiennym modułem komunikacyjnym (o określonych wymiarach, sposobie działania oraz jego walorach technicznych) jak również model obiektów danych COSEM. Jak wykazano czas potrzebny na przekonstruowanie urządzenia wynosi minimum 7 miesięcy zakładając że liczniki po zmianach konstrukcyjnych muszą być ponownie certyfikowane. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego i Przystępującego, że na etapie składania ofert możliwe jest ewentualnie stworzenie wstępnej próbki, czyli urządzenia, co do zasady i w określonym procencie, spełniającego ostateczne wymagania, jakie ma spełniać finalna próbka, a dającego Zamawiającemu pewność na etapie składania ofert, że wykonawca, który ją zaoferował jest zdolny dostarczyć właściwe urządzenie. Zgodzić należało się z Odwołującym oraz Przystępującym, że Zamawiający w takim stanie rzeczy może wymagać złożenia wstępnej próbki, jednocześnie z wydłużeniem terminu składania ofert, z wydłużeniem terminu przygotowania próbki.

Zamawiający powinien dokonać zmian postanowień SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego:

- pkt III.1.1) w sekcji III w ogłoszeniu o zamówieniu: „Należyte wykonanie w okresie ostatnich 3

lat przed upływem terminu składania ofert dostawy (jedną lub więcej) fabrycznie nowych liczników energii elektrycznej wykorzystujących komunikację PLC PRIME, z zegarem wewnętrznym i profilem obciążenia, o łącznej wartości co najmniej 3.000.000 zł brutto. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków wykonawcy muszą spełniać łącznie, przy czym jeden z nich musi mieć doświadczenie w postaci należytego wykonania dostaw (jednej lub więcej) o łącznej wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto,

Ust. 1 1 i 3 w Rozdziale VI „Warunki udziału w postępowaniu” SIWZ:

„1.0 udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali należycie dostawę (jedną lub więcej) fabrycznie nowych liczników energii elektrycznej wykorzystujących komunikację PLC PRIME, z zegarem wewnętrznym i profilem obciążenia, o łącznej wartości co najmniej 3.000.000 zł brutto.

3. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków, o którym mowa w pkt 1, wykonawcy muszą spełniać łącznie, przy czym jeden z nich musi mieć doświadczenie w postaci należytego wykonania dostaw (jednej lub więcej) o łącznej wartości co najmniej 2.000.000 zł brutto. ”

Ponadto Zamawiający W Rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców” Zamawiający wymagał złożenia na potwierdzenie spełniania warunków:

W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca zobowiązany będzie złożyć wraz z ofertą również: dokumenty wymagane dyrektywą w sprawie przyrządów pomiarowych (MID):, deklaracja zgodności UE, certyfikat oceny zgodności wydany przez jednostkę notyfikowaną, 5.2.oświadczenie wykonawcy o spełnianiu następujących punktów z wymagań technicznych określonych w zał. nr 1 do SIWZ: 1.1, 1.2, 5.2.3, 5.3.2, 5.4.2, 5.4.3, 6.1, 8.1, 8.11, 8.30, 8.31, 8.32, 8.56, Certyfikat DLMS User Association, protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych z klasą palności co najmniej V-0 zgodnie z wymogami normy PN-EN 60695-11-10: 2014-02), protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych z liczbą cykli łączeniowych zgodną z kategorią użytkowania UC-3 wg normy PN-EN 62055-31, protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych z normą PN-EN 62053-61, protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające

spełnienie wymagań zgodnie z normą PN-EN 50470- 3, protokół z badania poziomu ochrony przed przepięciami atmosferycznymi i sieciowymi: co najmniej 6 kV - punkt 7.3.3 normy licznikowej PN-EN 50470- 1:2006, potwierdzony przez niezależne, akredytowane laboratorium, oświadczenie, że obudowa oraz osłona listwy zaciskowej licznika wykonana z materiału podlegającego w pełni procesowi recyklingu.

Zgodzić należało się, że uzyskanie wymaganych certyfikatów i protokołów z badań jest procesem długotrwałym i jest niemożliwe wykonanie w czasie przewidzianym na złożenie oferty. Procesy uzyskiwania tych certyfikatów i protokołów można rozpocząć dopiero posiadając w pełni gotowy licznik (kompletny programowo i konstrukcyjnie), zatem nawet samo wystąpienie o te certyfikaty i protokoły może nastąpić dopiero po jego przygotowaniu, na co niezbędny jest również dodatkowy czas. Wobec tego zamawiający powinien dokonać zmiany postanowień SIWZ co do wymagań dotyczących certyfikatów i protokołów zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zamawiający powinien również dokonać zmiany ustępu 4 z Rozdziału VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców” poprzez dodanie wymagania dostarczenia testowego modułu: komunikacji zastępczej GSM do sprawdzenia warunków wymagań technicznych wraz z jego gabarytami, 6 miesięcy po podpisaniu umowy. Ponadto dokonać zmiany ust. 3 pkt 5 w Rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców”: *„Liczniki wzorcowe nie muszą być legalizowane, tj. nie muszą spełniać wymogu opisanego w Załącznik nr 1 do SIWZ, punkty 1.3 i 1.4.* Ponadto dokonać wykreślenia w Rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców” dotychczasowej treści ustępu 5 pkt 5.1., 5.3.-S.8 (a wraz z nimi wymaganych w pkt 1.2. Załącznika nr 1 do SIWZ - Wymagania techniczne i Załącznika nr 1 do Umowy - Wymagania techniczne) i odpowiednie dodanie ich w ust. 10 w Rozdziale IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, po zdaniu 1 w następującym brzmieniu: *„ Wraz z dostawą pierwszej transzy wykonawca złoży: dokumenty wymagane dyrektywą w sprawie przyrządów pomiarowych (M1D): deklaracja zgodności UE, certyfikat oceny zgodności wydany przez jednostkę notyfikowaną, Certyfikat DLMS User Association, protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych z klasą palności co najmniej V-0 zgodnie z wymogami normy PN-EN 60695-11-10: 2014-02), protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych z liczbą cykli łączeniowych zgodną z kategorią użytkowania UC-3 wg normy PN-EN 62055-31, protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od*

wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych zgodnie z normą PN-EN 62053-61, protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań zgodnie z normą PN-EN 50470-3, protokół z badania poziomu ochrony przed przepięciami atmosferycznymi i sieciowymi: co najmniej 6 kV - punkt 7.3.3 normy licznikowej PN-EN 50470-1:2006, potwierdzony przez niezależne, akredytowane laboratorium, a dotychczasową treść zastąpić ust. 5 w brzmieniu:

„5. W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego wykonawca zobowiązany będzie złożyć wraz z ofertą również:

5A.oświadczenie wykonawcy o spełnianiu następujących punktów z wymagań technicznych określonych w zał nr 1 do SIWZ: 1.1, 1.2, 5.2.3, 5.3.2, 5.4.2, 5.4.3,

5.5, 6.1, 8.1, 8.11, 8.30, 8.31, 8.32, 8.56,

5.2.oświadczenie wykonawcy, że wraz z próbkami dostarczonymi w ramach pierwszej transzy, dostarczy:

5.2.1. dokumenty wymagane dyrektywą w sprawie przyrządów pomiarowych (MID):

5.2.1A .deklaracja zgodności UE,

5.2 A. 2. certyfikat oceny zgodności wydany przez jednostkę notyfikowaną,

5.2.2. Certyfikat DLMS User Association,

5.2.3. protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych z klasą palności co najmniej V-0 zgodnie z wymogami normy PN-EN 60695-11-10: 2014-02),

5.2.4. protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych z liczbą cykli łączeniowych zgodną z kategorią użytkowania UC-3 wg normy PN-EN 62055-31,

5.2.5. protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań związanych zgodnie z normą PN-EN 62053-61,

5.2.6. protokoły z badania wykonane przez akredytowane, niezależne od wykonawcy laboratorium, potwierdzające spełnienie wymagań zgodnie z normą PN-EN 50470-3,

5.2.7. protokół z badania poziomu ochrony przed przepięciami atmosferycznymi i sieciowymi: co najmniej 6 kV - punkt 7.3.3 normy licznikowej PN-EN 50470-1:2006, potwierdzony przez niezależne, akredytowane laboratorium,

5.3. oświadczenie wykonawcy, że obudowa oraz osłona listwy zaciskowej licznika wykonana z materiału podlegającego w pełni procesowi recyklingu.

Ponadto Zamawiający powinien dokonać zmiany w Rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców” dotychczasowej treści ustępu 3, w ten sposób, że Zamawiający dopuści do złożenia Wstępnych próbek (liczników wzorcowych), które posiadają moduł komunikacji zastępczej podłączany w sposób dowolny na potwierdzenie spełnienia wymagania oraz wymaganie wykonania modułu nie związanego konstrukcyjnie z obudową osłony skrzynki zaciskowej, do momentu dostarczenia do Zamawiającego Pierwszej Transzy Dostaw, tj. Finalnych próbek. Jak również dokonać zmiany Rozdziału IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w brzmieniu: *Dostawa transzy weryfikacyjnej w liczbie 100 szt. liczników 1-fazowych oraz 230 szt. liczników 3-fazowych, odbędzie się w terminie 6 miesięcy od pozytywnego odbioru finalnych próbek.*

Izba również zgodziła się z zarzutem nr 3 i 4 postawionym przez Odwołującego. Zamawiający powinien dokonać stosownych zmian dokumentacji przetargowej. Co do harmonogramu dostaw zauważa, że jest to dokument, z którego wynikają obowiązki wykonawcy i przy takim kształcie wykonawca może być postawiony w sytuacji, że nie będzie mógł dostarczyć określonej ilości liczników w terminie, który nie został określony. Nie jest w stanie w tym wypadku oszacowania ryzyka. Ponadto co do realizacji zamówienia każdy z wykonawców musi mieć pewność, że dana partia będzie odebrana przez Zamawiającego i zostanie wystawiona faktura.

Ponadto co do kwestii usterek, wykonawca nie jest w stanie w pełni rzetelnie ustalić w ciągu 1 dnia, co stało się z licznikiem i z jakiego rodzaju usterką mamy do czynienia. Jednoczenie wykonawca z automatu uwzględniając stanowisko Zamawiającego naraża się na zapłatę kar, w tym również ich kumulację, nie uwzględniając reklamacji wchodzi w spór z Zamawiającym, ponadto ponosi koszty demontażu całego licznika, jak również inne koszty z tym związane. Niezasadne jest przyjęcie takiej konstrukcji, gdyż albo wykonawca jest karany za opóźnienie, albo Zamawiający odstępuje od umowy. Tego rodzaju postanowienia prowadzą do ograniczenia konkurencji, utrudniają dostęp do zamówienia.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego i Przystępującego dotyczący kar umownych. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tych postanowień. Owszem kary mają przybrać charakter dyscyplinujący, niemniej jednak co do postawionych wymagań dochodzi do kumulacji kar. Zatem wobec potwierdzenia się wskazanych powyżej zarzutów

Zamawiający również powinien dokonać zmiany postanowień SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Co do przyjętego kryterium, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego i Przystępującego w tym zakresie, nie wykazano, że przyjęcie takiego kryterium może prowadzić do ograniczenia konkurencji.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się w większości zarzutów odwołania – wobec przedstawionej argumentacji oraz złożonych dowodów - Zamawiający zobowiązany jest do dokonania zmian SIWZ zgodnie z wnioskami Odwołującego – dokonując zmian w SIWZ oraz w jej załącznikach.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....