

Sygn. akt: KIO 2455/13

KIO 2460/13

WYROK
z dnia 15 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 i 13 listopada 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2013 r. przez:

A. wykonawcę **Alma S.A., ul. Hodowlana 5, 61-680 Poznań** (sygn. akt: KIO 2455/13)

B. wykonawcę **T-matic Systems S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa** (sygn. akt: KIO 2460/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **RWE STOEN Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa**

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Landis + Gyr Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa;**
- 2) wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Politech Sp. z o.o., ul. Budowlana 3, 58-100 Świdnica,**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych: KIO 2455/13 i KIO 2460/13 po stronie Zamawiającego;

- 3) wykonawcy **T-matic Systems S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2455/13 po stronie Odwołującego;

- 4) wykonawcy **Schneider Electric Polska Sp. z o.o., ul. Iłżecka 24, 02-135 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2455/13 po stronie Odwołującego;
- 5) wykonawcy **Kapsch Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, Budynek A1, 02-822 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2455/13 po stronie Odwołującego;
- 6) wykonawcy **Hewlett Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych: KIO 2455/13 i KIO 2460/13 po stronie Odwołującego
- 7) wykonawcy **Apator S.A., ul. Gdańska 4a, lok. C4, 87-100 Toruń, z adresem do korespondencji: Apator Centrum, Ostaszewo 57C, 87-148 Łysomice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2460/13 po stronie Odwołującego
- 8) wykonawcy **Red Ocean Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2460/13 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu, tj. **RWE STOEN Operator Sp. z o.o. w Warszawie** dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie z pkt 4.4 przywołanej specyfikacji postanowień, w których wskazuje się konieczność zastosowania jako wyłącznej technologii **IDIS / S-FSK** w zakresie dostawy urządzeń objętych przedmiotem zamówienia i wprowadzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie prowadziłby do utrudnienia uczciwej konkurencji;
2. kosztami postępowania obciąża **RWE STOEN Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców: **Alma S.A., ul. Hodowlana 5, 61-680 Poznań** oraz **T-matic Systems S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa** tytułem należnych wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od **RWE STOEN Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa** na rzecz: **Alma S.A., ul. Hodowlana 5, 61-680 Poznań, 01-217 Warszawa** 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,

2.3 zasądza od **RWE STOEN Operator Sp. z o.o., ul. Piękna 46, 00-672 Warszawa** na rzecz: **T-matic Systems S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa** 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. t.j. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2455/13

KIO 2460/13

Uzasadnienie

RWE STOEN Operator Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup liczników, koncentratorów oraz systemu IT do zarządzania infrastrukturą pomiarową dla RWE STOEN Operator Sp. z o.o.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 9 października 2013 r. pod nr 2013/S 196-339440.

W postępowaniu tym w dniu 18 października 2013 r. wykonawca Alma S.A. z siedzibą w Poznaniu (sygn. akt: KIO 2455/13) (zwany dalej: „Odwołującym Alma”) oraz wykonawca T-matic S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2460/13) (zwany dalej: „Odwołującym T-matic”) złożyli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopie odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołania dotyczą treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 10 października 2013 r. oraz postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający w dniu 21 października 2013 r. skierował wezwanie do przyłączenia się do postępowania odwoławczego, zamieszczając kopię odwołania na stronie internetowej.

Do Prezesa Izby wpłynęły przystąpienia do toczących się postępowań odwoławczych, zgłoszone przez:

- 1) wykonawcę Landis + Gyr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Landis + Gyr”);
- 2) wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Politech Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej: „Politech”),

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych: KIO 2455/13 i KIO 2460/13 po stronie Zamawiającego;

- 3) wykonawcę T-matic Systems S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*T-matic*”), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2455/13 po stronie Odwołującego;
- 4) wykonawcę Schneider Electric Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Electric*”), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2455/13 po stronie Odwołującego;
- 5) wykonawcę Kapsch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Kapsch*”), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2455/13 po stronie Odwołującego;
- 6) wykonawcę Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*HP*”), zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych: KIO 2455/13 i KIO 2460/13 po stronie Odwołującego;
- 7) wykonawcę Apator S.A. z siedzibą w Toruniu (dalej: „*Apator*”), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2460/13 po stronie Odwołującego;
- 8) wykonawcę Red Ocean Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Red Ocean*”), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego: KIO 2460/13 po stronie Odwołującego.

Kopie przystąpień zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionymi odwołaniami skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 6 i 13 listopada 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołań oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestników postępowań odwoławczych:

Sygn. akt: KIO 2455/13

Odwołujący Alma wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpodstawnie ograniczający, a w ocenie Odwołującego - wyłączający uczciwą konkurencję oraz wykluczający pozostałych wykonawców z postępowania,
- 3) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na pochodzenie oraz nie dopuszczenie rozwiązań równoważnych,
- 4) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC, poprzez postanowienia umowne wprowadzające niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i sprzeciwiające się właściwości (naturze) stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą oraz zasadom współżycia społecznego,
- 5) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmian w określeniach dotyczących przedmiotu zamówienia (zarówno w ogłoszeniu, jak w treści SIWZ) poprzez wykreślenie elementów wskazujących na konieczność działania zamawianych urządzeń w technologii IDIS/S-FSK i dopuszczenie możliwości działania urządzeń w technologiach OSGP i PRIME lub innych,
2. zmian w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, zgodnie ze wskazaniem z uzasadnienia,
3. zmian we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie ze wskazaniem z uzasadnienia (doprowadzenia do zgodności z Harmonogramem dostaw, zamiany określenia „opóźnienie” na „zwłoka”, zmniejszenia wysokości procentowej kar umownych).

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący Alma stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w drastyczny sposób ograniczył, a wręcz wyłączył konkurencję, nie mając po temu żadnych obiektywnych powodów, a ograniczenia te zostały dokonane przez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, określenie przedmiotu zamówienia oraz opis przedmiotu zamówienia. Podkreślił też, że także wzór umowy wskazuje na to, że Zamawiający nie uwzględnił istotnych czynników mających wpływ na wykonanie zamówienia i w rezultacie określił umowę w taki sposób, że

sprzeciwia się ona właściwości (naturze) stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą oraz zasadom współżycia społecznego.

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w pkt 1.1. sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu - krótki opis zamówienia - wskazał, że:

„Przedmiotem zamówienia w części dotyczącej Systemu TT jest wykonanie prac i dostarczenie produktów w ramach Programu AMI - Wdrożenie Systemu Zarządzania Infrastrukturą Smart Metering (ZISM), którego głównym celem jest zdalne zarządzanie infrastrukturą pomiarową na potrzeby automatyzacji i optymalizacji procesów. Ten cel musi być zrealizowany poprzez wdrożenie nowych lub poprawianie istniejących narzędzi IT wspomagających oraz optymalizujących prace i procesy obszaru danych pomiarowych.”
W zakresie dostaw urządzeń Zamawiający wymagał:

1.4. Przedmiot zamówienia w zakresie dostaw Urządzeń obejmuje:

1.4.1. Dostawę 64 000 sztuk fabrycznie nowych liczników jednofazowych, bezpośrednich działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej. Liczniki dostarczone po 31.01 muszą być wyprodukowane w roku dostawy;

1.4.2. Dostawę 36 000 sztuk fabrycznie nowych liczników trójfazowych, bezpośrednich działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej. Liczniki dostarczone po 31.01 muszą być wyprodukowane w roku dostawy;

1.4.3. Dostawa 500 sztuk fabrycznie nowych liczników półpośrednich działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej. Liczniki dostarczone po 31.01 muszą być wyprodukowane w roku dostawy;

1.4.4. Dostawa 520 sztuk fabrycznie nowych koncentratorów danych działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej;

W ocenie Odwołującego Alma Zamawiający ograniczył możliwość zastosowania określonych technologii w urządzeniach do jednej technologii - technologii IDIS/S-FSK. Podkreślił, że zgodnie z informacjami zawartymi na stronie www.idis-association.com IDIS (skrót od Interoperable Device Interface Specifications) jest stowarzyszeniem czterech firm dostawców urządzeń m.in. dla przedsiębiorstw z sektora energetycznego (firmy - członkowie stowarzyszenia wymienione na stronie www.idis-association.com w zakładce „members”). Podkreślił, że w praktyce wskazuje to na wykonawcę aktywnie działającego na rynku polskim – Przystępującego Landis+Gyr. W związku z powyższym - w ocenie Odwołującego - tylko wykonawcy powiązani z członkami Stowarzyszenia IDIS (a w praktyce zależni od tego stowarzyszenia) - mogą złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, natomiast wiele innych podmiotów - opierających swoje produkty o bardziej otwarte technologie (OSGP, PRIME) - nie może wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu. Zwrócił też uwagę na to,

że przedmiotowe postępowanie może doprowadzić do niekorzystnych skutków - zarówno dla rynku infrastruktury licznikowej, jak również dla samego Zamawiającego, który może być skazany na współpracę z bardzo niewielką grupą podmiotów posiadającą wszelkie zasoby techniczne i tajemnice handlowe, żeby w konsekwencji nawet uniemożliwić odpowiednie wykorzystanie zamawianych produktów.

Powołując się na orzecznictwo KIO (KIO 1164/11) oraz orzecznictwo sądowe (SO w Lublinie II Ca 587/05) podkreślił, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zasada ta znajduje odniesienie w przepisie ogólnym - art. 7 ustawy Pzp, ale również w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, z którego wynika wprost, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie „mógłby” oznacza zaś to, że wykonawcy wystarczy uprawdopodobnić utrudnienie uczciwej konkurencji, a ciężar dowodu udowodnienia uczciwej konkurencji obciąża Zamawiającego.

Odwołujący Alma podniósł też, że Zamawiający w bezzasadny sposób ogranicza konkurencję, nie mając obiektywnych potrzeb. Zwrócił uwagę na okoliczność, iż Zamawiający ograniczając, a wręcz wyłączając konkurencję w przedmiotowej sytuacji (wybierając standard, który jest kontrolowany przez bardzo małą liczbę podmiotów) nie udowodnił, dlaczego uniemożliwienie złożenia oferty podmiotom, które opierają się o technologię OSGP lub PRIME - jest związane z jego obiektywnymi potrzebami.

Odwołujący Alma wskazał też na rażące naruszenie uczciwej konkurencji powoduje w konsekwencji niegospodarność. Jego zdaniem w niniejszej sytuacji szczegółowe rozwiązanie wskazujące na wąską grupę wykonawców działających w tym samym stowarzyszeniu - powoduje, że mogą oni dyktować ceny w przedmiotowym postępowaniu. Jego zdaniem gdyby doszło do zawarcia umowy z podmiotem kontrolowanym przez stowarzyszenie IDIS i gdyby w trakcie realizacji zamówienia doszło do strat po stronie Zamawiającego - odpowiedzialność w tym zakresie byłaby jeszcze większa. Z tych też względów Zamawiający powinien rozważyć, że właściwym działaniem powinno być takie opisanie przedmiotu zamówienia, które zagwarantuje mu jak najszersze możliwości wyboru spośród wykonawców dających rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Podkreślił, że sam mógłby złożyć ofertę w przypadku dopuszczenia innej technologii, a ponadto oferty mogłyby złożyć również inne podmioty, które wykonały szereg projektów o podobnym zakresie dla takich przedsiębiorstw energetycznych jak:

- ENEL (Włochy) ponad 20 mln liczników,
- IBERDROLA (Hiszpania) : około 1mln liczników,
- FORTUM (Finlandia) : około 670 tysięcy liczników,

- VATTENFALL (Szwecja): około 600 tysięcy liczników,
- DUKE ENERGY (USA): około 400 tysięcy liczników,
- SEAS (Dania): około 400 tysięcy liczników.

Według niego ograniczanie konkurencji przez wyłączenie możliwości złożenia oferty w oparciu o wiodące technologie, na podstawie których dokonano największych wdrożeń - jest w niniejszym przypadku całkowicie nieuzasadnione.

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem znaków towarowych, patentów i pochodzenia, przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia oraz brakiem elementu „lub równoważny”, podkreślił, że wskazanie w SIWZ na to, że liczniki jednofazowe, trójfazowe, półpośrednie oraz koncentratory mają działać w technologii IDIS/ S-FSK jest jednoznacznym wskazaniem pochodzenia od podmiotów zrzeszonych w stowarzyszeniu IDIS: Landis+Gyr, ISKRAEMECO, Itron Elster.

Podkreślił też, że skoro oznaczenie IDIS - istnieje na „Certyfikatach” wydawanych przez tę organizację (a więc będących jej „produktami”), to należy uznać je za znaki towarowe - gdzie zgodnie z ustawą z 30 czerwca 2000r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. Nr 119, poz. 1117 ze zm.) - znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę na to, że znakiem towarowym - może być w szczególności wyraz, rysunek, ornament, kompozycja kolorystyczna, forma przestrzenna, w tym forma towaru lub opakowania, a także melodia lub inny sygnał dźwiękowy. Tym samym według niego wskazanie, że urządzenia „mają działać w technologii IDIS/S-FSK” jest użyciem pochodzenia lub znaku towarowego i Zamawiający - powinien w stosunku do takich określeń wskazać „lub równoważny” (i jednocześnie opisać sposób spełnienia równoważności). Tym samym według niego w przedmiotowym przypadku Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia ze wskazaniem technologii IDIS - powinien dopuścić technologie równoważne i określić parametry wymaganej równoważności. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (uchwała KIO/KD/8/10 oraz wyrok: KIO 2428/12).

Co do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazał na zapisy SIWZ w tym zakresie, tj.: pkt 9.2.1, gdzie Zamawiający opisał wymaganą od wykonawców wiedzę i doświadczenie :

„9.2. Zamawiający uzna za spełnione warunki opisane w pkt 9.1, jeżeli Wykonawcy wykażą, że:

9.2.1. w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej 2 dostawy polegające na dostarczeniu łącznie co najmniej 10 tyś. liczników energii elektrycznej w technologii PLC, oraz w ramach tego samego projektu należycie wykonali projekt informatyczny, polegający na wytworzeniu lub zmianach na poziomie kodu źródłowego oprogramowania o następujących cechach:

- a) funkcjonalność oprogramowania obejmująca akwizycję, magazynowanie i przetwarzanie danych z urzędzeń technicznych rozproszonych geograficznie,
- b) średnia dobową wydajność akwizycji z ww. urzędzeń technicznych lub systemów rozproszonych (pobierania i przetwarzania danych) wynosząca co najmniej 10 tyś. rekordów danych/dobę. Przez rekord danych należy rozumieć dane dotyczące pomiaru lub informacji zapisanej w postaci co najmniej jednego rekordu bazodanowego dla pojedynczego źródła,
- c) przechowywanie i zarządzanie w relacyjnej bazie danych systemu (we wszystkich tabelach bazy danych) wolumenem rekordów w liczbie minimum 100 mln (sto milionów rekordów). Przez rekord należy rozumieć dane dotyczące pomiaru lub informacji zapisanej w postaci co najmniej jednego rekordu bazodanowego dla pojedynczego źródła,
- d) przynajmniej 10 równoczesnych użytkowników oprogramowania,
- e) zintegrowanie z infrastrukturą pomiarową lub innymi rozproszonymi źródłami danych.

Podkreślił, że wszystkie ww. wymagania, a w szczególności wymaganie w pkt c) jest nieproporcjonalne, nie jest oparte o obiektywne potrzeby Zamawiającego, wskazuje wręcz na technologię IDIS, a w ten sposób wykluczono inne bazy danych (kolumnowe), a w ocenie Odwołującego ten wymóg może również wskazywać na specyfikę technologii Przystępującego Landis+Gyr. Odwołujący Alma w tym zakresie domagał się wykreślenia/zmiany postanowienia 9.2.1. c). Na poparcie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo KIO (KIO 1276/13, KIO 36/13, KIO 2636/12). Według niego zasada proporcjonalności została naruszona poprzez zbyt szczegółowe wymagania Zamawiającego, które w praktyce faworyzują określoną technologię wykonania.

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC, poprzez postanowienia umowne wprowadzające niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i sprzeciwiające się właściwości (naturze) stosunku prawnego pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą oraz zasadam współzycia społecznego podkreślił, że Zamawiający, określając podstawy naliczania kar umownych - w postanowieniach

pkt 17.2 wzoru umowy użył pojęcia „opóźnienia” - co wskazuje na to, że niezależnie od przyczyn powstania przesunięcia w czasie wykonania poszczególnych elementów, w tym:

- każdego etapu GoLive Systemu IT, wynikającego z Harmonogramu Wykonania Systemu IT, (17.2.1),
- działań w usunięciu Błędów Systemu IT, występujących w okresie utrzymania Systemu IT, (17.2.2),
- w dostawie urządzeń w stosunku do Harmonogramu Wykonania Dostaw lub zlecenia Zamawiającego (w przypadku urządzeń objętych prawem opcji) (17.2.3),
- działań w usunięciu wad urządzeń (17.2.4),
- w połączeniu z nieproporcjonalnie wysokimi stawkami kar umownych (przykładowo 3% wynagrodzenia umownego netto należnego za System IT na etapie danego GoLive za każdy dzień opóźnienia - opóźnienia w realizacji każdego etapu GoLive Systemu IT, 3% wartości miesięcznego wynagrodzenia za utrzymanie Systemu IT, za każdą godzinę opóźnienia w usunięciu błędów Systemu IT).

Według niego taki stosunek prawny będzie sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, a ponadto będzie to sprzeciwiało się właściwości stosunku prawnego (przedmiotowej umowy). Powołał się na wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 528/2010. Zwrócił też uwagę na pkt 17.2.3 Wzoru umowy - *„opóźnienia w dostawie urządzeń w stosunku do Harmonogramu Wykonania Dostaw lub zlecenia Zamawiającego (w przypadku urządzeń objętych prawem opcji) - w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia netto za opóźnioną część dostawy, za każdy dzień opóźnienia, a w przypadku opóźnienia w dostawie urządzeń objętych partią dostawy nr 2 - 20% wartości wynagrodzenia netto za opóźnioną część dostawy”*, w połączeniu z punktem 4.4.1 i 4.4.2 Harmonogramu dostaw - (wymaganie, aby liczniki dostarczone po 31.01.2013 r. były wyprodukowane w roku dostawy). W jego ocenie - tak skrajne postanowienia - wypaczają wręcz istotę i sens umowy - stanowiącej podstawę zamówienia, które jest jednym z pierwszych tego typu. Powołał się w tym zakresie na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO/2649/11.

W jego ocenie również w tym przypadku - nieprecyzyjność przy określaniu kar umownych w pkt 17.2.3 w związku z pkt 4.4.1 i 4.4.2 Harmonogramu dostaw, a ponadto skrajnie niekorzystne postanowienia („opóźnienie” zamiast „zwłoka”) oraz nieproporcjonalnie wysokie kary umowne - powodują, że treść umowy została określona z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353 KC.

W toku rozprawy Odwołujący Alma podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo swoje stanowisko podtrzymał w piśmie procesowym z dnia 12 listopada 2013 r. złożonym do akt sprawy. Jako dowody w sprawie złożył do akt sprawy:

- poglądowy rysunek architektury systemu pomiarowego dla zobrazowania działania urządzeń w sieci i całego systemu,
- wyciąg z postanowień specyfikacji technicznej opublikowanej na stronach Tauron Dystrybucja S.A. co do analogicznego projektu, który będzie realizowany przez tego dystrybutora,
- materiał poglądowy wskazujący na projekt pilotażowy realizowany przez Landis + Gyr dla 2 miast – Pyskowice i Toszek oraz 9 sołectw, w ramach którego stosowana była technologia IDIS S-FSK,
- materiał poglądowy wskazujący na referencje wdrożeń opartych o protokół OSGP w Europie,
- materiał poglądowy wskazujący skład podmiotowy stowarzyszenia IDIS, jak i zarząd tego stowarzyszenia.

Odwołujący Alma w toku rozprawy złożył również wniosek dowody o przesłuchanie w charakterze świadka Pana Krzysztofa Błażewicza oraz wniosek o powołanie biegłego w specjalizacji energetyka, względnie informatyka lub telekomunikacja.

Po stronie Odwołującego Alma swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego złożyli wykonawcy Schneider, Kapsch, HP oraz T-matic, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

KIO 2460/13

Odwołujący T-matic wniósł odwołanie na treść SIWZ. W tym zakresie zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na rozwiązanie pochodzące od konkretnych podmiotów, tj. wymaganie, aby dostarczone liczniki działały w specyfikacji IDIS/ S-FSK bez dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych (lepszych oraz bardziej rozwojowych);
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez żądanie dołączenia do oferty *de facto* gotowego przedmiotu zamówienia oraz poprzez żądanie próbek liczników wraz z oprogramowaniem oraz makiety testowej, które są zbędne do przeprowadzenia postępowania i których dostarczenie w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest niemożliwe (za wyjątkiem wykonawcy, który posiada specyfikację IDIS/S-FSK już zaimplementowaną w swoich urządzeniach);
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert, które w nieuzasadniony sposób uprzywilejowują wykonawcę, który posiada gotowe rozwiązania objęte przedmiotem zamówienia;
- 5) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 353¹ kc, poprzez wyznaczenie terminu dostaw uniemożliwiającego dostosowanie liczników do wymagań Zamawiającego;
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

oraz z ostrożności procesowej:

- 7) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia treści SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 8) inne wskazane w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
3. nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

W uzasadnieniu odwołania wskazał na zapisy pkt 4.4 SIWZ, podnosząc jednocześnie, że istnieją różne modulacje PLC - Power Line Communication – konkurencja liniami zasilającymi i w tym zakresie można wyróżnić m.in. modulację OFDM oraz modulację S-FSK. Podkreślił, że Specyfikacja IDIS na dzień dzisiejszy opisuje specyficzne modulacje S-FSK, gdy tymczasem istnieje wiele innych specyfikacji dla modulacji S-FSK. Podniósł, że Zamawiający wskazał na konkretne rozwiązanie specyfikację IDIS i modulację S-FSK, a rozwiązanie to może zaoferować tylko kilka podmiotów skupionych w organizacji IDIS, w ramach której wspólnie wytworzyły tę specyfikację. Zwrócił uwagę na fakt, że na rynku istnieje, co najmniej kilka innych specyfikacji oraz modulacji, które mogą być zastosowane

w niniejszym postępowaniu, bez uszczerbku dla interesu Zamawiającego. Istotną okolicznością jego zdaniem jest to, że zastosowanie tych modulacji i specyfikacji pozwala osiągnąć funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego, które nie są nadzwyczajne czy „wyśrubowane”, a oscylują wokół rynkowego standardu.

Odwołujący T-matic zwrócił uwagę na art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i podkreślił, że Zamawiający, decydując się na opisanie protokołu komunikacyjnego poprzez wskazanie jego pochodzenia, powinien dopuścić rozwiązania równoważne. Nie dopuszczając powyższego naruszył przywołany przepis ustawy Pzp. Podkreślił, że urządzenia działające wg specyfikacji IDIS i modulacji S-FSK może zaoferować tylko kilku dostawców zrzeszonych w IDIS-association. Z kolei urządzenia działające w innych specyfikacjach i modulacjach w swojej ofercie handlowej posiada kilkadziesiąt podmiotów, stąd też działanie Zamawiającego zmierzające do budowy sieci inteligentnego opomiarowania tylko w oparciu o wskazaną modulację i specyfikację, mimo że rynek oferuje równoważne lub lepsze rozwiązania budzi sprzeciw Odwołującego T-matic.

Według Odwołującego T-matic istotne jest, że modulacja i specyfikacja nie ma tutaj decydującego znaczenia dla uzyskania pożądaných funkcjonalności (nawet gdyby miała, to wykonawca najwyżej nie spełniłby wymagań Zamawiającego, a jego oferta zostałaby odrzucona). Wobec tego – jego zdaniem - nie znajduje żadnego uzasadnienia wymaganie Zamawiającego, aby dostarczone liczniki i koncentratory działały zgodnie ze specyfikacją IDIS i w modulacji S-FSK. Celem Zamawiającego jest natomiast nabycie produktu o określonych funkcjonalnościach, jednakże cel ten można osiągnąć nie tylko z wykorzystaniem modulacji S-FSK i specyfikacji IDIS, ale również innych. W jego ocenie wskazana przez Zamawiającego modulacja i specyfikacja nie jest lepsza od innych, a jedynym wymiernym skutkiem takiego wymagania jest drastyczne i nieuprawnione ograniczenie konkurencji w postępowaniu.

Podkreślił, że zarówno Odwołujący T-matic, jak i szereg innych podmiotów posiadają urządzenia zaopatrzone w modulację OFDM i w przypadku dopuszczenia modulacji OFDM wykazałyby, że wymagane funkcjonalności są zapewnione, natomiast spełnienie wymagania, aby urządzenia działały w technologii IDIS/S-FSK wymaga co najmniej 6 miesięcy na ich dostosowanie.

Odwołujący podniósł, że wymaganie Zamawiającego nakłada na inne podmioty konieczność zaimplementowania specyfikacji IDIS/ S-FSK, tyle tylko, że oprócz faktu, że jest to najzwyczajniej niecelowe (ponieważ oferują, o ile nie lepszą, to bynajmniej nie gorszą technologię), to także jest niemożliwe ze względu na konieczność przeprowadzenia prezentacji na etapie oceny ofert. To wymaganie wyklucza możliwość dostosowania urządzeń Odwołującego do tej technologii w tak krótkim czasie. Wskazanie przez

Zamawiającego wymogu dotyczącego dostarczenia próbki działającej w technologii IDIS/S-FSK spełniającej funkcjonalności wszystkich wymagań określonych w SIWZ oraz makiety testowej – zdaniem Odwołującego T-matic - jest sprzeczne z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ utrudnia uczciwą konkurencję oraz jest zbędne do przeprowadzenia postępowania. Taki zestaw wymagań - w jego ocenie - świadczy o tym, że jako próbkę wykonawca zobowiązany jest *de facto* dostarczyć gotowy przedmiot zamówienia, podczas gdy, przedmiotem zamówienia jest budowa systemu dedykowanego dla Zamawiającego. W jego ocenie tak szczegółowa specyfikacja funkcjonalności zamyka możliwość startu w postępowaniu wykonawcom, którzy mają doświadczenie w tego typu projektach i są w stanie w należyty sposób zrealizować zamówienie, jednak nie będą w stanie przedstawić wymaganego przez Zamawiającego rozwiązania.

W świetle powyższego, jego zdaniem, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i nie wykazał, aby wymaganie wyłącznie specyfikacji IDIS/S-FSK było środkiem prowadzącym do zaspokojenia jakiegokolwiek uzasadnionej potrzeby. Siłą rzeczy jest to wymaganie nieproporcjonalne.

Wobec tego Odwołujący T-matic wniósł o nakazanie Zamawiającemu zamiany ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez:

- 1) dopuszczenie także modulacji OFDM lub
- 2) rezygnację ze wskazywania na specyfikację IDIS i porzeczanie na wskazaniu na wybraną modulację, tj. S-FSK – w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 1);
- 3) wyznaczenie terminu złożenia próbek i opisu makiety testowej i makiety testowej oraz próbek i makiety testowej, a zatem również terminu składania ofert nie wcześniejszego niż 6 m-cy od dnia udostępnienia przez Zamawiającego specyfikacji IDIS/S-FSK umożliwiającej spełnienie wymagań RWE lub wskazanie źródła pozyskania tej specyfikacji w czasie umożliwiającym przygotowanie oferty (czas niezbędny na zaimplementowanie technologii) - w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1);
- 4) rezygnację z konieczności złożenia próbek oraz opisu makiety testowej i samej makiety testowej, o których mowa w pkt 12.5.6.1 i 12.5.6.9 SIWZ i zmianę terminu dostaw w taki sposób, aby pierwsza dostawa była realizowana w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy - w przypadku nieuwzględnienia wniosku z pkt 1).

Podkreślił, że dla Zamawiającego znaczenie ma posiadanie przez urządzenia określonych funkcjonalności, a nie sposób, w jaki zostaną one osiągnięte. Zwrócił też uwagę na to, że Zamawiający nie wskazuje również, która wersja specyfikacji IDIS/S-FSK jest przez niego wymagana. Zatem w przypadku ukazania się nowej wersji tuż przez złożeniem ofert czy nawet po złożeniu ofert powstaje pytanie, która wersja jest obowiązująca i, w oparciu

o którą wersję Zamawiający ma badać oferty? Jak podniósł niewykluczone jest, że obecnie powstała już kolejna wersja, ale nie jest ona dostępna dla innych podmiotów, poza zrzeszonymi w IDIS. Podkreślił, że specyfikacja IDIS/S-FSK nie jest żadnym standardem rynkowym, a jest po prostu produktem, który oferują jedynie nieliczni, powiązani ze sobą wykonawcy. Tym samym nawet gdyby możliwe było złożenie oferty przez inne podmioty niż wskazane (co jest niemożliwe w oparciu o aktualną treść SIWZ), to bardzo prawdopodobne, że złożone oferty byłyby nieporównywalne, tj. oparte na różnych wersjach tej specyfikacji.

Odwołujący T-matic podkreślił, że wskazanie wersji specyfikacji IDIS i dołączenie jej jako załącznik pozwala na jednoznaczne odniesienie i implementację przez wykonawców wymagań funkcjonalnych zawartych w załączniku nr 2 do SIWZ. Wskazanie wersji specyfikacji dodatkowo pozwala zweryfikować czy funkcjonalności wymagane przez RWE można zrealizować zgodnie z tą specyfikacją. Niewykluczone, że w praktyce osiągnięcie niektórych funkcjonalności może okazać się niemożliwe. Jego zdaniem norma, na którą powołuje się Zamawiający (IEC 61334 lub równoważna norma) definiuje tylko najniższe warstwy komunikacji i wiele specyfikacji i/lub rozwiązań jest lub może być z nią zgodnych. Wskazanie jednak na konkretną specyfikację „IDIS” – jego zdaniem - narzuca wykonawcy konkretne wytyczne co do zastosowanych ustawień modemu komunikacyjnego - specyfikacja IDIS zawęży istotnie wskazaną normę do konkretnego rozwiązania oraz zawęży też rozwiązanie na wyższych warstwach dotyczących protokołu i formatu danych. Podkreślił, powołując się na wyrok SO w Gdańsku (III Ca 1019/06), że nie jest w stanie zidentyfikować przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, ponieważ nie wie jakie są wymagania Zamawiającego.

Wobec tego Odwołujący T-matic zażądał nakazania Zamawiającemu dołączenia do SIWZ pełnego opisu technicznego specyfikacji IDIS/S-FSK lub wskazanie wersji tej specyfikacji, w oparciu o którą Zamawiający opracował swoje wymagania, bądź wskazanie wykonawcom źródła pozyskania tej specyfikacji w terminie umożliwiającym realizację zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący T-matic podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie, przedkładając dodatkowo pismo procesowe z dnia 5 listopada 2013 r. i wnosząc o uwzględnienie odwołania. W toku rozprawy jako dowody w sprawie złożył:

- projekt dokumentu specyfikacji technicznej z 7 sierpnia 2013 r. Tauron Dystrybucja,
- wyciąg z SIWZ w sprawie postępowania prowadzonego przez Energa Operator z 2010 r.,

- stanowiska producentów liczników, tj. ADD Production, Powercom, Sodecam, ZPA Smart Energy,
- korespondencję mailową z laboratorium KEMA,
- zapytanie ofertowe z dnia 30 stycznia 2013 r., które wpłynęło do niego od Zamawiającego,
- pismo ze stanowiskiem stanowisko Prezesa URE z dnia 12 listopada 2013 r.
- zaproszenie do składania ofert z dnia 22 października 2013 r., które otrzymał od Energa Oparator,
- wydruk ze strony internetowej IDIS co do ilości dostępnych specyfikacji w technologii IDIS,
- pytania skierowane do Prezesa URE, w wyniku których Odwołujący T-matic uzyskał odpowiedź z dnia 12 listopada 2013 r.,
- wydruk ze strony internetowej stowarzyszenia IDIS co do ilości dostępnych specyfikacji IDIS,
- korespondencję mailową z 12 listopada 2013 r. od pracowników IDIS co do dostępnych wersji specyfikacji IDIS.

Po stronie Odwołującego T-matic swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego złożyli wykonawcy Apatot, RedOcean i HP, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący Apator w toku rozprawy złożył wnioski dowodowe w postaci:

- pisma ze stanowiskiem stanowisko Prezesa URE z dnia 13 listopada 2013 r.,
- korespondencję ze stowarzyszeniem IDIS co do udostępnienia specyfikacji w technologii IDIS,
- stanowisko Konsorcjum Power Grids Polska z dnia 12 listopada 2013 r. co do wybory technologii IDIS.

Zamawiający w pismach z dnia 28 października 2013 r. złożył do akt sprawy odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie obydwu złożonych odwołań. Odniósł się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez obydwu odwołujących się wykonawców. Przy piśmie z dnia 8 listopada 2013 r. złożonym do akt sprawy przedłożył dokumenty dotyczące dokonanej przez niego w dniu 28 października 2013 r. modyfikacji SIWZ oraz zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, wnosząc o oddalenie obydwu odwołań. W piśmie z dnia 12 listopada 2013 r., wykonując

zobowiązanie Izby przedstawił pisemne uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów przedłożonych w toku, objętej wyłączeniem jawności części rozprawy, dotyczące podsumowania wdrożenia projektu Start Smart. W piśmie tym odniósł się również do zgłoszonych w postępowaniu odwoławczym wniosków dowodowych przez obydwu odwołujących.

Zamawiający zgłosił następujące dowody w sprawie:

- Stanowisko Prezesa URE w sprawie niezbędnych wymagań wobec wdrażanych przez OSD E Inteligentnych systemów pomiarowo-rozliczeniowych z uwzględnieniem funkcji celu oraz proponowanych mechanizmów wsparcia przy postulowanym modelu rynku z dnia 31 maja 2011 r.,
- Stanowisko Prezesa URE w sprawie niezbędnych wymagań dotyczących jakości usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury AMI oraz ram wymienności i interoperacyjności współpracujących ze sobą elementów sieci Smart Grid oraz elementów sieci domowych współpracujących z siecią Smart Grid z dnia 10 lipca 2013 r.,
- Program Zgodności Program Zapewnienia Niedyskryminacyjnego Traktowania Użytkowników Systemu Dystrybucyjnego, przyjęte uchwałą Zarządu Zamawiającego,
- Stanowisko Prezesa URE w sprawie reguł regulacyjnych w zakresie stymulowania i kontroli wykonania inwestycji w AMI z dnia 11 stycznia 2013 r.,
- Umowę na świadczenie usług IT zawartą w postępowaniu pilotażowym Start Smart przez Zamawiającego z podmiotem uczestniczącym w tym projekcie,
- Wydruk ze strony internetowej na temat rozprawy prowadzonej przed KIO w sprawie niniejszego postępowania odwoławczego,
- opinię Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji z 28 października 2013 r.
- wydruk ze stron internetowych potwierdzający funkcjonowanie stowarzyszeń OSGP i Prime,
- stanowisko IDIS z 24 października 2013 r. dotyczące specyfikacja IDIS co do spełnienia wymogów otwartego standardu,
- dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiającego, tj.: Podsumowanie wdrożenia projektu Start Smart oraz Podsumowanie wdrożenia projektu Start Smart w technologii IDIS, Podsumowanie wdrożenia projektu Start Smart w technologii PRIME, Podsumowanie wdrożenia projektu Start Smart w technologii OSGP,

- dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiającego, tj.: dokumenty dotyczące przekazania przez Zamawiającego do URE ramowego harmonogramu wdrożenia systemu AMI, akceptowanego przez Prezesa URE,
- pisma Tauron z 25 i 28 października 2013 r.,
- korespondencję mailową prowadzoną w trakcie dialogu technicznego z uczestnikami tego dialogu,
- listę podmiotów uczestniczących w dialogu technicznym,
- wyciąg z SIWZ Watenfall Dystrybucja (aktualnie Tauron) z 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

W drugiej kolejności Izba ustaliła również, że obydwaj Odwołujący mają interes w złożeniu swoich odwołań. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i sposobu realizacji zamówienia, wykazali swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu ich potencjalnej możliwości uzyskania przedmiotowe zamówienia publicznego poprzez ograniczenie dostępu do niego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba po weryfikacji warunków formalnych związanych ze zgłoszeniami przystąpień do postępowań odwoławczych, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, stwierdziła skuteczność zgłoszeń przystąpień do obydwu postępowań odwoławczych, tj.:

- 1) wykonawcy Landis + Gyr i Politech po stronie Zamawiającego do obydwu postępowań odwoławczych,
- 2) wykonawcy Schneider po stronie Odwołującego Alma w sprawie KIO 2455/13,

- 3) wykonawcy T-matic po stronie Odwołującego Alma w sprawie: KIO 2455/13,
- 4) wykonawcy Kapsch po stronie Odwołującego Alma w sprawie: KIO 2455/13,
- 5) wykonawcy HP po stronie Odwołującego Alma i Odwołującego T-matic do obydwu postępowań odwoławczych,
- 6) wykonawcy Aparator po stronie Odwołującego T-matic w sprawie KIO 2460/13,
- 7) wykonawcy RedOcean po stronie Odwołującego T-matic w sprawie KIO 2460/13.

Izba jako materiał dowodowy w sprawie przyjęła dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowań odwoławczych złożone w toku rozprawy bądź wraz z pismami przedłożonymi w sprawie, jak również stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowań odwoławczych złożone w toku tego postępowania.

Izba, rozpoznając odwołania w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu i potrzymanych do zamknięcia rozprawy, uznała, że odwołania zasługują na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się niektórych zarzutów zawartych w obydwu odwołaniach.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w obydwu odwołaniach, a dotyczących utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia oraz wskazania rozwiązania pochodzącego od konkretnych podmiotów Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający pierwotnie w SIWZ w 4.4. dokonał opisu przedmiotu zamówienia i określił, że w zakresie dostaw urządzeń obejmuje on:

- 1) dostawę 64 000 sztuk fabrycznie nowych liczników jednofazowych, bezpośrednich działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej. Liczniki dostarczone po 31.01 muszą być wyprodukowane w roku dostawy;
- 2) dostawę 36 000 sztuk fabrycznie nowych liczników trójfazowych, bezpośrednich działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej. Liczniki dostarczone po 31.01 muszą być wyprodukowane w roku dostawy;

- 3) dostawę 500 sztuk fabrycznie nowych liczników półpośrednich działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej. Liczniki dostarczone po 31.01 muszą być wyprodukowane w roku dostawy;
- 4) dostawę 520 sztuk fabrycznie nowych koncentratorów danych działających w technologii IDIS/ S-FSK według normy IEC 61334 lub równoważnej.

Niezależnie od powyższego Zamawiający w załącznikach technicznych do SIWZ (załącznik nr 1 i nr 2, jak i załącznik nr 10 – makiet testowa załącznik nr 11 – wymagania do oferty) określił szereg wymogów funkcjonalnych i technicznych odnoszących się do zamawianych przez niego w niniejszym postępowaniu liczników.

Izba ustaliła też, że Zamawiający w dniu 28 października 2013 r. dokonał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ w pkt 4.4., dopuszczając zastosowanie technologii równoważnej i wskazując, że za taką technologię uzna technologię, która:

- a) jest oparta na modulacji S-FSK oraz
- b) stosuje otwarty standard komunikacji, tj. taki, który zgodnie ze stanowiskiem Prezesa URE w sprawie niezbędnych wymagań dotyczących jakości usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury AMI oraz ram wymienności i interoperacyjności współpracujących ze sobą elementów sieci Smart Grid oraz elementów sieci domowych współpracujących z siecią Smart Grid z dnia 10 lipca 2013 r.:
 - został stworzony i jest zarządzany przez niedochodową organizację, a jego rozwój odbywa się w drodze otwartego procesu podejmowania decyzji (konsensusu, większości głosów itp.), w którym mogą uczestniczyć wszyscy zainteresowani,
 - jest opublikowany, a jego specyfikacja jest dostępna dla wszystkich zainteresowanych bezpłatnie lub po kosztach druku i możliwa dla wszystkich do kopiowania, dystrybuowania i używania bezpłatnie lub w cenie kosztów operacyjnych,
 - wszelkie prawa autorskie, patenty i inna własność przemysłowa związane ze standardem są nieodwołalnie udostępnione bez opłat,
 - nie ma żadnych ograniczeń w jego wykorzystaniu.

Wprowadzając modyfikację SIWZ Zamawiający również zmienił wymóg w pkt 4.4.4. SIWZ co do dostawy koncentratorów, wskazując na: dostawę 520 sztuk fabrycznie nowych koncentratorów danych, komunikujących się z licznikami z pkt 4.4.1-4.4.3 za pomocą technologii IDIS/S-FSK lub równoważnej według normy IEC 61334 lub równoważnej normy.

Odwołujący wykazywali, że poprzez przywołane, zawarte w pkt 4.4 SIWZ, zapisy Zamawiający ograniczył możliwość zastosowania określonych technologii w urządzeniach, sprowadzając powyższe do jednej technologii - technologii IDIS/S-FSK, tymczasem IDIS - zgodnie z informacjami zawartymi na stronie www.idis-association.com - jest stowarzyszeniem czterech prywatnych firm, dostawców urządzeń m.in. dla przedsiębiorstw z sektora energetycznego.

Zamawiający uzasadniał przywołane wymogi SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, powołując się przede wszystkim na dwie okoliczności.

Pierwsza okoliczność to konieczność zachowania wymogów interoperacyjności urządzeń w rozumieniu Europejskich Ram Interoperacyjności, wytyczonych przez Prezesa URE. Zamawiający powoływał się w tym zakresie na „Stanowisko Prezesa URE w sprawie niezbędnych wymagań wobec wdrażanych przez OSD E Inteligentnych systemów pomiarowo-rozliczeniowych z uwzględnieniem funkcji celu oraz proponowanych mechanizmów wsparcia przy postulowanym modelu rynku” z dnia 31 maja 2011 r. oraz „Stanowisko Prezesa URE w sprawie niezbędnych wymagań dotyczących jakości usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury AMI oraz ram wymienności i interoperacyjności współpracujących ze sobą elementów sieci Smart Grid oraz elementów sieci domowych współpracujących z siecią Smart Grid” z dnia 10 lipca 2013 r. Podkreślał, że zgodnie z wytycznymi Prezesa URE interoperacyjność oznacza zdolność systemu AMI do przekazywania w sposób efektywny (skuteczny) informacji pomiarowych bez względu na zastosowanie na poszczególnych etapach procesu technologie komunikacyjne i realizujące je urządzenia. Istotą powyższego zatem jest zastosowanie otwartego standardu komunikacji i umożliwienie wymienności urządzeń w ramach systemu AMI. Według niego, uwzględniając w tym względzie stanowisko Prezesa URE, o otwartym standardzie komunikacji można mówić, jeśli:

- został stworzony i zarządzany przez niedochodową organizację, a jego rozwój odbywa się w drodze otwartego procesu podejmowania decyzji (konsensusu, większości głosów itp.), w którym mogą uczestniczyć wszyscy zainteresowani;

- jest opublikowany, a jego specyfikacja jest dostępna dla wszystkich zainteresowanych bezpłatnie lub po kosztach druku i możliwa dla wszystkich do kopiowania, dystrybuowania i używania bezpłatnie lub w cenie kosztów operacyjnych;
- wszelkie prawa autorskie, patenty i inna własność przemysłowa związane ze standardem są nieodwołalnie udostępnione bez opłat;
- nie ma żadnych ograniczeń w jego wykorzystaniu.

Według Zamawiającego wymogi interoperacyjności sprowadzają się do przyjęcia otwartego standardu komunikacji dla systemu AMI, który pozwala uniezależnić się od rozwiązań jednego dostawcy, co w przypadku infrastruktury AMI w postaci liczników i koncentratorów i obsługującego ich systemu IT zapewniającego komunikację i odczyt liczników, oznacza uniezależnienie się od jednego producenta tych rozwiązań. Zamawiający wskazywał, że technologia IDIS z modulacją S-FSK jest otwartym standardem komunikacji spełniającym wszystkie wymagania w zakresie interoperacyjności, określone w stanowisku Prezesa URE. Podkreślił, że:

- specyfikacje IDIS są tworzone i zarządzane przez niedochodową organizację - stowarzyszenie IDIS;
- specyfikacje są dostępne dla każdego po uiszczeniu opłaty administracyjnej;
- prawa autorskie i własności przemysłowej do specyfikacji IDIS są udostępniane bez jakichkolwiek ograniczeń;
- specyfikacje IDIS są specyfikacjami otwartymi, które stosować może każdy.

Według niego dopuszczenie dowolności dla wykonawców stosowania określonej technologii IDIS, a obok niej także technologii PRIME (z modulacją OFDM) lub OSGP (z modulacją B-PSK) nie wypełniałoby wymogów interoperacyjności, bowiem na tę chwilę wskazane technologie nie współpracują ze sobą, ale również się zakłócają. Wskazał też wyraźnie, że jedna z technologii – OSGP - w ogóle nie zapewnia zachowania wymogu interoperacyjności bowiem jedynym producentem koncentratorów systemu IT do zarządzania infrastrukturą pomiarową jest firma Echelon. W związku z powyższym wybór tej technologii oznaczałby dla Zamawiającego uzależnienie się na przyszłość od jednego producenta. W toku rozprawy Zamawiający przyznał, że technologia PRIME spełnia wymogi w zakresie interoperacyjności, podtrzymując, iż technologia OSGP tych wymogów nie spełnia.

Powołując się również na stanowisko Prezesa URE, Zamawiający wskazywał także na potrzebę zapewnienia skuteczności przyjętego rozwiązania pod kątem współczynnika SLA – rozumianego jako skuteczność procesów realizowanych przez infrastrukturę AMI w określonym czasie. W stanowisku Prezesa URE podkreśla się bowiem, że współczynnik SLA i zapewnienie jego odpowiedniego poziomu jest nadrzędne wobec technologii, która powinna być dobierana do wymagań SLA, a nie odwrotnie.

Drugą okoliczność, na którą powołuje się Zamawiający, uzasadniając przywołane na wstępie wymogi SIWZ dotyczące wyboru technologii IDIS, to potrzeby techniczne Zamawiającego wynikające z przeprowadzonych przez niego testów w ramach projektu Start Smart, którego celem było przetestowanie dostępnych na rynku urządzeń, technologii komunikacji oraz rozwiązań informatycznych. Zamawiający wskazał, że projekt ten składał się z trzech porównywalnych instalacji na sieci Zamawiającego reprezentujących trzy różne standardy komunikacji PLC i modulacje: S-FSK (IDIS), B-PSK (OSGP) oraz OFDM (PRIME). Przeprowadzone przez niego testy w oparciu o przygotowane scenariusze pozwoliły – w jego ocenie – na obiektywne porównanie działania zainstalowanych rozwiązań w warunkach pracy sieci dystrybucyjnej zarządzanej przez Zamawiającego. Podkreślił, że przeprowadzone w okresie czerwiec – wrzesień 2013 r. testy wykazały, że w przypadku:

- instalacji PRIME rozwiązanie w ogóle nie zadziałało w warunkach pracy sieci Zamawiającego;
- instalacji IDIS rozwiązanie dało pozytywne wyniki we wszystkich przeprowadzonych testach;
- instalacji OSGP rozwiązanie dało negatywny wynik dla testu topologii sieci.

Podsumowanie wskazanych wyżej testów zostało przez Zamawiającego przedłożone do akt sprawy w części niejawniej rozprawy jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiającego.

Podsumowując swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że wybór przez niego technologii IDIS/S-FSK jest uzasadniony jego obiektywnymi potrzebami z uwagi na:

- potrzebę nabycia technologii działającej w jego sieci, co zostało przez niego wcześniej sprawdzone w projektach pilotażowych;
- potrzebę wypełnienia zobowiązań wobec Prezesa URE odnośnie interoperacyjności i skuteczności wybranego rozwiązania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że kwestionowane przez obydwu wykonawców zapisy SIWZ odnoszące się do wskazania jako jedynej w postępowaniu

technologii właściwej do przedmiotu zamówienia, tj. zakupu liczników, koncentratorów oraz systemu IT do zarządzania infrastrukturą pomiarową, w podstawowej swej treści, jak i po dokonanej w dniu 28 października 2013 r. przez Zamawiającego modyfikacji treści SIWZ, naruszają przepisy ustawy Pzp dotyczące opisu przedmiotu zamówienia – tak co do utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu, jak i co do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia oraz kwestii związanej z dopuszczeniem rozwiązania równoważonego. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że przy opisie przedmiotu zamówienia istotne znaczenia mają w sposób obiektywny uzasadnione jego potrzeby. To Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo określić zakres i istotne elementy przedmiotu zamówienia, tak, aby uzyskać świadczenie, które jest mu niezbędne z punktu widzenia prowadzonej działalności, wykonywania konkretnych zadań, czy czynności, czy też pełnienia określonej misji. Zamawiający musi opisać tak przedmiot zamówienia, aby przyszłe, powstałe w wyniku spełniania przez wykonawcę świadczenia (wykonania dostawy, usługi czy roboty budowlanej objętej zamówieniem publicznym) w sposób efektywny służyło to podmiotowi zamawiającego oraz wypełnianiu przez niego nałożonych na niego obowiązków wynikających z przepisów prawa, pełnionej misji, czy realizowanych zadań gospodarczych.

Przy zakupach publicznych prowadzonych w sferze zamówień publicznych istotą potrzeb podmiotu zamawiającego jest to, aby zostały one skonfrontowane z zapewnieniem konkurencji na danym rynku zakupów. Jeśli zatem określone potrzeby zamawiającego wywołują skutek w postaci zakłócenia konkurencji – ograniczenia dostępu do zamówienia dla jakiejś grupy wykonawców, czy też preferowania jakiegoś wykonawcy, czy też określonej grupy wykonawców – zamawiający powinien uzasadnić w sposób obiektywny określone, zapisane w SIWZ wymogi, które prowadzą do zakłócenia tej konkurencji.

Niewątpliwie w sprawie, która jest przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, doszło do zakłócenia uczciwej konkurencji na danym rynku dostaw. Zamawiający bowiem wprost w postanowieniach SIWZ preferuje, poprzez wskazanie jako jedynej możliwej, określoną technologię, w której ma odbywać się dostawa liczników i koncentratorów oraz systemu IT do zarządzania infrastrukturą pomiarową dla Zamawiającego. Preferowana przez niego technologia, to technologia IDIS z modulacją S-FSK. Pomimo istnienia na rynku co najmniej dwóch innych technologii w tym zakresie ogólnie dostępnych (technologie możliwe do zaoferowania przez Odwołującego Alma – OSGP i Odwołującego T-matic – PRIME) Zamawiający świadomie zdecydował się w niniejszym postępowaniu na dopuszczenie wyłącznie jednej technologii IDIS.

Zdaniem Izby wprowadzona przez niego w czasie trwania postępowania odwoławczego zmiana do SIWZ i dopuszczenie przez Zamawiającego technologii równoważnej oraz określenie co rozumie pod tym pojęciem *de facto* niczego nie zmienia. Zdaniem Izby rozumienie technologii równoważnej wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ potwierdza tylko, że oczekuje on technologii IDIS, a nie żadne innej. Również wprowadzona zmiana co do koncentratorów, które mają komunikować się z technologią IDIS/S-FSK, a nie – jak wcześniej - działać w tej technologii, zdaniem Izby, niczego nie zmienia w preferowaniu przez Zamawiającego wskazanej jako jedyna dopuszczona przez Zamawiającego technologii IDIS.

Powyższe ograniczenie – zdaniem Izby – w sposób nieuzasadniony prowadzi do ograniczenia konkurencji na tym rynku zamówień, tak istotnym z punktu widzenia konieczności wypełnienia określonych standardów i dostosowania polskiej architektury systemu AMI do wymogów unijnych, a tym samym konieczności wymiany w najbliższym czasie w kraju dużej ilości liczników. Jak bowiem wynika z oświadczeń złożonych w toku rozprawy przez obydwu odwołujących się wykonawców – wszystkie wymogi techniczne i funkcjonalne szczegółowo określone przez Zamawiającego w SIWZ co do zakresu przedmiotu zamówienia - są możliwe do wypełniania zarówno przez technologię OSGP, jak i technologię PRIME. Jedynie zatem wskazanie w pkt 4.4. SIWZ, iż Zamawiający wymaga dostawy liczników działających w technologii IDIS/S-FSK i koncentratorów komunikujących się z licznikami działającymi w tej technologii, ogranicza wskazanym wykonawcom dostęp do niniejszego zamówienia.

W tym aspekcie zatem istotne jest - zdaniem Izby - uzasadnienie w sposób obiektywny potrzeb Zamawiającego prowadzących do ograniczenia konkurencji na tym rynku dostaw skutkujące wprost wyeliminowaniem z tego zamówienia dostawców dwóch innych - oprócz preferowanej przez Zamawiającego – technologii, ogólnie dostępnych na rynku i działających na podobnych zasadach, jak technologia IDIS.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego i kwestii interoperacyjności oraz wypełniania współczynnika skuteczności SLA, na które wskazuje Prezes URE w swoich stanowiskach, stwierdzić należy, że kwestie te odnoszą się zasadniczo do technologii OSGP w zakresie dostawy koncentratorów, z uwagi na – wedle stanowiska Zamawiającego - uzależnienie w tej technologii dostaw od wyłącznie jednego producenta tych urządzeń, tj. firmy Echelon. Co do technologii PRIME – jak oświadczył w toku rozprawy Zamawiający – wymóg interoperacyjności jest w pełni wypełniony.

W ocenie Izby wymogi co do interoperacyjności mogą zostać określone w SIWZ przez Zamawiającego w sposób opisowy co do warunków funkcjonalnych i technicznych

realizacji przedmiotu zamówienia, tak, aby nie eliminować z góry i wprost określonych dostępnych na rynku technologii, oprócz technologii IDIS. Zamawiający może określić, iż wymaga zdywersyfikowania producentów oferowanych przez wykonawców w różnych technologiach urządzeń, a taki sposób, aby nie uzależniać się faktycznie od jednego dostawcy. Stwierdzenie jednak w sposób arbitralny przez Zamawiającego, że w technologii OSGP jest tylko jeden producent koncentratorów poprzez odwołanie się do korespondencji prowadzonej z przedstawicielem tej technologii w ramach prowadzonego dialogu technicznego jest nieuzasadnione. Przedłożona w tym zakresie korespondencja wskazuje jedynie na dostawcę koncentratorów – firmę Echelon, co nie neguje możliwości produkcji tych urządzeń w ramach technologii OSGP przez innych producentów koncentratorów. Jak wskazywał w toku rozprawy Odwołujący Alma na rynku istnieje szereg potencjalnych producentów tych urządzeń, którzy są w stanie podjąć współpracę z wykonawcą w ramach technologii OSGP, co będzie stanowiło wypełnienie wymogu dywersyfikacji producentów tych urządzeń. Izba nie uwzględniła w tym zakresie dowodu złożonego przez Odwołującego Alma co do producenta koncentratorów amerykańskiej firmy Ambient, z uwagi przede wszystkim na złożenie dokumentu w tym zakresie wyłącznie w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, a także uznając, że dowód ten wskazuje na produkcję koncentratorów na rynek amerykański, odbiegający od wymogów rynku europejskiego. Niemniej jednak w tym zakresie Izba stwierdziła, że Zamawiający w dostateczny sposób nie wykazał swoich potrzeb co do wymogu interoperacyjności, który – zdaniem Izby – może zostać opisany w SIWZ poprzez konkretne wymogi techniczne i funkcjonalne, a nie poprzez eliminację z góry określonej technologii, w szczególności wobec zmienności sytuacji na rynku tego rodzaju zamówień i możliwości pozyskania do współpracy określonych, różnych producentów urządzeń, także w ramach technologii OSGP.

Izba uznała również, że wymogi dotyczące współczynnika skuteczności SLA, na które wskazuje Prezes URE, możliwe są do określenia w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne, w taki sposób, aby Zamawiający zabezpieczył się przed niewydolnością systemu co do skuteczności i szybkości dostarczania określonych informacji. Tym samym Zamawiający, stwarzając warunki konkurencji w niniejszym postępowaniu, również w ramach tak istotnego z jego punktu widzenia i obiektywnie uzasadnionych jego potrzeb współczynnika SLA, będzie mógł właśnie w ramach konkurencyjnego postępowania dokonać zakupu urządzeń w technologii, która będzie spełniała jego wymogi. Tym samym określony przez niego poziom współczynnika SLA jako obowiązkowy do wypełnienia na określonym, uzasadnionym jego potrzebami, wynikającymi z wytycznych Prezesa URE, poziomie, będzie nadrzędny wobec technologii.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż Zamawiający powołując się na stanowiska Prezesa URE – zarówno z dnia 31 maja 2011 r., jak i z dnia 10 lipca 2013 r. - zdaniem Izby - w sposób nieuprawniony wyinterpretował z tych stanowisk możliwość wyboru, samodzielnie, niezależnie od zasad konkurencji obowiązujących dla publicznych zakupów, technologii do realizacji przedmiotu zamówienia. W przywołanych stanowiskach Prezesa URE faktycznie wskazuje się na konieczność wyboru przez Zamawiającego określonej technologii, która będzie zapewniała przede wszystkim wymogi interoperacyjności, a w tym również wymóg co do współczynnika skuteczności SLA. Stanowisko Prezesa URE w żadnej mierze jednak nie odnosi się do przyzwolenia Zamawiającemu na dokonanie zakupu urządzeń w określonej, konkretnej technologii poza sferą zamówień publicznych i bez uwzględniania zasad wynikających z przepisów ustawy Pzp. Powyższe wynika wprost z pisma Prezesa URE z dnia 12 listopada 2013 r. przedłożonego do akt sprawy przez Odwołującego T-matic, jak i z samej treści oficjalnych stanowisk Prezesa URE, przywoływanych przez Zamawiającego (z dnia 31 maja 2011 r. i z 10 lipca 2013 r.). Przykładowo można tu przywołać zapisy zawarte w pkt 4.1 Stanowiska Prezesa URE z dnia 10 lipca 2013 r., wskazujące na zapewnienie dla dostawców infrastruktury wyrównanego dostępu do zamówienia z zastawianiem rozwiązań w pełni otwartych i kompatybilnych właśnie w ramach przetargów. Jeśli zaś chodzi o pismo Prezesa URE z dnia 12 listopada 2013 r. wyraźnie w nim wskazuje się na okoliczność, iż oficjalne stanowiska Prezesa URE nie odnosiły się do konkretnych technologii, a jedynie dawały kierunkowe wytyczne związane z wymaganiami dotyczącymi zamawianej infrastruktury AMI. To na tych generalnych wytycznych – technicznych i funkcjonalnych, na które wskazywał Prezes URE i które zdaniem Izby mogą uzasadniać obiektywne potrzeby Zamawiającego, powinien on dokonać opisu przedmiotu zamówienia, a nie poprzez wskazanie jedynej, konkretnej technologii przywołanej wprost w SIWZ.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego o ustaleniach z Prezesem URE co do przyjętego harmonogramu prac w ramach niniejszego zamówienia, Izba uznała, że powyższe nie ma znaczenia dla wyboru przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia jedynej technologii, co w warunkach niniejszego postępowania o zamówienie publiczne prowadzi do nieuprawnionego ograniczenia uczciwej konkurencji bez wykazania uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w tym zakresie. Kwestie dotyczące przedstawionego przez Zamawiającego Prezesowi URE harmonogramu, objęte zostały przez Zamawiającego tajemnicą przedsiębiorstwa, co Izba uznała za uzasadnione, stąd też w ramach niniejszego uzasadnienia orzeczenie szczegółowe odnoszenie się do tych kwestii nie jest uprawnione. Podkreślić jednak należy, że interpretacji treści harmonogramu Zamawiającego, zaakceptowanego przez Prezesa URE, nie można rozpatrywać bez kontekstu innych stanowisk tego organu, przywoływanych powyżej, które w żaden sposób nie wskazują na

koniczność wyboru przez Zamawiającego jednej technologii w ramach procedury udzielania zamówienia publicznego. W wyniku bowiem przeprowadzenia tej procedury Zamawiający dokona wyboru jednej technologii spośród oferowanych przez wykonawców w sposób konkurencyjny sposobów realizacji przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymogów technicznych i funkcjonalnych znajdujących swoje odzwierciedlenie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego wynikających z wytycznych Prezesa URE.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż technologia IDIS nie była kwestionowana przez odwołujących się wykonawców jako taka. Zarówno Odwołujący Alma, jak i Odwołujący T-matic, wskazywali, że owa technologia spełnia wymagania Zamawiającego i wytyczne Prezesa URE co do interoperacyjności i powszechności. Wskazywali jednak, że takowe wymagania są wypełnione również przez technologię OSGP, jak i technologię PRIME. Według nich również te technologie wypełniają wymogi otwartych standardów komunikacji, a więc, iż te standardy zostały stworzone przez niedochodową organizację, do której dostęp nie jest ograniczony, a specyfikacje w tym standardzie są dostępne dla wszystkich zainteresowanych bezpłatnie, co najwyżej z opłatą wynikającą z kosztów druku, a ponadto brak jest jakichkolwiek ograniczeń korzystania z tych standardów, w tym także co do praw autorskich, patentów lub innej własności przemysłowej. Te okoliczności nie zostały w sposób wiarygodny zakwestionowane przez Zamawiającego. Zamawiający w tym zakresie swoją argumentację opierał jedynie na tym, że technologia IDIS spełnia wymogi otwartego standardu, co nie było kwestionowane (choć wątpliwości może w tym zakresie budzić potwierdzona przez Zamawiającego w toku rozprawy, a także poprzez dokonana modyfikację SIWZ co do dostawy koncentratorów, okoliczność o braku otwartej specyfikacji w standardzie IDIS na koncentratory właśnie). W tym zakresie również okazał się bezprzedmiotowy dowód złożony przez Zamawiającego w toku rozprawy w postaci opinii KIGET z dnia 28 października 2013 r. Opinia ta – traktowana przez Izbę jako dokument prywatny - potwierdza jedynie otwartość standardu IDIS, co nie było kwestionowane przez odwołujących się wykonawców oraz osobiste poglądy autora opinii o słuszności wyboru przez Zamawiającego technologii IDIS w niniejszym postępowaniu. Tym samym nieuzasadnione było również z tego względu ograniczenie się przez Zamawiającego do przyjęcia jako jedynej technologii IDIS w niniejszym postępowaniu.

Co do drugiej kwestii i argumentu Zamawiającego, przywoływanego dla uzasadnienia swoich technicznych potrzeb przy określeniu w SIWZ jako jedynej, dopuszczalnej technologii IDIS, a mianowicie przeprowadzonych przez Zamawiającego testów w ramach projektu Strat Smart, Izba uznała również ten argument za nieprzekonujący.

Zamawiający powoływał się na przeprowadzone przez niego testy na jego pracującej sieci, które dały wyniki – jego zdaniem - dyskwalifikujące możliwość działania w jego sieci urządzeń zainstalowanych w technologii OSGP i technologii PRIME. Do akt sprawy zostały przedłożone w trakcie niejawniej części rozprawy przed Izbą dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiającego, tj.:

- 1) Podsumowanie wdrożenia projektu Strat Smart oraz
- 2) Podsumowanie wdrożenia projektu Start Smart w technologii IDIS,
- 3) Podsumowanie wdrożenia projektu Start Smart w technologii PRIME,
- 4) Podsumowanie wdrożenia projektu Start Smart w technologii OSGP.

Izba po pisemnym uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych dokumentów przez Zamawiającego i po analizie treści w nich zawartych uznała zasadność dokonanego przez Zamawiającego we wskazanym zakresie zastrzeżenia. Izba uznała, że określone tam informacje mają wartość gospodarczą dla Zamawiającego jako przedsiębiorcy i nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Zamawiający w sposób odpowiedni je zabezpieczył przed nieuprawnionym udostępnieniem tych informacji osobom postronnym, m.in. poprzez określone klauzule poufności zawarte w przedłożonych Izbie umowach z uczestnikami tego projektu. Tym samym we wskazanym zakresie zostały wypełnione przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)

Merytoryczna analiza treści tych dokumentów nie wskazuje w sposób jednoznaczny, zdaniem Izby, na wyłączną możliwość – ze względów technicznych – realizacji przedmiotu zamówienia tylko przy zastosowaniu technologii IDIS. W ocenie Izby Zamawiający nie może powoływać się na względy techniczne przy opisie przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy eliminacja określonych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (eliminacja określonej technologii) odbyła się w sposób niekonkurencyjny. Zamawiający, dysponując aktualnie możliwościami, które dają mu przepisy ustawy Pzp co do opisu przedmiotu zamówienia przy udziale wykonawców poprzez zastosowanie dialogu technicznego, nie może i nie powinien stosować dla uzasadnienia swoich potrzeb stosowanych przez siebie procedur niekonkurencyjnych. Zamawiający dla potrzeb niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego korzystał – jak wynika z dokumentacji postępowania – z dialogu technicznego. Na wyniki tego dialogu jednak Zamawiający nie powoływał się w żadnej mierze dla uzasadnienia swoich potrzeb przy opisie przedmiotu zamówienia. Co do dialogu technicznego w niniejszym postępowaniu odwołujący się wykonawcy wskazywali, że dialog ten nie był prowadzony w sposób efektywny.

Powyższe jednak nie jest przedmiotem zarzutów i jako czynność związana z przygotowaniem postępowania, a nie podejmowana w trakcie trwania postępowania, nie jest objęta sferą orzekania przez Izbę, w świetle dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej jednak Izba w ramach podnoszonych przez wykonawców zarzutów odwołań, odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, może dokonać oceny skutków tego dialogu, czyli opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu. W tym zakresie zatem Izba stwierdziła, że dialog techniczny prowadzony przez Zamawiającego nie został przez niego wykorzystany do opisu przedmiotu zamówienia i nie jest są podstawą uzasadnionych potrzeb Zamawiającego wyniki tego dialogu.

Zamawiający w tym zakresie powołuje się na wyniki postępowania prowadzonego przez niego poza przepisami ustawy Pzp z racji wartości tego postępowania. Przeprowadzone przez niego niekonkurencyjne postępowanie, bez stosowania przepisów ustawy Pzp – w jego ocenie - ma stanowić podstawę do wyboru jedynej technologii, w której mają być świadczone określone dostawy urządzeń przez wykonawcę, wyłonionego w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby, powyższe stanowi znaczące nadużycie przez Zamawiającego jego praw. Zamawiający – zdaniem Izby – dysponując wynikami przeprowadzonych w ramach projektu Start Smart – testów mógł powyższe uwzględnić przy opisie przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie określonych wymogów technicznych, czy funkcjonalnych mając na względzie prawidłowe możliwości działania w jego sieci urządzeń instalowanych w różnych technologiach (bądź w technologii IDIS, bądź w technologii OSGP, bądź w technologii PRIME). Niedopuszczalne – zdaniem Izby – było stwierdzenie, że przeprowadzone przez Zamawiającego poza ustawą Pzp postępowanie skutkuje eliminacją z postępowania dwóch ogólnie dostępnych i funkcjonujących na rynku tego typu dostaw technologii, a preferowanie wyłącznie jednej technologii. Podstawą powyższego nie może być - w ocenie Izby - wynik przeprowadzonych przez Zamawiającego testów w warunkach tajności. Zamawiający nie przedstawił w toku postępowania odwoławczego żadnych dowodów, które wskazywałyby w sposób obiektywny na brak możliwości działania w sieci Zamawiającego dwóch pozostałych, niedopuszczonych przez niego technologii (OSGP i PRIME). Analiza przez Izbę dokumentów objętych przez Zamawiającego tajemnicą przedsiębiorstwa nie wskazuje, w jakich warunkach owe testy zostały przeprowadzone, czy były to warunki identyczne dla wszystkich technologii testowanych przez Zamawiającego, czy też negatywne wyniki dla technologii PRIME oraz OSGP nie były wynikiem okoliczności, za które odpowiedzialności nie można przypisać samym technologiom, a np. obiektywnym czynnikom leżącym po stronie Zamawiającego, czy też niezależnych, tak od Zamawiającego, jak i testowanej technologii. Tym samym również ten argument – zdaniem Izby - nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia podniesionego przez Odwołującego T-matic w zakresie przyjęcia jako jedynej specyfikacji IDIS, bez jednoznacznego wskazania, której wersji specyfikacji odniesienie Zamawiającego dotyczy, Izba uznała ten zarzut za zasadny.

Zamawiający, odwołując się do jednej technologii i otwartego standardu określonego na stronach internetowych organizacji tworzącej dany standard powinien – zdaniem Izby – określić moc wiążącą danego dokumentu do uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na określony moment, czy też poprzez wskazanie konkretnej wersji dokumentu. W toku rozprawy – w ocenie Izby – Odwołujący T-matic w dostateczny sposób udowodnił, że specyfikacja IDIS może podlegać zmianom. Nie dokonując w tym miejscu oceny, czy specyfikacja ta obowiązuje już aktualnie w dwóch różnych wersjach, czy w dalszym ciągu mamy do czynienia z jej jedną wersją, niewątpliwym dla Izby było to, że kolejne wersje tej specyfikacji są opracowywane i nie może być wykluczone, że w toku postępowania, przed upływem terminu składania ofert taka nowa wersja specyfikacji mogłoby się ukazać na stronie internetowej organizacji IDIS. Podobna sytuacja zresztą może zaistnieć także w odniesieniu do innych otwartych standardów i specyfikacji przewidzianych dla innych technologii. Są to bowiem nowe technologie, stale rozwijające się i wszelkiego rodzaju nowości i nowinki technologiczne mogą stanowić podstawę weryfikacji i ulepszenia istniejących standardowych specyfikacji. Tym samym zatem, jeśli Zamawiający decyduje się w publicznie prowadzonym w trybie przepisów ustawy Pzp postępowaniu na odwołanie do określonych, ogólnie dostępnych standardów i dokumentacji technicznych w tym zakresie funkcjonujących w powszechnym obrocie, nie przepisując ich wprost do postanowień SIWZ choćby z racji ekonomii, powinien w sposób wyraźny określić po pierwsze ogólnie dostępne źródło tych informacji, a po drugie, określić wersję owego dokumentu, tak, aby wykonawcy, przygotowując ofertę do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mieli wątpliwości, która wersja oficjalnego dokumentu, na modyfikację którego Zamawiający nie ma jednak wpływu, jest obowiązująca.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego Alma co do niegospodarności Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, Izba zwraca uwagę na okoliczność, iż zarzuty, które wykonawcy mogą podnosić wobec czynności, czy zaniechań podmiotu zamawiającego, Izba ocenia w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – pod kątem legalności zachowań zamawiającego, ograniczonej do ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. Izba, działając w oparciu o przepisy ustawy Pzp, nie jest uprawniona do dokonywania oceny

zachowań Zamawiającego, w tym również co do opisu przez niego przedmiotu zamówienia, pod kątem zasad gospodarności, czy słuszności. Istotnym elementem oceny w tym zakresie czynności Zamawiającego są przepisy ustawy Pzp i w tym kontekście Izba stwierdziła ich naruszenie co do art. 29 ust. 1 i 2 i 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób, który narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poniesionego przez Odwołującego Alma, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w pkt 9.2.1, gdzie wskazał on, że:

„ (...) uzna za spełnione warunki opisane w pkt 9.1, jeżeli Wykonawcy wykażą, że:

9.2.1. w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej 2 dostawy polegające na dostarczeniu łącznie co najmniej 10 tys liczników energii elektrycznej w technologii PLC, oraz w ramach tego samego projektu należycie wykonali projekt informatyczny, polegający na wytworzeniu lub zmianach na poziomie kodu źródłowego oprogramowania, o następujących cechach:

- a) funkcjonalność oprogramowania obejmująca akwizycję, magazynowanie i przetwarzanie danych z urządzeń technicznych rozproszonych geograficznie,
- b) średnia dobową wydajność akwizycji z ww. urządzeń technicznych lub systemów rozproszonych (pobierania i przetwarzania danych) wynosząca co najmniej 10 tys. rekordów danych/dobę. Przez rekord danych należy rozumieć dane dotyczące pomiaru lub informacji zapisanej w postaci co najmniej jednego rekordu bazodanowego dla pojedynczego źródła.
- c) przechowywanie i zarządzanie w relacyjnej bazie danych systemu (we wszystkich tabelach bazy danych) wolumenem rekordów w liczbie minimum 100 mln (sto milionów rekordów). Przez rekord należy rozumieć dane dotyczące pomiaru lub informacji zapisanej w postaci co najmniej jednego rekordu bazodanowego dla pojedynczego źródła.
- d) przynajmniej 10 równoczesnych użytkowników oprogramowania,
- e) zintegrowanie z infrastrukturą pomiarową lub innymi rozproszonymi źródłami danych.”

Analiza treści odwołania Odwołującego Alma wskazuje, że wykonawca ten kwestionuje opis sposobu spełniania warunku opisanego w pkt 9.2.1. lit. c) SIWZ, nie kwestionując jednocześnie pozostałych warunków określonych w tym zakresie przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że zarzut odwołania nie potwierdził się. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący Alma nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie w tym przypadku przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz ograniczenie konkurencji. Odwołujący Alma w tym zakresie jedynie wskazuje, że określony przez Zamawiającego wymóg wykazania się przez wykonawców określonymi dostawami, które wypełniają cechę przechowywania i zarządzania w relacyjnej bazie danych systemu (we wszystkich tabelach bazy danych) wolumenem rekordów (tj. danych dotyczących pomiaru lub informacji zapisanej w postaci co najmniej jednego rekordu bazodanowego dla pojedynczego źródła) w liczbie minimum 100 mln (sto milionów rekordów), nie znajduje uzasadnienia w jego obiektywnych potrzebach i może wskazywać na specyfikę jednej technologii. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący Alma przywołuje kilka orzeczeń KIO, odnoszących się do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowi jedyną argumentację Odwołującego Alma wskazywaną na potwierdzenie stawianego zarzutu odwołania. Z tych też względów Izba uznała zarzut za gołosłowny i niczym nieuzasadniony.

W drugiej kolejności Izba uznała za słuszne w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, który wskazuje, że Odwołujący, kwestionując jedynie wymóg funkcjonalny w zakresie oczekiwanych w ramach doświadczenia w dostawach co do liczby rekordów, nie zakwestionował oczekiwanej również w ramach doświadczenia liczby liczników, określonej w pkt 9.2.1 SIWZ, nie kwestionowanym jako takim. Tymczasem liczba rekordów na poziomie 100 mln stanowi jedynie wynik matematycznego przeliczenia (iloczynu) ilości liczników, ilości dni oraz danych profilowych. Z tych też względów Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kar umownych, podniesionego przez Odwołującego Alma, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że kwestionowane przez Odwołującego Alma kary umowne i podstawy ich naliczania zostały przez Zamawiającego opisane w pkt 17.2 wzoru umowy. Zamawiający określił tam kary umowne odnosząc je do opóźnień i przewidując kary z tego tytułu

w odrębnych punktach (pkt 17.2.1 – 17.2.4 wzoru umowy). Odwołujący Alma wywodził, że przewidzenie przez Zamawiającego i naliczanie z tytułu opóźnień kar umownych łącznie odczytywane, w szczególności przy zamówieniu, które jest jednym z pierwszych tego typu, wypaczają sens i istotę umowy i są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i ich stosowanie będzie sprzeciwiało się właściwości stosunku prawnego.

Izba ustaliła też, że Zamawiający w wyniku modyfikacji SIWZ z dnia 28 października 2013 r. w pkt 17.2.3. wzoru umowy wprowadził zmianę tych postanowień, wskazując na kary umowne z tytułu opóźnień w dostawie urządzeń na poziomie 0,2% wartości wynagrodzenia netto za opóźnioną część dostawy, za każdy dzień spóźnienia, a w przypadku opóźnienia w dostawie urządzeń objętych partią dostawy nr 2, jeżeli wykonawca zadeklarował dostawę w ciągu 5 miesięcy od daty podpisania umowy – na poziomie 20% wartości wynagrodzenia netto za opóźnioną część dostawy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że podniesione zarzuty podlegają oddaleniu z racji tego, że Odwołujący Alma, kwestionując określone przez Zamawiającego kary umowne, nie wykazał w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp. Formułując swój zarzut Odwołujący oparł go przede wszystkim na naruszeniu przepisu Kodeksu cywilnego. Odwołujący nie wykazał ani w odwołaniu, ani w toku postępowania odwoławczego, w jaki sposób określone zapisy SIWZ odnośnie kar umownych wpływają na naruszenie przez Zamawiającego przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w zakresie jego jednoznaczności, czy też, w jaki sposób naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarzuty w tym zakresie nie zostały wykazane przez Odwołującego Alma. Podkreślić w tym zakresie również należy, że Izba – zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – dokonuje oceny złożonego odwołania pod kątem oceny legalności czynności bądź zaniechań zamawiającego, ograniczonej do przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podniesionych przez Odwołującego T-matic, a dotyczących wymogu dołączenia do oferty gotowego przedmiotu zamówienia poprzez żądanie próbek liczników wraz z oprogramowaniem i makiety testowej oraz zarzutu sformułowania kryteriów oceny ofert (postanowienia SIWZ zawarte w pkt 12.5.6.1 SIWZ), które w nieuzasadniony sposób uprzywilejowują wykonawcę, który posiada gotowe rozwiązanie objęte przedmiotem zamówienia, Izba ustaliła, że zarzuty te opierały się na postanowieniach SIWZ z pkt 4.4, które preferowały określoną technologię (IDIS). Powyższe zapisy SIWZ, preferujące technologię IDIS – zdaniem Odwołującego T-matic – skutkują

również brakiem możliwości wypełnienia przez wykonawców, dotychczas realizujących podobne dostawy urządzeń w ramach innych niedopuszczonych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu standardów (technologia PRIME) - wymogu dostarczenia próbki urządzenia i jej oceny w ramach opisanych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący wykazywał, że nawet przy tym otwartym standardzie IDIS, wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ, nie jest możliwe wypełnienie innych wymogów SIWZ przewidzianych dla niniejszego postępowania, a tym samym konkurencyjna walka o przedmiotowe zamówienie.

W tym kontekście, wobec uwzględniania przez Izbę zasadniczych zarzutów odwołania, dotyczących preferowania technologii IDIS i niedopuszczenia w tym postępowaniu technologii PRIME, przywołane zarzuty odwołania stały się bezprzedmiotowe, a ich uwzględnienie pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - wobec nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ, poprzez wykreślenie z pkt 4.4 postanowień, w których wskazuje się konieczność zastosowania jako wyłącznej technologii IDIS/S-FSK w zakresie dostawy urządzeń objętych przedmiotem zamówienia i wprowadzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie prowadziłby do utrudnienia uczciwej konkurencji.

Sama w sobie możliwość żądania przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego próbek określonych urządzeń jest dopuszczalna w świetle regulacji § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Próbki takie mogą stanowić o weryfikacji przez zamawiającego czy określone dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymogi SIWZ, stanowiąc swoistego rodzaju dokument przedmiotowy możliwy do żądania przez zamawiającego w postępowaniu. Z praktyki udzielania zamówień publicznych, potwierdzonej orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, wynika też, że różnego rodzaju próbki mogą być również wykorzystywane przez Zamawiającego do oceny ofert wykonawców w ramach kryteriów oceny ofert, przewidzianych w SIWZ. W tym zatem zakresie również próbka jako taka dopuszczalna jest do stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie jednak zakres sformułowanych przez Odwołującego T-matic zarzutów odwołania wskazuje na niedopuszczalność próbek i ich oceny w ramach kryteriów oceny ofert, z uwagi na brak możliwości przedstawienia takich próbek w określonym przez Zamawiającego terminie składania ofert dla wykonawców, którzy nie stosowali dotąd w praktyce standardów jedynej dopuszczonej w tym postępowaniu technologii IDIS. W tym zakresie zatem, uwzględniając kontekst zarzutów oraz uwzględnienie zasadniczych zarzutów odwołania należało zarzut ocenić jako bezprzedmiotowy.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, a także ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisów uiszczonych przez odwołujących się wykonawców w łącznej kwocie 30 000 zł. Na podstawie § 3 pkt 2) lit. b) przywołanego rozporządzenia Izba uwzględniła również koszty wynagrodzenia pełnomocników obydwu Odwołujących, uznając je za uzasadnione w maksymalnej kwocie przewidzianej we wskazanym przepisie w oparciu o rachunki przedłożone do akt sprawy przez odwołujących się przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: