Sygn. akt: KIO 13/20

WYROK

z dnia 20 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 stycznia 2020 r**. przez wykonawcę **APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A., z siedzibą w Lublinie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Elgama – Elektronika Sp. z o.o., z siedzibą w Wilnie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**Umarza postępowanie w zakresie zarzut naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia;**

2.**Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia i nakazuje zamawiającemu PGE Dystrybucja S.A.: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i unieważnienie aukcji elektronicznej; (ii) odtajnienie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawieoraz Elgama – Elektronika Sp. z o.o., z siedzibą w Wilnie dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia.**

3.**W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

4.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **PGE Dystrybucja S.A., z siedzibą w Lublinie** i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Apator S.A., z siedzibą w Toruniu**tytułem wpisu od odwołania;

4.2.zasądza od **zamawiającego PGE Dystrybucja S.A., z siedzibą w Lublinie**na rzecz wykonawcy **Apator S.A., z siedzibą w Toruniu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 13/20

UZASADNIENIE

W dniu 2 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy-Apator S.A., z siedzibą w Toruniu (dalej: „**Odwołujący**", „**Apator**") zarzucając zamawiającemu PGE Dystrybucja – Oddział w Łodzi (dalej „**Zamawiający**") w zakresie zadania 2 naruszenie:

1)art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADD Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz Elgama – Elektronika Sp. z o.o., z siedzibą w Wilnie (dalej „**Konsorcjum ADD**"), mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2)ewentualnie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ADD do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty pomimo, że wydaje się ona rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi - jeśli Wysoka Izba uzna, że dopuszczalne jest ponownie wezwanie tego Wykonawcy do złożenia takich wyjaśnień;

3)art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień Konsorcjum ADD w zakresie ceny oraz uzasadniania takiego zastrzeżenia, wskutek czego Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających;

4)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD pomimo, że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ");

5)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum ADD pomimo, że nie jest ona ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ;

6)art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej konsorcjum ADD pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu względnie badanie i ocena oferty tego Wykonawcy powinna zostać powtórzona;

7)art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, że w Postępowaniu tylko Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, bowiem oferta Konsorcjum ADD powinna zostać odrzucona względnie badanie i ocena oferty tego Wykonawcy powinna zostać powtórzona;

8)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; zarzuty ewentualne 9) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ADD do uzupełnienia oprogramowania do liczników energii elektrycznej dedykowanego do systemu Android w wer. 6.0 i nowszych;

9)art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty Konsorcjum ADD.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania, 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ADD jako najkorzystniejszej w zadaniu 2; 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum ADD w zadaniu 2; 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ADD w zadaniu 2; 5) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i unieważnienia aukcji elektronicznej; 6) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez Konsorcjum ADD w zadaniu 2 jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wyjaśnień w zakresie ceny.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 23.12.2019 r. poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Jako najkorzystniejszą w Postępowaniu w zakresie zadania 2 wybrał ofertę wykonawcy Konsorcjum ADD. Na drugim miejscu znalazła się oferta Odwołującego. Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający dopuścił się naruszenia szeregu przepisów ustawy Pzp, na skutek czego czynność ta została dokonana wadliwie i powinna zostać powtórzona.

Rażąco niska cena oferty Konsorcjum ADD

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ADD pismem z dn. 11.12.2019r. zostało wezwane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących kalkulacji cenowej oferty tego Wykonawcy dla zadania nr 2. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca winien przedstawić szczegółowe wyjaśnienie wyliczenia ceny uwzględniające m.in. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, oryginalności projektu, koszty pracy - których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomoc publiczną udzielanej na podstawie odrębnych przepisów, przepisy prawa pracy i przepisy o zabezpieczeniu społecznym, przepisy prawa ochrony środowiska, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wyliczenia winny obejmować m.in. koszty zakupu komponentów elektronicznych, komponentów z tworzyw sztucznych, koszty pracy, koszty organizacyjne i inne koszty odnoszące się do realizacji zadania. Do wyjaśnień należy dołączyć dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny".

Wyjaśnienia ceny, które złożyło Konsorcjum ADD nie zostały Odwołującemu udostępnione jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wobec tego Odwołujący nie ma możliwości precyzyjnego odniesienia się do ich treści. 3. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest taką ofertę odrzucić. Zamawiający ma jednocześnie obowiązek uprzednio wezwać wykonawcę, który złoży taką ofertę do wyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny oraz do złożenia dowodów, potwierdzających wyliczenie ceny lub kosztu. Z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp wynika zaś domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie, jeżeli jej cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum ADD są na tyle ogólne, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający powinien uznać, że nie złożono ich w ogóle. Odwołujący zakłada, że Konsorcjum ADD w wyjaśnieniach ceny zaprzeczyło, aby zaoferowana cena była rażąco niska, jednakże nie sprostało ono swojemu obowiązkowi wynikającemu z dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Złożone przez Konsorcjum ADD wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. To na Konsorcjum ADD bowiem ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona - czego nie uczynił. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 747/19). Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zawiera zatem dwie odrębnie sformułowane przesłanki prawne nakazujące odrzucenie oferty. Po pierwsze, brak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty niezależnie od ustalenia wystąpienia ceny rażąco niskiej, przy czym z brakiem wyjaśnień utożsamia się złożenie wyjaśnień lakonicznych, ogólnikowych (część alternatywy: nie złożył wyjaśnień). Drugim przypadkiem jest natomiast ustalenie na podstawie złożonych wyjaśnień, że cena oferty lub koszt jest rażąco niska (część alternatywy: lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia). 6. Odnosząc się do tych wyjaśnień Konsorcjum ADD należy wskazać, że nie przedstawiono w nich szczegółowej kalkulacji cenowej - co jest niezbędne w świetle ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podniósł także, że Konsorcjum ADD nie uwzględniło w kalkulacji wszystkich poniższych kosztów lub uwzględniło je w zaniżonej wysokości:

1) koszty projektowania licznika energii elektrycznej oraz oprogramowania (w tym koszty uzyskania certyfikacji MID). Należy zauważyć, że licznik i oprogramowanie do niego, aby można było je wyprodukować i sprzedać powinny być najpierw zaprojektowane (w całości lub częściowo), a dopiero wówczas można będzie wdrożyć je do produkcji. Podobnie w tym przypadku, liczniki już istniejące powinny być przynajmniej dostosowane do indywidulanych wymagań Zamawiającego w Postępowaniu, co wymaga zmiany projektów i stanowi koszt, który każdy z wykonawców musi ponieść. W zakresie oprogramowania istotne jest, że koszty zmian w liczniku zaoferowanym przez Konsorcjum ADD powinny być uwzględnione dwutorowo: a) koszty zmiany wynikłe z konieczności dostosowania oprogramowania do obligatoryjnych wymagań Zamawiającego specyficznych dla tego Postępowania; b) koszty zmian, które Konsorcjum ADD wprost przewidziało w swojej ofercie - w wykazie części zamówienia powierzonych do wykonania podwykonawcom (wzór nr 9 do SIWZ, str. 689 oferty Konsorcjum ADD) do wykonania przez NMG S.A., a które to zmiany dotyczą wyłącznie dodatkowej funkcjonalności punktowanej w kryteriach oceny ofert (pkt 5.5.1 SIWZ): „Oprogramowanie do liczników energii elektrycznej dedykowane do systemu Android w wersji 6.0 i nowszych, umożliwiające dostęp i odczyt danych z licznika poziom 1 oraz parametryzację licznika poziom 2, w zakresie wczytania do licznika gotowego

wzorcowego pliku parametryzacyjnego, zgodnie z poziomami zabezpieczeń opisanymi w SIWZ dla oprogramowania narzędziowego". Konieczność poniesienia tych kosztów jest niekorzystną okolicznością dla Konsorcjum ADD, ponieważ np. Odwołujący takie oprogramowanie już posiada i poniósł wcześniej koszt jego wytworzenia. Ponadto, zmiany projektu wymagają przeprowadzenia testów oraz zazwyczaj zmiany certyfikatu MID, co stanowi dodatkowy koszt, który powinien zostać ujęty w kalkulacji ceny;
2) koszty pozyskania i obsługi linii produkcyjnej - aby móc produkować licznik każdy z producentów musi: a) dysponować odpowiednią linią produkcyjną do montażu zaoferowanych liczników, która uwzględnia wszystkie konieczne procesy do produkcji tego licznika m.in złożenie mechaniczne, kalibracja, parametryzacja, ocena zgodności, pakowanie zgrzewanie licznika. Zakup nowej linii do montażu tego typu licznika energii elektrycznej to koszt ok. 3 min zł netto. Konsorcjum ADD zapewne nie wykazało, aby taką linią produkcyjną dysponowało lub nie wykazało kosztu amortyzacji takiej linii produkcyjnej. Tymczasem jest to olbrzymi koszt, który trzeba ponieść, aby móc produkować liczniki; b) koszty robocizny osób zatrudnionych przy linii produkcyjnej (monterzy, młodsi monterzy itd.); 3) koszt wykonania obudów do liczników - do wyprodukowania obudowy konieczne jest posiadania przede wszystkim wtryskarek, które wykonują: podstawę licznika (np. wtryskarka ARBURG ALLROUNDER - koszt zakupu: 530 916 zł netto), pokrywę (np. wtryskarka ARBURG 470 E koszt zakupu: 315 785 zł netto), szybkę (np. wtryskarka ARBURG 370E, koszt zakupu: 256 646 zł netto), przyciski (np. wtryskarka ARBURG ALLROUNDER, koszt zakupu: 937 362 zł netto) oraz osłonę skrzynki zaciskowej (np. wtryskarka ARBURG 470E, koszt zakupu: 315 785 zł netto). Konsorcjum ADD zapewne nie wykazało, aby takimi wtryskarkami dysponowało lub nie wykazało kosztu amortyzacji takich wtryskarek. Tymczasem jest to istotny koszt, który trzeba ponieść, aby móc produkować obudowy do liczników; 4) koszt hali/hal produkcyjnych - linie produkcyjne do produkcji liczników muszą być zamontowane w odpowiedniej hali/halach o powierzchni/łącznej powierzchni ok. 11 000 m2. Koszt budowy takiej hali/hal oraz zakup gruntu pod halę to ok. 25 min zł netto. Konsorcjum ADD zapewne nie wykazało, aby taką halą produkcyjną dysponowało lub nie wykazało kosztu nabycia/amortyzacji takiej hali i gruntów oraz ich utrzymania. Tymczasem jest to olbrzymi koszt, który trzeba ponieść, aby móc produkować liczniki; 5) koszt pozyskania materiałów, komponentów do liczników - do wyprodukowania licznika konieczny jest zakup materiałów koniecznych do wyprodukowania lub zakup półproduktów, w szczególności: a) pokrywa, b) osłona zacisków,
c)płytka elektroniki - wyprodukowanie/zakup tego elementu stanowi bardzo istotny koszt. Aby wyprodukować ten element konieczny jest zakup: obwodów drukowanych PCB, rezystorów, kondensatorów, tranzystorów, fototranzystorów, diod, ferrytów, dławików, rezonatorów kwarcowych, transoptorów, układów scalonych, microswitchy, wyświetlaczy LCD, listew zaciskowych, warystorów, uchwytów do baterii oraz należy uwzględnić koszty robocizny i amortyzacji, d) podstawa z zaciskami - wyprodukowanie/zakup tego elementu również stanowi bardzo istotny koszt. Aby wyprodukować ten element konieczny jest zakup: nakrętek, tworzywa, szyny, toru prądowego, wkrętów, zacisków oraz uwzględnić koszty robocizny;
6) koszty wydziałowe - koszty pośrednie związane z procesem obsługi zamówienia, związane z funkcjonowaniem i utrzymaniem działów montażowych oraz produkcji pomocniczej, tj. wydziałów montażu, wydziału produkcji płytek elektroniki, oddziału przetwórstwa tworzyw sztucznych, dział planowania produkcji, działu zarządzania jakością itd.;
7) koszty obsługi produkcji pozostałe - koszty pozostałych działów pośrednio zaangażowanych w proces wytworzenia liczników - działy: zakupów i logistyki, pomiarów i testów, technologiczny, utrzymania ruchu magazynów, itd.;
8) koszty transportowe - w tym zakresie należy wziąć pod uwagę także dodatkowe potencjalne koszty wynikające z uprawnienia Zamawiającego wynikającego z § 5 ust. 3 wzoru umowy: „Zamawiający na każdym etapie wykonywania Umowy zastrzega sobie prawo do zmiany miejsca dostawy, w tym poprzez wyznaczenie dodatkowych miejsc dostawy, przy czym miejsce to może być wyznaczone jedynie na terytorium działalności PGE Dystrybucja S.A. na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Zmiana miejsca dostawy może następować wielokrotnie w toku Umowy i dotyczyć zarówno wszystkich przyszłych dostaw jak i jedynie niektórych z nich [...]";
9) koszty pozyskania/wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i finansowania - zgodnie z pkt 6.1.1 SIWZ „Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny zobowiązania brutto wynikającego z umowy odpowiednio dla zadania, które Wykonawca będzie realizował". Ponadto zamówienie o tej wartości wymaga finansowania zewnętrznego - kredyt obrotowy, co stanowi kolejny istotny koszt;
10) koszty sprzedaży;
11) koszty ogólnozakładowe - koszty obsługi kadrowej, księgowej, prawnej, kadry kierowniczej, które są normalnymi kosztami funkcjonowania każdego przedsiębiorstwa oraz wynagrodzenie pracowników i utrzymanie ich biur, które jest związane z realizacją zamówienia zgodnie z wymaganym standardem usług oraz przepisami prawa.
W ocenie Odwołującego Konsorcjum ADD nie wykazało, aby stawki osób zatrudnionych przy realizacji zamówienia były wyższe niż stawki wynikające z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Konsorcjum ADD prawdopodobnie poprzestało na stwierdzeniu, że stawki te będą wyższe niż wynikające z minimalnego wynagrodzenia za pracę, lecz nie przedstawiło dowodów, aby członkowie Konsorcjum ADD zatrudniali osoby zaangażowane w realizację zamówienia po takich stawkach. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ADD nie załączyło do wyjaśnień dowodów potwierdzających wysokość kosztów wskazanych powyżej, co dyskwalifikuje te wyjaśnienia. Jeśli zaś przedstawiono jakieś dowody (zostały one zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób bezpodstawny o czym w odrębnym zarzucie), to są to jedynie wybiórcze dowody w zakresie wybiórczo wybranych kosztów. Konsorcjum ADD nie udowodniło pełnych kosztów wykonania zamówienia. Jeśli natomiast złożono jakieś oferty od dostawców, to Odwołujący nie znając treści tych ofert wskazuje, że: a) utajnione „oferty" od dostawców lub ich część również nie stanowią wiążących prawnie ofert, lecz są jedynie informacją handlową. Art. 66 kc stanowi, iż oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przez „istotne postanowienia" rozumieć należy' elementy przedmiotowo istotne proponowanej umowy, charakteryzujące i indywidualizujące umowę (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 69/14). Przede wszystkim oferta musi określać adresata oferty, przedmiot oferty oraz termin związania ofertą. Szczególnie istotny jest określony termin związania ofertą, ponieważ art. 66 § 2 kc stanowi o braku związania ofertą w przypadku zaniechania jej natychmiastowego przyjęcia: §2: Jeżeli oferent nie oznaczył w ofercie terminu, w ciągu którego oczekiwać będzie odpowiedzi, oferta złożona w obecności drugiej strony albo za pomocą środka bezpośredniego porozumiewania się na odległość przestaje wiązać, gdy nie zostanie przyjęta niezwłocznie; złożona w inny sposób przestaje wiązać z upływem czasu, w którym składający ofertę mógł w zwykłym toku czynności otrzymać odpowiedź wysłaną bez nieuzasadnionego opóźnienia; b) „oferty" te nie określają precyzyjnie wolumenu poszczególnego asortymentu niezbędnego do prawidłowej realizacji inwestycji, lecz wolumen ten jest zaniżony lub opiewają one na pojedyncze sztuki, co nie wykazuje dostępności materiałów w pełnym wymaganym zakresie. Oznacza to, że obecna wycena oferty została dokonana w sposób nierzetelny i nieprawidłowy oraz nie wykazuje rzeczywistych kosztów niezbędnych do poniesienia przez Konsorcjum ADD w celu realizacji zamówienia; c) „oferty" nie określają precyzyjnie ich przedmiotu i nie sposób na ich podstawie ustalić czego one dotyczą, których

materiałów; d) mogą de facto stanowić oferty na podwykonawstwo, co je dyskwalifikuje, ponieważ Konsorcjum ADD oświadczyło, że oprócz prac programistycznych nie będzie zlecało prac podwykonawcom; e) „oferty" nie zwierają dat ich złożenia lub zawierają daty po złożeniu ofert, co wskazuje, że kalkulacja ceny miała miejsce dopiero po złożeniu oferty w Postępowaniu; f) podsumowując wystąpienie przynajmniej niektórych z tych okoliczności dyskwalifikuje ten dowód i świadczy o tym, że są to po prostu oferty pozyskane od zaprzyjaźnionych dostawców, lecz bez pokrycia.
Odwołujący wskazał, że celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest ustalenie przez Zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, inne ustalenia przesadzają o tym, że cena lub koszty są rażąco niskie. Powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1130/18). O istnieniu rażąco niskiej ceny świadczy także brak jakichkolwiek nadzwyczajnych warunków dostępnych jedynie dla Konsorcjum ADD, które pozwoliły temu Wykonawcy zrealizować zamówienie za cenę tak niską cenę.
Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu uzasadnienia Konsorcjum ADD wyjaśnień ceny tego wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym Odwołującemu nie jest znana treść tego zastrzeżenia. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ADD ograniczyło się jedynie do poinformowania, że wyjaśnienia ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bez wykazania, że tak rzeczywiście jest albo ogóle nie zastrzegło tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. 15. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp został znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) i wprowadził istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy nie pozostawia również wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych - równoznaczne jest wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17). Tak samo powinien postąpić wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie ceny. 16. Odwołujący poniżej, z ostrożności przedstawia argumenty na wypadek, gdyby takie uzasadnienie zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny Konsorcjum ADD znajdowało się w dokumentacji Postępowania. Jeśli uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny i złożonych wraz z nimi dokumentami jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa zostało wraz z wyjaśnieniami przekazane Zamawiającemu, to bazując na posiadanym doświadczeniu Odwołujący twierdzi, że zastosowane przez Konsorcjum ADD uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji zdaniem Odwołującego dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym Postępowaniu. Odwołujący zarzuca, że ogólnie sformułowanie uzasadnienie jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie weryfikacji oferty i wyjaśnień tego wykonawcy przez konkurencyjnych wykonawców ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie. W ocenie Odwołującego, uznając poczynione zastrzeżenie za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r., o sygn.. akt: KIO 1542/14.
Odwołujący wskazał, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2018, poz. 419 ze zm.), w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zatem muszą być spełnione następujące: 1) muszą to być informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W ocenie Odwołującego żadna z powyższych trzech przesłanek nie została spełniona i wykazana. Co do charakteru informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą), należy wskazać, że konieczne jest wykazanie Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego ujawnienie informacji jakie zastrzegł wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym wykonawca upatruje szkody, jak również wykazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.06.2017r., KIO 888/17). Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ADD takich okoliczności nie wykazało. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum ADD nie wykazało również, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem zastrzeżenia, zachować w poufności oraz, że istotnie nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej. Zapewne wykonawca ten poprzestał na stwierdzeniu, że informacje te nie zostały upublicznione, a dostęp do nich ma ściśle określone grono osób. Zapewne Konsorcjum ADD nie przedstawiło procedur obowiązujących u poszczególnych konsorcjantów, których celem jest zabezpieczenie zbioru tych informacji, nie przedstawiło informacji na temat konkretnych klauzul wprowadzanych w umowach z pracownikami/kontrahentami/dostawcami. Konsorcjum ADD nie przedłożyło zapewne kopii żadnych obowiązujących procedur czy przykładów umów zawieranych z pracownikami poszczególnych konsorcjantów, które te dane istotnie zabezpieczałyby w sposób uzasadniający przyznanie im ochrony. Tymczasem pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, rozumieć zatem należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Jednocześnie za niedopuszczalne należy uznać przyjęcie za prawidłowe objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści samego zastrzeżenia poczynionego przez Konsorcjum ADD. Zapewne w zastrzeżeniu tym nie cytowano informacji, które stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. A nawet jeśli tak było, to zastrzeżenie to powinno być udostępnione bez tych informacji. 48. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, akcentując, iż

może być ono dokonane w sytuacjach zupełnie wyjątkowych, w których ciężar udowodnienia konkretnych, zindywidualizowanych okoliczności ciąży wówczas na wykonawcy (vide np. wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1535/14), w ocenie Odwołującego, brak jest dostatecznych podstaw, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez Konsorcjum ADD wymogów formalnych wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Zastrzeżone informacje nie miały wartości gospodarczej, a ich utajnienie miało służyć wyłącznie uniemożliwieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum ADD.Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 10 lipca 2015 r., o sygn.. akt: KIO 1185/15, wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2014 roku, o sygn. akt KIO 2932/13.

Zaniechanie odrzucenia oferty - brak/zmiana funkcjonalności w zakresie oprogramowania 51. Zamawiający w pkt 3.3 SIWZ wskazał, że „W celu wyboru oferty Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz niniejszej specyfikacji w zakresie techniczno-jakościowym

Odwołujący wskazał, że wykonawca wraz z ofertą dostarczy do Zamawiającego 2 egzemplarze urządzeń dla każdego z zadań wraz z każdym koniecznym wyposażeniem licznika, które umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ, obejmującym m.in.: [...]. Z treści oferty Konsorcjum ADD wynika, że wykonawca ten przewidział udział podwykonawcy w realizacji zamówienia, który ma dla niego wytworzyć oprogramowanie - w wykazie części zamówienia powierzonych do wykonania podwykonawcom (wzór nr 9 do SIWZ, str. 689 oferty Konsorcjum ADD) przewidziano do wykonania przez NMG S.A. następujący zakres prac „Oprogramowanie do liczników energii elektrycznej dedykowane do systemu Android w wer. 6.0 i nowszych, umożliwiające dostęp i odczyt danych z licznika poziom 1 oraz parametryzację licznika poziom 2, w zakresie wczytania do licznika gotowego wzorcowego pliku parametryzacyjnego, zgodnie z poziomami zabezpieczeń opisanymi w SIWZ dla oprogramowania narzędziowego". Ponadto przedłożono dla tego podwykonawcy JEDZ oraz pozostałe wymagane dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia, tak jak dla wykonawcy (w ślad za wymaganiem określonym w pkt 4.1.5 lit. c) SIWZ). Niezmiernie istotna jest okoliczność, że funkcjonalność opisana jako przedmiot podwykonawstwa NMG S.A. stanowi dodatkową funkcjonalność punktowaną w kryteriach oceny ofert (pkt 5.5.1 SIWZ): „Oprogramowanie do liczników energii elektrycznej dedykowane do systemu Android w wersji 6.0 i nowszych, umożliwiające dostęp i odczyt danych z licznika poziom 1 oraz parametryzację licznika poziom 2, w zakresie wczytania do licznika gotowego wzorcowego pliku parametryzacyjnego, zgodnie z poziomami zabezpieczeń opisanymi w SIWZ dla oprogramowania narzędziowego". Zamawiający wskazał, że „Dodatkowe punkty zostaną doliczone, jeśli urządzenie posiada dodatkową funkcjonalność, a jeżeli urządzenie nie posiada dodatkowej funkcjonalności otrzyma 0 punktów". Waga tego kryterium wynosi aż 14 punktów. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w protokole końcowym z badania wzorów oferowanych urządzeń w zakresie wymogów technicznych SIWZ przy ofercie Konsorcjum ADD dla zadania 2 wskazał, że spełnia ona wymagania w zakresie tej funkcjonalności (pozycja 4 tabeli). Weryfikacja tej funkcjonalności odbyła się za pomocą badania technicznego, jednakże brak oprogramowania, które ma wytworzyć NMG S.A. nie pozwalał przecież takiego badania przeprowadzić. Istotne są przy tym ustalenia Zamawiającego w protokole badania technicznego, w którym Zamawiający nie zauważył w tym zakresie żadnych nieprawidłowości i potwierdził, że funkcjonalność ta jest spełniona. Nadmienić należy, że udostępniony Odwołującemu po wyborze oferty najkorzystniejszej komplet dokumentów - załączników do protokołu postępowania wskazuje, że Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia tego oprogramowania. Treść protokołu końcowego z badania wzorów oferowanych urządzeń w zakresie wymogów technicznych SIWZ wskazuje zatem, że Zamawiający przeprowadził badanie techniczne jakiegoś oprogramowania tego typu, które mu dostarczyło Konsorcjum ADD. W ocenie Odwołującego na tej podstawie należy wskazać, że inne oprogramowanie było przedmiotem badania Zamawiającego, a inne zostanie mu dostarczone w wyniku realizacji zamówienia, co jest sprzeczne z pkt 3.3 SIWZ. Treść oferty Konsorcjum ADD jest w tym zakresie niewłaściwie sprecyzowana i z oferty wynika, że ulegnie ona zmianie na etapie realizacji zamówienia w zakresie oprogramowania do systemu Android, co jest niedopuszczalne. Zmiana oferty w zakresie oprogramowania, które zostało dostarczone na etapie realizacji zamówienia względem oprogramowania dostarczonego na etapie oferty powinno skutkować odrzuceniem oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Co więcej, Zamawiający w sposób bezpodstawny przyznał dodatkowe punkty ofercie Konsorcjum ADD, czym naruszył art. 91 ust. 1 oraz art.7 ust. 1 ustawy Pzp. 57. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że jeżeli nawet uznać za dopuszczalne uzupełnienie oprogramowania w tym zakresie, to Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum ADD do uzupełnienia oprogramowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego takie uzupełnienie jest jednak niedopuszczalne, ponieważ dotyczyłoby ono funkcjonalności punktowanej w kryterium oceny ofert i stanowiłoby zmianę treści oferty.

Zaniechanie odrzucenia oferty - uszkodzona próbka licznika

Odwołujący wskazał, ze w dokumencie „Sprawdzenie próbek liczników statycznych w postępowaniu przetargowym GZ/ZLW/OLD/06/2019" wskazano: „Licznik G3M.144 firmy UAB Elgama-Elektronika o nr 02377746 został uszkodzony podczas transportu przez firmę kurierską TNT. Wszystkie odczyty podczas badań metrologicznych zostały dokonane metodą alternatywną przy użyciu optozłącza a nie wyświetlacza LCD. Zgodnie z prawem licznik taki nie spełnia wymagań i nie może być stosowany do rozliczeń, jednakże jest sprawny co do prawidłowości rejestracji wskazań w pamięci urządzenia oraz prawidłowo zlicza energię elektryczną tj. w granicach dopuszczalnych błędów wskazań zgodnie z prawem".

W ocenie Odwołującego tak przeprowadzone badanie zostało przeprowadzone z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem oferta Odwołującego została w pełni przebadana w oparciu o dwa egzemplarze liczników, a oferta Konsorcjum ADD tylko w oparciu jeden egzemplarz. To powoduje, że szanse na wykrycie i ewentualne zarzucenie nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum ADD względem oferty Apator były niższe o 50%. Fakt nieprzebadania oferty Konsorcjum ADD w pełnym zakresie jest sprzeczny z pkt. 3.3 SIWZ, a także z: 1) pkt. 3.4 SIWZ: „Dostarczone z ofertą urządzenia będą służyć do sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami SIWZ oraz będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie dopuszcza w trakcie postępowania możliwości zmiany właściwości dostarczonych z ofertą urządzeń lub ich wymiany na inne"; 2) pkt 5.2.1.30 SIWZ: „Dołączone do oferty wzory oferowanych urządzeń będą podlegały badaniu, co do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji. Każda z oferowanych próbek będzie podlegała ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każda oceniania próbka powinna spełniać określone wymogi techniczne. Negatywna ocena którejkolwiek z próbek będzie jednoznaczna z uznaniem przez Zamawiającego, iż oferowane urządzenie nie spełnia wymagań przedmiotowych określonych w niniejszej SIWZ"; 3) pkt.5.2.1.6 SIWZ: „[...] wraz z 2 wzorcowymi egzemplarzami każdego z oferowanych produktów dla każdego z zadań. Oba egzemplarze urządzeń muszą być tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń. Zamawiający dopuszcza jedynie, aby rok produkcji dostarczonych

egzemplarzy urządzeń różnił się od roku produkcji urządzeń, które będą dostarczane w ramach dostaw oraz aby w kodzie kreskowym typ licznika (5 cyfr) oraz cyfra kontrolna (1 cyfra), zostały określone dowolnymi cyframi [...]".
W ocenie Odwołującego w związku z brakiem zbadania oferty Konsorcjum ADD w zakresie każdego z urządzeń w pełnym zakresie i brakiem takiej możliwości, oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie wykazano, aby próbka ta spełniała wszystkie wymagania - ze względu na uszkodzenie wyświetlacza. Należy bowiem zauważyć, że licznik z uszkodzonym wyświetlaczem nie daje możliwości jego weryfikacji w pełnym zakresie, np. co do funkcjonalności określonych w: 1) pkt 3.1.23 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia („SOPZ"): Licznik musi być wyposażony w wyświetlacz LCD posiadający: tryb testowy dla sprawdzenia poprawności wyświetlania, minimum siedem cyfr z możliwością zaprogramowania dla energii do dwóch miejsc po przecinku, komunikaty poprzedzone kodem OBIS charakteryzującym wskazywaną wielkość. Dla odpowiednich wielkości jako kod trzypozycyjny dla wielkości opisanych wartościami C, D, E oraz czteropozycyjny dla wielkości opisanych wartościami C, D, E, F wg normy PN-EN 62056-6-1, symbol taryfy (wg Tabeli nr 1), symbol aktywnej strefy czasowej; 2) pkt 3.1.23 SOPZ: Licznik musi być wyposażony w przycisk lub przyciski służące do przewijania listy odczytowej na wyświetlaczu licznika. Zamawiający dopuszcza wykonanie tych przycisków zarówno jako mechanicznych (tradycyjnych) i jako dotykowych (w technologii pojemnościowej); 3) pkt 3.1.25 SOPZ: Licznik musi umożliwiać odczyt z wyświetlacza LCD w trakcie trwania komunikacji interfejsem elektrycznym; 4) pkt 3.1.26 SOPZ: Licznik musi mieć możliwość odczytu wskazań na wyświetlaczu LCD, w zakresie minimalnym określonym w Tabeli 2. W stanie braku zasilania z sieci elektroenergetycznej odczyt musi być możliwy przynajmniej przez okres 100 dni od chwili zaniku napięcia. Lista wyświetlań tych wskazań sterowana ręcznie; 5) pkt 3.1.27 SOPZ: Dane pomiarowe wyświetlane na wyświetlaczu LCD w stanie zasilania z sieci elektroenergetycznej i w stanie braku zasilania z sieci elektroenergetycznej muszą być tożsame i muszą mieć zachowaną tą samą dokładność wskazań po przecinku; 6) pkt 3.1.28 SOPZ: Licznik musi mieć możliwość konfigurowania niezależnych list odczytowych na wyświetlaczu licznika: samoczynnie przewijalnej oraz ręcznie przewijalnej za pomocą przycisków; 7) pkt 3.4.11 SOPZ: Pomiar mocy chwilowej (okres uśredniania poniżej 5 sekund) i wyświetlanie jej wartości liczbowej; 8) pkt 3.4.15 SOPZ: Sygnalizacja na wyświetlaczu LCD obecności i zaniku napięcia w poszczególnych obwodach fazowych, nieprawidłowej kolejności faz, kierunku przepływu energii czynnej i bierne; 9) pkt 3.4.19 SOPZ: Mierzone, rejestrowane i zapisywane przez licznik energie powinny być wykazywane w postaci co najmniej 8 cyfr (minimalna wymagana liczba cyfr na wyświetlaczu LCD: 7) z rozdzielczością nie gorszą niż 0,1 kWh. Mierzone rejestrowane i zapisywane przez licznik moce powinny być wykazywane w postaci co najmniej 5 cyfr z rozdzielczością nie gorszą niż IW; 10) pkt 3.4.20 SOPZ: Rejestracja i zapis co najmniej następujących wielkości mierzonych: moc maksymalna czynna ze znacznikiem czasu i daty jej wystąpienia oraz energia w rejestrach całkowitych i taryfowych w okresach rozliczeniowych archiwalnych (min. 12 okresów) i bieżących. Licznik musi umożliwiać odczyt powyższych wielkości na wyświetlaczu LCD dla programowalnej liczby okresów rozliczeniowych; 11) pkt 3.4.24 SOPZ: Każde otwarcie osłony skrzynki zaciskowej licznika sygnalizowane bezzwłocznie (bez opóźnienia lub konieczności dodatkowej, poza ewentualnym ustawieniem podczas parametryzacji licznika, aktywacji funkcji) na wyświetlaczu lub w inny sposób widoczny „gołym okiem" (bez potrzeby demontażu licznika). Sygnalizacja winna działać również po ponownym założeniu pokrywy listwy zaciskowej licznika, do czasu jej skasowania oprogramowaniem narzędziowym lub przy użyciu plombowanego przycisku po zerwaniu z niego plomby Zamawiającego (jeżeli licznik jest w taki przycisk wyposażony). Zamawiający musi mieć możliwość włączania i wyłączania funkcji sygnalizacji oraz opcji kasowania przyciskiem na etapie parametryzacji licznika (jeżeli licznik jest w taki przycisk wyposażony); 12) zawartych w SOPZ - Tabela 1 Zestawienie symboli grup taryfowych obrazujących sposób ich wyświetlania na wyświetlaczach liczników statycznych energii elektrycznej; 13) zawartych w SOPZ - Tabela 2 Opis minimalnej zawartości list odczytowych dostępnych na wyświetlaczu LCD licznika. 62. Sam Zamawiający w protokole badania przyjął, że zgodnie z prawem licznik taki nie spełnia wymagań i nie może być stosowany do rozliczeń. Taki licznik jest zatem sprzeczny także z pkt 3.1.1 SOPZ z którego wynika, że liczniki statyczne bezpośrednie powinny spełniać następujące ogólne wymagania formalne i techniczne: „Wykonanie zgodne z obowiązującymi na obszarze Rzeczpospolitej Polskiej przepisami, między innymi Taki licznik nie może stanowić wzorca.
Odwołujący wskazał, że stwierdzenie zawarte w dokumencie „Sprawdzenie próbek liczników statycznych w postępowaniu przetargowym GZ/ZLW/OLD/06/2019", że „Wszystkie odczyty podczas badań metrologicznych zostały dokonane metodą alternatywną przy użyciu optozłącza a nie wyświetlacza LCD" nie rozwiązuje problemu, bowiem ono nie odnosi się do funkcjonalności wyświetlacza czy jego prawidłowego działania, a jedynie do tego co ewentualnie ma być wyświetlane i potwierdza prawidłowość co najwyżej działania tych elementów licznika, które za to odpowiadają, ale nie samego wyświetlacza. Poza tym z tego fragmentu wynika, że chodzi od odczyty wyłącznie z badań metrologicznych.
Wadliwie przeprowadzone testy
W ocenie Odwołującego niezależnie od kwestii podniesionych w innych zarzutach, Zamawiający przeprowadził badanie oferty Konsorcjum ADD w sposób nierzetelny i wadliwy:
1) w pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że przedmiotem badania Zamawiającego w zakresie oferty Konsorcjum ADD (protokół badania technicznego licznika) był wyłącznie jeden licznik - Licznik statyczny energii elektrycznej czynnej. Typ.: GAMA 300 G3M.144, nr fab. 02377747, co jest sprzeczne w szczególności z pkt 5.2.1.30 SIWZ: „[...] Każda z oferowanych próbek będzie podlegała ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każda oceniania próbka powinna spełniać określone wymogi techniczne". Wobec powyższego badanie powinno być wykonane w' stosunku do obydwu egzemplarzy liczników;
2) w dokumencie „Sprawdzenie próbek liczników statycznych w postępowaniu przetargowym GZ/ZLW/OLD/06/2019" wskazano: „Licznik G3M.144 firmy U AB Elgama-Elektronika o nr 02377746 został uszkodzony podczas transportu przez firmę kurierską TNT". Zamawiający wskazuje, że przeprowadził testy „metodą alternatywną", a z protokołu badania technicznego wynika, że polega ona na badaniu oprogramowaniem narzędziowym - taka informacja znajduje się, ale wyłącznie przy części wymagań dotyczących wyświetlacza. Zatem sam Zamawiający przyjął, że „metoda alternatywna" mogła być zastosowana wyłącznie przy części wymagań (o czym w odrębnym zarzucie). Odwołujący wskazał, że metoda alternatywna w ślad za twierdzeniami Zamawiającego dotyczyła uszkodzonego licznika o nr 02377746, a tymczasem widać, że Zamawiający zastosował tę metodę do drugiego licznika - nr fab. 02377747 (tylko ten licznik był badany zgodnie z treścią protokołu badania technicznego w zakresie oferty' Konsorcjum ADD - taka informacja została zawarta na pierwszej stronie w pozycji „Dane urządzenia"). Inaczej rzecz ujmując Zamawiający zbadał wyłącznie nieuszkodzony licznik, ale badał go tak, jakby był on uszkodzony. Wobec powyższego Zamawiający nie przebadał żadnego z urządzeń w pełnym zakresie i w sposób prawidłowy, co powinien uczynić;
3) pkt 3.2.1.8 protokołu badania technicznego (wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla wszystkich grup taryfowych G i C, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja SA. Szczegółowe wymagania dotyczące zawartości

plików parametryzacyjnych zostaną przedstawione Wykonawcy na etapie realizacji zamówienia) - Zamawiający w kolumnie „spełnienie wymagań" wpisał „Nie dotyczy", a w kolumnie „Dodatkowe uwagi" wskazał „Na etapie zamówienia". Zatem badanie w zakresie plików parametryzacyjnych nie zostało przeprowadzone, pomimo, że w SIWZ w pkt 3.3.5 Zamawiający żądał ich złożenia: „wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla następujących grup taryfowych C12w, C22a, C24, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja S.A., zawierające parametry określone w SIWZ" jako część wyposażenia licznika, wskazując, że „Wykonawca wraz z ofertą dostarczy do Zamawiającego 2 egzemplarze urządzeń dla każdego z zadań wraz z każdym koniecznym wyposażeniem licznika, które umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ [...]. Nie ma możliwości przeprowadzenia pełnego badania oferty bez plików parametryzacyjnych, a Zamawiający nie wykonał tego badania, bo takich plików nie posiadał jako elementu oferty. Badanie nie powinno odbywać się w oparciu o uzupełnione pliki parametryzacyjne, ponieważ doszłoby wówczas do zmiany oferty. Zamawiający nie wykonał tego badania i oferta Konsorcjum ADD podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia wskazanego wymagania. Gdyby przyjąć za dopuszczalne powtórzenie badania w oparciu o uzupełnione pliki parametryzacyjne – Odwołujący wniósł o nakazanie jego powtórzenia. Brak badania w tym zakresie stanowi jednocześnie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący zauważył, że w przypadku jego oferty jego próbka została przebadana także w tym wymaganiu i nie poczyniono uwag, jak w przypadku oferty konkurencji. Badanie w oparciu o te pliki jest normalnym elementem procedury weryfikacji próbki;

4) pkt 3.4.5 protokołu badania technicznego (Pobór mocy przez każdy tor napięciowy dla znamionowych wartości napięcia, częstotliwości i temperatury nie może przekraczać wartości 1 W i 3 VA) wskazano „Sprawdzono oprogramowaniem narzędziowym". W ocenie Odwołującego parametr ten powinien być weryfikowany poprzez badanie techniczne - testy sprawdzające, bowiem oprogramowanie narzędziowe służy do parametryzacji licznika i odczytów pomiarowych licznika, ale nie do weryfikacji poboru mocy przez tory napięciowe. Brak badania w tym zakresie stanowi jednocześnie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący zauważył, że w przypadku oferty Odwołującego wykonano badanie techniczne w tym wymaganiu i nie poczyniono uwag, jak w przypadku oferty konkurencji;

5) pkt 2.3 protokołu badania technicznego (W liczniku musi istnieć mechanizm zmiany, z wykorzystaniem optozłącza i RS485, certyfikatu (klucza) z gotowych plików XML do uwierzytelniania na interfejsach komunikacyjnych) – w ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykonał badania, wskazując w kolumnie w kolumnie spełnienie wymagań „Nie dotyczy modyfikacja w zapisach SIWZ", zaś w kolumnie „Dodatkowe uwagi" wskazał „Pkt. Powinien być usunięty zestaw pytań z dnia 25.07.2019r.". Odwołujący wskazał, że przedmiotowe wymaganie nie zostało usunięte, zwłaszcza w zestawie pytań z dnia 25.07.2019r. Przedmiotowe wymaganie jest wiążące, zresztą Zamawiający zdaje się tylko wyrażać swoje intencje wskazując, że ten punkt „powinien" być usunięty, a nie że został usunięty. Jeśli Zamawiający dokonał badania a wynik tego badania był negatywny, to oferta Konsorcjum ADD powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jeśli zaś Zamawiający nie przeprowadził badania w tym zakresie, to naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący zauważył, że w przypadku oferty Odwołującego wykonano badanie techniczne w tym wymaganiu i nie poczyniono uwag, jak w przypadku oferty konkurencji. Zamawiający powinien wykonać badanie w tym zakresie;

6) Zamawiający zawarł wymagania w SOPZ - Tabela 1 Zestawienie symboli grup taryfowych obrazujących sposób ich wyświetlania na wyświetlaczach liczników statycznych energii elektrycznej oraz Tabela 2 Opis minimalnej zawartości list odczytowych dostępnych na wyświetlaczu LCD licznika, które licznik powinien spełnić. Zamawiający zaniechał weryfikacji tych wymagań w przypadku urządzeń Konsorcjum ADD, weryfikując je jednocześnie w przypadku oferty Odwołującego (pod pkt 3.4.28 w protokole badania technicznego Odwołującego zawarto tabele odpowiadające tabelom 1 i 2 SOPZ i potwierdzono spełnienie zawartych w nich wymagań), czego nie uczyniono w przypadku oferty Konsorcjum ADD, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zweryfikował prawidłowo oferty Konsorcjum ADD, czym naruszył także postanowienia SIWZ (w tym pkt. 3.3, 3.4, 3.5, 5.2.1.30) i badanie powinno być powtórzone i uzupełnione w stosunku do obydwu egzemplarzy licznika w pełnym zakresie, ewentualnie oferta Konsorcjum ADD powinno być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że protokoły z testów zostały mu przekazane po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odrzucenie oferty - brak możliwości weryfikacji rzeczywistej pojemności pamięci profili

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ADD na str. 695 - 696 oferty zawarło oświadczenie o treści: „W związku z wymaganiem 3.6 opisującym przedmiot Zamówienia, że: Zgodność rzeczywistej pojemności pamięci profili oferowanych liczników z wymaganiami Zamawiającego weryfikowana będzie na podstawie: 3.6.1. profili o okresie uśredniania 1 min. po przeliczeniu liczby zapisanych w profilach rekordów o okresie uśredniania 15 min. w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu dla określonej przez Zamawiającego liczby profili. Jako jeden rekord Zamawiający rozumie dane zapisane ze wszystkich rejestrowanych przez licznik wymaganych przez Zamawiającego profili z jednym znacznikiem czasu. Pojemność profili będzie weryfikowana przy maksymalnych wymaganych przez Zamawiającego parametrach rejestrowanych w profilach wartości lub 3.6.2. w przypadku liczników nie wyposażonych w rejestrację profilu z czasem uśredniania 1 min. na podstawie ciągłych profili o okresie uśredniania 15 min., które muszą być zapisane w dostarczonych wraz z ofertą urządzeniach za okres nie krótszy niż minimalna pojemność profilu określona przez Zamawiającego. 3.6.3. Zamawiający zastrzega sobie możliwość weryfikacji pojemności profili na podstawie odczytu z innego niż dostarczone z ofertą oprogramowania, zgodnego z protokołem komunikacyjnym licznika. Wykonawca zwraca uwagę na to, że powyższe wymaganie stoi w sprzeczności z certyfikacją MID (wymaganą przez Zamawiającego w punkcje 3.3.6 SIWZ), która nie dopuszcza zapisywania w profilach licznika sztucznie generowanych danych, a jedyną zgodną z MID metodą zapisu profili jest podłączenie licznika do zasilania i odczekanie odpowiedniej ilości czasu 180 dni, co przekracza termin ważności oferty.

Liczniki oferowane przez Konsorcjum posiadają możliwość ustawienia Profilu 5 minutowego, co pozwoli Zamawiającemu skrócić potrzebny czas na dokonanie powyższego potwierdzenia. [...]". Odwołujący wskazał, że wymaganie zawarte w pkt 3.6 służy weryfikacji wymagania pkt 3.4.17 SOPZ o treści: „Rejestracja i zapis w profilu co najmniej 3 kanałów w postaci stanów liczydeł dla rejestrów energii elektrycznej w okresie nie krótszym niż 180 dni, przy okresie uśredniania 15 minut z możliwością odczytu całego zarejestrowanego przez licznik profilu oraz z dowolnego definiowanego przez odczytującego okresu czasu. W przypadku możliwości rejestracji przez licznik w profilu bezstresowych stanów liczydeł i mocy wybór sposobu rejestracji i zapisu profilu stanu liczydeł lub mocy musi być możliwy przez Zamawiającego na etapie parametryzacji licznika''. Odwołujący wskazał, że Zamawiający, aby zbadać tę funkcjonalność, bez postanowień z pkt 3.6 SIWZ, musiałby wykonać testy trwające minimum 180 dni. W takim czasie profil zostałby zapełniony odpowiednią

ilością rekordów. Przy okresie uśredniania 15 minut mamy 96 rekordów na dobę - chodzi o to, że co 15 minut mamy zapisywany kolejny rekord. Do spełniania wymogu 180 dni licznik musi umożliwiać zapis minimum 180x96 = 17280 rekordów. Zamawiający chcąc skrócić czas badania określił, że jeśli licznik pozwoli na ustawienie okresu uśredniania na 1 minutę (zapisywania rekordów co minutę) to on sam wykona badanie w taki sposób - pkt 3.6.1 SIWZ. Pozwoli mu to na 15 krotne skrócenie badania i w konsekwencji sprawdzenie tego wymagania w czasie 12 dni. 12dni x 60 minut x 24 godziny daje nam także 17280 rekordów. Natomiast jeśli nie ma możliwości ustawienia 1 minuty, to Zamawiający wymagał, aby licznik miał już zapisane te rekordy - pkt 3.6.2 SIWZ. Wybór należał do wykonawcy. W ocenie Odwołującego przedmiotowe oświadczenie Konsorcjum ADD dowodzi, że urządzenia dostarczone przez Konsorcjum ADD nie posiadają możliwości ich weryfikacji zgodnej z SIWZ oraz nie zostały przygotowane do badań w wymagany sposób - brak ustawienia okresu uśredniania na 1 minutę (zapisywania rekordów co minutę) (pkt. 3.6.1 SIWZ) oraz brak zapisanych rekordów (pkt. 3.6.2 SIWZ), co powoduje, że oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nadmienić należy przy tym, że to producent decyduje, o sposobie wykonania licznika, a w ślad za tym o przedmiocie certyfikacji. Konsorcjum ADD powinno zadbać o pozyskanie właściwego certyfikatu MID lub zaskarżyć postanowienia SIWZ, czego nie uczyniło. Kwestionowanie wymagań Zamawiającego w oparciu o oświadczenia składane wraz z ofertą nie może zwolnić tego Wykonawcy z konieczności zadośćuczynienia uprawomocnionej treści SIWZ.
Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że badanie wykonane przez Zamawiającego, nawet jeśli przyjąłby on sposób sprzeczny z SIWZ, a wskazany w oświadczeniu Konsorcjum ADD i tak nie mogło być wykonane w sposób rzetelny w czasie wskazanym w protokole badań, ponieważ czas potrzebny na przebadanie tego wymagania wynosi wtedy 60 dni, a daty protokołów badań wskazują, że badanie trwało krótszy okres czasu. Wobec tego badanie to zostało wykonane w sposób nie dający możliwości weryfikacji spełniania wymagań Zamawiającego, tj. pkt pkt 3.4.17 SOPZ. Taki sposób przeprowadzenia badania narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że jeżeli Izba uzna, że konieczne jest powtórzenie badania oferty Konsorcjum ADD, to wnosimy o nakazanie powtórzenia tego badania w sposób zgodny z SIWZ, a w szczególności jej pkt 3.6.
Odrzucenie oferty - wadliwe oprogramowanie firmware
Odwołujący wskazał, że w protokole badania technicznego licznika Konsorcjum ADD w pkt 1.3 i 1.6 zawarto uwagę: „brak możliwości wymiany firmware str. 234". Natomiast w pkt 5.2 uwaga otrzymała treść: „W liczniki nie ma maożlwości zmiany fimware, dokumentacja" [zachowano oryginalną pisownię]. Takie uwagi wskazują, że oprogramowanie firmware Konsorcjum ADD jest sprzeczne z wymaganiem 3.1.44.1 SOPZ: Każde oprogramowanie do oferowanych liczników energii elektrycznej będących przedmiotem zamówienia wymagane przez Zamawiającego musi spełniać następujące wymogi: 3.1.44.1 Dostarczone oprogramowanie musi pracować na następujących systemach operacyjnych: Windows 7, Windows 10 w wersjach 32 oraz 64-bitowych, przy czym Wykonawca w okresie gwarancji zobowiązany jest do aktualizacji oprogramowania w przypadku dostępności nowszych wersji wskazanych systemów operacyjnych. Odwołujący wskazał, że nie jest mu znana treść dokumentacji technicznej oferty Konsorcjum ADD, ale z protokołu badania technicznego licznika Konsorcjum ADD wynika, że str. 234 Instrukcji wskazuje na brak możliwości zmiany firmware. Jednocześnie badanie zostało przeprowadzone w sposób nierzetelny, bowiem przy pkt 3.1.44.1 przytoczonego protokołu wskazano, że badane urządzenia spełniają to wymaganie, co jest sprzeczne z uwagami zawartymi w pkt 1.3, 1.6 i 5.2. Przy pkt 3.1.44.1 przeprowadzono badanie techniczne i dokumentacji. Wymaganie to w zakresie „dostarczone oprogramowanie musi pracować na następujących systemach operacyjnych: Windows 7, Windows 10 w wersjach 32 oraz 64- bitowych" oczywiście może i powinno być badane w oparciu o badanie techniczne. Odwołujący wskazał, że przytoczone wymaganie posiada jeszcze element „Wykonawca w okresie gwarancji zobowiązany jest do aktualizacji oprogramowania w przypadku dostępności nowszych wersji wskazanych systemów operacyjnych", co być może umknęło Zamawiającemu, a który to element można zweryfikować jedynie na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w dokumentacji wchodzącej w skład oferty. Sam Zamawiający zauważył, że dokumentacja ta wskazuje na brak możliwości wymiany firmware, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum ADD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
W ocenie Odwołującego zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD, jak również wadliwie przeprowadzone badanie i ocena tej oferty powinny skutkować uznaniem, że został naruszony art. 91 b ust. 1 i 91 a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej konsorcjum ADD i jej przeprowadzenie pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, względnie badanie i ocena oferty tego Wykonawcy powinna zostać powtórzona, a tylko Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia, wymagań Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia oraz sposobu ich weryfikacji; (ii) ofertę Odwołującego oraz Konsorcjum ADD na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum ADD z dnia 11.12.2019 r. dotyczące zaoferowanej ceny w zakresie zadania nr 2 oraz wyjaśnienia Konsorcjum ADD z dnia 18.12.2019 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania i złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iv) protokół końcowy z badania wzorów oferowanych urządzeń w zakresie wymogów technicznych SIWZ (21-22.10.2019 r.) wraz z Załącznikiem nr 1 – sprawdzanie próbek liczników statycznych w postepowaniu przetargowym pod katem metrologicznym – Laboratorium Wzorcujące PGE Dystrybucja Oddział Lublin oraz Załącznikiem nr 2 - protokoły badań technicznych na zgodność oferty z SIWZ na okoliczność ustalenia zgodności urządzeń Przytupującego z wymogami zawartymi w SIWZ; (i) protokół uszkodzeń przesyłki firmy TNT, notatkę służbową z dnia 3 października 2019 r., pismo z dnia 1 października 2019 r. o złożeniu oferty przez Przystępującego wraz z próbkami – na okoliczność ustalenia okoliczności związanych z uszkodzeniem licznika nr 02377746; (v) raporty badań poboru mocy na okoliczność wykazania, że parametr poboru mocy badany jest za pomocą badania technicznego przy użyciu specjalistycznych urządzeń pomiarowych, nie zaś za pomocą oprogramowania narzędziowego.
Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej - liczniki komunalne w podziale na 2 zadania (części) dla Oddziałów PGE Dystrybucja S.A.
Zadanie 1 - liczniki dwukierunkowe 1 fazowe.
Zadanie 2 - liczniki dwukierunkowe 3 fazowe.
Izba ustaliła, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia następujące kwoty:

Nr zadania	Nazwa zadania	Kwota (PLN brutto)

Zadanie 1	Dostawy liczników bezpośrednich, statycznych, wielostrefowe, 1 fazowe z wbudowanym zegarem sterującym i rejestracją profilu	12 441 450,00 zł
Zadanie 2	Dostawy liczników bezpośrednich, statycznych, wielostrefowe, 3 fazowe z wbudowanym zegarem sterującym i rejestracją profili	54 199 950,00 zł

Izba ustaliła, że w pkt 3.3 SIWZ Zmawiający wskazał, iż w celu wyboru oferty, Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz niniejszej specyfikacji w zakresie techniczno-jakościowym. Wykonawca wraz z ofertą dostarczy do Zamawiającego 2 egzemplarze urządzeń dla każdego z zadań wraz z każdym koniecznym wyposażeniem licznika, które umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ (w tym również modemu jeżeli jest wymagany przez Zamawiającego), obejmującym m.in.:

3.3.1.nietypowe złączki, interfejsy komunikacyjne dla wykonań modułowych, głowice optyczne ze złączem USB. Oba egzemplarze urządzenia muszą być tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń. Zamawiający dopuszcza jedynie aby rok produkcji dostarczonych egzemplarzy urządzeń różnił się od roku produkcji urządzeń, które będą dostarczane w ramach dostaw oraz aby w kodzie kreskowym typ licznika (5 cyfr) oraz cyfra kontrolna (1 cyfra), zostały określone dowolnymi cyframi. Wszelkie oznaczenia na liczniku muszą być zgodne z przedłożonym w ofercie certyfikatem MII), rokiem jego produkcji oraz wymaganiami Zamawiającego;

3.3.2.oprogramowanie do urządzeń w języku polskim z funkcjonalnością spełniającą wymagania SIWZ w wersji produkcyjnej (Zamawiający nie dopuszcza wersji testowych oprogramowania np. oznaczonych jako beta itp.) z licencją tymczasową, na okres związania ofertą. Oprogramowanie musi być tożsame z oprogramowaniem, które zostanie dostarczone wraz z pierwszą dostawą urządzeń;

3.3.3schemat połączeń urządzenia;

3.3.4.instrukcje obsługi urządzenia lub inne dokumenty umożliwiające Zamawiającemu sprawdzenie wszelkich wymaganych w SIWZ funkcjonalności dla 2 egzemplarzy dostarczonych wraz z ofertą urządzeń;

3.3.5.wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla następujących grup taryfowych C12w, C22a, C24, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja S.A., zawierające parametry określone w SIWZ;

3.3.6.deklarację zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub HI) oraz pełną dokumentacją badań przeprowadzonych w ramach wymienionych modułów;

3.3.7.urządzenia mają być wykonane w sposób gwarantujący, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UW przekroczy 50%. Powyższe należy potwierdzić deklaracją Wykonawcy, zawierającą informacje o miejscu/miejscach produkcji urządzeń (dane teleadresowe). Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji przedstawionej przez Wykonawcę deklaracji oraz żądania dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie m.in. w zakresie przedstawienia przez Wykonawcę dokumentów celnych stanowiących dowód pochodzenia towarów (tj. świadectwo pochodzenia towarów) dla celów weryfikacji przez Zamawiającego udziału towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wg Załącznika nr 6;

3.3.8.urządzenia mają potwierdzać deklaracją CE, zgodność z załącznikiem CI do Dyrektywy 2004/22/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych, Dziennik Urzędowy UE L nr 135 str. 1, Dziennik Urzędowy UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 13 tom 34 str. 149;

3.3.9. obudowa oraz osłona listwy zaciskowej licznika jest wykonana z materiału termoplastycznego lub termoutwardzalnego;

3.3.10. obudowa oraz osłona listwy zaciskowej licznika jest wykonana z materiału podlegającego w pełni procesowi recyklingu;

3.4.Dostarczone z ofertą urządzenia będą służyć do sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami SIWZ oraz będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie dopuszcza w trakcie postępowania możliwości zmiany właściwości dostarczonych z ofertą urządzeń lub ich wymiany na inne. Urządzenia zostaną zwrócone Wykonawcy zgodnie z zasadami wynikającymi z Ustawy PZP. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników, w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania zgodnie z jego przeznaczeniem lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego.

3.5.Parametry oferowanych liczników jak m.in.: wartości znamionowe, w tym m.in. prądy, napięcia, temperatury pracy, klasa dokładności, stopień ochrony obudowy, będą sprawdzane na zgodność z wymaganiami załączonych deklaracji zgodności MID, wydanych przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną, lub certyfikatu wydanego przez akredytowaną w odpowiednim zakresie jednostkę. Testy metrologiczne w zakresie sprawdzenia prawidłowości realizacji przez licznik pomiaru energii czynnej i biernej oferowanych urządzeń przeprowadzane będą w laboratorium Zamawiającego w przy ul. Pancerniaków 4b, 20-331 Lublin, na tablicach wzorcowniczo - legalizacyjnych o dokładności wzorca 0,04%. Testy metrologiczne zostaną przeprowadzone zgodnie z procedurą obowiązującą przy wykonaniu legalizacji ponownej dla danego rodzaju licznika. Zamawiający przeprowadzi również testy oferowanych liczników w zakresie spełnienia wymaganych funkcjonalności. Zamawiający zastrzega sobie również prawo wykonania dla dostarczonych wraz z ofertą liczników badań w jednostce notyfikowanej wskazanej przez Zamawiającego, w celu potwierdzenia zgodności dostarczonych przez Wykonawcę liczników oraz certyfikatów przedstawionych przez Wykonawcę zgodnie z punktem 3.3.6. SIWZ.

3.6.Zgodność rzeczywistej pojemności pamięci profili oferowanych liczników z wymaganiami Zamawiającego weryfikowana będzie na podstawie:

3.6.1. profili o okresie uśredniania 1 min. po przeliczeniu liczby zapisanych w profilach rekordów o okresie uśredniania 15 min. w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu dla określonej przez Zamawiającego liczby profili. Jako jeden rekord Zamawiający rozumie dane zapisane ze wszystkich rejestrowanych przez licznik wymaganych przez Zamawiającego profili z jednym znacznikiem czasu. Pojemność profili będzie weryfikowana przy maksymalnych wymaganych przez Zamawiającego parametrach rejestrowanych w profilach wartości; lub

3.6.2 w przypadku liczników nie wyposażonych w rejestrację profilu z czasem uśredniania 1 min. na podstawie ciągłych profili o okresie uśredniania 15 min., które muszą być zapisane w dostarczonych wraz z ofertą urządzeniach za okres nie krótszy niż minimalna pojemność profilu określona przez Zamawiającego.

3.6.3. Zamawiający zastrzega sobie możliwość weryfikacji pojemności profili na podstawie odczytu z innego niż dostarczone z ofertą oprogramowania, zgodnego z protokołem komunikacyjnym licznika.

W Rozdziale V SIWZ Zamawiający wskazał zakres wymaganych dokumentów wraz z ofertą. Zamawiający wymagał przedłożenia m.in.:

5.2.1.6. Karty katalogowe oferowanych produktów stanowiące Załączniki do oferty odpowiednio dla każdego zadania, zawierające podstawowe informacje techniczne (parametry, właściwości, gabaryty, wykresy uchybów liczników w funkcji obciążenia, zmian napięcia, temperatury pracy), umożliwiające dokonanie weryfikacji zgodności z wymaganiami technicznymi określonymi w niniejszej SIWZ wraz z 2 wzorcowymi egzemplarzami każdego z oferowanych produktów dla każdego z zadań. Oba egzemplarze urządzeń muszą być tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń. Zamawiający dopuszcza jedynie, aby rok produkcji dostarczonych egzemplarzy urządzeń różnił się od roku produkcji urządzeń, które będą dostarczane w ramach dostaw oraz aby w kodzie kreskowym typ licznika (5 cyfr) oraz cyfra kontrolna (1 cyfra), zostały określone dowolnymi cyframi. Wszelkie oznaczenia na liczniku muszą być zgodne z przedłożonym w ofercie certyfikatem MID, rokiem jego produkcji oraz wymaganiami Zamawiającego.

5.2.1.7. Nietypowe złączki, interfejsy komunikacyjne dla wykonań modułowych, głowice optyczne ze złączem USB.

5.2.1.8. Oprogramowanie oprogramowaniem do urządzeń w języku polskim z funkcjonalnością spełniającą wymagania SIWZ w wersji produkcyjnej (Zamawiający nie dopuszcza wersji testowych oprogramowania np. oznaczonych jako beta itp.) z licencją tymczasową, na okres związania ofertą. Oprogramowanie musi być tożsame z oprogramowaniem, które zostanie dostarczone wraz z pierwszą dostawą urządzeń.

5.2.1.9. Schematy połączeń urządzeń.

5.2.1.10. Instrukcje obsługi urządzeń (instrukcję eksploatacji liczników w języku polskim, stanowiącą Załączniki do oferty odpowiednio dla każdego zadania, obejmującą, co najmniej wszystkie czynności niezbędne do wykonania badań zgodności z wymaganiami zawartymi w SIWZ).

5.2.1.11. Wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla następujących grup taryfowych C12a, C12W, C23, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja S.A., zawierające parametry określone w SIWZ.

5.2.1.12. Oświadczenie potwierdzające zgodność z dyrektywą MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1) oraz pełną dokumentacją badań przeprowadzonych w ramach wymienionych modułów.

5.2.1.13. Deklarację Wykonawcy, że przedmiot zamówienia będzie wykonany w sposób gwarantujący, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekroczy 50%. Powyższe należy potwierdzić deklaracją Wykonawcy, zawierającą informacje o miejscu produkcji urządzeń (dane teleadresowe). Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą oświadczenia, że do każdej partii urządzeń dołączy dokumenty celne stanowiące dowód pochodzenia towarów (tj. świadectwa pochodzenia towarów) dla celów weryfikacji przez Zamawiającego udziału towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wg Załącznika nr 6 do SIWZ.

5.2.1.14. Deklarację zgodności CE, potwierdzającą zgodność z załącznikiem CI do Dyrektywy 2004/22/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych, Dziennik Urzędowy UE L nr 135 str. 1, Dziennik Urzędowy UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 13 tom 34 str. 149.

5.2.1.15. Oświadczenie potwierdzające, że obudowa oraz osłona listwy zaciskowej licznika jest wykonana z materiału termoplastycznego lub termoutwardzalnego.

5.2.1.16. Oświadczenie potwierdzające, że obudowa oraz osłona listwy zaciskowej licznika jest wykonana z materiału podlegającego w pełni procesowi recyklingu.

5.2.1.17. Oświadczenie Wykonawcy, że oferowane urządzenia zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi na obszarze Rzeczpospolitej Polskiej przepisami, między innymi: a) Ustawą Prawo o Miarach z dnia 11 maja 2001 r. (Dz. U. z 2004 r. nr 243, poz. 2441 z późniejszymi zmianami); b) Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2008 r. Nr 11, poz. 63); c) Rozporządzeniem Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13.04.2017 w sprawie prawnej kontroli metrologicznej przyrządów pomiarowych (dz. U. 2017 nr 0 poz. 969).

5.2.1.18. Oświadczenie Wykonawcy, że oferowane urządzenia zostały wykonane zgodnie z normami, a w szczególności z normą PN-EN 50470 oraz PN-EN 62056-6-1 lub normami je zastępującymi wydanymi przez Polski Komitet Normalizacyjny.

5.2.1.19. Oświadczenie Wykonawcy, że oferowane urządzenia posiadają deklaracje zgodności MID zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2016 r. nr O poz. 815).

5.2.1.22. Oświadczenie Wykonawcy, że jest uprawnionym do zapewnienia Zamawiającemu licencji w zakresie objętym umową, a sam przedmiot licencji nie ma wad prawnych i fizycznych.

5.2.1.23. Płytę CD lub DVD z instalatorem programu serwisowego. Oprogramowanie musi umożliwiać wizualizację odczytanych danych na podstawie, której można dokonać analizy tych danych w zakresie zużycia energii w poszczególnych okresach rozliczeniowych, charakterystyki obciążenia czy ilości i rodzajów zaistniałych zdarzeń. Zamawiający wymaga prezentacji odczytanych danych bezpośrednio w programie do obsługi liczników z możliwością zapisu danych do plików obsługiwanych przez programy Microsoft Word lub Microsoft Excel (bd., csv, xml).

5.2.1.24. Schematy podłączeń urządzeń (także w formacie elektronicznym zgodnym z formatem PDF, DWG lub DXF).

5.2.1.25. Wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla grup taryfowych C12a, C12w, C23 (dalej nazywanych C): zgodnie z Taryfą obowiązującą w PGE Dystrybucja SA. dla poszczególnych Oddziałów. Pliki wzorcowe powinny zawierać tabele przełączeń stref czasowych dla grup taryfowych, rejestry energii, rejestr mocy zgodnie z wymogami dla rejestrów zawartymi w szczegółowych wymaganiach dla urządzeń układów pomiarowych energii zawartymi w załączniku nr 1 (odpowiednio dla każdego zadania).

5.2.1.26. Opis protokołów komunikacyjnych w zakresie odczytu wszystkich danych rejestrowanych przez urządzenie dostarczone w ramach zadań li/lub, 2 wraz z opisem formatu plików odczytowych.

5.2.1.27. Zamawiający dokona sprawdzenia czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Brak któregokolwiek z dokumentów lub oświadczeń będzie skutkował odrzuceniem oferty na mocy art. 89 ust. 1 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy.

5.2.1.28. W przypadku zaoferowania przypadku zaoferowania licznika z możliwością aktualizacji firmware'u w zakresie nie objętym MID należy dostarczyć szczegółowy opis:

a)procesu realizacji tej wymiany,
b)zabezpieczenia tego procesu przed nieuprawnioną aktualizacją,
c)mechanizmów zachowania integralności niezaprzeczalności oprogramowania zgodnie ze standardem DLMS.
5.2.1.29. Specyfikację zabezpieczeń dostępu do danych przechowywanych i przesyłanych przez licznik.
5.2.1.30. Opis sposobu realizacji zabezpieczeń licencyjnych uniemożliwiających instalację oprogramowania narzędziowego bez autoryzacji zgodnie z wymaganiami opisanymi w wymaganiach w zakresie bezpieczeństwa.
5.2.1.31. Dokumentację w zakresie procedur: instalacji, konfiguracji i aktualizacji oprogramowania narzędziowego.
5.2.1.32. Dołączone do oferty wzory oferowanych urządzeń będą podlegały badaniu, co do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji. Każda z oferowanych próbek będzie podlegała ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każda oceniania próbka powinna spełniać określone wymogi techniczne. Negatywna ocena którejkolwiek z próbek będzie jednoznaczna z uznaniem przez Zamawiającego, iż oferowane urządzenie nie spełnia wymagań przedmiotowych określonych w niniejszej SIWZ.
5.2.1.33. Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania obecności przedstawiciela Wykonawcy posługującego się biegle językiem polskim do udziału w badaniach dostarczonych próbek lub prezentacji wymaganych funkcjonalności oferowanych urządzeń pod rygorem wykluczenia z postępowania. W przypadku osoby nie posługującej się biegle językiem polskim Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia obecności tłumacza.
5.2.1.34. Zgodnie z art. 97 ust. 2 ustawy, na wniosek Wykonawcy, którego oferta nie zostanie wybrana, liczniki wzorcowe zostaną zwrócone Wykonawcy. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników wzorcowych w przypadku, gdy to zniszczenie lub uszkodzenie będzie skutkiem prawidłowego użytkowania liczników zgodnie z jego przeznaczeniem w trakcie testów. Forma zwrotu zostanie uzgodniona z Wykonawcą, którego oferta nie została wybrana.
Izba ustaliła, że w Załączniku nr 1 Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej „**SOPZ**"). W SOPZ Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące wyświetlacza LCD:

- pkt 3.1.23 Licznik musi być wyposażony w wyświetlacz LCD posiadający: tryb testowy dla sprawdzenia poprawności wyświetlania, minimum siedem cyfr z możliwością zaprogramowania dla energii do dwóch miejsc po przecinku, komunikaty poprzedzone kodem OBIS charakteryzującym wskazywaną wielkość. Dla odpowiednich wielkości jako kod trzypozycyjny dla wielkości opisanych wartościami C, D, E oraz czteropozycyjny dla wielkości opisanych wartościami C, D, E, F wg normy PN-EN 62056-6-1, symbol taryfy (wg Tabeli nr 1), symbol aktywnej strefy czasowej;
- pkt 3.1.23 SOPZ: Licznik musi być wyposażony w przycisk lub przyciski służące do przewijania listy odczytowej na wyświetlaczu licznika. Zamawiający dopuszcza wykonanie tych przycisków zarówno jako mechanicznych (tradycyjnych) i jako dotykowych (w technologii pojemnościowej);
- pkt 3.1.25 SOPZ: Licznik musi umożliwiać odczyt z wyświetlacza LCD w trakcie trwania komunikacji interfejsem elektrycznym;
- pkt 3.1.26 SOPZ: Licznik musi mieć możliwość odczytu wskazań na wyświetlaczu LCD, w zakresie minimalnym określonym w Tabeli 2. W stanie braku zasilania z sieci elektroenergetycznej odczyt musi być możliwy przynajmniej przez okres 100 dni od chwili zaniku napięcia. Lista wyświetlań tych wskazań sterowana ręcznie;
- pkt 3.1.27 SOPZ: Dane pomiarowe wyświetlane na wyświetlaczu LCD w stanie zasilania z sieci elektroenergetycznej i w stanie braku zasilania z sieci elektroenergetycznej muszą być tożsame i muszą mieć zachowaną tą samą dokładność wskazań po przecinku; 6) pkt 3.1.28 SOPZ: Licznik musi mieć możliwość konfigurowania niezależnych list odczytowych na wyświetlaczu licznika: samoczynnie przewijalnej oraz ręcznie przewijalnej za pomocą przycisków;
- pkt 3.4.11 SOPZ: Pomiar mocy chwilowej (okres uśredniania poniżej 5 sekund) i wyświetlanie jej wartości liczbowej;
- pkt 3.4.15 SOPZ: Sygnalizacja na wyświetlaczu LCD obecności i zaniku napięcia w poszczególnych obwodach fazowych, nieprawidłowej kolejności faz, kierunku przepływu energii czynnej i bierne;
- pkt 3.4.19 SOPZ: Mierzone, rejestrowane i zapisywane przez licznik energie powinny być wykazywane w postaci co najmniej 8 cyfr (minimalna wymagana liczba cyfr na wyświetlaczu LCD: 7) z rozdzielczością nie gorszą niż 0,1 kWh. Mierzone rejestrowane i zapisywane przez licznik moce powinny być wykazywane w postaci co najmniej 5 cyfr z rozdzielczością nie gorszą niż IW;
- pkt 3.4.20 SOPZ: Rejestracja i zapis co najmniej następujących wielkości mierzonych: moc maksymalna czynna ze znacznikiem czasu i daty jej wystąpienia oraz energia w rejestrach całkowitych i taryfowych w okresach rozliczeniowych archiwalnych (min. 12 okresów) i bieżących. Licznik musi umożliwiać odczyt powyższych wielkości na wyświetlaczu LCD dla programowalnej liczby okresów rozliczeniowych;
- pkt 3.4.24 SOPZ: Każde otwarcie osłony skrzynki zaciskowej licznika sygnalizowane bezzwłocznie (bez opóźnienia lub konieczności dodatkowej, poza ewentualnym ustawieniem podczas parametryzacji licznika, aktywacji funkcji) na wyświetlaczu lub w inny sposób widoczny „gołym okiem" (bez potrzeby demontażu licznika). Sygnalizacja winna działać również po ponownym założeniu pokrywy listwy zaciskowej licznika, do czasu jej skasowania oprogramowaniem narzędziowym lub przy użyciu plombowanego przycisku po zerwaniu z niego plomby Zamawiającego (jeżeli licznik jest w taki przycisk wyposażony). Zamawiający musi mieć możliwość włączania i wyłączania funkcji sygnalizacji oraz opcji kasowania przyciskiem na etapie parametryzacji licznika (jeżeli licznik jest w taki przycisk wyposażony);
- zawartych w SOPZ - Tabela 1 Zestawienie symboli grup taryfowych obrazujących sposób ich wyświetlania na wyświetlaczach liczników statycznych energii elektrycznej;
- zawartych w SOPZ - Tabela 2 Opis minimalnej zawartości list odczytowych dostępnych na wyświetlaczu LCD licznika.

Izba ustaliła, że w zakresie plików parametryzacyjnych Zamawiający w pkt 3.2.1.8 SOPZ wskazał: wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla wszystkich grup taryfowych G i C, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja SA. Szczegółowe wymagania dotyczące zawartości plików parametryzacyjnych zostaną przedstawione Wykonawcy na etapie realizacji zamówienia). Izba ustaliła, że Zamawiający protokole badań technicznych urządzeń Przystępującego w zakresie zadania nr 2 wskazał w kolumnie „spełnienie wymagań" - „Nie dotyczy", a w kolumnie „Dodatkowe uwagi" wskazał „Na etapie zamówienia".
Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający w SOPZ w zakresie poboru mocy w pkt 3.4.5 wskazał: Pobór mocy przez każdy tor napięciowy dla znamionowych wartości napięcia, częstotliwości i temperatury nie może przekraczać wartości 1 W i 3 VA). Izba ustaliła, że protokole badań technicznych Zamawiający w zakresie Zadania nr 2 w odniesieniu do urządzeń Przystępującego wskazał „Sprawdzono oprogramowaniem narzędziowym".

Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający w SOPZ w zakresie poboru mocy w pkt 2.3 SOPZ wskazał: W liczniku musi istnieć mechanizm zmiany, z wykorzystaniem optozłącza i RS485, certyfikatu (klucza) z gotowych plików XML do uwierzytelniania na interfejsach komunikacyjnych). Izba ustaliła, że w protokole badań Zamawiający w zakresie Zadania nr 2 w odniesieniu do oferty Przystępującego wskazał w kolumnie w kolumnie spełnienie wymagań „Nie dotyczy modyfikacja w zapisach SIWZ", zaś w kolumnie „Dodatkowe uwagi" wskazał „Pkt. Powinien być usunięty zestaw pytań z dnia 25.07.2019r.".
W SOPZ Zamawiający zawarł Tabela 1 Zestawienie symboli grup taryfowych obrazujących sposób ich wyświetlania na wyświetlaczach liczników statycznych energii elektrycznej oraz Tabela 2 Opis minimalnej zawartości list odczytowych dostępnych na wyświetlaczu LCD licznika.
Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający w SOPZ w zakresie pojemności pamięci profili w pkt 3.4.17 wskazał: „Rejestracja i zapis w profilu co najmniej 3 kanałów w postaci stanów liczydeł dla rejestrów energii elektrycznej w okresie nie krótszym niż 180 dni, przy okresie uśredniania 15 minut z możliwością odczytu całego zarejestrowanego przez licznik profilu oraz z dowolnego definiowanego przez odczytującego okresu czasu. W przypadku możliwości rejestracji przez licznik w profilu bezstresowych stanów liczydeł i mocy wybór sposobu rejestracji i zapisu profilu stanu liczydeł lub mocy musi być możliwy przez Zamawiającego na etapie parametryzacji licznika''.
W pkt 3.1.44.1 SOPZ Zamawiający wskazał: Każde oprogramowanie do oferowanych liczników energii elektrycznej będących przedmiotem zamówienia wymagane przez Zamawiającego musi spełniać następujące wymogi: 3.1.44.1 Dostarczone oprogramowanie musi pracować na następujących systemach operacyjnych: Windows 7, Windows 10 w wersjach 32 oraz 64-bitowych, przy czym Wykonawca w okresie gwarancji zobowiązany jest do aktualizacji oprogramowania w przypadku dostępności nowszych wersji wskazanych systemów operacyjnych.
Izba ustaliła, że w protokole badania technicznego licznika Konsorcjum ADD w pkt 1.3 i 1.6 zawarto uwagę: „brak możliwości wymiany firmware str. 234". Natomiast w pkt 5.2 uwaga otrzymała treść: „W liczniki nie ma możliwości zmiany fimware, dokumentacja".
Izba ustaliła, że w postepowaniu na zadania nr 2 zostały złożone następujące oferty:

Nr Oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko wykonawcy Adres	Zadanie 2					
		Cena netto	Cena brutto	Dodatkowa funkcjonalność zgodnie z SIWZ - 1.	Dodatkowa funkcjonalność zgodnie z SIWZ - 2.	Dodatkowa funkcjonalność zgodnie z SIWZ - 3.	Dodatkowa funkcjonalność zgodnie z SIWZ - 4.
1	Apator S.A., 87-100 Toruń, ul. Gdańska 4a lok. C4	41902 254,00	51539 772,42	TAK	TAK	TAK	TAK
2	Konsorcjum firm: Lider: ADD Polska Sp. z 0.0., Sp. k., 00-195 Warszawa, ul. Słomińskiego 15, lok. 504 Uczestnik Konsorcjum: Elgama-Elektronika Sp. z o. o., LT-OBOO Wilno, ul. Visoriu 2	39 733 704,36	48 872 456,36	TAK	TAK	TAK	TAK

Izba ustaliła, że Przystępujący wraz z ofertą złożył próbki urządzeń, co potwierdza dokumenty z dnia 1 października 2019 r.
Izba ustaliła, że Konsorcjum ADD przewidziało w swojej ofercie - w wykazie części zamówienia powierzonych do wykonania podwykonawcom (wzór nr 9 do SIWZ, str. 689 oferty Konsorcjum ADD) udział podwykonawcy tj. firmy NMG S.A. w następującym zakresie: „Oprogramowanie do liczników energii elektrycznej dedykowane do systemu Android w wersji 6.0 i nowszych, umożliwiające dostęp i odczyt danych z licznika poziom 1 oraz parametryzację licznika poziom 2, w zakresie wczytania do licznika gotowego wzorcowego pliku parametryzacyjnego, zgodnie z poziomami zabezpieczeń opisanymi w SIWZ dla oprogramowania narzędziowego".
Izba ustaliła, że Przystępujący na str. 695 - 696 oferty zawarło oświadczenie o treści: „W związku z wymaganiem 3.6 opisującym przedmiot Zamówienia, że: Zgodność rzeczywistej pojemności pamięci profili oferowanych liczników z wymaganiami Zamawiającego weryfikowana będzie na podstawie: 3.6.1. profili o okresie uśredniania 1 min. po przeliczeniu liczby zapisanych w profilach rekordów o okresie uśredniania 15 min. w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu dla określonej przez Zamawiającego liczby profili. Jako jeden rekord Zamawiający rozumie dane zapisane ze wszystkich rejestrowanych przez licznik wymaganych przez Zamawiającego profili z jednym znacznikiem czasu. Pojemność profili będzie weryfikowana przy maksymalnych wymaganych przez Zamawiającego parametrach rejestrowanych w profilach wartości lub 3.6.2. w przypadku liczników nie wyposażonych w rejestrację profilu z czasem uśredniania 1 min. na podstawie ciągłych profili o okresie uśredniania 15 min., które muszą być zapisane w dostarczonych wraz z ofertą urządzeniach za okres nie krótszy niż minimalna pojemność profilu określona przez Zamawiającego. 3.6.3. Zamawiający zastrzega sobie możliwość weryfikacji pojemności profili na podstawie odczytu z innego niż dostarczone z ofertą oprogramowania, zgodnego z protokołem komunikacyjnym licznika. Wykonawca zwraca uwagę na to, że powyższe wymaganie stoi w sprzeczności z certyfikacją MID (wymaganą przez Zamawiającego w punkcje 3.3.6 SIWZ), która nie dopuszcza zapisywania w profilach licznika sztucznie generowanych danych, a jedyną zgodną z MID metodą zapisu profili jest podłączenie licznika do zasilania i odczekanie odpowiedniej ilości czasu 180 dni, co przekracza termin ważności oferty. Liczniki oferowane przez Konsorcjum posiadają możliwość ustawienia Profilu 5 minutowego, co pozwoli Zamawiającemu skrócić potrzebny czas na dokonanie powyższego potwierdzenia. [...]".
Izba ustaliła, że Konsorcjum ADD pismem z dnia 11.12.2019 r. zostało wezwane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących kalkulacji cenowej oferty tego Wykonawcy dla zadania nr 2. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca winien przedstawić szczegółowe wyjaśnienie wyliczenia ceny uwzględniające m.in. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, oryginalności projektu, koszty pracy - których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, pomoc publiczną udzielanej na podstawie odrębnych przepisów, przepisy prawa pracy i przepisy o zabezpieczeniu społecznym, przepisy prawa ochrony środowiska, powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wyliczenia winny obejmować m.in. koszty zakupu komponentów elektronicznych, komponentów z tworzyw sztucznych, koszty pracy, koszty organizacyjne i inne koszty odnoszące się

do realizacji zadania. Do wyjaśnień należy dołączyć dowody potwierdzające, że zaoferowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny".
Izba ustaliła, że wykonawca pismem z dnia 18 grudnia 2019 r. złożył wyjaśnienia. Ich treść została zastrzeżona jakie informacje zwierające tajemnicę przedsiębiorstwa.
Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 3 października 2019 r. przekazał próbki urządzeń firmie kurierskiej TNT w celu przetransportowania urządzeń do Oddziału w Lublinie, który zgodnie z zapisami SIWZ miał wykonać testy metrologiczne urządzeń. Okoliczność te potwierdza notatka służbowa z dnia 3 października 2019 r. Jak wynika z protokołu uszkodzeń przesyłki TNT, jeden z liczników został uszkodzony w trackie transportu. W opisie dotyczącym uszkodzenia wskazana jest informacja – uszkodzony wyświetlacz LCD.
Izba ustaliła, że Zamawiający sporządził z badania próbek urządzeń przekazanych przez wykonawców następujące raporty: (i) Protokół końcowy z badania wzorów oferowanych urządzeń w zakresie wymogów technicznych SIWZ (dalej „**Raport końcowy**"). Izba ustaliła, że w treści Raportu końcowego w zakresie Zadania nr 2 Zamawiający oświadczył, iż oba liczniki przekazane przez Przystępującego do badania spełniają wymogi zawarte w SIWZ. Izba ustaliła, że załącznikiem do Raportu końcowego był: (ii) Załącznik nr 1 – sprawdzanie próbek liczników statycznych w postepowaniu przetargowym pod katem metrologicznym – Laboratorium Wzorcujące PGE Dystrybucja Oddział Lublin. W dokumencie tym Zamawiający wskazał: „Sprawdzenie próbek liczników statycznych w postępowaniu przetargowym GZ/ZLW/OLD/06/2019" wskazano: „Licznik G3M.144 firmy UAB Elgama-Elektronika o nr 02377746 został uszkodzony podczas transportu przez firmę kurierską TNT. Wszystkie odczyty podczas badań metrologicznych zostały dokonane metodą alternatywną przy użyciu optozłącza, a nie wyświetlacza LCD. Zgodnie z prawem licznik taki nie spełnia wymagań i nie może być stosowany do rozliczeń, jednakże jest sprawny co do prawidłowości rejestracji wskazań w pamięci urządzenia oraz prawidłowo zlicza energię elektryczną tj. w granicach dopuszczalnych błędów wskazań zgodnie z prawem"; (iii) Załącznik nr 2 - protokoły badań technicznych na zgodność oferty z SIWZ. Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 – w zakresie zadania nr 2, zarówno w odniesieniu do Przystępującego jak i Odwołującego, wskazany został symbol jednego urządzenia.
Izba ustaliła, że na podstawie powyższych badań, Zamawiający uznał, że urządzenia obu wykonawców spełniają wymagania zawarte w SIWZ.
Izba ustaliła, że w dniu 23 grudnia 2019 r. w zakresie Zadania nr 2, Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.
Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W zakresie Zadania 2 oferta Odwołującego została zaklasyfikowana na miejscu drugim. W przypadku potwierdzenia się zarzutów bezpodstawnego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, Odwołujący ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechania odtajnienia uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia z uwagi na wycofanie powyższego zarzut przez Odwołującego.
Zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia.
W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego jest jawne. W ust. 3 ustawodawca wskazał, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .
Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.
Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Ustawodawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa tylko takie informacje, które łącznie spełniają trzy przesłanki: (i) mają wartość gospodarczą; (ii) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób – czyli są poufne; (iii) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.
Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową

starannością.
Podkreślić należy, że zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując, dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest: (i) zastrzec, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa; (ii) wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK; (iii)przy czym obie te czynności powinny nastąpić – co do zasady – nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny uzasadnienia Przystępującego co do przesłanek dających podstawę do zastrzeżenie wyjaśnień wykonawcy z dnia 18 grudnia 2019 r. dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie Zadania nr 2. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień jak i treści samych wyjaśnień, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Izba doszłado przekonania, że uzasadnienie to jest w swojej treści ogólne, opiera się na generalnych twierdzeniach zaczerpniętych z orzecznictwa, nie odnosi się w szczegółach do indywidualnej sytuacji wykonawcy.
Odnosząc się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący poza szerokim przywołaniem orzecznictwa, wskazał, że zastrzeżone informacje mają istotny wpływ na proces związany z produkcją liczników, w tym na usprawnianie w zakupie podzespołów, jak również na komponenty użyte do produkcji, a tym samym na oferowane ceny. Wskazał również, że zastrzeżone informacje mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla wykonawcy. Wyjaśnienia zawierają bowiem informacje na temat czynników wpływających na obniżenie kosztów. W ocenie Izby przywołane ogólne twierdzenia Przystępującego nie wyczerpują przesłanki wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.
Wartość gospodarczą informacji można rozumieć dwojako. Po pierwsze, dosłownie, w tym znaczeniu wartość gospodarcza tajemnicy wyznaczona jest jej wartością ekonomiczną, dającą się wyrazić w pieniądzu. W tym sensie objęta tajemnicą informacja powinna posiadać wymierną wartość majątkową. Po drugie, w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. W świetle art. 11 ust. 2 UZNK zakresem pojęcia informacji posiadających wartość gospodarczą objęte są również te informacje, które same w sobie nie przedstawiają żadnej wartości majątkowej, a mimo to ich ujawnianie może mieć wpływ na stosunki konkurencji. Z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy istotny może być bowiem sam fakt utrzymania określonych wiadomości w tajemnicy. W tym przypadku chodzi nie tyle o to, aby konkurenci nie dysponowali określoną informacją, lecz o to, aby nie było im wiadomo, że ich rywal jest w jej posiadaniu.
Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień nie wykazał wartości majątkowej zastrzeżonych informacji. Nie wykazał również, iż posiada uzasadniony interes gospodarczy w nieujawnieniu treści wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Takim interesem gospodarczym nie może być chęć pozbawienia konkurencji możliwości weryfikacji realności zaaferowanej ceny za realizację zamówienia. Wydaje się, że Przystępujący upatrywał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji w tym, iż wyjaśnienia zawierają ceny za komponenty składające się na przedmiot zamówienia oraz w tym, iż, w jego ocenie, wyjaśnienia zawierają opis czynników wpływających na obniżenie ceny. W tym zakresie wskazać należy, że ceny za poszczególne komponenty mogłyby być uznane za informacje mającą wartość gospodarczą, o ile wykonawca jest w stanie wykazać, że otrzymane od producenta informacje cenowe wynikają ze szczególnych okoliczności, indywidualnych uwarunkowań wykonawcy, niedostępnych innym podmiotom działającym w branży, nie są cenami powszechnie dostępnymi dla innych podmiotów działających w branży. Ponadto możliwość zastrzeżenia informacji cenowych producenta jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy musi wiązać się z koniecznością wykazania przez wykonawcę, że producent przekazując wykonawcy kalkulacje cenowe traktował takie informacje jakie informacje poufne. W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał żadnych z powyższych elementów. Wskazana w treści wyjaśnień wycena poszczególnych element elektronicznych składających się na licznik to odzwierciedlenie informacji otrzymanej od producenta. Producent jednakże w treści przekazanej informacji drogą e-mailową nie zastrzegł w żaden sposób poufnego charakteru korespondencji, a tym bardziej proponowanych cen. Z przedłożonej przez Przystępującego korespondencji wynika wyłącznie, iż na moment jej przykazywania podmiot chiński może sprzedać wymagane elementy do liczników w określonych cenach. Nie zawarto w korespondencji informacji o oferowanych rabatach, szczególnych upustach związanych z określonymi relacjami handlowymi. Jest to wyłącznie pewnego rodzaju wstępna oferta handlowa. Brak w jej treści jakiegokolwiek odniesienia do jej poufnego charakteru uniemożliwia uznanie jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że informacje handlowe mogą zawierać informacje, które posiadają obiektywnie wartość gospodarczą, ale to zadaniem wykonawcy jest zadbanie o to, aby spełnione zostały elementy konieczne do ochrony danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przyjęcie niejako *a priori*, że wszystkie informacje handlowe czy cenowe wymieniane pomiędzy przedsiębiorcami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa byłby nieuprawnione, szczególnie w świetle obowiązujących w zamówieniach publicznych zasady jawności postępowania.
Dalej wskazać należy, że w treści wyjaśnień Przystępujący powołuje się na szerokie doświadczenie producenta liczników. Trudno ustalić w jaki sposób ujawnienie tych informacji mogłaby wpływać na działalność konkurencyjną na rynku, skoro informacje takie są jawne i dostępne na stronie internetowej producenta. W zakresie wybranych rozwiązań technicznych, Przystępujący odwołuje się do procesora, przy czym obliczając koszty jego zakupu powołuje się na powszechnie dostępne informacje w internecie. Trudno zatem uznać, co w tym zakresie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli w ocenie Przystępującego to nazwa procesora użytego w liczniku, stanowi tajemnice przedsiębiorstwa to obowiązkiem Przystępującego było sprecyzowanie i wyjaśnienie w treści uzasadnienia dlaczego ta informacja ma charakter poufny, z czego wynika jej poufny charakter, że nie jest znana powszechnie wśród podmiotów operujących w tej samem branży. Takich okoliczności nie sposób jednakże odnaleźć w treści oświadczeń Przystępującego. W zakresie oryginalności projektu, również w ocenie Izby, informacje zawarte w wyjaśnieniach nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący w tej części wskazał, że iż oferowane obecnie urządzenie jest gotowe i było już oferowane w innych przetargach, co w ocenie Izby wyklucza możliwość uznania takich informacji

za tajemnicę przedsiębiorstwa skoro były one już ujawnione w innych postępowaniach przetargowych, a Przystępujący nie wykazał, że objęte były wówczas tajemnicą przedsiębiorstwa. Dalej Przystępujący prezentuje własne kalkulacje dotyczące rzekomych oszczędności z tytułu zaoferowania gotowego urządzenia oraz przedstawia własne wyliczenia co do pozostałych kosztów związanych z realizacją zamówienia. W ocenie Izby w świetle przyjętej w zamówieniach publicznych zasady jawności postępowania, nie sposób uznać, że kalkulacja własna kosztów realizacji zamówienia zawarta w wyjaśnieniach Przystępującego spełnia przesłanki uznania jej za informacje stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Przypomnieć należy, że przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń pomiarowych energii elektrycznej. Koszty opisane przez Przystępującego w punktach 1- 9 są typowymi kosztami dla takiego typu dostaw, które przynajmniej w części wynikają z opisu wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ. Przybliżone koszty realizacji poszczególnych elementów dostawy nie prezentują w ocenie Izby obiektywnej wartości gospodarczej. Podając koszty logistyki, produkcji czy inne koszty, Przystępujący podał wyłącznie przybliżone kwoty, bez odniesienia się do jakiś specyficznych uwarunkowań wykonawcy. Trudno takim kwotom przypisać jakąkolwiek wartość gospodarczą. Ich ujawnienie, w ocenie Izby, nie wpływanie w żaden sposób na konkurencyjność na rynku, nie spowoduje w sposób nieuzasadniony, nieuprawniony osłabienia pozycji Przystępującego na rynku. To, iż inni wykonawcy będą mogli rzetelnie zweryfikować realność zaproponowanej przez Przystępującego wyceny przedmiotu zamówienia oczywiście na wpływ na konkurencyjność na rynku. Wpływ ten przejawia się w eliminowaniu z postępowania wykonawców, którzy nierzetelnie wycenili przedmiot zamówienia i taki wpływ na konkurencyjność na rynku jest dopuszczony przepisami ustawy Pzp.

Podkreślić raz jeszcze należy, że Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie zawarł żadnej metodologii obliczenia ceny, żadnych szczegółowych informacji dotyczących kosztów zatrudnienia czy też zastrzeżonych jako poufne informacji handlowych związanych z nabyciem przedmiotu zamówienia. Zbiorcza wycena kilku elementów składających się na realizację zamówienia nie może być w analizowanym stanie faktycznym uznana za informację mającą wartość gospodarczą. Jest to element wyceny zamówienia, który podlega analizie i ocenie przez Zamawiającego, jak również przez innych wykonawców pod względem prawidłowości i realności wyceny. Zastrzeżenie zaś takiej informacji jest wyłącznie, w ocenie Izby, próbą uniemożliwienia innym wykonawcom kwestionowania poprawności kalkulacji Przystępującego, i jako takie jest niedopuszczalne. W ocenie Izby gdyby uznać uzasadnienie zastrzeżonych informacji za prawidłowe, to należałoby dojść do nieakceptowalnego wniosku, że z zasady można utajniać większość informacji przedstawianych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć należy, że w zasadzie każde wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obejmują tego typu informacje, a przecież nie sposób twierdzić, aby przez sam ten fakt w każdym przypadku miały one pozostawać niejawne dla innych wykonawców.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie dawały również podstaw do przyjęcia, iż Przystępujący wykazał spełnienie przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz, że Przystępujący, przy zachowaniu należytej staranności, podjął działania zmierzające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W treści złożonych wyjaśnień Przystępujący powołał się na umowę konsorcjum zawartą pomiędzy ADD Polska S.A. oraz UAB Elgama Elektronika. W ocenie Izby umowa ta nie ma żadnego znaczenia dla podniesionego przez Odwołującego zarzutu. Umowa ta reguluje m.in. wzajemne obowiązki stron w zakresie zachowania w poufności przekazywanych informacji, jednakże zaznaczenia wymaga, że informacja e-mailowa załączona do wyjaśnień nie pochodzi od konsorcjanta, ale od podmiotu chińskiego Limited Company Jiangsu Linyang Energy co. Ltd., która to spółka nie jest stroną umowy, zaś z żadnego jej postanowienia nie wynika, iż jej postanowienia stosują się do *ww.* spółki. Ponadto, wskazać należy, że w treści korespondencji e-mailowej załączonej przez Przystępującego do wyjaśnień, a przytoczonej w treści wyjaśnień nie znalazła się żadna adnotacja, że ma ona charakter poufny. Trudno więc uznać, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje pochodzące od podmiotu chińskiego spełniają przesłanki uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie sposób bowiem stwierdzić, że Przystępujący przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu utrzymania korespondencji e-mailowej w poufności. Podobnie wskazać należy, że złożona wraz z wyjaśnieniami umowa z dnia 15 czerwca 2010 r. nie zawiera w swoich postanowieniach klauzuli zobowiązującej jej strony do zachowania w poufności faktu jej zawarcia bądź treści jej postanowień. Takiego obowiązku nie sposób wywieść z §3 pkt umowy.

Dalej wskazać należy, że Przystępujący złożył również oświadczenie o zobowiązaniu pracownika w ADD Polska Sp. z o.o. (datowane na dzień 17 grudnia 2019 r.) wraz z Regulaminem pracy oraz oświadczenie o zobowiązaniu pracownika UAB Elgama – Elektronika do zachowania poufności wraz ze wzorem umowy o zachowanie w poufności (datowane na dzień 17 grudnia 2019 r.). I o ile dokumenty te mogłyby służyć do weryfikacji czy rzeczywiście wykonawca podjął działania zmierzające do utrzymania informacji zawartych w wyjaśnieniach w poufności, to jednak data sporządzenia tych dokumentów dyskwalifikuje je jako dowód w sprawie. Podkreślić bowiem należy, że w treści wyjaśnień zawarte zostały informacje dotyczące wyceny przedmiotu zamówienia, a więc informacje, którymi przynajmniej teoretycznie wykonawca powinien dysponować w momencie składania oferty. Przystępujący nie złożył Izbie żadnego dowodu na wykazanie, że jakiekolwiek procedury ochrony informacji istniały w przedsiębiorstwie Przystępującego przed złożeniem oferty i przygotowaniem kosztów jej realizacji. W ocenie Izby przedłożenie dowodów datowanych po wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień sugeruje, że przedłożone zobowiązania zostały przygotowane na potrzeby wyjaśnień, nie zaś w związku z przygotowywaniem oferty i jej wyceną. Wskazać należy, że wykonawca winien szacować rzetelnie koszty realizacji zamówienia przed złożeniem oferty. Proces ten, jeśli wykonawca uznaje go za szczególnie istotny i mający wartość gospodarczą, powinien być regulowany jakąś procedurą wewnętrzną, określającą jakie informacje traktowane są jako poufne, kto ma do nich dostęp, co może być ujawnione, a co nie osobom trzecim. Przystępujący nie wykazał żadnego z powyższych elementów. Tym samym nie sposób uznać, że Przystępujący wykazał spełnienie przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz, że Przystępujący, przy zachowaniu należytej staranności, podjął działania zmierzające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne uwzględnieniem zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, w zakresie Zadania nr 2. Izba odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podczas oświadczył, że zarzut rażąco niskiej ceny jest zarzutem ewentualnym, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. W ocenie Izby w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta (w rozpoznawanej sprawie – wyjaśnień dotyczących ceny), sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia

oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego na bazie domysłów i wątpliwości, jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień, a następnie – po zapoznaniu się z ich treścią – podjęcie decyzji w przedmiocie wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną lub podniesienie tego zarzutu już w pierwszym odwołaniu, ale tylko z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego kwestia zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie została przez Izbę rozpoznana, co oznacza dla wykonawcy uprawnienie do ewentualnego wniesienia odwołania w tym zakresie w terminie liczonym od udostępnienia mu wyjaśnień.

Wobec ustalenia, że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie Zadania nr 2, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało w tym zakresie uwzględnieniu. W konsekwencji uznania powyższego zarzut Izba uznała za zasadne nakazanie unieważnienia wyników aukcji elektronicznej w zakresie kwestionowanym w odwołaniu.

Izba natomiast oddaliła pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego tj. zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba uznała, że badanie próbki urządzeń Przystępującego w zakresie Zadania nr 2 odbyło się zgodnie z postanowieniami SIWZ. Odnoszą się do poszczególnych nieprawidłowości podniesionych przez Odwołujący, Izba wskazuje co następuje:

Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego – brak/zmiana funkcjonalności w zakresie oprogramowania
W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że złożone przez Przystępującego wraz z ofertą urządzenia nie zawierały oprogramowania do liczników energii elektrycznej dedykowane do systemu Android w wersji 6.0 i nowszych, umożliwiające dostęp i odczyt danych z licznika poziom 1 oraz parametryzację licznika poziom 2, w zakresie wczytania do licznika gotowego wzorcowego pliku parametryzacyjnego, zgodnie z poziomami zabezpieczeń opisanymi w SIWZ dla oprogramowania narzędziowego. Okoliczność, iż Przystępujący przewidział udział podwykonawcy w realizacji tej części zamówienia tj. *ww.* oprogramowania nie jest i nie może być wystarczającym dowodem na wykazanie braku *ww*. oprogramowania w urządzeniach przekazanych przez Przystępującego. Oprogramowanie to mogło być już przygotowane przez podwykonawcę przed złożeniem oferty, czemu nie sprzeciwiał się żaden przepis SIWZ. Podobnie zresztą nie ma żadnego dowodu na wykazanie prawdziwości twierdzeń Odwołującego jakoby przedmiotem badania technicznego dokonanego przez Zamawiającego było jakieś oprogramowanie, które jednak nie będzie ostateczne dostarczone Zamawiającemu. Izba nie może uznać zasadności twierdzeń strony wyłącznie na podstawie jej subiektywnych przekonań o funkcjonalnościach posiadanych przez urządzenie konkurencyjne. Nie ulega wątpliwości, że z Raportu końcowego wynika, że urządzenia przekazane przez Przystępującego były wyposażone w niezbędne oprogramowanie do liczników energii elektrycznej dedykowane do systemu Android w wersji 6.0 i nowszych, umożliwiające dostęp i odczyt danych z licznika poziom 1 oraz parametryzację licznika poziom 2, w zakresie wczytania do licznika gotowego wzorcowego pliku parametryzacyjnego, zgodnie z poziomami zabezpieczeń opisanymi w SIWZ dla oprogramowania narzędziowego, skoro Zamawiający wskazał w treści Raportu, że urządzenia spełniają wymagania zwarte w SIWZ. Ponadto Przystępujący złożył jako dowód w sprawie oświadczenie spółki NMG S.A. potwierdzające dostarczenie do Przystępującego wymaganego oprogramowania przed dniem złożenia oferty. Dowodu przeciwnego zaś nie przedłożono, co w konsekwencji powoduje, że Izba uznała zarzut za niezasadny.
Zaniechanie odrzucenia oferty – uszkodzona próbka licznika
W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Nie ulega wątpliwości, że wraz z ofertą Przystępujący złożył wymagane próbki urządzeń. Okoliczność tę potwierdza pismo z dnia 1 października 2019 r., potwierdzający dostarczenie przez Przystępującego oferty wraz z próbkami 4 urządzeń. W piśmie tym brak jest jakiejkolwiek adnotacji o uszkodzeniu urządzeń. Zasadne jest więc przyjęcie, iż urządzenie zostały przekazane przez Przystępującego bez widocznych uszkodzeń zewnętrznych.
Nie ulega również wątpliwości, że w dniu 3.10.2019 próbki zostały przekazane kurierowi TNT w celu dostarczenia do Laboratorium Wzorcującego mieszczącego się w Oddziale Lublin. Podczas transportu, który byt realizowany przez firmę kurierską TNT, doszło do uszkodzenia jednej z paczek i w dalszej konsekwencji próbki licznika G3M.144 firmy UAB Elgama-Elektronika o nr 02377746. Potwierdza to złożony do akt sprawy protokół sporządzony przez kuriera z dnia 3 października 2019 r.
Zarzut Odwołujący opierał się na założeniu, iż przed uszkodzeniem licznika Zamawiający nie dokonywał żadnego badania urządzeń. Prawdziwości owego założenia Odwołujący jednakże w żaden sposób nie wykazał. Odwołujący nie wykazał ani w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił, iż funkcjonalności opisanych w pkt 1 -13 odwołania Zamawiający nie był w stanie zweryfikować w okresie od otwarcia ofert do momentu przekazania urządzenia kurierowi TNT. Odwołujący *a priori* założył, że wymagane funkcjonalności wyświetlacza LCD nie były badanie przed uszkodzeniem urządzenia i na tym założeniu buduje swój zarzut. Brak jednak wykazania prawdziwości założenia na jakim zbudowany został zarzut Odwołującego, uniemożliwia Izbie uznanie go za zasadnym. Wskazać należy, że z Protokołu końcowego wynika, że w zakresie zadania 2 Zamawiający dokonał badania funkcjonalności obu liczników. Niewątpliwie jest to dowód w sprawie, iż wszystkie liczniki, dostarczone zarówno przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego, zostały przebadane, również w zakresie wymaganych funkcjonalności wyświetlacza LCD. Jak zaznaczył Zamawiający proces badania próbek złożonych wraz z ofertami, rozpoczyna się w dniu otwarcia ofert, co pozwoliło Zamawiającego na sprawdzenie funkcjonalności wyświetlacza LCD. W ocenie Izby nie ma żadnego dowodu w sprawie zaprzeczającemu twierdzeniom Zamawiający o przebadaniu funkcjonalności urządzenia Przystępującego przed jego uszkodzeniem. Nie ma również żadnego dowodu na wykazanie, iż urządzenie przekazane przez Przystępującego takich funkcjonalności nie posiada. W konsekwencji, nie ma żadnych podstaw do uznania, iż Zamawiający nie dokonał badania urządzenia przekazanego przez Przystępującego w zakresie funkcjonalności opisanych przez Przystępującego w pkt 1-13 omawianego zarzut, a tym samym zasadne jest uznanie, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
Wadliwe przeprowadzone test
W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. W pierwszej kolejności wskazać należy, że nie potwierdził się zarzut

Odwołującego jakoby Zamawiający nie dokonał badania żadnego licznika. Izba wskazuje, że z Raportu końcowego wynika, że Zamawiający dokonał badania wszystkich urządzeń przekazanych zarówno przez Przystępującego jak i Odwołującego. Zamawiający dokonując badania funkcjonalności urządzeń wskazanych w SIWZ zastosował środki techniczne oraz analizę dostarczonej wraz z ofertą dokumentacji. W punkcie 3.5. SIWZ Zamawiający jednoznacznie określił, że parametry oferowanych liczników w odpowiednim zakresie będą sprawdzane na zgodność z wymaganiami dołączonych do oferty deklaracji zgodności MID lub stosownych certyfikatów oraz, że Zamawiający zgodnie z procedurą obowiązującą przy wykonywaniu legalizacji ponownej dla danego licznika przeprowadzi testy metrologiczne w zakresie sprawdzenia prawidłowości realizacji przez licznik pomiaru energii czynnej i biernej oferowanych urządzeń. W punkcie 3.5. SIWZ Zamawiający określił również, że przeprowadzi testy oferowanych liczników w zakresie spełnienia wymaganych funkcjonalności, nie określając jednocześnie sposobu lub metody jaką te funkcjonalności będzie badał lub jak szczegółowo będzie dokumentował badanie. Odwołujący nie wniósł zastrzeżeń do określonych przez Zamawiającego w punkcie 3.5 SIWZ zasad badania próbek dostarczonych wraz z ofertą. Podczas badań przeprowadzonych zgodnie z zasadami określonymi w punkcie 3.5 SIWZ Zamawiający sprawdził między innymi charakterystyki metrologiczne dostarczonych próbek stwierdzając, że wszystkie dostarczone próbki liczników realizują prawidłowo i z odpowiednią dokładnością pomiar zarówno energii czynnej jak i biernej. Jak wyjaśnił Zamawiający dane pomiarowe odczytane z licznika poprzez dowolny interfejs w tym m.in. optoztącze, RS485 czy wyświetlacz LCD czy też emitowane przez diody wzorcownicze muszą być tożsame co jest sprawdzane podczas procedury dopuszczenia każdego z typów liczników energii elektrycznej do obrotu na terenie EU w tym Polski, zgodnie z Dyrektywą MID oraz obowiązującym w Polsce prawem. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw do kwestionowania prawidłowości wyników pomiarów w zakresie sprawdzenia charakterystyki metrologicznej próbek liczników pomimo odczytania wskazań licznika uszkodzonego podczas transportu, poprzez interfejs inny niż wyświetlacz LCD. Zamawiający wobec braku sprecyzowania w SIWZ jakie konkretne metody badań będą stosowane w celu zbadania funkcjonalności przedłożonych urządzeń, miał w tym zakresie dowolność, w tym możliwość zastosowania tzw. „metody alternatywnej", zarówno do każdego z liczników czy do pojedynczych urządzeń. Odwołujący zaś w żaden sposób nie wykazał, iż badanie funkcjonalności „metodą alternatywną" powoduje, iż wyniki badań są nierzetelne czy nie potwierdzają w pełni wymaganych funkcjonalności. W zakresie w jakim metoda alternatywna badań nie mogła być zastosowana w celu weryfikacji funkcjonalności wyświetlacza LCD, Izba wskazała i wyjaśniła powyżej, że nie ma żadnego dowodu w sprawie, że takie funkcjonalności nie były sprawdzone przed uszkodzeniem urządzenia, zaś Odwołujący nie wykazał, że takich badań Zamawiający nie mógł wykonać. Protokół końcowy badania potwierdza ich wykonanie.
W zakresie wskazanej przez Odwołującego okoliczności, iż w raporcie badania stanowiącego załącznik nr 2 do Raportu końcowego wskazany jest w zakresie zadania nr 2 wyłącznie jeden licznik Przystępującego, to Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego, iż doszło do omyłki pisarskiej w tym zakresie. Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem analizy winny być wszystkie dokumenty sporządzone przez Zamawiającego w toku badania funkcjonalności urządzeń przekazanych przez wykonawców. W dokumencie pod nazwą „Protokół końcowy" widnieją wszystkie numery liczników dostarczonych jako próbki do oferty w postepowaniu. Komisja badająca te próbki stwierdziła, że wszystkie spełniają wymagania SIWZ. Załącznikami do Protokołu końcowego jest protokół z badań metrologicznych wykonanych przez Laboratorium Wzorcujące oraz protokoły (zał. nr 2) z informacjami szczegółowymi w których to nastąpiły omyłki pisarskie. Omyłka dotycząca braku umieszczenia wszystkich numerów liczników w Zał. nr 2 do Protokołu końcowego dotyczy badań technicznych wszystkich oferentów. Nie można, w ocenie Izby, wyłącznie na powyższej omyłce Zamawiającego wywodzić, że Zamawiający dokonywał testy tylko na jednym liczniku. Twierdzeniu temu zaprzecza treść Raportu końcowego. Ponadto, omyłka na jaką powołuje się Zamawiający dotyczy obu oferentów. Odwołujący nie podnosi tej omyłki pisarskiej dotyczącej badania jego próbek liczników, wywodząc wyłącznie, iż w stosunku do Przystępującego Zamawiający dokonał badania jednego urządzenia. Przyjęcie argumenty Odwołującego za zasadny powodowałoby nierówne traktowania wykonawców. Tym samym, Izba uznała zarzut za niezasadny.
Zarzut dotyczący braku wzorcowych plików parametryzacyjnych
W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący oparł zarzut na brzmieniu pkt 3.2.1.8 protokołu technicznego badania, który stanowi: wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla wszystkich grup taryfowych G i C, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja SA. Szczegółowe wymagania dotyczące zawartości plików parametryzacyjnych zostaną przedstawione Wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w kolumnie „spełnienie wymagań" wpisał „Nie dotyczy", a w kolumnie „Dodatkowe uwagi" wskazał „Na etapie zamówienia". Z powyższego Odwołujący wywiódł, że badanie w zakresie plików parametryzacynych nie zostało przeprowadzone, bo takich plików Przystępujący nie przekazał Zamawiającemu. Wskazać jednakże należy, że przywołane przez Odwołującego postanowienie z protokołu końcowego zostało zawarte przez Zamawiającego w pkt 3.2.1.8 SOPZ. Zamawiający w pkt 3.2. wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wraz z przedmiotem zamówienia m.in. wzorcowe pliki parametryzacyjne do liczników dla wszystkich grup taryfowych G i C, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja SA. Szczegółowe wymagania dotyczące zawartości plików parametryzacyjnych zostaną przedstawione Wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Nie ma więc, w ocenie Izby, żadnych wątpliwości, że postanowienie to dotyczy etapu realizacji zamówienia, nie zaś badania funkcjonalności próbek urządzeń. W zakresie zaś wymogu dotyczącego przekazania wraz z próbką wzorcowych plików parametryzacyjnych, to powołać się w tym zakresie należy na pkt 5.2.1.11 SIWZ, w którym Zamawiający sformułował obowiązek dostarczenia wraz z próbką wzorcowych plików parametryzacyjnych do liczników dla wszystkich grup taryfowych G i C, zgodne z obowiązującą Taryfą PGE Dystrybucja S.A. W konsekwencji, w ocenie Izby, nie ma żadnych podstaw do uwzględnienia zarzutu Odwołującego. Został on oparty na błędnej interpretacji postanowień SIWZ. Z Raportu końcowego badania wynika, że Przystępujący przekazał wymagane pliki parameryzacyjne. Jak wyjaśnił Zamawiający, na potwierdzenie wykonania badania technicznego oraz na podstawie złożonych wraz z ofertą plików parametryzacyjnych dla poszczególnych grup taryfowych C12w, C22a, C24 zespół techniczny na stornie 4 Protokołu Badania Technicznego Licznika dla oferty nr 2 ELGAMA Elektronika dokonał w czasie sprawdzenia próbek zapisu pozytywnego (TAK) w kolumnie Spełnienie wymagań dla powyższego pkt. 3.3.5. W związku z powyższym adnotacja „Nie dotyczy" w kolumnie Spełnienie wymagań jak i adnotacja „Na etapie zamówienia", w kolumnie Dodatkowe uwagi na stornie 3 Protokołu Badania Technicznego Licznika dla oferty nr 2 ELGAMA Elektronika jest zasadna i prawidłowa, zaś zarzut podniesiony przez Odwołującego uznać należy za niezasadny.
Zarzut dotyczący pkt 3.4.5 protokołu badania technicznego
W ocenie Izby zarzut nie potwierdził. Odwołujący argumentował, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania poboru mocy. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie parametr ten powinien być badany poprzez badanie techniczne. Wskazać jednakże należy, że Odwołujący nie uzasadnia z jakiego postanowienia SIWZ wywiódł swoje twierdzenia. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający dokonując badania funkcjonalności urządzeń wskazanych w SIWZ

zastosował środki techniczne oraz analizę dostarczonej wraz z ofertą dokumentacji. W punkcie 3.5. SIWZ Zamawiający określił, że parametry oferowanych liczników w odpowiednim zakresie będą sprawdzane na zgodność z wymaganiami dołączonych do oferty deklaracji zgodności MID lub stosownych certyfikatów oraz, że Zamawiający zgodnie z procedurą obowiązującą przy wykonywaniu legalizacji ponownej dla danego licznika przeprowadzi testy metrologiczne w zakresie sprawdzenia prawidłowości realizacji przez licznik pomiaru energii czynnej i biernej oferowanych urządzeń. W punkcie 3.5. SIWZ Zamawiający określił również, że przeprowadzi testy oferowanych liczników w zakresie spełnienia wymaganych funkcjonalności, nie określając jednocześnie sposobu lub metody jaką te funkcjonalności będzie badał. Odwołujący nie wniósł zastrzeżeń do określonych przez Zamawiającego w punkcie 3.5 SIWZ zasad badania próbek dostarczonych wraz z ofertą. Tym samym nie sposób na obecnym etapie zarzucać Zamawiającemu, iż dokonał badania funkcjonalności z użyciem niewłaściwej techniki. Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego dotyczące powyższego zarzut za niemające znaczenia dla sprawy. Ponadto, wskazać należy, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż oferowane przez Przystępującego urządzenia nie spełniają funkcjonalności opisanej w pkt 3.4.5 protokołu. W związku z tym Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczący pkt 2.3 protokołu końcowego

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Istota sporu pomiędzy stronami sprawdzała się do odmiennej interpretacji wyjaśnień do SIWZ przedstawionej przez Zamawiającego w dniu 21.08.2019 r. Izba uznała stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego za prawidłowe. Wskazać należy, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 4 z dnia 21.08.2019 Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z modyfikacją SIWZ tabela nr 3 (usunięto m.in. punkt 2.6 „Komunikacja przez optoztacze oraz na innych interfejsach komunikacyjnych (o ile występują) musi mieć możliwość szyfrowania algorytmem AES 128 bit (HLS) dla protokołów odczytu danych zgodnego z DLMS/COSEM". Jak wskazał Zamawiający powyższ modyfikacja jednoznacznie usuwa uwierzytelnianie kluczem (tryb HLS wg. Specyfikacji DLMS) a tym samym jedyną wymaganą metodą uwierzytelniania pozostało uwierzytelnianie hasłem (LLS wg. Specyfikacji DLMS). Zamawiający jednocześnie poinformował wykonawców, że w dostarczonych urządzeniach muszą być ustawione takie same hasła, które na etapie parametryzacji Zamawiający zmieni samodzielnie. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający w tabeli nr 3 pkt 2.3 z uwzględnieniem powyższego stanowiska dopuścił uwierzytelnienie poprzez hasło (LLS wg. Specyfikacji DLMS). Jednoczenie Zamawiający udzielił odpowiedzi, że dostarczone urządzenia mają mieć tożsame hasła, a Zamawiający przydzieli nowe na etapie parametryzacji przed powieszeniem licznika u danego odbiorcy.

W ocenie Izby Odwołujący błędnie interpretuje zarówno treść wyjaśnień SIWZ dokonanej przez Zamawiającego jak i treść samego protokołu badania. W protokołu badania wynika, iż wymóg określony w pkt 2.3 nie dotyczy urządzeń, z uwagi na wyjaśnienia treści SIWZ. Stwierdzenie Zamawiającego zawarte w uwagach dodatkowych należy interpretować łącznie z wszystkimi dokumentami Zamawiającego sporządzanymi w toku wyjaśnienia SIWZ. To, iż urządzenie oferowane przez Odwołującego spełnia pierwotnie wskazane wymaganie w pkt 2.3 protokołu, nie oznacza, iż należałoby zignorować treść wyjaśnień do SIWZ z dnia 21.08.2019 r. Skoro Zamawiający dopuścił uwierzytelnienie za pomocą hasła, a Odwołujący nie wskazał, iż urządzenie oferowane przez Przystępującego nie posiada takiej funkcjonalności, zarzut podniesiony przez Odwołującego uznać należy za niezasadny.

Odnośnie zarzut dotyczącego braku weryfikacji urządzeń Przystępującego względem wymagań określonych w Tabeli nr 1 i 2 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, to Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż urządzenia Przystępującego nie było badane i spełnia funkcjonalności opisanych w ww. tabelach. Zamawiający potwierdził w Raporcie końcowym spełnienie przez oferowane urządzenia wymagań zawartych w SIWZ. Nie sprecyzował również w SIWZ w jaki sposób będzie dokumentował potwierdzenie spełnienia takich wymagań czy też sposobu wykonania takich badań. Odwołujący zaakceptował treść SIWZ i nie wnosił w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Nie przedstawił również dowodów na wykazania, iż takie badanie nie było przeprowadzone. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczący braku możliwości weryfikacji rzeczywistej pojemności pamięci profili

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący oparł zasadność zarzut na oświadczeniu Przystępującego zawartym na str. 695 – 696. Wskazać jednakże należy, że w treści oświadczenia wykonawca przedstawił swoje stanowisko dotyczące sprzeczności wymagania wskazanego w pkt 3.6 z certyfikacja MID, która nie dopuszcza zapisywania w profilach licznika sztucznie generowanych danych. Z kolei Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z pkt. 3.1.3 Załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający określa wymagania formalne i techniczne które powinny spełniać urządzenia, w szczególności posiadane deklaracji zgodności MID zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2016 r. nr O poz 815). Zgodnie z pkt. 8 MID załącznika nr 1, opisującym Zabezpieczenie przed zafałszowaniem zapisy uniemożliwiają wymuszenie sztucznego zapisu profilu w liczniku, dopuszczalny jest tylko naturalny zapis profilu zasilonego licznika. Jak wskazał Zamawiający, wobec powyższych zapisów oraz ograniczeń czasowych w zakresie przygotowania próbek liczników wymaganych do złożenia razem z ofertą, dokonał oceny złożonych próbek liczników między innymi w punktach 3.6.1 do 3.6.3 w celu równego traktowania wszystkich oferentów podczas badania próbek, w których nie było możliwości zapisu profilów 1-mitutowych w oparciu o oprogramowanie narzędziowe oraz dokumentację techniczną. Oprogramowanie narzędziowe wizualizuje ilość zapisanych rekordów oraz ilość dostępnych rekordów w pamięci licznika. Jeden rekord opowiada za zbiór danych ustawionych w liczniku kanałów profilu zapamiętanych w okresie uśredniana 15 min. Próbka liczników Elgama Elektronika dla 3 kanałów profilu energii A+, QI, oraz Q4 spełnia zapisy zakresie pkt 3.6 dotyczące minimalnej wymaganej przez zamawiającego pojemności pamięci dla profilu. Podczas przeprowadzanego badania Zamawiający stwierdził że: liczba kolejno zarejestrowanych rekordów profilu jest zgodna z wykazywaną przez oprogramowanie narzędziowe licznika. Na podstawie powyższych informacji oraz zapisów oferty Zamawiający stwierdził że próbki spełnią zapisy SIWZ. Ponadto Zamawiający z wykorzystaniem dostępnych narzędzi oraz wiedzy, że standard DLMS przewiduje możliwość ustawienia okresu integracji na 60 sekund zmienił samodzielnie bez wykorzystania oprogramowania dostarczonego wraz z ofertą okres uśredniania w liczniku na 1 minutowy. Jak wskazał również Przystępujący podczas rozprawy, z treści oświadczenia złożonego w ofercie wynika wyłącznie, iż profil w urządzeniu przekazanym Zamawiającemu był skonfigurowany jako profil 5 minutowym, co nie oznacza, że nie są dostępne inne konfiguracje.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zmawiający dokonał prawidłowej weryfikacji pojemności pamięci profili. Zastosowana przez niego metoda była dopuszczona w SIWZ poprzez postanowienie zawarte w pkt 3.6.3, w którym Zamawiający wskazał, że zastrzega sobie możliwość weryfikacji pojemności pamięci profili na podstawie innego niż dostarczone z ofertą oprogramowania, zgodnie z protokołem komunikacyjnym licznika. Odwołujący zaś nie wykazał, że metoda zastosowana przez Zamawiającego była błędna czy też w sposób niewłaściwy, niepoprawny nastąpiła weryfikacja pojemności pamięci profili. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczący oprogramowania firmware

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba uznała, że Odwołujący oparł swój zarzut na błędnej interpretacji postanowień SIWZ, w tym pkt 5.2 oraz 3.1.44.1.W ocenie Izby pkt 3.1.44 SOPZ dotyczy oprogramowania narzędziowego do oferowanych liczników energii elektrycznej. Jest to oprogramowanie wspomagające zarządzanie zasobami sprzętowymi poprzez dogodne interfejsy użytkowe. Jak wskazał Zamawiający i Przystępujący oprogramowanie to pracuje w systemach operacyjnych. Najczęściej stosowanym system operacyjnym w chwili obecnej jest system Windows. Działanie oprogramowania narzędziowego jest zależne od zastosowanego systemu operacyjnego. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż nie musi posiadać oprogramowana narzędziowego, aby licznik spełniał swoje zadania dokonywał pomiaru energii elektrycznej. Natomiast firmware jest oprogramowaniem sprzętowym (lub inaczej oprogramowaniem układowym) zainstalowanym na stałe w urządzeniu, zapewniającym podstawowe procedury jego obsługi. Nie pracuje ono w systemie operacyjnym. Licznik nie musi posiadać systemu operacyjnego np. Windows, Linux w celu spełnienia jego podstawowych procedur. Prezentowany więc przez Odwołującego zarzut uznać należy za niezasadny, gdyż Odwołujący nie wykazał, iż firmware licznika to oprogramowanie narzędziowe. Ponadto wskazać należy, że z pkt 5.2 Załącznika nr 1 „Wymagania w zakresie oprogramowania narzędziowego" zasadnie można wywieść, iż firmware nie jest klasyfikowany przez Zamawiającego jako oprogramowanie narzędziowe. Zamawiający bowiem odróżnia oba systemu, wskazując wymagania oprogramowania narzędziowego względem oprogramowania firmware.
Ponadto wskazać należy za Zamawiającym, że Dyrektywa MID (Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady Uni Europejskiej z dnia 31 marca 2004 r. dyrektywa o przyrządach pomiarowych, zwana potocznie MID - Measuring Instruments Directive) obejmuje miedzy innymi liczniki energii elektrycznej. Dyrektywa ta określa sposób wprowadzenia urządzeń pomiarowych do obrotu i użytkowania. Posiadanie deklaracji zgodności MID dla licznika energii elektrycznej umocowane jest również w prawie polskim w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 2 czerwca 2016 r. w srawie wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2016 r. nr O poz 815). Zgodnie z pkt. 8 MID oraz z 5 23.1 ww. rozporządzenia oprogramowanie przyrządu pomiarowego (firmware) jest elementem deklaracji zgodności MID (opisem urządzenia pozwalającym na jego identyfikację). Dlatego też zmiana firmware 'u w ramach deklaracji zgodności MID jest niemożliwa bez konieczności przejścia ponownego procesu oceny zgodności MID. Zapis zaś w załączniki nr 1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia tabela nr 3 — Wymagania w zakresie bezpieczeństwa dla liczników pkt. 1.3 , 1.6 oraz 5.2 Wymagania w zakresie oprogramowania narzędziowego dotyczy możliwości zmiany firmware'u nie objętego MID. Przedłożone próbki liczników nie posiadały dodatkowego firmware'u w zakresie nie objętym MID), wobec powyższego zapisy w protokole badań pkt. 1.3, 1.6 oraz 5.2 są prawidłowe i odnoszą się do firmware'u objętego MID którego zmiana jest niemożliwa, bez konieczności poddania próbek ponownemu procesowi oceny zgodności MID). Tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na uwadze powyższy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.

Przewodniczący:……..…