Sygn. akt: KIO 72/20

WYROK

z dnia 28 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Katarzyna Poprawa

Członkowie: Aleksandra Patyk

Irmina Wiktoria Pawlik

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie, w dniu 27 stycznia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2020 roku przez

Wykonawcę Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego § 25 ust.

12.2 wzoru umowy, § 17 ust. 1.1.3 wzoru umowy oraz w zakresie zarzutu dotyczącego Rozdziału XIX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert „Koncepcja realizacji zamówienia".

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Mikronika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 72/20

Uzasadnienie

Zamawiający Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA" nr P/1/0121/2018", (zwane dalej postępowaniem).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 243-556915 z dnia 18 grudnia 2018 r. Postępowanie prowadzone

jest w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 134 ust. 1, w związku z art. 60a - 60f Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp".

W dniu 13 stycznia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Mikronika Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

(zwanego dalej Odwołującym), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności polegających na określeniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ) zawartej w zaproszeniu do składania ofert z dnia 3 stycznia 2020 r., w przedmiotowym postępowaniu a mianowicie wobec postanowień zawartych w:

1) Pkt II.2 str.5 dokumentu „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia" będącego załącznikiem nr 4 do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, zgodnie z którym:

„Zamawiający wymaga również, że zakres realizacji interfejsów zostanie wykonany przez Wykonawcę w całości, tzn. Wykonawca zawrze odrębne umowy z poszczególnymi Dostawcami wskazanych interfejsów jako podwykonawcami zakresu zamówienia, a koszty przez niego poniesione będą kosztami całościowymi";

2) Par.5 ust.9 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

3) Par. 8 ust.3, par.10 ust.4, Par. 10 ust.11 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

4) Par.17 ust.1 i ust.9 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

5) Par.17 ust.7 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

6) Par.19 ust.13 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

7) Par.20 ust.11 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

8) Par. 25 ust.12.2 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

9) Par.18 ust.2 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ i załącznika nr 27 Harmonogram Płatności Częściowych do Wzoru Umowy;

10) Pkt XIX SIWZ - „Informacje o kryteriach, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, skutkiem czego złożone oferty będą nieporównywalne, przez co Odwołującemu istotnie utrudnia lub wręcz uniemożliwia złożenie rzetelnej oferty i uzyskanie zamówienia;

2) naruszenie z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art.7 ust.1 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób utrudniający uczciwą konkurencje i nieprzejrzysty, przez co Odwołującemu istotnie utrudnia lub wręcz uniemożliwia złożenie rzetelnej oferty i uzyskanie zamówienia,

3) naruszenie art.91 ust.1,2 i 2d PZP w zw. z art.7 ust.1 PZP poprzez ustalenia kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, budzący wątpliwości, nieodnoszący się do przedmiotu zamówienia;

4) naruszenie art.353^1 w zw. z art.5 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP

poprzez ustalenie treści Wzoru Umowy w sposób sprzeczny współżycia społecznego i właściwości stosunku umownego, który wskutek udzielenie zamówienia miałby zostać nawiązany, nakładając na wykonawcę ryzyka, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składanie oferty, wobec nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, oraz wobec ustalenia warunków realizacji w sposób nierówny i rażąco niesprawiedliwy dla wykonawcy.

5) naruszenie art. 65, art. 473 § 1 w zw. z art. 56 i art. 353^1, art. 471, art. 483 § 1 i art. 484 § 1 kodeksu cywilnego poprzez ustalenie kar umownych w sposób sprzeczny z ich właściwością, rażąco niesprawiedliwy dla wykonawcy;

6) naruszenie art. 106b ust. 1 pkt 1 w zw z art. 106e ust. 1 pkt 7, oraz art. 19a ust. 1

w zw z art. 29a ust 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174 z późn.zm), art. art.5 i art. 11a ust.1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (tj. z dnia 13 grudnia 2018 r. Dz.U. z 2019

r. poz. 118 z późn.zm.) poprzez ustalenie warunków płatności i fakturowania sprzecznie z momentem powstania obowiązku podatkowego, nieodpowiadających rzeczywistej wartości dostarczanych produktów i usług.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ poprzez:

a) usunięcie wymogu postawionego Pkt II.2 strona 5 dokumentu „Szczegółowy Opis

Przedmiotu Zamówienia" będącego załącznikiem nr 4 do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, o treści:

„Zamawiający wymaga również, że zakres realizacji interfejsów zostanie wykonany przez Wykonawcę w całości, tzn. Wykonawca zawrze odrębne umowy z poszczególnymi Dostawcami wskazanych interfejsów jako podwykonawcami zakresu zamówienia, a koszty przez niego poniesione będą kosztami całościowymi";

b) usunięcia par.5 ust.9 Wzoru Umowy;

c) usunięcia par. 8 ust.3, par.10 ust.4, Par. 10 ust.11 Wzoru Umowy;

d) zmiany par.17 ust.1 i par.17 ust.9 Wzoru Umowy poprzez ustalenie identycznych pól eksploatacji, co do oprogramowania wykonawcy jak i oprogramowania firm trzecich, zmianę pól eksploatacji określonych par.17 ust.1.1 Wzoru Umowy poprzez pozostawienie w par.17 ust.1.1.2 jedynie praw do tłumaczenia, przystosowywania i zmiany układu w programie komputerowym oraz usunięcia par. 17 ust.1.1.3;

e) usunięcia par. 17 ust.7 Wzoru Umowy, względnie jego zmianę poprzez wyłączenie z jego zakresu programów komputerowych osób trzecich;

f) usunięcie par. 19 ust.13 Wzoru Umowy;

g) usunięcie par. 20 ust.11 Wzoru Umowy względnie jego zmianę poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 0,2 % całości wynagrodzenia netto określonego w umowie w par. 18 ust. 1.

h) usunięcie par. 25 ust.12.1 i 2 Wzoru Umowy;

i) zmiany par. 18 ust.9 Wzoru Umowy i załącznika nr 27 Harmonogram Płatności Częściowych do Wzoru Umowy poprzez dostosowanie wysokości faktur i płatności do rzeczywistego zakresu rozliczanych i odebranych prac, zgodny z wymogami przepisów odnośnie powstania obowiązku podatkowego;

j) zmianę kryteriów ocen ofert podanych w punkcie XIX SIWZ poprzez usunięcie z kryteriów oceny ofert kryterium „koszty okołoscadowe" oraz zmianę kryterium „gwarancji" i kryterium „koncepcji realizacji zamówienia" poprzez jednoznaczne i precyzyjne określenie ich definicji.

2) obciążenie Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Jednocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji przetargowej celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy."

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację zamówienia, co potwierdza okoliczność, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu, znalazł się na liście podmiotów z którymi Zamawiający prowadził dialog konkurencyjny oraz został zaproszony do złożenia oferty w postępowaniu.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w niniejszym odwołaniu przepisów ustawy interes Odwołującego doznał uszczerbku w związku z tym, iż wskutek zaskarżonych zapisów SIWZ złożenie przez Odwołującego starannie przygotowanej i skalkulowanej oferty jest w tym stanie znacznie utrudnione lub wręcz niemożliwe, co w konsekwencji powoduje utratę możliwości udzielenia zamówienia Odwołującemu. Uwzględnienie natomiast żądań Odwołującego spowoduje, iż Odwołujący będzie mógł uczestniczyć w postępowaniu i złożyć rzetelną i konkurencyjną ofertę, a tym samym będzie posiadał znaczną szansę na udzielenie mu zamówienia.

Odwołujący spełnia również drugą przesłankę statuującą jego uprawnienie do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych na wstępie przepisów ustawy - PZP poniesie szkodę, wyrażającą się w szczególności w utraceniu możności uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tym samym utratę możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utratę możności uzyskania referencji. Jak wskazuje się w piśmiennictwie (J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV), „Szkoda jako przesłanka środka odwoławczego powinna być rozumiana w sposób cywilistyczny, tj. zarówno jako strata, jak i jako utracone korzyści, przy czym w praktyce przeważać będzie ten drugi rodzaj szkody, zaś utracone korzyści to utracone przez wykonawcę (lub inną osobę) przychody z uzyskanego zamówienia. Do wniesienia odwołania wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody, jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Wystąpienie szkody jako takiej nie jest warunkiem sine qua non zasadności środka odwoławczego. Z tego też powodu inna osoba kwestionująca wybór trybu nie musi udowadniać, iż wygrałaby postępowanie, do którego nie została zaproszona, a jedynie możność."

Odwołujący wskazał, że Pismem z dnia 26 kwietnia 2019 r. zatytułowanym „Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców" został poinformowany przez Zamawiający o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym o ich spełnieniu przez Odwołującego. Pismem z dnia 4 czerwca 2019 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do dialogu prowadzonego w postępowaniu w trybie

dialogu konkurencyjnego. Zamawiający nie dzielił dialogu na etapy, spotkania z wykonawcami odbywały się w trzech turach. Zamawiający poinformował Odwołującego o zakończeniu w dniu 16 grudnia 2019 r. dialogu z wykonawcami oraz że w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców, określił rozwiązanie najbardziej

spełniające jego potrzeby. W dniu 3 stycznia 2020 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do złożenia ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego pn. Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA" nr P/1/0121/2018 oraz przekazał Odwołującemu SIWZ, która w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu narusza zdaniem Odwołującego przepisy prawa.

Zgodnie z art. 29 ust.1 PZP „Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty" oraz dodatkowo musi mieć na uwadze zgodnie z ust. 2 aby nie utrudniało

to konkurencji.

Oznacza to, iż specyfikacja zamówienia, w tym również warunki umowy, na podstawie której zamówienie będzie realizowane muszą zostać przygotowane na tyle dokładnie i jednoznacznie aby każdy z wykonawców biorących udział w postepowaniu mógł przygotować swoją ofertę w sposób rzetelny, w szczególności poprzez skalkulowanie ceny przy uwzględnieniu wszystkich czynników wpływających na jej ostateczną wysokość. Aby było to możliwe wykonawca musi być w stanie jednoznacznie określić zakres zamówienia i potrzebne do jego realizacji zasoby, a także potencjalne ryzyka. W innym przypadku oferent może opierać się jedynie na swoim wyobrażeniu, co jest niedopuszczalne, gdyż mogą się ono znacząco różnić w przypadku poszczególnych podmiotów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2018 r., sygn. KIO 2030/18).

Opis, który jest niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności wpływających na sporządzenie oferty skutkuje złożeniem ofert, które są nieporównywalne. W takiej sytuacji każdy z oferentów wycenia bowiem odmienne potrzebne zasoby i ich zakres, a Zamawiający nie ma nawet możliwości ich zweryfikowania (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 r., sygn. KIO 1985/18).

Doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawcy nie są w stanie złożyć porównywalnych ofert z pewnością narusza zasadę uczciwej konkurencji między nimi i równego traktowania, trudno tez mówić w takim przypadku o przejrzystości postępowania, co narusza art.7 ust.1 PZP.

Brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia narusza również postanowienia art. 353^1 kodeksu cywilnego będąc w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego właściwości stosunku umownego, który wskutek udzielenie zamówienia miałby zostać nawiązany.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wypełnił powyższych wymogów co Odwołujący wykazuje.

1. Zarzuty odnośnie pkt II.2 strona 5 dokumentu „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia" będącego załącznikiem nr 4 do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik

nr 3 do SIWZ

Zamawiający w SIWZ w Załączniku nr 4 do Umowy - „Szczegółowy Opis Przedmiotu

Zamówienia" w punkcie II ppkt 2 sformułował wymaganie dotyczące realizacji interfejsów pomiędzy systemem SCADA/ADMS, który jest przedmiotem realizacji umowy a systemami podmiotów trzecich w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga również, że zakres realizacji interfejsów zostanie wykonany przez Wykonawcę w całości, tzn. Wykonawca zawrze odrębne umowy z poszczególnymi

Dostawcami wskazanych interfejsów jako podwykonawcami zakresu zamówienia, a koszty przez niego poniesione będą kosztami całościowymi."

Włączenie w zakres realizacji umowy wykonania prac w zakresie budowy interfejsów

po stronie systemów podmiotów trzecich (dostawców tych systemów) w sposób określony powyżej przez Zamawiającego jest niedopuszczalne z następujących powodów:

a) Brak w SIWZ szczegółowej dokumentacji opisującej sposób realizacji interfejsów uzgodnionej z dostawcami systemów, do których te interfejsy mają być budowane. Załącznik nr 8 - Lista interfejsów - zawiera ogólne wymagania dotyczące zastosowanych technologii informatycznych i sposobu wymiany danych pomiędzy

systemami

oraz w punkcie 4.1 tabelę przedstawiającą wszystkie aktualne systemy Zamawiającego, które będą współpracowały z Systemem SCADA/ADMS. Zamawiający nie wskazał nawet listy dostawców tych systemów. Nie ma również w SIWZ informacji czy Zamawiający weryfikował w jakikolwiek sposób czy dostawcy tych systemów są w stanie zrealizować te interfejsy w sposób opisany w SIWZ.

b) Przedstawiona przez Zamawiającego lista jest wykazem systemów i nie jest tożsama z ilością interfejsów jakie należy wykonać pomiędzy nimi dla realizacji procesów wymiany informacji pomiędzy mini a systemem SCADA/ADMS. Szczegóły dotyczące wymiany danych będą dopiero opracowywane w ramach umowy na etapie Projektu

Technicznego oraz na dalszych etapach realizacji umowy.

c) Dla części systemów Zamawiający nie określił specyfikacji funkcjonalnej interfejsu podając jedynie informację, że zostanie ona opracowana później.

d) Uwzględnienie podmiotów trzecich jako podwykonawców wymagałoby uzgodnienia z nimi wszystkich szczegółów technicznych i umownych dotyczących realizacji ich zakresu prac przez złożeniem oferty przez Wykonawcę, co jest niemożliwe z powodów opisanych w powyższych punktach a)-c) oraz z uwagi na fakt, że budowa interfejsów z systemami wymienionymi w Załączniku nr 8 wymaga, z uwagi na specyfikę tych systemów, indywidualnego podejścia do określenia warunków ich realizacji.

e) Wykonawca nie ma żadnych instrumentów ani możliwości wymuszenia chęci współpracy na dostawcach systemów, do których mają być budowane interfejsy i zobowiązać ich do realizacji prac na zasadach określonych przez Zamawiającego

w SIWZ.

f) Wykonawca przymuszony przez Zamawiającego do zawarcia umów podwykonawczych z poszczególnymi dostawcami naraża się na dodatkowe ryzyko wykorzystania tego faktu przez tych dostawców poprzez nierzetelne wyceny prac lub oferowanie nierynkowych warunków ich realizacji lub brak zgody na warunki określone w SIWZ przez Zamawiającego. Takie działania mogą uniemożliwić Wykonawcy złożenie oferty, zawarcie umowy lub narazić na konsekwencje wynikające z kar umownych przy jej realizacji.

Zgodnie z powyższym zaskarżone wymaganie z pewnością nie spełnia przedstawionych wcześniej warunków stawianych Zamawiającemu dotyczących zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia i zasadne jest jego usunięcie. Postawione przez Zamawiającego wymaganie uniemożliwia oferentowi kompletne i prawidłowe oszacowanie wszelkich ryzyk z nim związanych, dokonanie ich rzetelnej wyceny na potrzeby złożenia oferty.

Nie dość, że nie są znane wszystkie ryzyka to dodatkowo są uzależnione od podmiotów trzecich, których postawy nie da się w ogóle przewidzieć. W szczególności trzeba wyraźnie wskazać, że dostawcą systemów SID i ROiTS, do których wymagana jest budowa najbardziej złożonych interfejsów, jest spółka Apator-Rector należąca do grupy Apator, do której należy również spółka Apator-Elkomtech biorąca udział w niniejszym postępowaniu w ramach konsorcjum, które otrzymało zaproszenie do złożenia oferty i z pewnością ją złoży.

Taka sytuacja w sposób oczywisty narusza zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości, ponieważ zgodnie z wymogiem Zamawiającego spółka Apator - Rector byłaby podwykonawcą wszystkich potencjalnych wykonawców biorących udział w postępowaniu i poprzez przedstawienie różnych warunków realizacji swojego zakresu prac poszczególnym wykonawcom i w ten sposób istotnie wpłynąć na wynik postępowania preferując spółkę z grupy Apator.

Ponadto zgodnie z komunikatem giełdowym spółki Apator umieszczonym na stronie planuje ona połączenie
spółek Apator Elkomtech i Apator Rector poprzez przeniesienie całego majątku Apator Rector sp. z o.o. na spółkę Apator Elkomtech SA. co dodatkowo powoduje, że spółka Apator-Elkomtech znajduje się w dużo bardziej uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych oferentów w kontekście wymagania przywołanego na wstępie.

Zawarcie umowy z zaskarżonym wymaganiem byłoby dla firmy skrajnie nieodpowiedzialne i mogło doprowadzić organy zarządzające do odpowiedzialności, a z pewnością rolą zamówień publicznych nie jest stawianie wykonawców w takiej sytuacji.

W związku z powyższym w pełni zasadne jest żądanie usunięcia zaskarżonego wymagania.

2. Zarzuty odnośnie par.5 ust. 9 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ

Wzór umowy stanowi w par.5 ust. 9:

„Wykonawca gwarantuje i zapewnia prawidłowe działanie Systemu na Infrastrukturze Zamawiającego, zgodnie z Załącznikiem nr 5 - Zbiór wymagań do Opisu Przedmiotu Zamówienia".

Zgodnie z wymogiem wykonawca ma zapewnić prawidłowe działanie swojego systemu na infrastrukturze Zamawiającego. Wykonawca nie może jednak na obecnym etapie przewidzieć jakich zmian w swojej infrastrukturze dokona Zamawiający, a tym samym nie jest w stanie ocenić zakresu możliwych prac i dostaw, a tym samym ich prawidłowo wycenić. Zmiany mogą być przecież istotne i wszechstronne, co będzie się wiązało ze złożonym procesem zmian po stronie systemu związanych z jego dostosowaniem, a ze względu na jego złożoność może to być wysoka kwota. Dodatkowo nie jest to ujęte w zakresie działań ujętych w usługach, których ilość jest limitowana przez umowę. Trzeba mieć na uwadze, że wymagany okres gwarancji i rękojmi jest długi, a może być jeszcze wydłużony przez oferentów. W ten sposób Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Wszystko to powoduje ryzyko po stronie oferenta, którego nie jest w stanie oszacować, a tym samym sporządzić rzetelnej i dobrze skalkulowanej oferty, co jak dokładnie wyjaśniono w odwołaniu jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym w pełni zasadne jest żądanie usunięcia par.5 ust.9 Wzoru Umowy.

3. Zarzuty odnośnie par. 8 ust.3, par.10 ust.4, Par. 10 ust.11 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ

Wzór umowy stanowi w par.8 ust.3

„Wdrożony System musi być kompletny i aktualny, tj. zgodny z obowiązującymi na moment Odbioru Końcowego powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, które zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 3 miesięcy przed terminem Odbioru Końcowego Systemu, jako regulacje wydane na skutek zmian w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, z zastrzeżeniem § 26 niniejszej Umowy."

Wzór umowy stanowi w par. 10 ust.4

„Na dzień przedstawiania Systemu SCADA/ADMS do Odbioru Końcowego, System ten w całości (w tym wszystkie jego komponenty) powinien być aktualny oraz zgodny z powszechnie obowiązującymi na dzień przedstawiania tego Systemu do Odbioru Końcowego przepisami prawa obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej,

z zastrzeżeniem par. 25 Zmiany Umowy, w tym w szczególności:

- Ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1231);

- Ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych (Dz.U. z 2001, Nr 128, poz.1402 z późn. zm.);

• Ustawą z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.); • Ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1781);

• Ustawą z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U.2002 Nr 144, poz. 1204 ze zm.);

• Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz.U.2011 Nr 159 poz. 948).

oraz obowiązującymi, wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, które zostały przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego przed przekazaniem Systemu do Odbioru Końcowego."

Wzór umowy stanowi w par 10 ust.11:

„W ramach świadczenia Asysty Wdrożeniowej, od momentu Uruchomienia poszczególnych funkcjonalności Systemu do czasu Odbioru Końcowego Systemu, Wykonawca zobowiązany jest do naprawy wszelkich wad w Systemie zgłaszanych przez Zamawiającego oraz bieżącego aktualizowania Systemu do wchodzących w życie powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wewnętrznych regulacji Zamawiającego, które zostały przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego przed przekazaniem Systemu do Odbioru Końcowego, które mają lub mogą mieć wpływ na działanie oraz funkcjonowanie Systemu."

Zgodnie z powyższymi wymogami wzoru umowy wykonawca zobowiązany jest do dostosowania systemu do powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wewnętrznych regulacji Zamawiającego aż do czasu odbioru końcowego. Powoduje to, że przedmiot zamówienia nie jest ostatecznie ustalony i może w toku realizacji ulec bliżej nieokreślonym zmianom, z czym nie można się zgodzić w świetle postanowień PZP.

Wykonawca nie może na obecnym etapie przewidzieć jakich zmian dokona Zamawiający w swoich regulaminach, a tym bardziej nie ma wpływu na zmieniające się przepisy prawa. Ze względu na długi okres realizacji zamówienia zmiany mogą być bardzo szerokie, a złożoność systemu powoduje, że jego dostosowanie może być bardzo czasochłonne oraz pochłaniające znaczne koszty. W ten sposób Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu, z czym nie można się zgodzić. Trzeba mieć na uwadze, iż nie jest to ujęte w zakresie działań ujętych w usługach, których ilość jest limitowana przez umowę.

Oznacza to, że wykonawca nie jest w stanie ocenić zakresu możliwych prac, a tym samym ich prawidłowo wycenić. Wszystko to powoduje ryzyko po stronie oferenta, którego nie jest w stanie oszacować, a tym samym sporządzić rzetelnej i dobrze skalkulowanej oferty, co jak dokładnie wyjaśniono w odwołaniu jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym w pełni zasadne jest żądanie usunięcia par. 8 ust.3, par.10 ust.4, Par. 10 ust.11 Wzoru Umowy.

4. Zarzuty odnośnie par. 17 ust. 1.1 i par.17 ust.9 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ.

Zamawiający przyjął w par. 17 Wzoru Umowy, że nie wymaga od wykonawcy przeniesienia praw autorskich majątkowych do oprogramowania dostarczanego w ramach realizacji zamówienia, a jedynie udzielenia licencji na jego użytkowanie choć w zakresie zbliżonym do przeniesienia praw. Dotyczy to nie tylko oprogramowania powstałego w ramach wykonywania zamówienia (a więc niejako dedykowanego pod zamówienie), ale również

innego dostarczanego oprogramowania wykonawcy (w tym stosowanego przez niego

w różnych rozwiązaniach, a więc powielanego w różnych rozwiązaniach i wobec różnych klientów - tzw. oprogramowania standardowego) i podmiotów trzecich.

W przypadku dostarczania własnego oprogramowania należy udzielić licencji na polach wskazanych w par. 17 ust. 1.1 Wzoru Umowy, a zgodnie z par.17 ust. 9 Wzoru Umowy dostarczając oprogramowanie firm trzecich należy jedynie „dążyć" do uzyskania

jak najszerszych praw, o których mowa w par.17 ust.1.1 Wzoru Umowy, a więc zakłada się, że nie musi być to taki sam zakres praw, co różnicuje przedmiot zamówienia w zależności od oferenta. Stawia to w gorszej sytuacji wykonawcę, który jest jednocześnie twórcą dostarczanego oprogramowania ponieważ zakres udzielanych przez niego praw będzie szerszy niż wykonawcy opierającego się na cudzym oprogramowaniu (skoro nie musi dać identycznych pół eksploatacji to nie będzie dążył do ich uzyskania, gdyż wiązałoby się to z dodatkowymi kosztami, których poniesienie z pewnością nie jest w jego interesie). Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest niedopuszczalne. Wobec tego właściwe byłoby przemodelowania całego sytemu uzyskiwania praw do użytkowania dostarczanego oprogramowania w taki sposób aby dostawa oprogramowania wykonawcy i firm trzecich odbywała się w zakresie identycznych pól eksploatacji.

Odwołujący wskazuje również, że treść par.17 ust.9 zgodnie z którą, wykonawca miałby zapewnić Zamawiającemu jak najszerszy zakres pól eksploatacji w odniesieniu do Oprogramowania Podmiotów Trzecich wywołuje uzasadnione wątpliwości z innych przyczyn. Jest to pojęcie nieostre i może być różnie odbierane przez różnych oferentów, jak również przez samego Zamawiającego. Wobec tego nieznany jest ostateczny kształt wymaganej licencji, którą trzeba dostarczyć, a tym samym jej możliwy koszt. Oznacza to, że wykonawcy nie mogą w tym zakresie złożyć porównywalnych ofert. Dodatkowo wykonawca nie ma wpływu na warunki licencji udzielane przez podmioty trzecie mające pozycje dominujące na rynku (np. Microsoft), a samo negocjowanie treści licencji jako mających istotne i kluczowe znaczenie dla działalności firm programistycznych jest procesem złożonym i czasochłonnym, niemożliwym do przeprowadzenia w toku niniejszego postępowania.

Ponadto należy zauważyć, iż sprzedaż oprogramowania standardowego na podstawie ograniczonych licencji jest istotną częścią działalności wykonawców. Wobec zapisu z par. 17 ust. 1.1 Zamawiający chciałby sobie zapewnić możliwość jego samodzielnego rozwijania lub przekazania innym podmiotom, co pozbawiłoby wykonawcy przewagi technologicznej oraz ujawnienia jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to w rezultacie pozbawienie wykonawcy korzyści Zamawiającemu na jego rozpowszechnianie.

Zaskarżone wymagania są nadmierne w stosunku do celu zamówienia, a Zamawiający wkracza w ten sposób w role konkurenta wykonawcy, co jest sprzeczne z celami zamówienia publicznego i roli Zamawiającego. Trzeba mieć na uwadze, że rynek jest w tym zakresie bardzo ograniczony, przez co wykonawca jest narażony na wszelkie działania ograniczające jego przewagę technologiczną. W związku z powyższym w pełni zasadne jest żądanie zmiany par.17 ust.1.1 i poprzez pozostawienie jedynie praw do tłumaczenia, przystosowywania i zmiany układu w programie komputerowym.

W związku z powyższym w pełni zasadne jest żądanie zmiany par. 17 ust.1.1. i ust.9 Wzoru Umowy.

5. Zarzuty odnośnie par.17 ust.7 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ;

Wzór umowy stanowi w par.17 ust.7:

„Wykonawca zapewnia i gwarantuje Zamawiającemu, że w chwili udzielenia licencji będzie

posiadać wszystkie prawa własności intelektualnej do Rezultatów Prac, i w związku z tym oświadcza i gwarantuje, że Rezultaty Prac w chwili udzielenia Zamawiającemu licencji na korzystanie z Rezultatów Prac nie będą naruszać żadnych praw własności intelektualnej osób trzecich, ani nie będą obciążone prawami osób trzecich, uniemożliwiającymi Zamawiającemu korzystanie z tych Rezultatów Prac na zasadach określonych w niniejszej Umowie oraz zgodnie z celem niniejszej Umowy. Wykonawca zobowiązuje się niniejszym naprawić każdą szkodę - w tym pokryć wszelkie koszty, wydatki, w tym koszty obsługi prawnej - którą Zamawiający może ponieść lub za którą Zamawiający może stać się odpowiedzialny, lub do której naprawienia może zostać zobowiązany w związku z jakimkolwiek pozwem, roszczeniem, czy postępowaniem prowadzonym przeciwko niemu oraz w związku z jakimkolwiek innym postępowaniem, w wyniku złożenia przez Wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń co do posiadanych praw własności intelektualnej.”

Zgodnie z powyższym zapisem wykonawca ma zapewnić Zamawiającego o posiadaniu wszelkich praw własności intelektualnej do Rezultatów Prac. Jako, że definicja „Rezultatów Prac" zawarta we Wzorze Umowy obejmuje również programy komputerowe bez wyróżnienia na ich właściciela to należy przyjąć, że wykonawca powinien dysponować również prawami własności intelektualnej do programów komputerowych osób trzecich. Pozostaje to w sprzeczności z zapisami par.17 ust. 9, gdzie mowa jest jedynie o udzieleniu licencji.

W związku z tym, że system będąc przedmiotem zamówienia wymaga użycia oprogramowania podmiotów trzecich, które są wykorzystywane powszechnie przy wielu realizacjach na całym świecie, a uzyskanie wszelkich praw do nich jest możliwe jedynie potencjalnie (działalność ich właścicieli opiera się na licencjonowaniu produktów ciągle rozwijanych, a ich wycena rynkowa przekracza wielokrotnie wartość przedmiotowego zamówienia) to w świetle niniejszego zamówienia należy zaskarżone wymaganie uznać za niemożliwe do spełnienia, a tym samym za niedopuszczalne.

W związku z powyższym w pełni zasadne jest żądanie usunięcia par. 17 ust.7 Wzoru Umowy, względnie jego zmianę poprzez wyłączenie z jego zakresu programów komputerowych osób trzecich.

6. Zarzuty odnośnie par.19 ust.13 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ

Wzór umowy stanowi w par.19 ust.13:

„Jeżeli Zamawiający pozostaje w zwłoce przekraczającej 30 dni z zapłatą przynajmniej dwóch wymagalnych faktur na kwotę nie mniejszą niż 25 % całości Wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy, Wykonawca wezwie Zamawiającego, w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności wezwania, do zapłaty zaległych kwot w terminie nie krótszym niż 30 dni od daty otrzymania takiego wezwania. Po bezskutecznym upływie tego terminu Wykonawca wyznaczy na piśmie pod rygorem nieważności dodatkowy termin, nie krótszy niż 30 dni z zastrzeżeniem, iż po jego upływie Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy. Po upływie tego dodatkowego terminu Wykonawca ma prawo do odstąpienia od Umowy. Niniejsza klauzula modyfikuje przepisy o odstąpieniu od umowy w razie zwłoki dłużnika. Powyższe uprawnienie nie przysługuje Wykonawcy, jeżeli Zamawiający złożył oświadczenie o potrąceniu roszczenia Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia z własnymi roszczeniami względem Wykonawcy, np.

roszczeniami o zapłatę kar umownych."

W zaskarżonym postanowieniu Wzoru Umowy Zamawiający w istotny sposób ograniczył przewidzianą w Kodeksie Cywilnym możliwość odstąpienia przez wykonawcę od umowy wobec zaległości płatniczych ze strony Zamawiającego, a jest to najważniejsze i często jedyne narzędzie wykonawcy mogące skutecznie doprowadzić do uzyskania płatności. W szczególności wykonawca nie może odstąpić od umowy w przypadku pierwszej zaległości płatniczej ze strony Zamawiającego i w rezultacie byłby zmuszony do kontynuowania realizowania umowy mimo istniejących zaległości, które musiałyby i tak łącznie objąć aż 25 % całości wynagrodzenia. Ponadto aby skorzystać ze swojego uprawnienia wykonawca musiałby wystąpić z dwukrotnym wezwaniem do zapłaty, co wydłużyłoby cały proces o co najmniej 60 dni. Trzeba wskazać, że w przypadku podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego przewidziano jedynie wymóg jednorazowego wezwania wykonawcy z terminem 14 dniowym. Zamawiający może się też łatwo przeciwstawić uprawnieniu wykonawcy podnosząc jedynie roszczenia o zapłatę kary umownej.

Wskazane postanowienie stanowi wyraźne zaburzenie równości stron umowy, a pozycja wykonawcy i jego uprawnienia zostały w tym przypadku zdecydowanie ograniczone, a nawet wyłączone, z czym nie można się zgodzić w świetle art. 353^1 i art. 5 kodeksu cywilnego.

Orzecznictwo KIO wyraźnie dostrzega, iż zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego. Wiąże się to z koniecznością uwzględniania ekwiwalentności świadczeń, sprawiedliwego ustalania

praw i obowiązków stron.

Z takim nadużyciem i wypaczeniem wzajemnego stosunku prawnego z pewnością mamy do czynienia w przypadku gdy Zamawiający właściwie wyłącza możliwość odstąpienia od umowy przez wykonawcę w przypadku naruszenia przez Zamawiającego jego kluczowego zobowiązania, a co ma miejsce w świetle zaskarżonego postanowienia.

Zgodnie z powyższym w pełni zasadny jest wniosek o usunięcie par. 19 ust.13 Wzoru Umowy.

7. Zarzuty odnośnie par. 20 ust. 11 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ

Wzór umowy stanowi w par. 20 ust.11:

„W razie naruszenia przez Wykonawcę postanowień, o których mowa w niniejszym paragrafie, niezależnie od postanowień określonych w ust. 3, jest on zobowiązany do zapłacenia Zamawiającemu kary umownej w wysokości 5% całości wynagrodzenia netto określonego w umowie w § 18 ust. 1 za każde naruszenie dotyczące obowiązku zachowania poufności."

Orzecznictwo KIO wyraźnie dostrzega, iż zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego. Wiąże się to z koniecznością uwzględniania ekwiwalentności świadczeń, sprawiedliwego ustalania praw i obowiązków stron. Odnosi się to w szczególności do kształtowania wysokości kar umownych, co wyklucza ich ustalanie w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego, a wymaga określania w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody (tak: Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z marca 2018 r. opublikowana na stronach UZP).

W przedmiotowej sytuacji Zamawiający objął obowiązkiem poufności jedynie wykonawcę, dodatkowo zastrzegając w przypadku naruszenia obowiązku karę umowną w wysokości aż 5 % całości wynagrodzenia za każde naruszenie. W ocenie Odwołującego jest to obowiązek nadmierny i nieproporcjonalny do celu, który ma zapewnić. Rozumiejąc konieczność zapewnienia poufności informacji poufnych i funkcje kar umownych nie sposób zgodzić się aby w tym przypadku konieczne było ustalenie aż tak wysokiej kary umownej. Ze względu na przewidywaną wysoką wartość zamówienia kara umowna mogłaby spełniać swoją funkcje już przy znacznie niższym jej wymiarze, zwłaszcza że Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, co w pełni zabezpiecza chroniony przez niego interes. Obecna wysokość sprawia, że ma charakter represyjny, a nie kompensacyjny, mogłaby też prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Zaskarżone postanowienie umowne wykracza poza ramy swobody kontraktowej określonej w art. 353^1 kodeksy cywilnego i narusza zasadę proporcjonalności określoną w art. 7 ust. 1 PZP.

Zgodnie z powyższym w pełni zasadny jest wniosek o usunięcie par. 20 ust.11 Wzoru Umowy względnie jego zmianę poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 0,2 % całości wynagrodzenia netto określonego w umowie w par. 18 ust. 1.

8. Zarzuty odnośnie par.25 ust. 12.1 i 2 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ

Wzór umowy stanowi w par. 25 ust. 12.1 i 2:

„Ponadto, Zamawiający ma prawo dochodzenia następujących kar umownych:

1.1.1. (...)

1.1.2. W przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy z powodu okoliczności leżących po stronie Zamawiającego - w wysokości 10 % całości Wynagrodzenia Umownego netto;"

Orzecznictwo KIO wyraźnie dostrzega, iż zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego. Wiąże się to z koniecznością uwzględniania ekwiwalentności świadczeń, sprawiedliwego ustalania praw i obowiązków stron.

W przedmiotowym zapisie Zamawiający przyznał sobie prawo dochodzenia od wykonawcy kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z okoliczności leżących po stronie Zamawiającego. Jednoznacznie taką możliwość wyklucza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 sygn. akt I CSK 748/12 zgodnie z którym: "Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny, kara umowna - zgodnie z uregulowaniami zawartymi w art. 483 i art. 484 KC - pełni funkcje odszkodowawczo - kompensacyjne, stymulujące dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjne. Jej istotą jest obciążenie dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę. Niewątpliwie sprzeczne z tak ukształtowaną przez ustawodawcę istotą (naturą) kary umownej byłoby przyjęcie przez strony w umowie obciążenia dłużnika karą umowną w sytuacji, gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło z przyczyn obciążających wierzyciela. W takiej sytuacji nie byłoby w ogóle mowy o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu umowy przez dłużnika, a tym samym brak byłoby podstaw do jakiejkolwiek jego odpowiedzialności kontraktowej." Mając na uwadze przywołany wyrok Sądu Najwyższego ponoszenie przez wykonawcę odpowiedzialność z tytułu kary umownej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, narusza zarówno art. 65 kodeksu cywilnego, nakazujący tłumaczenie oświadczeń woli tak jak tego wymagają zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje oraz cel umowy, jak i narusza art. 473 § 1 w zw. z art. 56 i art. 353^1, art. 471, art. 483 § 1 i art. 484 § 1 kodeksu cywilnego. Dlatego rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 kodeksu cywilnego odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela.

Pozostawiając w mocy wskazane postanowienie umowne Zamawiający miałby możliwość wzbogacenia się w konsekwencji naruszenia przez siebie umowy. W jego myśl wykonawca korzystając ze swojego prawa i to przeciwstawiając się uchybieniom Zamawiającego byłby zmuszony do dodatkowego świadczenia wobec niego kary umownej, kiedy to sam nie popełnił uchybienia. Pozbawiałoby to wykonawcy możliwości skorzystania ze swojego prawa, które miałoby charakter jedynie teoretyczny, gdyż groziłaby za nie istotna kara, której z pewnością nie chciałby ponieść. Stanowi to zaprzeczenie istoty kar umownych i świadczy o nadużyciu prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

Zgodnie z powyższym w pełni zasadny jest wniosek o usunięcie par.25 ust.12.1 i 2 Wzoru Umowy.

9. Zarzuty odnośnie ustalenia kryteriów oceny ofert w pkt XIX SIWZ -„INFORMACJE O KRYTERIACH, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY"

Zamawiający w załączniku do SIWZ „00_SIWZ_Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA" określił w rozdziale XIX :

a) W punkcie 6 zasady oceny ofert w kryterium: „Koszty okołoscadowe" opisując to w następujący sposób:

„W przypadku kryterium „Koszty okołoscadowe" oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikających z działania:

$$K = \frac{(1+(Kmax-Kb))}{(1+(Kmax-Kmin))}9 \text{ [pkt]}$$

Kmax - najwyższa kwota zaoferowanych kosztów okołoscadowych

Kmin - najniższa kwota zaoferowanych kosztów okołoscadowych

Kb - kwota kosztów okołoscadowych w badanej ofercie

Do oceny „kosztów okołoscadowych" Zamawiający przyjmie kwotę obliczoną jako sumę cen brutto przedstawionych przez Wykonawców w Formularzu kalkulacji ceny oferty dla Produktów nr 2, 3 i 5 dla Etapu I Realizacji Umowy oraz Produktów 2, 3 i 5 dla Etapu II Realizacji Umowy."

Definicja kryterium wskazuje, że Zamawiający promuje rozwiązania, gdzie łączna cena produktów 2, 3 i 5 jest najniższa przyznając za to dodatkowe punkty, mimo że cena tych produktów zawarta jest w łącznej cenie oferty i oceniana w kryterium „Cena". Z drugiej strony Zamawiający w paragrafie 18 ust. 9.1 i 9.2 umowy definiuje w jaki sposób będzie dokonywał płatności za poszczególne produkty:

9.1.W ramach Etapu I Realizacji Umowy płatności częściowe dokonywane będą zgodnie z harmonogramem płatności częściowych określonym w Załączniku nr 27 - Harmonogram płatności częściowych, maksymalnie do wysokości 90% wartości ceny ryczałtowej za I Etap Realizacji Umowy. Zamawiający zastrzega sobie zapłatę minimum

10 % wartości ceny ryczałtowej za I Etap Realizacji Umowy jako płatność końcową dla Etapu I Realizacji Umowy;

9.2. W ramach Etapu II Realizacji Umowy płatności częściowe dokonywane będą zgodnie

z harmonogramem płatności częściowych określonym w Załączniku nr 27 - Harmonogram płatności częściowych, maksymalnie do wysokości 90% wartości ceny ryczałtowej za II Etap realizacji Umowy. Zamawiający zastrzega sobie zapłatę minimum 10 % wartości ceny ryczałtowej za II Etap realizacji Umowy jako płatność końcową dla Etapu II realizacji Umowy płatności za poszczególne produkty:

Z powyższych zapisów wynika, że niezależnie od wyceny poszczególnych produktów przez wykonawcę Zamawiający będzie je rozliczał według stałego współczynnika procentowego zależnego od łącznej wartości danego Etapu zgodnie z harmonogramem płatności. Oznacza to, że zgodnie z harmonogramem płatności za produkty opisane w kryterium „koszty okołoscadowe" Zamawiający zapłaci zawsze 21% wartości Etapu I i odpowiednio 16% Etapu II niezależnie od ich wartości podanej przez wykonawcę. Sytuacja ta powoduje, że podane kryterium nie spełnia swojej roli, ponieważ jakąkolwiek cenę tych produktów poda wykonawca i tak otrzyma stałe wynagrodzenie w wysokości 21% i 16% odpowiednio wartości Etapu I i II. Wynika z tego, że kryterium to ma charakter czysto spekulacyjny.

Dla Zamawiającego koszt produktów opisanych w tym kryterium jest zawsze wprost proporcjonalny do wartości Etapów I i II czyli de facto łącznej wartości oferty, co jest oceniane w kryterium oceny ofert „Cena".

Dodatkowe wątpliwości wykonawcy budzą kwestie podatkowe wynikające z sztucznej zmiany wartości produktów przez Zamawiającego poprzez przypisywanie im ceny wynikającej ze współczynnika procentowego wartości poszczególnych Etapów co powoduje istotne różnice w zobowiązaniach podatkowych wykonawcy wynikające z ceny zakupu i sprzedaży tych produktów mogąc prowadzić do odpowiedzialności skarbowej. Jest to szczególnie ważne, ponieważ produkty 2 i 3 stanowią koszt zewnętrzny dla wykonawcy.

Z uwagi na powyższe przedstawione kryterium oceny nie spełnia swojej roli, narusza przepisy podatkowe (ignoruje określony w przepisach moment powstania obowiązku podatkowego i związanych z tym konsekwencji) wprowadza elementy spekulacyjne do sposobu wyceny ofert co powoduje, że nie możliwa jest ich obiektywna ocena.

b) W punkcie 7 zasady oceny ofert w kryterium: „Gwarancja" opisując to w następujący sposób:

„W przypadku kryterium „Gwarancja" oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikających z działania:

G = 9/6 x liczba niepodzielnych półroczy dodatkowego okresu Gwarancji

Zamawiający będzie oceniał dodatkowy okres gwarancji, o który zostanie wydłużony czas gwarancji udzielonej przez Wykonawcę na System, powyżej wymaganego minimalnego

okresu 3 lat (36 miesięcy), przy założeniu niepodzielnej jednostki czasowej - pół roku (6 miesięcy).

Maksymalna liczba punktów jakie może uzyskać Wykonawca w tym kryterium to 9 pkt."

Sposób opisania kryterium wprowadza w błąd, ponieważ Zamawiający nigdzie w SIWZ nie określił ograniczeń co do „liczby niepodzielnych półroczy dodatkowego okresu gwarancji" co powoduje, że podając liczbę niepodzielnych półroczy dodatkowego okresu gwarancji większą niż 6, wynik jest większy niż 9, np. dla liczby 7 wynik jest 10,5 a dla liczny 8 wynik jest 12 itd.

W związku z powyższym nie jest prawdziwe zdanie, że w kryterium tym można uzyskać maksymalnie 9 punktów. Na postawie tak zdefiniowanego kryterium nie można dokonać obiektywnej oceny ofert ponieważ jest zdefiniowane w sposób niejednoznaczny, budzący wątpliwości, umożliwiający jego różne rozumienie przez wykonawców i Zamawiającego.

c) W punkcie 9 zasady oceny ofert w kryterium: „Koncepcja realizacji zamówienia" opisując to w następujący sposób:

„W przypadku kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia" oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikających z działania:

$$T = \frac{\text{Najkrótszy czas przeprowadzenia testów}}{\text{Czas przeprowadzenia testów w badanej ofercie}} \times 3 \text{ [pkt]}$$

Zamawiający będzie oceniał zadeklarowany w ofercie czas trwania testów migracji danych, realizowanych przez Wykonawcę, przy założeniu niepodzielnej jednostki czasowej - jeden dzień. Testy migracji danych realizowane przez Wykonawcę będą odbywały się przy udziale jednego pracownika po stronie Zamawiającego w odniesieniu do jednego Oddziału, zgodnie z zapisami Załącznika nr 21 do Umowy - Zasoby Zamawiającego przewidziane do Realizacji Przedmiotu Umowy."

Podane kryterium w założeniu promować ma oferty z najkrótszym czasem przeprowadzania testów migracji. Zamawiający jednak nigdzie nie zastrzegł możliwości podania zerowego czasu przeprowadzenia testów, co jest możliwe ponieważ wykonawca może uznać, że nie ma potrzeby wykonywania testów. W takiej sytuacji wynik tego kryterium jest nieokreślony, co więcej, w tej sytuacji nie ma możliwości zróżnicowania pozostałych ofert, ponieważ wszystkie pozostałe oferty w tym kryterium otrzymają zero punktów z uwagi na to, że najkrótszy czas przeprowadzenia testów będzie wynosił zero.

Kolejnym niedoprecyzowaniem odnośnie tego kryterium jest podanie przez

Zamawiającego w tym samym rozdziale w punkcie 2 e) opisującym to kryterium:

„e) Koncepcja realizacji zamówienia (czas trwania testów przy określeniu przez Zamawiającego maksymalnej liczby i wydajności osób wyznaczonych do dyspozycji Wykonawcy) - 3%”

Zapisy SIWZ nie określają w żaden sposób wydajności osób wyznaczonych do dyspozycji wykonawcy, natomiast co do liczby osób to zapisy SIWZ są sprzeczne, ponieważ w definicji powyżej jest mowa o udziale jednego pracownika Zamawiającego natomiast we wskazanym Załączniku nr 21 do Wzoru Umowy w punkcie 1.11 jest napisane, że Zamawiający zapewni zespół dwóch osób:

„Zamawiający zapewni na czas prowadzenia testów migracji danych przez Wykonawcę zespół testowy Zamawiającego: jedna osoba obsługującą urządzenia telemechaniki i jedna

osoba do testowania sygnałów w dyspozycji mocy. Na obszar danego oddziału zamawiający zapewni jeden zespól testowy, dostępny w dni robocze w godzinach od 7 do 15. Zamawiający jest zwolniony z obowiązku zapewnienia zespołu testowego w przypadku wystąpienia awarii masowej. „

Kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia” ma w założeniu służyć do oceny oferty w związku z tym argument ilości dni trwania testów wykonawcy powinien różnicować oferty i przekładać się na sposób realizacji przedmiotu umowy. Tymczasem podana w tym kryterium ilość dni nie znajduje odzwierciedlenia w zapisach umowy i nie stanowi zobowiązania wykonawcy, tym samym jego dowolna zmiana na etapie realizacji umowy nie wywołuje żadnych konsekwencji dla wykonawcy, a więc nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. W związku z tym tak zdefiniowane kryterium oceny nie spełnia swojej roli.

Biorąc pod uwagę powyższe, kryterium „Koncepcja realizacji zamówienia” jest zdefiniowane w sposób niejednoznaczny, budzący wątpliwości, umożliwiający jego różne rozumienie przez Wykonawców i Zamawiającego oraz dodatkowo nie rodzi odpowiedzialności po stronie Wykonawcy (nie jest więc związana z przedmiotem zamówienia) w związku z czym nie spełnia swojej roli.

Należy pamiętać, iż:

„Zamawiający, określając kryteria, powinien móc zweryfikować podawane przez wykonawców informacje. Oznacza to, że kryteria nie powinny odnosić się do aspektów niemożliwych do sprawdzenia, czyli obietnic lub zobowiązań niewykonalnych” (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019).

Zgodnie z powyższym w pełni zasadny jest wniosek o zmianę kryteriów ocen ofert podanych w punkcie XIX SIWZ poprzez usunięcie z kryteriów oceny ofert kryterium „koszty okołoscadowe” oraz zmianę kryterium „gwarancji” i kryterium „koncepcji realizacji zamówienia” poprzez jednoznaczne i precyzyjne określenie ich definicji.

10. Zarzuty odnośnie par.18 ust.9 Wzoru Umowy i załącznika nr 27 Harmonogram

Płatności Częściowych.

Zamawiający w par.18 ust.2 Wzoru Umowy dokonał szczegółowego podziału wynagrodzenia odpowiadającego poszczególnym produktom wchodzącym w skład zamówienia. W par.18 ust.9 i powiązanym z nim załącznikiem nr 27 Harmonogram Płatności Częściowych ustalił szczegółowe warunki płatności. Warunki płatności przewidują fakturowanie nieodpowiadające rzeczywistej wartości dostarczanych produktów i usług, co zostało szczegółowo przedstawione w uzasadnieniu odnośnie kryteriów oceny (punkt lll.9 niniejszego odwołania) i w tym miejscu należy to powielić. Stanowi to naruszenie art. 106b ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 106e ust. 1 pkt 7 oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174), oraz art.5 i art. 11a ust.1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (tj. z dnia 13 grudnia 2018 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 118 z późn.zm.). Ich stosowanie przez wykonawcę prowadziłoby do naruszenia przepisów podatkowych i w związku z tym narażało

na odpowiedzialność wynikającą z kodeksu karnego i kodeksu karnego skarbowego.

W związku z powyższym w pełni zasadne jest żądania zmiany par.18 ust.9 Wzoru Umowy i załącznika nr 27 Harmonogram Płatności Częściowych.

Wskazane powyżej argumenty potwierdzają zasadność zarzutów i żądań Odwołującego, wobec czego należy orzec zgodnie z nimi. W tym stanie rzeczy, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której oświadczył iż uwzględnił zarzuty dotyczące par. 25 ust. 12. 2 par. 17 ust. 1.1.3. wzoru umowy, poprzez ich usunięcie, oraz zarzuty dotyczące:

• Pkt II.2 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia będącego załącznikiem

nr 4 do Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, w ten sposób iż Zmawiający zmodyfikował ww. pkt nadając mu nowe, następujące brzmienie: „Zamawiający wymaga również, że zakres realizacji interfejsów zostanie wykonany przez Wykonawcę w całości, tj. w sposób zapewniający działanie Systemu zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ”

- zarzuty odnośnie par. 17 ust. 9 Wzoru Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ w ten sposób, iż Zmawiający zmodyfikuował ww. postanowienia nadając mu nowe, następujące brzmienie:

„W przypadku dostarczenia przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy Oprogramowania Podmiotów Trzecich Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia Zamawiającemu licencji na korzystanie z tego oprogramowania na warunkach nie gorszych niż otrzymane od Podmiotu Trzeciego, umożliwiających Zamawiającemu korzystanie z Rezultatów Prac zgodnie z Umową oraz na okres jej obowiązywania.”

- zarzut odnośnie kryterium oceny ofert zawartego w Rozdziale XIX SIWZ - Koncepcja realizacji Zamówienia wskazany w pkt. III.9 lit. c) odwołania poprzez zmianę opisu kryterium oceny ofert „Koncepcja realizacji Zamówienia” która otrzymała brzmienie: „ W przypadku kryterium „ Koncepcja realizacji zamówienia ” oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikających z działania:

$$T = \frac{\text{Najkrótszy czas przeprowadzenia testów} + 1}{\text{Czas przeprowadzenia testów w badanej ofercie} + 1} * 3[pkt]$$

Zamawiający będzie oceniał zadeklarowany w ofercie czas trwania testów migracji danych, realizowanych przez Wykonawcę, przy założeniu niepodzielnej jednostki

czasowej — jeden dzień.

Testy migracji danych realizowane przez Wykonawcę będą odbywały się przy udziale jednego zespołu testowego Zamawiającego w odniesieniu do jednego

Oddziału, zgodnie z zapisami Załącznika nr 21 do Umowy — Zasoby Zamawiającego przewidziane do realizacji Przedmiotu Umowy.

Maksymalna liczba punktów jakie może uzyskać Wykonawca w tym kryterium to 3 pkt. W przypadku, gdy Wykonawca jako czas trwania testów poda wartość „0” do obliczeń jako najkrótszy czas przeprowadzenia testów zostanie przyjęta wartość „0”

• oraz dodaje ust. 9.3 w 25 Wzoru Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ o następującej treści: „Zwłoki wynikającej z przekroczenia deklarowanego w ofercie czasu niezbędnego na przeprowadzenie testów migracji danych przy udziale zespołów testowych Zamawiającego, w wysokości 4000 zł za każdy dzień

przekroczenia deklarowanego czasu trwania testów."

Wobec powyższego Odwołujący cofnął zarzut dotyczący par. 25 ust. 12. 2 par. 17 ust. 1.1.3. wzoru umowy oraz zarzut dotyczący Rozdziału XIX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert „Koncepcja realizacji zamówienia".

Oświadczył, iż zarzut postawiony w zakresie par. 25 ust. 12.1 jest oczywistą omyłką pisarską.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego

w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych

pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 stycznia 2020 roku wobec czynności Zamawiającego polegających na określeniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 3 stycznia 2020 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy - środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać na okoliczności natury ogólnej, które w ocenie składu orzekającego miały istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Wskazać należy, iż w przypadku odwołań na treść postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ramy postępowania odwoławczego zakreśla nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwań Odwołującego. Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SIWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Izba nie może domniemywać treści wprost nie wskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego. Takie postępowanie stanowić mogłoby naruszenie zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym, gdyż to Izba, a nie Odwołujący kreowałaby treści zmian w SIWZ. To rolą Odwołującego jest, aby formułując swoje żądania wskazał, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu - służy zapewnieniu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami ewentualnej decyzji o jego uwzględnieniu w całości lub części.

Dodatkowo podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności nakazać zamawiającemu dokonanie konkretnej, a nie blankietowej zmiany treści SIWZ. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zatem to strony postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym, które znajdują wyraz w stawianych zarzutach oraz w odpowiadających im żądaniach. Jest to szczególnie istotne w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem są postanowienia SIWZ lub ogłoszenia, bowiem to żądania wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SIWZ lub ogłoszenia. Z powyższego wynika, iż po pierwsze żądania wprowadzenia zmian w postanowieniach SIWZ powinny zostać w odwołaniu w sposób jasny i precyzyjny wyartykułowane, a po drugie żądania te powinny być właściwie skorelowane z podnoszonymi zarzutami i znajdować oparcie w przedstawianym uzasadnieniu faktycznym zarzutów. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SIWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania (por. Wyrok z dnia 28.01.2019 sygn. akt KIO 26/19).

Rozstrzygając o zasadności zarzutów odwołania, Izba miała na względzie okoliczność, iż w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 stycznia 2020 r. Zamawiający złożył oświadczenie o modyfikacji treść SIWZ, w sposób który miał wpływ na ocenę części zarzutów podnoszonych przez Odwołującego. Ustawa Pzp nie zakazuje Zamawiającemu, w przypadku wniesienia odwołania, dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, również w zakresie objętym zarzutami i wnioskami, a co więcej, czynności Zamawiającego nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, o czym mówi art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, dokonane przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania a przed zamknięciem rozprawy, składają się na stan rzeczy stanowiący podstawę faktyczną wyroku. Wobec tego zmiany treści SIWZ dokonane przez Zamawiającego nie mogły zostać przez Izbę pominięte podczas rozstrzygnięcia. Modyfikacje te spowodowały, iż w dacie orzekania zmianie uległ stan faktyczny, który był podstawą części postawionych zarzutów i żądań, co czyniło je w całości lub w części bezprzedmiotowymi, nieaktualnymi lub nie mającymi wpływu na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wynikający z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący zobowiązany był wykazać, iż dokonane modyfikacje SIWZ pozostają bez wpływu na zasadność podnoszonych w oparciu o pierwotne brzmienie SIWZ zarzutów czy też, że pomimo tych modyfikacji argumentacja przedstawiona w odwołaniu zachowuje aktualność. Zważyć bowiem należy, że na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu zmian treści SIWZ Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie pkt II. 2 strona 5 „Opisu przedmiotu zamówienia" dotyczącego naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nieprzejrzysty, przez co

Odwołującemu istotnie utrudnia lub wręcz uniemożliwia złożenie rzetelnej oferty i uzyskanie zamówienia Izba uznała zarzut za niezasadny.

Z treści „Opisu przedmiotu zamówienia" pkt II.2. strona 5 wynika obowiązek leżący po stronie wykonawcy, polegający na konieczności realizacji zakresu interfejsów w całości.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak możliwości kompletnego i prawidłowego oszacowania wszelkich ryzyk wynikających z powyższego zakresu realizacji oraz brak możliwości dokonania rzetelnej wyceny na potrzeby złożenia oferty, wskazując na brak w SIWZ dokumentacji opisującej sposób realizacji interfejsów uzgodnionej z dostawcami systemów, do których interfejsy mają być budowane. Wskazał, że załączony do SIWZ załącznik nr 8 Lista interfejsów zawiera ogólne wymagania dotyczące zastosowanych technologii informatycznych oraz aktualne systemy Zamawiającego, bez wskazania listy dostawców tych systemów, oraz że Zamawiający nie określił dla części systemów specyfikacji funkcjonalnej interfejsu. Odwołujący zarzucił także że zapisy SIWZ przymuszają go do zawarcia umów podwykonawczych z dostawcami wskazanych interfejsów co dodatkowo naraża go na ryzyko związane z nierzetelną wyceną prac lub oferowanie nierynkowych warunków realizacji lub brak zgody na warunki określone w SIWZ przez tych dostawców. Może to uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty, zawarcie umowy czy narazić na konsekwencje wynikające z kar umownych przy realizacji umowy.

Powyższe uzasadnia usunięcie zapisu pkt II. 2 strona 5 „Opisu przedmiotu zamówienia" w całości.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego.

Wskazać należy, że Zamawiający dokonując modyfikacji treści pkt II.2 strona 5 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia" zmienił go w następujący sposób: „Zamawiający wymaga również, że zakres realizacji interfejsów zostanie wykonany przez Wykonawcę w całości, tj. w sposób zapewniający działanie Systemu zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ", usuwając wymóg dotyczący zawarcia przez wykonawcę odrębnych umów z poszczególnymi dostawcami wskazanych interfejsów, co czyni zarzut w zakresie formy współpracy z dostawcami systemów za bezprzedmiotowy. Choć Odwołujący odnosząc się do treści powyższej modyfikacji stwierdził, że niczego ona nie zmienia, ponieważ w dalszym ciągu pozostaje obowiązek nawiązania współpracy między Odwołującym, a podwykonawcami, to nie można pominąć okoliczności, że Zamawiający usunął kwestionowany przez Odwołującego wymóg dotyczący konieczności zawarcia umowy z dostawcami interfejsów i w tym zakresie zarzut utracił swoją aktualność. Zmiana w treści pkt II.2 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia doprowadziła do zmiany stanu rzeczy w dacie rozpoznania sprawy, który stanowi podstawę faktyczną wyroku.

Odnosząc się do żądania Odwołującego polegającego na usunięciu w całości wymogu z pkt II.2 strona 5 „Szczegółowego opisu przedmiotu" w przedmiocie realizacji Interfejsów przez wyłonionego w postępowaniu wykonawcę oraz zarzutu, iż w SIWZ brak jest szczegółowej dokumentacji opisującej sposób realizacji interfejsów uzgodnionej z dostawcami systemów, do których te interfejsy maja być budowane, należy uznać je za niezasadne.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, realizacja przedmiotowego zamówienia wymaga specjalistycznej wiedzy, kompetencji i doświadczenia, stanowiących jednocześnie istotny obszar warunkujący kompleksową realizację zadania, wdrożenia systemu, których to Zamawiający nie posiada. Z powyższych względów, zagadnienia dotyczące sposobu i zakresu realizacji interfejsów były przedmiotem dialogu konkurencyjnego, tak aby wspólnie wypracować model, który zapewni Zamawiającemu prawidłową realizację zamówienia.

Zamawiający podkreślił, iż w trakcie prowadzonego postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego, przedstawił swoje wymagania w zakresie realizacji/odtworzenia interfejsów pomiędzy wdrażanym systemem SCADA/ADMS, a powiązanymi z nim systemami informatycznymi funkcjonującymi u Zamawiającego. Zgodnie z wymaganiami wyłoniony w postępowaniu Wykonawca ma pełnić rolę integratora tych systemów, tj. musi posiadać kompetencje w zakresie różnych systemów, technologii i środowisk informatycznych. Ma to na celu zapewnienie bezpiecznej migracji systemów, wymiany danych pomiędzy tymi systemami oraz zapewnienie rozwoju z zachowaniem ciągłości biznesowej przedsiębiorstwa i pełnego bezpieczeństwa tych danych.

W oparciu o doświadczenie zdobyte podczas realizacji innych projektów oraz o wiedzę ekspercką, integrator analizując infrastrukturę klienta opracowuje najlepszy i najbardziej efektywny scenariusz wdrażania zmian zgodnie z najlepszymi praktykami, aby w efekcie końcowym zapewnić Klientowi rozwiązanie informatyczne zoptymalizowane wydajnościowo, skalowalne, łatwe w utrzymaniu, zarządzaniu, a przede wszystkim bezpieczne.

W oparciu o wypracowane w ramach dialogu konkurencyjnego rozwiązania techniczne, Zamawiający opracował „Listę interfejsów" oraz „Zbiór dokumentacji do listy interfejsów" (stanowiące obecnie załącznik nr 8 i 9 do Wzoru Umowy), opisujące szczegółowo jakie interfejsy mają zostać wykonane oraz wymagania w zakresie ich realizacji. Wymagania te, jak wskazał na rozprawie, w sierpniu 2019 roku Zamawiający przekazał wykonawcom celem wniesienia uwag. Od tego czasu ich treść znana była wykonawcom i nie uległa zmianie.

Nie można się również zgodzić z Odwołującym, że obowiązek wykonania interfejsów przez Wykonawcę w całości narusza zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Wymagania postanowione przez Zamawiającego są dla niego kluczowe i pozwalają na całościowe wdrożenie systemu. Ponadto podkreślenia wymaga, że przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie zostało zarekomendowane przez Urząd Zamówień Publicznych w publikacji pt: „Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. Rekomendacje", gdzie na str. 31 w rozdziale „Rekomendacje" w pkt 4.7. „Rekomendacja 7: pro-konkurencyjna konstrukcja SIWZ oraz umów" wskazano:

„SIWZ i umowa z wykonawcą powinny sankcjonować obowiązek współpracy z wykonawcami innych, niezależnych (luźno powiązanych) podsystemów”,

uzasadniając, że:

„opisana współpraca jest niezbędna by doprowadzić do integracji podsystemów zbudowanych przez niezależne podmioty”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający jest uprawniony a wręcz zobowiązany aby wymagać od Wykonawcy, iż w sytuacji gdy przy wykonywaniu przedmiotowych interfejsów będzie konieczne współdziałanie Wykonawcy z podmiotem trzecim, to Wykonawca winien taką współpracę podjąć.

Zarzucenie zatem Zamawiającemu, że poprzez zapisy SIWZ narusza on zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, w sytuacji kiedy zapisy SIWZ konstruuje w oparciu o rekomendacje Urzędu Zamówień Publicznych dotyczących systemów informatycznych dedykowanych i konfigurowalnych systemów specjalistycznych należy uznać za niezasadne.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Sporządzenie opisu przedmiotu stanowi jeden z jego kluczowych obowiązków związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb oraz wytyczne wynikające z przepisów, w szczególności z art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp. Nie jest przy tym tak, że postanowienia SIWZ muszą wprost wskazywać, czy w jakikolwiek sposób tłumaczyć cel, który przyświecał zamawiającemu w ich sformułowaniu. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, iż art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie powinien być odczytywany w ten sposób, że nakłada na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 959/18). Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasadę uczciwej konkurencji, ale poszanowanie tych zasad nie oznacza jednak, że Zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niezaspokajający jego potrzeb.

Reasumując, Izba wskazuje że Zamawiający, który chce udzielić zamówienia publicznego w określonym zakresie wskazanym w SIWZ (tu wdrożenie systemu), ma prawo oczekiwać rezultatu w postaci sprawnie działającego systemu i w tym celu narzucić wykonawcy określone rozwiązania, niezbędne do realizacji zamierzonego celu.

Ponadto, odnosząc się do treści zarzutów i żądań, wskazać należy, że Odwołujący skoncentrował się jedynie na postulacie usunięcia wymogu postawionego w pkt II.2. str. 5 „Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia” natomiast nie przedstawił żadnej argumentacji, w żaden sposób nie wykazał, jakich konkretnie elementów, wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenia oferty nie zawiera SIWZ. Nie wskazał dlaczego w jego ocenie zapisy SIWZ uniemożliwiają kompletne i prawidłowe oszacowanie wszelkich ryzyk z nim związanych oraz dokonanie rzetelnej oceny na potrzeby złożenia oferty.

W powyższych okolicznościach zarzut należało uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego par. 5 ust. 9 Wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ wskazać należy, że żądanie jego usunięcia jest niezasadne.

Zgodnie z treścią par. 5 ust. 9 Wzoru Umowy:

„Wykonawca gwarantuje i zapewnia prawidłowe działanie Systemu na Infrastrukturze Zamawiającego, zgodnie z Załącznikiem nr 5 - Zbiór wymagań do Opisu Przedmiotu Zamówienia".

Powyższy wymóg, zgodnie z którym, Wykonawca ma zapewnić prawidłowe działanie systemu na infrastrukturze Zamawiającego wydaje się w pełni uzasadniony. Przy tak długim okresie realizacji umowy jak przedmiotowy, należy założyć że dokonanie zmian w infrastrukturze Zamawiającego będzie koniecznością. Biorąc pod uwagę długość realizacji zamówienia (do 2033 r.) powyższy wymóg i oczekiwanie stawiane przez Zamawiającego, że system, pomimo wprowadzenia zmian w infrastrukturze będzie nadal działał prawidłowo jawi się jako całkowicie uzasadniony.

Trudno zgodzić się z Odwołującym, że na obecnym etapie nie może on przewidzieć jakich zmian w swojej infrastrukturze dokona Zamawiający, nie jest też w stanie ocenić zakresu możliwych prac i dostaw, a tym samym prawidłowo wycenić ofertę. Wskazać należy, że zarzuty Odwołującego stoją w sprzeczności z zapisami SIWZ. Otóż zapewnienie prawidłowego działania systemu ma się odbywać w ściśle określonych przez Zamawiającego warunkach, zawartych w Załączniku nr 5 do umowy, tj.:

- w zakresie eksploatowanej w chwili obecnej sieci elektroenergetycznej z uwzględnieniem jej rozwoju w kolejnych latach określonych w wierszach (Lp.) 11-13 oraz 22-33,

- oraz liczby użytkowników Systemu SCADA/ADMS również uwzględniającego ich przyrost w okresie eksploatowania tego systemu określonego w wierszach (Lp.) 8-9,

- Wykonawca zapewni prawidłowe działanie Systemu, tj. spełni wymagania określone w wierszach (Lp.) 1-7, 14-21, 34-36 dla określonych przez Zamawiającego parametrów sieci transmisyjnej zdefiniowanej w wierszach (Lp.) 10. "

W oparciu o powyższe wymagania, Wykonawca ma również możliwość zwymiarować sprzęt IT stanowiący integralną część zamówienia, tak aby zapewnić jego prawidłowe działanie przy uwzględnieniu ww. planów rozwoju Zamawiającego.

Wobec powyższego, nie jest prawdą, że Odwołujący winien na obecnym etapie przewidzieć zmiany w infrastrukturze Zamawiającego, bowiem te zmiany które aktualnie stanowią podstawę do skalkulowania oferty, Zamawiający przewidział i zawarł w treści SIWZ. Wykonawca ma zatem pełną wiedzę co do przewidywanych zmian jakie w swojej infrastrukturze planuje dokonać Zamawiający, aby dostarczony przez niego system spełniał wymagania Zamawiającego.

Podkreślić należy, że Zamawiający przewidział także zabezpieczenie, na okoliczność gdyby zmiany infrastruktury wykroczyły poza zakres planowanych i przekazanych w SIWZ wykonawcom zmian, tj. poza zakres, którego nie dało się przewidzieć w trakcie zawarcia umowy. Zamawiający w takiej sytuacji dopuścił możliwość zmiany umowy, wskazując tryb i zasady takiej zmiany w par. 26 wzoru umowy.

Nie potwierdził się zatem zarzut, że Odwołujący nie jest w stanie ocenić zakresu możliwych prac i dostaw, a tym samym prawidłowo je wycenić, bowiem na obecnym etapie winien oszacować ofertę w oparciu o dane zawarte w SIWZ, również dotyczące planowanych i przewidywanych zmian, a ponadto, gdyby w trakcie realizacji umowy zakres możliwych prac uległby zmianie w stosunku do przewidywanych, to Zamawiający przewidział mechanizmy regulujące rozliczenie wykonanych prac, pomimo, iż nie zostały one

uwzględnione - jak twierdzi Odwołujący - w zakresie działań ujętych w usługach, których ilość jest limitowana.

Żądanie usunięcia par 5 ust 9 Wzoru Umowy jest zatem niezasadne.

Zarzut dotyczący par. 8 ust. 3 par. 10 ust. 4, par. 10 ust. 11 Wzoru Umowy oraz żądanie ich usunięcia Izba uznała za chybione.

Wzór umowy stanowi w par. 8 ust. 3

„Wdrożony System musi być kompletny i aktualny, tj. zgodny z obowiązującymi na moment Odbioru Końcowego powszechnie obowiązującymi przepisami prawa

oraz wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, które zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 3 miesięcy przed terminem Odbioru Końcowego Systemu, jako regulacje wydane na skutek zmian w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, z zastrzeżeniem § 26 niniejszej Umowy."

Wzór umowy stanowi w par. 10 ust. 4

„Na dzień przedstawiania Systemu SCADA/ADMS do Odbioru Końcowego, System ten w całości (w tym wszystkie jego komponenty) powinien być aktualny oraz zgodny z powszechnie obowiązującymi na dzień przedstawiania tego Systemu do Odbioru Końcowego przepisami prawa obowiązującymi w Rzeczypospolitej Polskiej, z zastrzeżeniem par. 25 Zmiany Umowy, w tym w szczególności:

- Ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1231);
- Ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych (Dz.U. z 2001, Nr 128, poz.1402 z późn. zm.);
- Ustawą z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.); • Ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1781);
- Ustawą z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U.2002 Nr 144, poz. 1204 ze zm.);
- Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2011 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz.U.2011 Nr 159 poz. 948).

oraz obowiązującymi, wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, które zostały przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego przed przekazaniem Systemu do Odbioru Końcowego."

Wzór umowy stanowi w par. 10 ust. 11:

„W ramach świadczenia Asysty Wdrożeniowej, od momentu Uruchomienia poszczególnych funkcjonalności Systemu do czasu Odbioru Końcowego Systemu, Wykonawca zobowiązany jest do naprawy wszelkich wad w Systemie zgłaszanych przez Zamawiającego oraz bieżącego aktualizowania Systemu do wchodzących w życie powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wewnętrznych regulacji Zamawiającego, które zostały przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego przed przekazaniem Systemu do Odbioru Końcowego, które mają lub mogą mieć wpływ na działanie oraz funkcjonowanie Systemu."

W ocenie Izby nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego, iż przedmiot zamówienia nie jest ostatecznie ustalony i może w toku realizacji ulec bliżej nieokreślonym zmianom, z uwagi na fakt, iż Wykonawca zobowiązany jest do dostosowania systemu do powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz wewnętrznych regulacji Zamawiającego aż do czasu odbioru końcowego.

Wskazać należy, iż Zamawiający ma prawo oczekiwać od Wykonawcy realizacji zamówienia, w postaci wdrożonego systemu, który będzie kompletny i aktualny na moment odbioru końcowego, tj. zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego. Oczekiwania takie są w pełni zasadne, bowiem Zamawiający pragnie udzielić zamówienia, które będzie umożliwiało realizację wymaganych funkcjonalności zgodnie z ich przeznaczeniem, oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i regulacjami wewnętrznymi, które wystąpiły w trakcie realizacji umowy. Z uwagi na długi okres realizacji zamówienia, Zamawiający zasadnie przewidział możliwość zaistnienia zmian w regulacjach prawnych, bowiem prawdopodobieństwo ich wystąpienia jest bardzo wysokie, a dla Zamawiającego istotne jest aby nabył system aktualny i kompletny, a nie system o walorach historycznych. Ponadto podkreślenia wymaga, iż nie chodzi o wprowadzenie jakichkolwiek zmian w systemie, ale dostosowanie systemu do aktualnie obowiązujących przepisów prawa i regulacji wewnętrznych, co będzie czyniło system aktualny i kompletny, a jednocześnie użyteczny.

Nie znajduje potwierdzenia zarzut Odwołującego, iż na obecnym etapie nie może on prawidłowo oszacować oferty oraz sporządzić jej w sposób rzetelny, z uwagi na duże ryzyko przerzucone na Wykonawcę, związane z brakiem informacji co do zakresu możliwych prac.

Zamawiający precyzyjnie wskazał w SIWZ aktualnie obowiązujące przepisy prawa i wewnętrzne regulacje, z uwzględnieniem których należy wycenić ofertę. Ponadto zastrzegł możliwość zmian i dookreślił, że zmienione regulacje wewnętrzne będą dostarczone z trzymiesięcznym wyprzedzeniem. Co więcej, tak jak przy zmianach w zakresie infrastruktury, przewidział mechanizmy regulujące konieczność rozliczenia wykonanych prac, pomimo, iż nie zostały one uwzględnione - jak twierdzi Odwołujący - w zakresie działań ujętych w usługach, których ilość jest limitowana.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niepotwierdzony, a żądanie usunięcia par. 8 ust. 3 par. 10 ust. 4, par. 10 ust. 11 Wzoru Umowy za nieuzasadnione.

W odniesieniu do zarzutu zmiany par. 17 ust. 1 i par. 17 ust. 9 Wzoru Umowy poprzez ustalenie identycznych pól eksploatacji, co do oprogramowania wykonawcy jak i oprogramowania firm trzecich, zmianę pól eksploatacji określonych par.17 ust.1.1 Wzoru Umowy poprzez pozostawienie w par.17 ust.1.1.2 jedynie praw do tłumaczenia, przystosowywania i zmiany układu w programie komputerowym, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wzór umowy w par. 17 ust. 1 stanowi:

1. Z dniem dokonania przez Zamawiającego odbioru danego Produktu, Wykonawca udziela Zamawiającemu, w ramach Wynagrodzenia określonego w § 18 Umowy, licencji do korzystania z Elementów Autorskich, na następujących polach eksploatacji:

1.1. w zakresie Elementów Autorskich stanowiących oprogramowanie komputerowe:

1.1.1. trwałe lub czasowe zwielokrotnienie programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie, w tym techniką drukarską, reprograficzną, zapisu magnetycznego oraz techniką analogową, cyfrową lub optyczną,

1.1.2. tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub jakiekolwiek inne zmiany w programie komputerowym - w zakresie samodzielnego rozwoju programu

lub jakiekolwiek jego części przez Zamawiającego lub podmioty, którym taki rozwój powierzy zgodnie z jego potrzebami,

1.1.3. (...) - usunięty w wyniku uwzględnienia żądania Odwołującego

1.1.4. zapisywanie lub odtwarzanie w pamięci wszelkich komputerów, nośników danych lub sieci komputerowych (w tym w szczególności przy wykorzystaniu sieci Internet lub baz danych),

W zakresie zapisu par. 17 ust. 9 wzoru umowy Zamawiający dokonał modyfikacji jego treści, która przyjęła następujące brzmienie:

9. W przypadku dostarczenia przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy

Oprogramowania Podmiotów Trzecich Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia Zamawiającemu licencji na korzystanie z tego oprogramowania, na warunkach nie gorszych niż otrzymane od Podmiotu Trzeciego, umożliwiających Zamawiającemu korzystanie z Rezultatu Prac z godnie z umową oraz na okres jej obowiązywania.

Za niezasadne należy uznać żądanie Odwołującego, iż Zamawiający winien ustalić identyczne pola eksploatacji, co do oprogramowania tworzonego i dostarczanego przez Wykonawców na rzecz Zamawiającego jak i oprogramowania podmiotów trzecich.

Odwołujący w sposób nieuzasadniony zrównuje w zakresie praw autorskich oprogramowanie powstałe w ramach wykonania zamówienia z oprogramowaniem podmiotów trzecich.

Przede wszystkim należy odróżnić System SCADA/ADMS będący oprogramowaniem wytworzonym i dostarczonym przez Wykonawcę w wyniku udzielonego zamówienia

od oprogramowania podmiotów trzecich, które stanowi oprogramowanie pomocnicze przy wdrożeniu i uruchomieniu System SCADA/ADMS. Rozróżnienie to jednoznacznie zostało zdefiniowane w słowniczku zawartym w par. 1 wzoru umowy. Zgodnie z definicją przez „System" należy rozumieć „System SCADA/ADMS" wraz z dodatkowym niezbędnym oprogramowaniem wymaganym do uruchomienia systemu: systemy operacyjne, bazy danych, Oprogramowanie Podmiotów Trzecich wraz z infrastrukturą sprzętową. Z kolei System SCADA/ADMS to oprogramowanie wraz ze swoją logiką prezentacyjną, bazodanową i biznesową łącznie z interfejsami stworzone i dostarczone przez Wykonawcę lub jego podwykonawców w ramach Realizacji Umowy, zgodnie z określonymi wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 4 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy" do Zamówienia. Zgodnie z powyższym, przez oprogramowanie podmiotów trzecich należy rozumieć jedynie oprogramowanie pomocnicze przy wdrażaniu i uruchomieniu Systemu SCADA/ADMS.

System SCADA/AMDS stanowi elementy autorskie, na które to Wykonawca winien udzielić licencji Zamawiającemu na polach eksploatacji określonych w par.17 ust 1 Umowy. Natomiast w przypadku oprogramowania podmiotów trzecich Zamawiający wymaga aby zakres udzielonej licencji umożliwiał Zamawiającemu korzystanie z oprogramowania i rezultatów prac zgodnie z umową, oraz przez okres jej obowiązywania. Odwołujący podnosząc zarzuty w tym zakresie winien wykazać, dlaczego zakres pól eksploatacji określony przez Zamawiającego we wzorze umowy dla oprogramowania podmiotów trzech nie jest wystarczający do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, jednakże Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji.

Podkreślić również należy, że argumentacja Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczna, ponieważ z jednej strony domaga się on zrównania zakresu licencji dla oprogramowania stworzonego w wyniku udzielonego zamówienia z oprogramowaniem podmiotów trzecich, natomiast w argumentacji dla swojego żądania wskazuje, że „wykonawca nie ma wpływu na warunki licencji udzielane przez podmioty trzecie mające

pozycje dominującą na rynku (np. Microsoft) a samo negocjowanie treści licencji jako mających istotne i kluczowe znaczenie dla działalności firm programistycznych jest procesem złożonym i czasochłonnym, niemożliwym do przeprowadzenia w toku niniejszego postępowania". Argumentacja ta stanowi potwierdzenie dla prawidłowości zapisów SIWZ dotyczących dostarczenia przez Wykonawcę niezbędnego do działania systemu oprogramowania podmiotów trzecich, co do którego Wykonawca nie posiada autorskich praw majątkowych, w zakresie zapewniającym możliwość korzystania z takich programów, jedynie na polach eksploatacji niezbędnych do prawidłowego korzystania z przedmiotu umowy. Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący żądając zmian w par. 17 ust. 1.1.2 wzoru umowy poprzez pozostawienie jedynie praw do tłumaczenia, przystosowywania i zmiany układu w programie komputerowym nie przedstawił żadnej argumentacji. Ponadto, stawiając takie żądanie zmierzał do ograniczenia licencji także dla rozwiązań autorskich, co nie było uzasadnione. Nie uzasadnił słuszności swojego żądania, nie wykazał w jaki sposób zapis w par. 17 ust. 1.1.2 wzoru umowy narusza przepisy i zasady prawa zamówień publicznych.

Biorą powyższe pod uwagę, żądanie zmiany w par. 17 ust. 1 i 17 ust. 9 wzoru umowy jest niezasadne, a zarzut należało oddalić.

W odniesieniu do zarzutu usunięcia par. 17 ust. 7 wzoru umowy, względnie jego zmiany poprzez wyłączenie z jego zakresu programów komputerowych osób trzecich, Izba uznała zarzut za chybiony.

Zgodnie z treścią par. 17 ust. 7 wzoru umowy:

„Wykonawca zapewnia i gwarantuje Zamawiającemu, że w chwili udzielenia licencji będzie posiadać wszystkie prawa własności intelektualnej do Rezultatów Prac, i w związku z tym oświadcza i gwarantuje, że Rezultaty Prac w chwili udzielenia Zamawiającemu licencji na korzystanie z Rezultatów Prac nie będą naruszać żadnych praw własności intelektualnej osób trzecich, ani nie będą obciążone prawami osób trzecich, uniemożliwiającymi Zamawiającemu korzystanie z tych Rezultatów Prac na zasadach określonych w niniejszej Umowie oraz zgodnie z celem niniejszej Umowy. Wykonawca zobowiązuje się niniejszym naprawić każdą szkodę - w tym pokryć wszelkie koszty, wydatki, w tym koszty obsługi prawnej - którą Zamawiający może ponieść lub za którą Zamawiający może stać się odpowiedzialny, lub do której naprawienia może zostać zobowiązany w związku z jakimkolwiek pozwem, roszczeniem, czy postępowaniem prowadzonym przeciwko niemu oraz w związku z jakimkolwiek innym postępowaniem, w wyniku złożenia przez Wykonawcę nieprawdziwych oświadczeń co do posiadanych praw własności intelektualnej".

Odwołujący wskazuje, że powyższy zapis stoi w sprzeczności z zapisami par. 17 ust. 9 wzoru umowy w zakresie np. programów komputerowych, bowiem zgodnie z powyższym Wykonawca powinien dysponować również prawami własności intelektualnej do programów komputerowych osób trzecich, ponieważ definicja rezultatów prac obejmuje również programy komputerowe.

Zgodnie ze słowniczkiem zawartym w par.1 wzoru umowy przez rezultaty prac należy rozumieć: „Programy komputerowe, wszelka Dokumentacja Systemu, Dokumentacja Powykonawcza Systemu, Analiza Przedwdrożeniowa sprzęt i inne utwory, w tym wartości niematerialne i prawne, a także usługi świadczone przez Wykonawcę Zamawiającemu w wyniku realizacji niniejszej Umowy, w tym Poprawki, a także Modyfikacje i jakiekolwiek inne zmiany wprowadzone do Systemu oraz istniejących materiałów, w tym programów komputerowych w toku wykonywania Umowy".

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro system będący przedmiotem zamówienia wymaga użycia oprogramowania podmiotów trzecich, to w świetle powyższego zapisu nie jest możliwe spełnienie wymogu z par. 17 ust.7 Wzoru Umowy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że par. 17 ust. 7 wzoru umowy odnosi się do udzielania licencji przez Wykonawcę na korzystanie z rezultatów prac, a ta udzielana jest zgodnie z par. 17 ust 1 jedynie na elementy autorskie, a nie na oprogramowanie podmiotów trzecich. Regulacje dotyczące oprogramowania podmiotów trzecich zawarte są w par. 17 ust. 9 wzoru umowy i zgodnie z jego treścią po modyfikacji, Zamawiający wymaga jedynie aby Wykonawcy zapewnili możliwość korzystania z rezultatów prac zgodnie z umową. Zadaniem Wykonawcy jest jedynie dostarczenie Zamawiającemu licencji producenta takiego oprogramowania, a nie udzielanie jej we własnym imieniu.

Dodatkowo wskazać należy, że regulacje dotyczące oprogramowania podmiotów trzecich zawarte zostały w par. 17 ust. 12 wzoru umowy gdzie Zamawiający wymaga aby Wykonawca zapewnił że „licencja na korzystanie z Oprogramowania Podmiotów Trzecich nie będzie zawierała ograniczeń polegających na tym, że dane oprogramowanie może być używane wyłączenie z innym oprogramowaniem lub może być wdrażane, serwisowane itp. wyłącznie przez określony podmiot lub grupę podmiotów."

Z kolei wzór umowy wyraźnie rozgranicza „udzielenie licencji" od „dostarczenia licencji" na oprogramowanie podmiotów trzecich.

Zatem twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający wymaga aby Wykonawcy posiadali autorskie prawa majątkowe do oprogramowania podmiotów trzecich jest nieuprawnione i nie znajduje pokrycia w treści wzoru umowy. Zamawiający nie wymaga bowiem, aby Wykonawcy przenosili na niego autorskie prawa majątkowe do utworów powstałych lub dostarczonych w wyniku wykonania umowy, lecz aby w chwili udzielania licencji Zamawiającemu na korzystanie z rezultatów prac, nie naruszali w ten sposób praw własności intelektualnej osób trzecich, aby nie były one obciążone prawami osób trzecich, uniemożliwiającymi Zamawiającemu korzystanie z tych rezultatów prac na zasadach oraz zgodnie z celem określonym w umowie.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie par. 19 ust. 13 wzoru umowy i żądania jego usunięcia, Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Zgodnie z treścią par. 19 ust. 13 wzoru umowy:

„Jeżeli Zamawiający pozostaje w zwłoce przekraczającej 30 dni z zapłatą przynajmniej dwóch wymagalnych faktur na kwotę nie mniejszą niż 25 % całości Wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy, Wykonawca wezwie Zamawiającego, w formie pisemnej pod rygorem bezskuteczności wezwania, do zapłaty zaległych kwot w terminie nie krótszym niż 30 dni od daty otrzymania takiego wezwania. Po bezskutecznym upływie tego terminu Wykonawca wyznaczy na piśmie pod rygorem nieważności dodatkowy termin, nie krótszy niż 30 dni z zastrzeżeniem, iż po jego upływie Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Umowy. Po upływie tego dodatkowego terminu Wykonawca ma prawo do odstąpienia od Umowy. Niniejsza klauzula modyfikuje przepisy o odstąpieniu

od umowy w razie zwłoki dłużnika. Powyższe uprawnienie nie przysługuje Wykonawcy, jeżeli Zamawiający złożył oświadczenie o potrąceniu roszczenia Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia z własnymi roszczeniami względem Wykonawcy, np. roszczeniami o zapłatę kar umownych".

Odnosząc się do powyższej treści, Izba wskazuje, że podziela argumentację Odwołującego w zakresie ograniczenia przewidzianej w Kodeksie Cywilnym możliwości odstąpienia przez Wykonawcę od umowy wobec zaległości płatniczych ze strony Zamawiającego, jedynie co do konieczności wystąpienia z dwukrotnym wezwaniem do zapłaty. Zapisem tym Zamawiający naruszył równość stron umowy, bowiem w przypadku podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, przewidziany został jedynie wymóg jednokrotnego wezwania Wykonawcy.

Jednakże Izba wskazuje, że Odwołujący żąda usunięcia treści powyższego paragrafu w całości, a nie w ograniczonym zakresie lub też jego zmiany. Izba nie znajduje podstaw do usunięcia w całości treści par. 19 ust. 13 wzoru umowy, bowiem jego usunięcie prowadziłoby do pozbawienia samego Odwołującego uprawnienia do odstąpienia od umowy.

Wskazać należy, jak zostało podkreślone na wstępie rozważań, że Izba nie może za Odwołującego i poza treścią żądania zawartego w odwołaniu, kształtować zapisów SIWZ. Prowadziłoby to bowiem do samodzielnego kreowania przez Izbę treści SIWZ, a nie leży to w kompetencjach Izby.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

W zakresie zarzutu dotyczącego par. 20 ust. 11 wzoru umowy względnie jego zmiany, poprzez obniżenie wysokości kary umownej do 0,2% całości wynagrodzenia netto określonego w umowie w par. 18 ust. 1 wzoru umowy, Izba uznała go za niepotwierdzony.

Zgodnie z treścią par. 20 ust. 11 wzoru umowy:

> „W razie naruszenia przez Wykonawcę postanowień, o których mowa w niniejszym paragrafie, niezależnie od postanowień określonych w ust. 3, jest on zobowiązany do zapłacenia Zamawiającemu kary umownej w wysokości 5% całości wynagrodzenia netto określonego w umowie w § 18 ust. 1 za każde naruszenie dotyczące obowiązku zachowania poufności".

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż obowiązek poufności, którym Zamawiający objął Wykonawców, dodatkowo zastrzegając w przypadku naruszenia tego obowiązku karę umowną w wysokości aż 5 % całości wynagrodzenia za każde naruszenie jest nadmierny i nieproporcjonalny do celu, który ma zapewnić. Ponadto wskazuje na brak ekwiwalentności świadczeń oraz brak sprawiedliwego ustalenia praw i obowiązków stron.

Podkreślenia jednak wymaga, że twierdzeniom Odwołujący nie towarzyszy żadna argumentacja, która wskazywałaby na słuszność stawianych zarzutów. Odwołujący nie przedstawił żadnych wyliczeń wskazujących na brak ekwiwalentności w przypadku wyrządzenia szkody, żadnych dowodów potwierdzających nadmierność i brak proporcjonalności kary do zamierzonego celu. Nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie kara w wysokości 5% wynagrodzenia netto jest za wysoka, sprowadzając argumentację do roli jaką pełni kara. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, z której wynikało by, że zmiana kary na 0,2 % jest zasadna.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołujące są gołosłowne i blankietowe, nie poparte żadnymi argumentami, wyliczeniami czy dowodami. Przypomnieć należy (co zostało omówione we wstępnych rozważaniach) że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym żądania podnoszone w odwołaniu winny być właściwie skorelowane z podnoszonymi zarzutami, wykazującymi niezgodność zapisów SIWZ z przepisami ustawy Pzp, czego w Odwołujący nie uczynił.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił argumentację, z której wynika że wymagany we wzorze umowy współczynnik kary umownej za każde naruszenie dotyczące obowiązku zachowania poufności mieści się w granicach stosowanego w ENERGA-OPERATOR SA współczynnika kary, który wynosi on od 5 do 10%. W ramach realizacji przedmiotowego zamówienia na rzecz wyłonionego wykonawcy przekazany

zostanie komplet wrażliwych danych, który dotyczy całej sieci elektroenergetycznej ENERGA-OPERATOR SA (m.in. topologia sieci elektroenergetycznej, kompletna informacja telekomunikacyjna/ teletransmisyjna - sposób komunikacji wraz z zabezpieczeniami, kompletna adresacja w sieci TAN oraz adresacja operatorów telefonii komórkowej, którzy świadczą usługi na rzecz ENERGAOPERATOR SA); dane które zostaną przekazane dotyczą całej sieci ENERGA-OPERATOR SA. Konsekwencje ujawnienia przedmiotowych informacji mogą powodować katastrofalne skutki dla ENERGA-OPERATOR SA oraz dla Krajowego Systemu Elektroenergetycznego — dostanie się danych w ręce osób, które potrafiłby zrobić z nich użytek — spowodowałoby konieczność zmiany adresacji/konfiguracji nie tylko w sieci TAN ENERGA-OPERATOR SA, ale również w sieciach operatorów telefonii komórkowej; koszty takiego przedsięwzięcia wielokrotnie przewyższyłyby wartość 5% kary umownej, a czas trwania takiej operacji (i jej skali) jest trudny do oszacowania. Ponadto, Zamawiający wskazał, że nieuprawnione wykorzystanie informacji przekazanych Wykonawcy nowego systemu SCADA, może powodować przerwy w dostępności obecnie wykorzystywanych systemów SCADA, a co za tym idzie - w przypadku jednoczesnego wystąpienia awarii masowej średniej wielkości (50MW) - szacowane straty bezpośrednie, które wystąpią w wyniku przerwania jednego tylko procesu („Koordynacja prac na sieci"), do którego wykorzystywany jest system SCADA, wynoszą np. 22,34 mln zł w przypadku dwudniowej niedostępności systemu SCADA oraz niedostępności łączności.

Zamawiający przedstawił również dane dotyczące szacowanych strat dla procesu „Koordynacja prac na sieci" przyjęte w Analizie Wpływu Zdarzenia na Biznes (wersja 3.0) zatwierdzonej przez Zarząd w maju 2017 roku, podkreślając ich znaczącą wartość.

Uzasadnioną jest zatem okoliczność, że Zamawiający musi odpowiednio się zabezpieczyć przed ich nieuprawnionym udostępnieniem. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie podważył stanowiska Zamawiającego, w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał jedynie, że Zamawiającemu przysługuje prawo do roszczenia odszkodowawczego.

Wobec powyższej argumentacji Zamawiającego, Izba uznała że zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego par. 18 ust. 9 wzoru umowy i załącznika nr 27 Harmonogramu Płatności Częściowych do wzoru umowy i żądanie jego zmiany poprzez dostosowanie wysokości faktur i płatności do rzeczywistego zakresu rozliczanych i odebranych prac, zgodnego z wymogami przepisów odnośnie powstania obowiązku podatkowego wskazać należy, że jest on niezasadny.

Zdaniem Izby, zarzut że warunki płatności częściowych określone w Harmonogramie Płatności Częściowych stanowiącym załącznik nr 27 do projektu umowy naruszają art. 106b ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 106e ust. 1 pkt 7 oraz art. 19a ust. 1 w zw. z art. 29a ust 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174), oraz art.5 i art. 11a ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych należy uznać za chybiony.

Izba wskazuje, że w par. 18 ust. 2 wzoru umowy, Zamawiający dokonał szczegółowego podziału wynagrodzenia odpowiadającego poszczególnym produktom wchodzącym w skład zamówienia. W SIWZ Zamawiający określił, że suma cen ryczałtowych za poszczególne produkty stanowi cenę ryczałtową oferty, natomiast przyjęty podział ceny ryczałtowej w odniesieniu do poszczególnych produktów daje Zamawiającemu informację o faktycznej wycenie całego przedmiotu zamówienia z podziałem na poszczególne jego elementy. Przyjęta konstrukcja wyceny umożliwia finansowe odniesienie przez Wykonawcę lub Zamawiającego do ewentualnych kroków podejmowanych w toku realizacji umowy, takich jak np. przerwanie realizacji umowy zgodnie z warunkami w niej określonymi lub naliczenie kar umownych, do rzeczywistej wartości danego elementu zamówienia, a nie każdorazowo do wartości całej Umowy, co ma istotne znaczenie w szczególności w przypadku konieczności rozliczenia Umowy przed jej zakończeniem, poprzez umożliwienie zapłaty Wykonawcy przez Zamawiającego za faktycznie wykonane i odebrane produkty. Kluczowymi elementami umowy są realizacja Etapu I, objętego w zakresie wdrożenia Systemu dofinansowaniem UE, a następnie Etapu II Umowy, których prawidłowe wykonanie będzie stanowiło podstawę do pełnej zapłaty wynagrodzenia za prawidłowo zrealizowane i ukończone prace wdrożeniowe.

W Harmonogramach płatności częściowych, Zamawiający przedstawił Wykonawcom propozycję struktury płatności częściowych jakich będzie dokonywał podczas trwania Umowy objętej w całości wynagrodzeniem ryczałtowym. Jednakże Wykonawca otrzyma

całość należnego wynagrodzenia za poszczególne produkty po odbiorze każdego z etapów (lub po rozwiązania umowy za usługi faktycznie wykonane zgodnie z ich rzeczywistą wartością). Natomiast po odbiorach częściowych danych produktów Wykonawca otrzymuje wynagrodzenie częściowe, w wysokości ustalonej w Harmonogramie płatności.

Nie można się zgodzić, że zaproponowana forma rozliczeń narusza przepisy podatkowe. Podkreślić należy bowiem, że Zamawiający nie ingeruje w sposób wystawiania faktur na wykonane usługi przez Wykonawców. To Wykonawca jest zobowiązany wystawić właściwą fakturę VAT, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów oraz warunków płatności określonych w umowie. Natomiast wskazany Harmonogram płatności odnosi się do sposobu rozliczenia z Wykonawcą a nie do faktycznego kosztu realizacji zamówienia, co jest charakterystyczne dla rozliczenia ryczałtowego. Rozliczenie końcowe nastąpi natomiast po odbiorze końcowym czy odbiorze etapu umowy.

Wobec powyższego, zarzut Odwołującego dotyczący zmiany pat. 18 ust. 9 umowy i Harmonogramu Płatności Częściowych jest bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutów w zakresie kryteriów oceny ofert zawartych w Rozdziale XIX SIWZ - tj. poprzez usunięcie kryterium „koszty okołoscadowe" oraz zmianę kryterium „gwarancji" Izba nie podzielił również argumentacji Odwołującego.

Żądanie usunięcia z kryteriów oceny ofert kryterium „koszty okołoscadowe" należy uznać za nieuzasadnione.

Zgodnie z opisem kryterium do oceny „kosztów okołoscadowych" Zamawiający przyjmie kwotę obliczoną jako sumę cen brutto przedstawionych przez Wykonawców w Formularzu kalkulacji ceny oferty dla Produktów nr 2, 3 i 5 dla Etapu I Realizacji Umowy oraz Produktów 2, 3 i 5 dla Etapu II Realizacji Umowy.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że wprowadzając to kryterium chciał promować rozwiązanie z najniższą ceną za produkty wskazane w poz. 2, 3 i 5, tj. dostawę, fizyczny montaż w docelowych lokalizacjach sprzętu wraz z licencjami, zgodnego i spełniającego wymagania zawarte w Załączniku nr 6 - Wymagania sprzętowe na System, licencje na oprogramowanie podmiotów trzecich w ramach systemu oraz szkolenia. Celem wprowadzenia takiego kryterium jest podkreślenie wagi prawidłowego wdrożenia systemu jako całości z jednoczesną koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów służących temu wdrożeniu. Zdecydowanie niekorzystną i narażającą na duże straty sytuacją dla Zamawiającego byłaby konieczność zakupu i rozliczenia się z Wykonawcą np. za sprzęt i oprogramowanie podmiotów trzecich, pozostając z tymi produktami bez uzyskania produktu najważniejszego, jakim jest wdrożony i sprawnie działający system. Ostateczny koszt, jaki będzie musiał ponieść Zamawiający w wyniku realizacji całości umowy, zaproponowany przez Wykonawcę w postaci ceny oferty, oceniany będzie natomiast w kryterium „cena".

Zdaniem Izby, konstrukcja kryterium „koszty okołoscadowe" nie naruszyła przepisów Prawa zamówień publicznych. Kryterium to zostało określone zgodnie z przesłankami wskazanymi w art. 91 Pzp. Zamawiający uzasadnił cel jego ustanowienia i wykazał istotność kryterium dla realizacji zamówienia. Natomiast Odwołujący, poza kwestionowaniem zasadności kryterium poprzez odniesienie się sposobu rozliczenia za produkty i usługi oceniane w ramach „kosztów okołoscadowych" wskazanego w Harmonogramie Płatności, nie przedstawił żadnej argumentacji potwierdzającej niezgodność kryterium z przepisami Pzp, lub niezasadność jego ustanowienia w odniesieniu do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba nie podziela również zarzutu Odwołującego dotyczącego kryterium „gwarancja". Zgodnie z opisem kryterium Zamawiający będzie oceniał dodatkowy okres gwarancji, o który zostanie wydłużony czas gwarancji udzielonej przez Wykonawcę na System, powyżej

wymaganego minimalnego okresu 3 lat (36 miesięcy), przy założeniu niepodzielnej jednostki czasowej - pół roku (6 miesięcy).

Maksymalna liczba punktów jakie może uzyskać Wykonawca w tym kryterium to 9 pkt.

Zdaniem Izby opisany sposób przyznawania punktów za ofertowane niepodzielne jednostki czasowe (pół roku) został określony precyzyjnie i zawiera jednoznaczną informację dla Wykonawców jaka jest maksymalna liczba punktów, którą wykonawcy mogą otrzymać, tj. 9 pkt.

Wobec powyższego, zarzut należy uznać za chybiony.

Izba wskazuje, że wobec wycofania zarzutów dotyczących par. 25 ust. 12.2 wzoru umowy, par. 17 ust. 1.1.3 wzoru umowy oraz w zakresie zarzutu dotyczącego Rozdziału XIX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącego kryterium oceny ofert „Koncepcja realizacji zamówienia" nie odniosła się do ich treści.

W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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. z 2018 r. poz. 972).