Sygn. akt: KIO 1363/21

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz
Monika Szymanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 czerwca oraz 27 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2021 r. przez wykonawcę Airly Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mogilskiej 43 (31-545 Kraków)
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie przy Placu Bankowym 3/5 (00-950 Warszawa), działającego w imieniu własnym oraz na podstawie udzielonych pełnomocnictw i zawartych umów partnerskich dotyczących wspólnej realizacji projektu pod nazwą Wirtualny Warszawski Obszar Funkcjonalny (Virtual WOF) w imieniu i na rzecz zamawiających:Gminy Halinów, Gminy Izabelin, Gminy Karczew, Gminy Konstancin-Jeziorna, Gminy Lesznowola, Gminy Milanówek, Gminy Nieporęt, Miasta Nowy Dwór Mazowiecki Miasta Otwock, Miasta Piastów, Gminy Radzymin, Gminy Stare Babice, Miasta Sulejówek, Gminy Wieliszew, Gminy Wołomin, Miasta Ząbki, Miasta Zielonka

przy udziale:

A)wykonawcy Expander Integrator IT Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Tadeusza Kościuszki 43 (30-114 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
B)wykonawcy OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Iwonickiej 21 (02-924 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
C)wykonawcy PromoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Armii Krajowej 25 (30-150 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w:
1.1. części zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) w zakresie okoliczności wskazanych w pkt: 1, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 51, 59, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 74, 76, 78, 81, 82, 83, 84, 87, 91, 94 i 95, tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma z dnia 13 lipca 2021 r., odpowiadającej w swojej treści tabeli zawartej na str. 2-31 odwołania;
1.2. zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 112 ww. ustawy;
- ze względu na wycofanie odwołania w powyżej wskazanym zakresie przez odwołującego na rozprawie.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Airly Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:
3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
3.2. zasądza od wykonawcy Airly Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……
……
…….

Sygn. akt: KIO 1363/21

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa z siedzibą w Warszawie, działające w imieniu własnym oraz na podstawie udzielonych pełnomocnictw i zawartych umów partnerskich dotyczących wspólnej realizacji projektu pod nazwą Wirtualny Warszawski Obszar Funkcjonalny (Virtual WOF) w imieniu i na rzecz zamawiających:Gminy Halinów, Gminy Izabelin, Gminy Karczew, Gminy Konstancin-Jeziorna, Gminy Lesznowola, Gminy Milanówek, Gminy Nieporęt, Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Miasta Otwock, Miasta Piastów, Gminy Radzymin, Gminy Stare Babice, Miasta Sulejówek Gminy Wieliszew, Gminy Wołomin, Miasta Ząbki, Miasta Zielonka, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Zakup, montaż, uruchomienie i utrzymanie sieci czujników jakości powietrza wraz z oprogramowaniem* o numerze referencyjnym ZP/GP/271/III-24/21, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 kwietnia 2021 r., pod numerem 2021/S 081-207858.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w

przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
W dniu 7 maja 2021 r. wykonawca Airly Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie(zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu, polegającej na sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej: „SWZ"), umowy oraz ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 99 ust. 1 Pzp przez nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nie uwzględniający wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
2) art. 124 w zw. z art. 128 ust. 6 Pzp w zw. z § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy przez wymaganie dokumentu nadmiernego, którego wydanie konieczne jest wyłącznie dla potrzeb niniejszego postępowania;
3) art. 7 pkt 32 w zw. z art. 431 Pzp przez wprowadzenie zapisów powodujących, że realizacja umowy i jej zakres jest zależna od działań podmiotów trzecich, nie będących stroną umowy o zamówieni publiczne ani nie będących uczestnikami postępowania;
4) art. 112 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieumożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
5) art. 434 ust. 2 Pzp przez wprowadzenie prawa opcji, powodującego możliwość przedłużenia umowy ponad okres 4 lat, bez wykazania okoliczności wymaganych ww. przepisem;
6) art. 441 Pzp przez wprowadzenie prawa opcji, które określa okoliczności skorzystania z opcji w sposób dający całkowitą dowolność zamawiającemu oraz modyfikujący ogólny charakter umowy (wartość opcji jest niemal dwukrotnie wyższa niż wartość zamówienia podstawowego).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- dokonania zmian w dokumentacji postępowania zgodnie z tabelą zamieszczoną na str. 2-31 odwołania, która zawierała 96 wierszy oraz - po dokonaniu zmian w OPZ, odpowiednią modyfikację pozostałych dokumentów postępowania;
- dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu poprzez określenie w pkt 12.2.1 b że usługa obsługi systemu pomiarowego winna trwać co najmniej 6 miesięcy w ramach 1 usługi;
- zmiany terminu składania ofert na okres nie krótszy niż 30 dni od daty opublikowania zmian;
- zmiany zakresu prawa opcji w taki sposób, że obejmować ono będzie wyłącznie możliwość wydłużenia okresu utrzymania systemu o kolejne 3 lata.

Odwołujący wskazał, że jako podmiot zainteresowany udziałem w postępowaniu posiada interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem czynności zamawiającego polegające na niewłaściwym sporządzeniu dokumentacji postępowania a w szczególności dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiają w sposób skuteczny odwołującemu udział w postępowaniu, a tym samym – uniemożliwiają uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Dalej odwołujący wyjaśnił, że w sytuacji oddalenia odwołania przez organ rozpatrujący odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ponadto, podkreślił, że wymienione powyżej naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania – w szczególności konsekwencją takiego naruszenia może być uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia odwołujący wskazał, że dokumentacja postępowania jest przygotowana w sposób sprzeczny z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, nakazujących opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.
Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zaoferowania jednej ceny dla każdej kategorii, tj. w odniesieniu do:
a) dostawy i montażu 152 urządzeń PM1, PM2,5, PM10, NO2,
b) dostawy i montażu 13 urządzeń PM1, PM2,5, PM10, NO2, O3,
przy czym urządzenia te będą montowane w różnych lokalizacjach - zgodnie z załącznikiem nr 1 do OPZ, a niektóre z nich nie będą montowane (egzemplarz testowy). Oczywistym jest, że już sama różnica w lokalizacji miejsca montażu wpływa na jego koszt (np. kwestia kosztów dojazdu instalatora), jak również (w zdecydowanie większym stopniu) na ten koszt wpływa specyfika montażu w danej lokalizacji. Innego nakładu pracy wymaga montaż w łatwo dostępnym miejscu, z dostępem do niezbędnych mediów (zasilanie), a innego montaż w miejscu trudno dostępnym, z koniecznością np. dorobienia elementu instalacji elektrycznej wraz z poprowadzeniem przewodów w korytkach, kucia w ścianach, późniejszej naprawie ścian i przywróceniu do stanu poprzedniego lub wykonania prac na wysokościach, które związane są z koniecznością np. rozstawienia specjalistycznego rusztowania, wynajęcia zwyżki lub podnośnika. Odwołujący wskazał, że zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek zgodnie z OPZ pkt 4.12. (Rozdział I. Ogólne wytyczne zamówienia), że „Urządzenie powinno posiadać możliwość montażu w sposób umożliwiający zamontowanie i zdemontowanie bez naruszenia właściwości miejsca, tzn. m.in. bez ograniczenia jego funkcjonalności oraz bez wprowadzania nieodwracalnych zmian w miejscu montażu;" natomiast zgodnie z powyższym podniósł, że koniecznym jest wykonanie prac budowlanych i elektrycznych obejmujących ingerencję w infrastrukturę i instalacje w poszczególnych lokalizacjach. Zdaniem odwołującego jakkolwiek zrozumiała może być chęć uzyskania uśrednionej ceny urządzenia wraz z montażem, to do dokonania prawidłowej wyceny takiej operacji wykonawca winien mieć dane, na podstawie których dokona wyceny montażu dla wskazanych przez zamawiającego lokalizacji a następnie uśredni tą wartość dla każdego urządzenia. W ocenie odwołującego dokumentacja postępowania uniemożliwia jednak dokonanie rzetelnej wyceny. Zamawiający w szczególności:
a) nie potrafi wskazać w ilu miejscach nie będzie dostępu do sieci zasilającej niskiego napięcia (230 V, 50 Hz) - w pkt 4.13 znajduje się zapis że zamawiający *„szacuje że takich miejsc będzie ok. 33;".* Ponadto zamawiający w rozdziale VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych OPZ pkt 3 i 4 oraz w pkt 6.1 (rozdział I. Ogólne wytyczne zamówienia) przenosi na wykonawcę ryzyko, że w przypadku braku uzyskania zgody zarządcy budynku na instalację urządzenia, wykonawca ma na własny koszt ustalić nowe miejsce montażu urządzenia, co może wiązać się również z wyposażeniem urządzenia w alternatywne źródło zasilania;
b) nie potrafi wskazać precyzyjnie miejsc oraz sposobu montażu urządzeń:
- w pkt 7.5.zawarł zapis *„W przypadku montażu na słupie energetycznym możliwość i warunki montażu oraz prowadzenia prac, w tym również kwestie włączeń, należy uzgodnić z zarządcą sieci"* - który wskazuje że montaż w miejscu

wskazanym w OPZ może nie być możliwy.
W pkt 6 oraz 6.1 zawarł zapis „*6. Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia niezbędnych prac montażowych, elektrycznych, telekomunikacyjnych i innych czynności towarzyszących w danych lokalizacjach w zakresie montażu Urządzeń oraz zintegrowania ich z pozostałymi elementami Systemu do zbierania i udostępniania danych, przez osoby dysponujące stosownymi uprawnieniami, a także:*
6.1 Uzyskania odpowiednich pozwoleń, zgód, odbiorów i wszystkich niezbędnych uzgodnień oraz innych dokumentów potrzebnych do kompletnego wykonania zadania"
- pkt 8.4 zawarł zapis „*Kable należy prowadzić z zachowaniem zasad estetyki i spójności do już istniejących w pomieszczeniu rozwiązań instalacyjnych - w przypadku gdy w pomieszczeniu wszystkie instalacje są prowadzone pod tynkiem - na żądanie zarządzającego obiektem - przyłącze czujnika należy wykonać również w takiej technologii, pozostawiając ściany w stanie niegorszym niż przed wykonaniem prac*"
- pkt 8.1 zawarł zapis „*Urządzenia będą zasilane z instalacji elektrycznych napięcia 230 V 50 Hz budynków użyteczności publicznej, na których będą montowane, sieci oświetlenia ulicznego lub istniejących przyłączy elektrycznych infrastruktury technicznej. W wyjątkowych przypadkach Wykonawca będzie musiał zastosować według własnego uznania alternatywne systemy zasilania (panele fotowoltaiczne, turbinę wiatrową) lub zasilanie buforowe współpracujące z systemem oświetlenia ulicznego (warunki podłączenia w tym pobór prądu podczas ładowania należy uzgodnić z zarządcą sieci oświetlenia). Alternatywne systemy zasilania lub podtrzymania zasilania powinny zapewnić ciągłą pracę Urządzeń w różnych porach dnia i roku*;"
- w pkt 8.5. zawarł zapis *„Termin i sposób wykonywania prac, w tym trasę prowadzenia kabla należy uzgodnić z zarządcą obiektu oraz osobami pracującymi w danym pomieszczeniu. Możliwe że do wykonania prac przyłączeniowych konieczne będzie czasowe przeniesienie mebli i późniejsze przywrócenie pomieszczenia do stanu pierwotnego - co również jest w zakresie obowiązku Wykonawcy"*
- w pkt 7.1 (rozdział VII Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych) zawarł zapis „podłączenie musi być poza wnęką w słupie (np. jak skrzynka podziałowa).
Powyższe zapisy w ocenie odwołującego powodują niemożliwość wyceny prac wobec ich niemożliwego do zdefiniowania charakteru, a w skrajnym przypadku może dojść do niemożliwości ich realizacji (zarządca obiektu może nie wyrazić zgody na montaż urządzenia lub postawić warunki niemożliwe do wykonania). Ponadto zamawiający w rozdziale VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych OPZ, zawarł zapis:
- w pkt 3 „*W przypadku braku możliwości montażu Urządzeń we wskazanych w załączniku nr 1 do OPZ lokalizacjach, Wykonawca zaproponuje i uzgodni z Zamawiającym nową lokalizację. Brak możliwości montażu musi być uzasadniony przez Wykonawcę i zaakceptowany przez Zamawiającego*."
- w pkt 4 „*W przypadku zaistnienia w trakcie trwania Umowy okoliczności konieczności przeniesienia Urządzenia (do 50 sztuk w skali całego projektu) w inną lokalizację (w ramach tej samej Gminy), Wykonawca przeniesie Urządzenie w nową lokalizację uzgodnioną z Zamawiającym na własny koszt*."
- w pkt 5 „*Przy lokalizowaniu Urządzeń należy wziąć pod uwagę kryteria lokalizacji punktów pomiarowych określone w załączniku nr 3 pkt 1 Lokalizacja w skali mikro rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 grudnia 2020 r. w sprawie dokonywania oceny poziomów substancji w powietrzu (Dz. U. z 2020 r. poz. 2279)*."
- w pkt 7.2 (rozdział VII Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych) *„w przypadku gdy lokalizacja latarni w trakcie trwania Umowy zostanie zmieniona, Wykonawca przeniesie Urządzenie w nową lokalizację uzgodnioną z Zamawiającym*;
- w pkt 7.3 (rozdział VII Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych) *„w przypadku latarni na obszarze m.st. Warszawy Wykonawca przed przystąpieniem do montażu uzgodni szczegółowe rozwiązania techniczne z Wydziałem Oświetlenia Zarządu Dróg Miejskich (ZDM) albo odpowiednimi służbami w przypadku latarni na obszarze danej Gminy Partnerskiej*;
- w pkt 7.4 (rozdział VII Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych) montaż odbędzie się pod nadzorem Wydziału Oświetlenia ZDM oraz konserwatora oświetlenia ulicznego dla danej dzielnicy m.st. Warszawy oraz odpowiednich służb na terenie danej Gminy Partnerskiej;
- w pkt 7.5 (rozdział VII Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych) w przypadku montażu na słupie energetycznym możliwość i warunki montażu oraz prowadzenia prac, w tym również kwestie włączeń, należy uzgodnić z zarządcą sieci.
c) wymaga wyceny opcjonalnej dostawy wraz z montażem do 100 urządzeń bez wskazania ich lokalizacji.
d) nie potrafi wskazać precyzyjnie uprawnień osób, jakimi ma dysponować wykonawca:
- w pkt 6 OPZ, zawarł zapis: *„Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia niezbędnych prac montażowych, elektrycznych, telekomunikacyjnych i innych czynności towarzyszących w danych lokalizacjach w zakresie montażu Urządzeń oraz zintegrowania ich z pozostałymi elementami Systemu do zbierania i udostępniania danych, przez osoby dysponujące stosownymi uprawnieniami*, a także:"
e) nie potrafi wskazać precyzyjnie zakresu prac programistycznych w zakresie wdrożenia, skonfigurowania i utrzymania Systemu do zbierania i udostępniania danych:
- w pkt 5 zawarł zapis „*W przypadku zmiany wykorzystywanej platformy IoT przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest - z zachowaniem ciągłości działania - do dostosowania Systemu do nowego rozwiązania oraz migracji danych*."
- w pkt 2 (rozdział IV. Poziom dostępności usługi) wskazał: „*Wykonawca zapewni Zamawiającemu całodobowy dostęp do panelu monitorującego poziom dostępności usługi*;" nie definiując panelu monitorującego poziomu dostępności usługi, jako części Systemu oraz zakresu jego funkcjonalności.
- w pkt 1. Ppkt 5 (rozdział V Obsługa), wskazał: *„pomocy w dokonywaniu zmian w Systemie do zbierania i udostępniania danych*;"
- w pkt 1. Ppkt 6 (rozdział V Obsługa), wskazał: *„pomocy w optymalizacji pracy Systemu do zbierania i udostępniania danych, bezpośredniej diagnostyki w docelowej lokalizacji Zamawiającego, z wykorzystaniem metody zdalnego dostępu*;"
- w pkt 1. Ppkt 8 (rozdział V Obsługa), wskazał: „*nadzoru nad Systemem do zbierania i udostępniania danych*;"
- zamawiający wymaga stworzenia interfejsu API, nie precyzując wymogów i wytycznych do jego skonfigurowania z platformą IoT, stroną internetową, aplikacją mobilną oraz urządzeniami.
Odwołujący podsumował przedmiotową część uzasadnienia stwierdzając, że zaskarżone przez niego zapisy w istocie uniemożliwiają prawidłową i rzetelną wycenę. Żądanie zmian prowadzi do możliwości złożenia dających się porównać ofert.
W zakresie zarzutu dotyczącego nadmiernego żądania w zakresie dokumentów odwołujący wskazał, że zamawiający ograniczony jest przepisami prawa w zakresie możliwych do żądania od wykonawców dokumentów. W szczególności dokumenty te nie powinny wykraczać poza katalog minimalny niezbędny dla przeprowadzenia postępowania. W ocenie

odwołującego żądanie dokumentu świadectwa wzorcowania, lub deklaracji zgodności pomiarów pyłów PM10 i PM2,5, NO2, O3 (jeśli dotyczy) z metodykami referencyjnymi jest żądaniem nadmiernym, gdyż żaden przepis prawa ani praktyka rynkowa nie wymagają od podmiotów działających na rynku urządzeń do pomiaru jakości powietrza pozyskiwania takiego dokumentu. Tym samym żądanie takiego dokumentu przenosi ciężar z realnej jakości produktu na sprawność w pozyskiwaniu dokumentu na użytek konkretnego postępowania. Odwołujący wskazał, że racjonalnym jest dopuszczenie także wykazanie parametrów za pomocą protokołów badań.
W części uzasadnienia odnoszącej się do uzależnienia możliwości realizacji umowy od podmiotów trzecich, nie będących stroną umowy o zamówienie publiczne odwołujący wyjaśnił, że jak już zasygnalizowano wyżej, zamawiający przewidział konieczność dokonywania uzgodnień i ustaleń z podmiotami trzecimi - nie będącymi stroną umowy o zamówienie publiczne. Podmioty te nie mają także prawnego obowiązku współpracy z wykonawcą. Wskazać należy na istotną rolę ww. podmiotów w procesie dokonywania montażu urządzeń - ich działania mają istotny wpływ na koszty (określenie sposobu wykonania prac, prowadzenia instalacji itp.) jak również na termin realizacji (dokonywanie uzgodnień, czy udostępnienie obiektu). Wszelkie te okoliczności mają istotny wpływ na realizację umowy i możliwość poniesienia przez wykonawcę konsekwencji (zwiększone koszty realizacji, opóźnienia, kary umowne).
Jeśli chodzi o kwestie związane z czasem trwania umowy oraz zakresem prawa opcji odwołujący wyjaśnił, że zamawiający zawarł w postępowaniu prawo opcji obejmujące możliwość zwiększenia zakresu zamówienia o dodatkowe 100 urządzeń oraz przedłużenie okresu utrzymania/serwisowania urządzeń o dodatkowy okres do 6 lat. W pierwszym rzędzie odwołujący wskazał, że przepisy prawa zamówień publicznych wskazują na okres 4 lat jako okres co do zasady maksymalny dla umów o zamówienie publiczne. Zgodnie z brzmieniem art. 434 ust. 2 Pzp wyjątkowo „na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.” W ocenie odwołującego przypadek taki nie zachodzi, tym bardziej, że zamawiający nie wykazał ziszczenia się tej przesłanki. Odwołujący stwierdził także, że prawo opcji nie może nie modyfikować ogólnego charakteru umowy. W niniejszym przypadku ma to miejsce - na co wskazuje:
a) relacja wartości zamówienia podstawowego do prawa opcji - prawo opcji stanowi 168% wartości zamówienia podstawowego;
b) relacja czasu realizacji umowy - zamówienie podstawowe obejmuje okres do dnia 31 października 2022 r. (tj. od dnia dzisiejszego 17 miesięcy), zaś prawo opcji obejmuje okres do dnia 31 października 2028 r. (tj. dodatkowo 72 miesiące).
Tym samym - z umowy obejmującej dostawę wraz z montażem i utrzymanie systemu (gdzie głównym elementem jest dostawa z montażem) umowa po skorzystaniu z prawa opcji staje się umową na utrzymanie systemu z elementem dostawy. Zamawiający także zachował pełną dowolność w skorzystaniu z prawa opcji - jedyną przesłanką do skorzystania z prawa opcji jest „zabezpieczenie odpowiednich środków w budżetach Zamawiającego i Gmin Partnerskich.” - a zatem okoliczność pozostająca pod pełną kontrolą zamawiającego. Takie ukształtowanie prawa opcji prowadzi w istocie do umożliwienia udzielenia zamówienia z wolnej ręki - zamówienia o wartości i zakresie przekraczających zamówienie podstawowe - o ile wykonawca zamówienia podstawowego będzie wykonawcą preferowanym przez zamawiającego. Marginalnie jedynie odwołujący wskazał, że zamawiający realizuje projekt z dofinansowaniem ze środków UE. Zasadą przy takich projektach jest wymóg utrzymania trwałości projektu przez 5 lat. Tym samym racjonalny zamawiający winien z góry zakładać konieczność serwisowania/utrzymania systemu przez co najmniej 5 lat i zabezpieczyć środki na ten cel oraz przewidzieć, że konieczne będzie zawarcie/zawieranie umów obejmujących serwisowanie/utrzymanie systemu zgodnie z regulacjami prawa zamówień publicznych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy:
- Expander Integrator IT Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
- OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- PromoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie PromoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w dniu 25 czerwca 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym dość ogólnikowo odniósł się do przedstawionych w odwołaniu zarzutów, popierając stanowisko odwołującego.

Podobnie kolejny wykonawca zgłaszający przystąpienie – Expander Integrator IT Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w dniu 25 czerwca 2021 r. złożył pismo procesowe, w którym w całości poparł stanowisko odwołującego wskazując, że działania zamawiającego uniemożliwiają mu wzięcie udziału w postępowaniu i złożenie oferty.

W dniu 27 czerwca 2021 r. odwołujący złożył kolejne pismo procesowe, w którym przedstawił rozszerzoną argumentacji wobec stanowiska określonego w odwołaniu. Odwołujący w przedmiotowym piśmie podzielił argumentację na sześć części dotyczących:
- wad dokumentacji w zakresie montażu urządzeń;
- wad dokumentacji w zakresie parametrów technicznych urządzeń;
- wad dokumentacji w zakresie oprogramowania;
- pozostałe wad dokumentacji, wskazanych w odwołaniu, wymagających uszczegółowienia i wyjaśnienia lub zmiany zapisów przez zamawiającego;
- zarzutu w zakresie wymagania dokumentu;
- zarzutu w zakresie prawa opcji.
Do przedmiotowego pisma odwołujący załączył dokumenty wskazane jako dowody.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:
1) umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp przez zdaniem odwołującego nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób nie uwzględniający wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty odnośnie zarzutów dotyczących:
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 4.1,
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 4.14,
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 4.9, 4.9.1, 4.9.2
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 5.1,
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 5.2,
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 5.3,

• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust.6.2,
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust.6.3,
• OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust.6.4.3.
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.2,
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.4,
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.5.
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.10.
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.11.
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.12.
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.17.
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.17.2
• OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.17.6
• OPZ - III. Testowanie, ust.4
• OPZ - III. Testowanie, ust.5
• OPZ - IV. Poziom dostępności usługi, ust. 2
• OPZ Sekcja VIII Wymagania dotyczące doświadczenia Wykonawcy ust. 2
• SWZ pkt 12.2.1 b)
• §1 ust. 3 pkt. 4 wzoru umowy
• § 3 ust. 2 wzoru umowy
ze względu na zmiany SWZ, OPZ i wzoru umowy opublikowane 28 czerwca 2021 r. (wzałączeniu opublikowane zmiany), w pozostałym zakresie wnoszę o oddalenie zarzutu.
2) umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 124 w zw. z art. 128 ust. 6 Pzp w zw. z § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez wymaganie dokumentu nadmiernego, którego wydanie konieczne jest wyłącznie dla potrzeb niniejszego postępowania, ze względu na zmiany SWZ opublikowane 28 czerwca 2021 r. i rezygnacje przez zamawiającego z żądania na etapie składania ofert z dokumentu świadectwa wzorcowania, lub deklaracji zgodności pomiarów pyłów PM10 i PM2,5, NO2, O3 (jeśli dotyczy) z metodykami referencyjnymi, wykreślono postanowienie SWZ 14.2.2 pkt 1 c które nakładało na wykonawcę ww. obowiązek.
3) oddalenie zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 7 pkt 32 w zw. z art. 431 Pzp przez wprowadzenie zapisów powodujących, że realizacja umowy i jej zakres jest zależna od działań podmiotów trzecich, nie będących stroną umowy o zamówieni publiczne ani nie będących uczestnikami postępowania.
4) umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 112 PZP przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieumożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ze względu na zmiany SWZ opublikowane 28 czerwca 2021 r. i określenie w pkt 12.2.1. wymagania zgodnie z którym wykonawca w okresie ostatnich 3 lat obsługiwał przez okres minimum 3 miesięcy system pomiarowy składający się z co najmniej 50 urządzeń pomiarowych.
5) oddalenie zarzutu nr 5 dotyczącego rzekomego naruszenia art. 434 ust. 2 Pzp przez wprowadzenie prawa opcji, powodującego możliwość przedłużenia umowy ponad okres 4 lat, bez wykazania okoliczności wymaganych ww. przepisem.
6) umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia art. 441 Pzp przez wprowadzenie prawa opcji, które określa okoliczności skorzystania z opcji w sposób dający całkowitą dowolność zamawiającemu oraz modyfikujący ogólny charakter ze względu na zmiany Wzoru Umowy opublikowane 28 czerwca 2021 r. i określenie treści. w § 2 ust. 2 Wzoru umowy.
Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie wskazanym powyżej i oddalenie odwołania w pozostałej części.
W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla swojego stanowiska.
Do odpowiedzi na odwołanie zamawiający załączył dowody.

W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu 1, 2, 4, 5, 6.

W związku z zarządzeniem składu orzekającego podjętym na rozprawie w dniu 28 czerwca 2021 r. odwołujący w dniu 13 lipca 2021 r. złożył pismo procesowe wraz z załącznikami zawierającego relację aktualnego stanowiska procesowego wobec złożonego odwołania.
W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1 odwołania, odwołujący w przedmiotowym piśmie wyjaśnił, że jako załącznik nr 1 do niniejszego pisma załączył tabelę, która stanowiła integralną część odwołania z dnia 7 maja 2021 r. uzupełnioną o dane w kolumnie 1 tj. pozycję „Liczba porządkowa". Dodatkowo odwołujący stwierdził, że:
- kolorem szarym oznaczył te zaskarżone zapisy, co do których - w związku z wnioskami zamawiającego o umorzenie postępowania w tym zakresie, przychylił się do tych wniosków i z ostrożności wskazał, że przy jakichkolwiek wątpliwościach należy przyjąć, że wycofuje swoje zastrzeżenia;
- w zakresie pozostałych zaskarżonych zapisów - podtrzymał stanowisko, że są one niezgodne z wymaganiami przepisów Pzp, wskazanych w odwołaniu.
Tym samym - w aktualnym stanowisku procesowym odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia, odpowiednio do poniższych zakresów prac:
- wady dokumentacji w zakresie dotyczącym montażu urządzeń;
- wady dokumentacji w zakresie parametrów technicznych urządzeń;
- wady dokumentacji w zakresie oprogramowania;
- pozostałe wady dokumentacji, wskazane w odwołaniu, wymagające uszczegółowienia i wyjaśnienia lub zmiany zapisów przez zamawiającego.
W dalszej części pisma odwołujący odniósł się do pozostałych zarzutów postawionych w odwołaniu. Z zastrzeżeniem, że w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołujący wskazał, że w związku z dokonaniem przez zamawiającego zmian w dokumentacji postępowania, przychyla się do wniosku zamawiającego o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu w części obejmującej dokonanie naruszenia art. 112 Pzp przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W tabeli zawartej w załączniku nr 1 do przedmiotowego pisma kolorem białym odwołujący oznaczył i opisał następujące pozycje (poniżej pominięto pozycje oznaczone kolorem szarym, które dotyczyły postulatów, ostatecznie umorzonych w związku z ich cofnięciem na rozprawie):

Lp	Lokalizacja zapisu	Aktualny zapis	Wnosimy o
2	OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 4.9, 4.9.1, 4.9.2	4.9. Urządzenie powinno posiadać: 4.9.1 świadectwo wzorcowania, lub deklarację zgodności pomiarów pyłów PM10 i PM2,5, NO2, O3 (jeśli dotyczy) z metodykami referencyjnymi wydane przez akredytowane laboratorium wzorcujące, 4.9.2 W przypadku wykorzystania metody niereferencyjnej lub bez potwierdzonej równoważności do metody referencyjnej, Urządzenie powinno być zweryfikowane w oparciu o pomiary wykonane metodą referencyjną (lub równoważną do tej metody). Podstawą oceny są wyniki długoterminowych (w rozumieniu poniższego pkt 5) pomiarów porównawczych użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym (przeprowadzonych zgodnie z warunkami opisanymi w punktach 5 oraz 6.3. i 6.4.), potwierdzających spełnienie minimalnych wymaganych parametrów użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym, o których mowa w pkt. 5. Jednocześnie należy dostarczyć zestaw danych pomiarowych z pomiarów równoległych testowanych Urządzeń i urządzeń referencyjnych (lub równoważnych), wraz ze wskazaniem dat i miejsc prowadzenia pomiarów, rodzaju (modelu) urządzenia działającego w oparciu o metodykę referencyjną (lub równoważną), użytego w pomiarach równoległych wraz z dokumentacją potwierdzającą jego referencyjność (lub, w przypadku stacji pomiarowej PMŚ kod i nazwę stacji), a także wartości błędów pomiarowych z wyjaśnieniem metodyki szacowania błędów, wyznaczony współczynnik korekcyjny oraz opis warunków (w szczególności meteorologicznych), w których badania były przeprowadzone. Stanowisko kalibracyjne nie powinno znajdować się dalej niż w odległości 100 m od stacji wzorcowej w oparciu o wyniki której wykonuje się wzorcowanie Urządzenia;	Usunięcie wymagań określonych w pkt 4.9 lub nadanie mu brzmienia: “4.9.1 świadectwo wzorcowania, lub 4.9.2 deklarację zgodności pomiarów pyłów PM10 i PM2,5, NO2, O3 (jeśli dotyczy) z metodykami referencyjnymi wydane przez akredytowane laboratorium wzorcujące, lub 4.9.3 protokół potwierdzający wykonanie badań porównawczych w odniesieniu do pomiarów wykonanych metodą referencyjną (lub równoważną do tej metody). Podstawą oceny są wyniki długoterminowych (w rozumieniu poniższego pkt 5) pomiarów porównawczych użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym (przeprowadzonych zgodnie z warunkami opisanymi w punktach 5 oraz 6.3. i 6.4.), potwierdzających spełnienie minimalnych wymaganych parametrów użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym, o których mowa w pkt. 5. Jednocześnie należy dostarczyć zestaw danych pomiarowych z pomiarów równoległych testowanych Urządzeń i urządzeń referencyjnych (lub równoważnych), wraz ze wskazaniem dat i miejsc prowadzenia pomiarów, rodzaju (modelu) urządzenia działającego w oparciu o metodykę referencyjną (lub równoważną), użytego w pomiarach równoległych wraz z dokumentacją potwierdzającą jego referencyjność (lub, w przypadku stacji pomiarowej PMŚ kod i nazwę stacji), a także wartości błędów pomiarowych z wyjaśnieniem metodyki szacowania błędów, wyznaczony współczynnik korekcyjny oraz opis warunków (w szczególności meteorologicznych), w których badania były przeprowadzone. Stanowisko kalibracyjne nie powinno znajdować się

			dalej niż w odległości 100 m od stacji wzorcowej w oparciu o wyniki której wykonuje się wzorcowanie Urządzenia
3	OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 4.12	Urządzenie powinno posiadać możliwość montażu w sposób umożliwiający zamontowanie i zdemontowanie bez naruszenia właściwości miejsca, tzn. m.in. bez ograniczenia jego funkcjonalności oraz bez wprowadzania nieodwracalnych zmian w miejscu montażu;	- doprecyzowanie jakie rozwiązanie montażowe Zamawiający dopuszcza w sytuacji gdy będzie potrzebny montaż panelu fotowoltaicznego i akumulatora, których gabaryty (rozmiar) mogą uniemożliwiać bezinwazyjny montaż np. do ściany? - precyzyjne wskazanie miejsca montażu urządzeń wraz z udostępnieniem dokumentacji technicznej dotyczącej montażu (m.in. przedmiar robót, rzuty techniczne, szkice) oraz wskazania czy alternatywne źródło zasilania jest wymagane usunięcie zapisu “oraz bez wprowadzania nieodwracalnych zmian w miejscu montażu” - każdy montaż wprowadza bowiem nieodwracalne zmiany,
4	OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust. 4.13	Urządzenie powinno mieć możliwość podłączenia do sieci zasilającej niskiego napięcia (230 V, 50 Hz). W przypadku braku sieci zasilającej w danej lokalizacji lub w przypadku gdy sieć działa okresowo (np. na latarniach) należy zapewnić własne źródła zasilania Urządzenia, które zapewni ciągłość pracy (np. akumulator, panele solarne); Zamawiający szacuje, że takich miejsc będzie ok. 33;	doprecyzowanie co oznacza dostęp do sieci 230 V, 50 Hz? poprzez precyzyjne wskazanie jak ma być realizowany taki dostęp (np. poprzez dostęp do kostki elektrycznej na stykach której jest napięcie zasilania, dostęp do gniazda zasilającego 230V?) szczegółowe wskazanie, każdej lokalizacji w której przewidywany jest montaż urządzeń z pełną specyfikacją elektryczną tychże punktów.

10	OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust.6	Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia niezbędnych prac montażowych, elektrycznych, telekomunikacyjnych i innych czynności towarzyszących w danych lokalizacjach w zakresie montażu Urządzeń oraz zintegrowania ich z pozostałymi elementami Systemu do zbierania i udostępniania danych, przez osoby dysponujące stosownymi uprawnieniami, a także: Uzyskania odpowiednich pozwoleń, zgód, odbiorów i wszystkich niezbędnych uzgodnień oraz innych dokumentów potrzebnych do kompletnego wykonania zadania;	doprecyzowanie: - szczegółowego zakresu niezbędnych prac montażowych; - szczegółowego zakresu niezbędnych prac elektrycznych; - szczegółowego zakresu określonego jako “inne czynności towarzyszące” w danych lokalizacjach w zakresie montażu oraz zintegrowania ich z pozostałymi elementami Systemu do zbierania i udostępniania danych - jakie uprawnienia potrzebne są do wykonania montażu w każdej lokalizacji (mogą być konieczne uprawnienia np. do pracy na wysokościach, elektryczne, telekomunikacyjne, uprawnienia budowlane i inne…)
11	OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust.6.1		przeniesienie “Uzyskania odpowiednich pozwoleń, zgód, odbiorów i wszystkich niezbędnych uzgodnień oraz innych dokumentów potrzebnych do kompletnego wykonania zadania” na stronę Zamawiającego
18	OPZ - I. Ogólne wytyczne zamówienia, ust.7.	Wykonawca jest zobowiązany do dysponowania personelem posiadającym ważne uprawnienia do prowadzenia wszelkich prac związanych z montażem i konserwacją Urządzeń;	-precyzyjne wskazanie uprawnień, jakie ma posiadać personel Wykonawcy oraz doprecyzowania zakresu prac związanych z montażem i konserwacją Urządzeń
29	OPZ - II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, ust.13.	W celu zapobiegnięciu utraty danych pomiarowych w przypadku braku możliwości przesyłu danych z urządzenia do Systemu pomiarowego dane, które nie zostały przesłane muszą zostać skutecznie przekazane ponownie po ustaniu przyczyny uniemożliwiającej przesył;	doprecyzowanie okresu, z którego dane są zachowywane i zostaną nadal przesłane po przywróceniu przesyłu na okres nie dłuższy niż 1 godzina? Ze względu na charakter Urządzenia "buforowanie" danych w nieskończoność nie jest możliwe.

42	OPZ - IV. Poziom dostępności usługi, ust. 1	1. Niedostępność jakiegokolwiek elementu Systemu do zbierania i udostępniania danych nie może przekroczyć: Łącznie 8 godzin miesięcznie w godzinach 6:00-18:00; Łącznie 16 godzin miesięcznie w godzinach 18:00-6:00;	-wprowadzenie kategoryzacji niedostępności elementów systemu: a) usterka - działanie niezgodne z dokumentacją, które nie zakłóca rutynowych czynności użytkowników, b) błąd - tj. niedostępność pojedynczego elementu systemu (np. 1 sensora), c) awaria - niedostępność całości systemu - dostosowanie okresu niedostępności do powyższych kategorii: a) 144 godziny miesięcznie, b) 72 godziny miesięcznie, c) 8 godzin miesięcznie w godzinach 6:00-18:00; Łącznie 16 godzin miesięcznie w godzinach 18:00-6:00 wyłączenie z powyższego okresu okresów niezależnych od Wykonawcy (np. awaria operatora telekomunikacyjnego, brak możliwości dostępu do lokalizacji sensora).
47	OPZ - V. Obsługa ust.1.12	1.12.przyjmowania dyspozycji Zamawiającego dotyczących funkcjonowania Systemu do zbierania i udostępniania danych;	usunięcie zapisu, jako prowadzącego do możliwości wprowadzania dowolnych zmian przez Zamawiającego
48	OPZ - V. Obsługa ust.1.13	1.13 informowania Zamawiającego o występujących Wadach Systemu do zbierania i udostępniania danych, w przeciągu 12 godzin od wystąpienia Wady, poprzez wysłanie informacji na adres mailowy pk_wip@um.warszawa.pl oraz sekretariat.bopipk@um.warszawa.pl;	zmianę zapisu na: 1.13 informowania Zamawiającego o występujących Wadach Systemu do zbierania i udostępniania danych, w przeciągu 12 godzin od ujawnienia Wady, poprzez wysłanie informacji na adres mailowy
52	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.1.	Przybliżone lokalizacje Urządzeń pomiarowych zostały wskazane w załączniku nr 1 do niniejszego OPZ.	- doprecyzowanie i wyszczególnienie dokładnych punktów lokalizacyjnych wraz z udostępnieniem przedmiarów robót, rzutów technicznych budynków, szkiców gdzie dokładnie ma zostać zainstalowane urządzenie. oraz o doprecyzowanie czy w danej lokalizacji Urządzenia będą wymagały niezależnych źródeł zasilania.
53	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.2.	Wykonawca przedstawi Zamawiającemu i uzgodni z nim propozycje lokalizacji w mikroskali.	- doprecyzowanie definicji mikroskali, - doprecyzowanie, według jakich wytycznych należy przygotować mikroskalę wraz z podaniem wymogów do jej przygotowania. - doprecyzowania formatu, w jakim mikroskala ma zostać dostarczona do Zamawiającego

54	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.3.	W przypadku braku możliwości montażu Urządzeń we wskazanych w załączniku nr 1 do OPZ lokalizacjach, Wykonawca zaproponuje i uzgodni z Zamawiającym nową lokalizację. Brak możliwości montażu musi być uzasadniony przez Wykonawcę i zaakceptowany przez Zamawiającego.	- przeniesienia na Zamawiającego obowiązku otrzymania zgód wraz z wszystkimi potrzebnymi zezwoleniami od osób trzecich oraz potwierdzenia miejsc montażu Urządzeń lub zmiany zasad rozliczenia na rozliczenie kosztorysowe
55	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.4.	4. W przypadku zaistnienia w trakcie trwania Umowy okoliczności konieczności przeniesienia Urządzenia (do 50 sztuk w skali całego projektu) w inną lokalizację (w ramach tej samej Gminy), Wykonawca przeniesie Urządzenie w nową lokalizację uzgodnioną z Zamawiającym na własny koszt.	- doprecyzowanie, czy pula do 50 sztuk dotyczy puli 165 sztuk dostarczonych do Zamawiającego w Etapie I Przedmiotu Zamówienia, czy też obejmuje również urządzenia z opcji? przeniesienia na Zamawiającego obowiązku otrzymania zgód wraz z wszystkimi potrzebnymi zezwoleniami od osób trzecich, - potwierdzenia miejsc montażu Urządzeń lub zmiany zasad rozliczenia na rozliczenie kosztorysowe
56	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.7.1.	podłączenie musi być poza wnęką w słupie (np. jak skrzynka podziałowa);	o dostarczenie dokumentacji technicznej dla każdego słupa z wytycznymi i specyfikacją techniczną dotyczącą podłączenia do istniejącej instalacji elektrycznej.
57	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.7.2.	w przypadku gdy lokalizacja latarni w trakcie trwania Umowy zostanie zmieniona, Wykonawca przeniesie Urządzenie w nową lokalizację uzgodnioną z Zamawiającym;	- przeniesienia na Zamawiającego obowiązku otrzymania zgód wraz z wszystkimi potrzebnymi zezwoleniami od osób trzecich - potwierdzenia miejsc montażu Urządzeń lub zmiany zasad rozliczenia na rozliczenie kosztorysowe
58	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.7.3.	w przypadku latarni na obszarze m.st. Warszawy Wykonawca przed przystąpieniem do montażu uzgodni szczegółowe rozwiązania techniczne z Wydziałem Oświetlenia Zarządu Dróg Miejskich (ZDM) albo odpowiednimi służbami w przypadku latarni na obszarze danej Gminy Partnerskiej;	- przeniesienia na Zamawiającego obowiązku otrzymania zgód wraz z wszystkimi potrzebnymi zezwoleniami od osób trzecich oraz potwierdzenia miejsc montażu Urządzeń lub zmiany zasad rozliczenia na rozliczenie kosztorysowe
60	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.7.5.	W przypadku montażu na słupie energetycznym możliwość i warunki montażu oraz prowadzenia prac, w tym również kwestie włączeń, należy uzgodnić z zarządcą sieci.	- przeniesienia na Zamawiającego obowiązku otrzymania zgód wraz z wszystkimi potrzebnymi zezwoleniami od osób trzecich, - potwierdzenia miejsc montażu Urządzeń lub zmiany zasad rozliczenia na rozliczenie kosztorysowe

61	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.8.1.	8.1 Urządzenia będą zasilane z instalacji elektrycznych napięcia 230 V 50 Hz budynków użyteczności publicznej, na których będą montowane, sieci oświetlenia ulicznego lub istniejących przyłączy elektrycznych infrastruktury technicznej. W wyjątkowych przypadkach Wykonawca będzie musiał zastosować według własnego uznania alternatywne systemy zasilania (panele fotowoltaiczne, turbinę wiatrową) lub zasilanie buforowe współpracujące z systemem oświetlenia ulicznego (warunki podłączenia w tym pobór prądu podczas ładowania należy uzgodnić z zarządcą sieci oświetlenia). Alternatywne systemy zasilania lub podtrzymania zasilania powinny zapewnić ciągłą pracę Urządzeń w różnych porach dnia i roku;	- doprecyzowanie co oznacza dostęp do sieci 230 V, 50 Hz? - w szczególności czy jest to dostęp do kostki elektrycznej na stykach której jest napięcie zasilania, czy dostęp do gniazda zasilającego 230V? - podania definicji „wyjątkowych przypadków” - Wskazania dokładnej liczby lokalizacji wraz z miejscem, oraz parametrami (nasłonecznienie, parametry wiatru – siła i kierunek w skali roku) w których Urządzenia będą wymagać alternatywnego systemu zasilania.
62	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.8.5.	Termin i sposób wykonywania prac, w tym trasę prowadzenia kabla należy uzgodnić z zarządcą obiektu oraz osobami pracującymi w danym pomieszczeniu. Możliwe że do wykonania prac przyłączeniowych konieczne będzie czasowe przeniesienie mebli i późniejsze przywrócenie pomieszczenia do stanu pierwotnego - co również jest w zakresie obowiązku Wykonawcy;	- przeniesienia na Zamawiającego obowiązku otrzymania zgód wraz z wszystkimi potrzebnymi zezwoleniami od osób trzecich - potwierdzenia miejsc montażu Urządzeń lub zmiany zasad rozliczenia na rozliczenie kosztorysowe - zapewnienie przez Zamawiającego wszelkich uzgodnień ustaleń i współpracy z zarządcami obiektów oraz innymi osobami, podmiotami trzecimi - dostarczenia dokumentacji technicznej wraz z specyfikacją każdego miejsca z uwzględnieniem lokalizacji, w których wymagane jest przemieszczenie mebli z ich dokładnym opisem.
63	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.8.4.	Kable należy prowadzić z zachowaniem zasad estetyki i spójności do już istniejących w pomieszczeniu rozwiązań instalacyjnych - w przypadku gdy w pomieszczeniu wszystkie instalacje są prowadzone pod tynkiem - na żądanie zarządzającego obiektem - przyłącze czujnika należy wykonać również w takiej technologii, pozostawiając ściany w stanie niegorszym niż przed wykonaniem prac;	- dostarczenia dokumentacji technicznej wraz z specyfikacją każdego miejsca z uwzględnieniem metrów kabla potrzebnych do prawidłowego wykonania prac oraz rzutów technicznych tych miejsc lub zmiany zasad rozliczenia na rozliczenie kosztorysowe - dostarczenia dokumentacji fotograficznej na trasie kabla dla każdej lokalizacji, w której Zamawiający planuje zainstalowanie Urządzeń.
64	OPZ - VII. Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych, ust.8.6.	Po wykonaniu prac Wykonawca ma przedstawić zarządzającemu obiektem schemat wykonanej instalacji.	- doprecyzowanie wymogów dotyczącej schematu wykonanej instalacji.

66	Zał. nr 1 do OPZ Lokalizacje urządzeń pomiarowych oraz zał. nr 3 - wzoru umowy, §1, ust. 3 pkt 2)	Tabela 1. Lokalizacje pomiarów stężeń ozonu (O3), poz. 13 dostawy, montażu i uruchomienia 13 sztuk Urządzeń służących do pomiaru stężeń pyłu zawieszonego (frakcje PM10, PM2,5 i PM1), pomiaru dwutlenku azotu (NO2) oraz ozonu (O3) wraz z pomiarem temperatury powietrza, wilgotności względnej powietrza i ciśnienia atmosferycznego;	Potwierdzenie, że Urządzenie testowe, nie będzie połączone z systemem zbierania i udostępniania danych oraz nie będzie uwzględniane w wszelkich zapisach dot. utrzymania systemu, niedostępności czy przesyłania danych. W wnosimy o modyfikację formularza ofertowego oraz zał. nr 3 - wzoru umowy, §1, ust. 3 pkt 2) w zakresie ilości sztuk Urządzeń jakich należy zamontować, uruchomić oraz utrzymywać przez okres obowiązywania umowy. Zmiana ta pozwoli zaoszczędzić środki publiczne.
Załącznik nr 3 do SWZ_Wzór umowy			
72	§1 ust. 6		uszczegółowienie i określenie, jak wyglądał będzie proces akceptacji harmonogramu. Umowa nie wskazuje sposobu i terminu akceptacji harmonogramu.
73	§1 ust. 6 pkt. 1		o doprecyzowanie, ile odbiorów dziennie będzie w stanie przeprowadzić Zamawiający. Odbiór etapów w stosunku do każdej lokacji następuje na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego (załącznik nr 5).

75	§3 ust. 2		o doprecyzowanie określenia, że chodzi o "System, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 3 Umowy" - czy jest to inny "System"? Pojęcie "System" zostało zdefiniowane we wzorze umowy. W celu doprecyzowania zapisu, Wykonawca proponuję niniejsze brzmienie: "System zostanie wdrożony przez Wykonawcę na Platformie IoT Zamawiającego lub w innej przestrzeni dyskowej, do której Zamawiający zapewnił sobie dostęp." Jeżeli System miałby zostać wdrożony w innym miejscu (repozytorium) to wówczas należy wskazać w jaki sposób i w jakim terminie Zamawiający wskaże to miejsce. Postanowienie powinno uwzględniać również obowiązek Zamawiającego do dostarczenia Wykonawcy wszystkich niezbędnych informacji umożliwiających mu dokonanie wdrożenia. Wnosimy o wyjaśnienie zapisu: "Powyższe dotyczy również usług hostingowych świadczonych na rzecz Zamawiającego w chmurze". Przedmiotem umowy nie jest świadczenie usług hostingowych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego.
77	§3. ust. 2		o udostępnienie linku pod którym znajduje się platforma IoT Zamawiającego System, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 3 Umowy, zostanie zlokalizowany na Platformie IoT Zamawiającego lub w innej przestrzeni dyskowej, do której Zamawiający zapewnił sobie dostęp. Powyższe dotyczy również usług hostingowych świadczonych na rzecz Zamawiającego w chmurze

79	§4 ust. 2		Wnosimy o wskazanie we wzorze umowy zastrzeżenia sytuacji za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Odpowiedzialność Wykonawcy jest określona na zasadzie ryzyka. Etap I kończy się z chwilą nastąpienia "odbioru końcowego", poprzedzonego czterema wcześniejszymi etapami. Utrata urządzenia może nastąpić np po jego odebraniu, a przed odbiorem końcowym. W związku z powyższym Wykonawca nie ma możliwości zabezpieczenia Urządzenia zainstalowanego na obiekcie Zamawiającego.
80	§4 ust. 3		Wnosimy o precyzyjne wskazanie we wzorze umowy, obowiązków Zamawiającego poprzez wyszczególnienie konkretnych przypadków dot. np. kwestii związanych z brakiem możliwości montażu we wskazanym miejscu etc.
85	§5 ust. 10		Wnosimy o wskazanie wprost we wzorze umowy przedmiotowych uwarunkowań technicznych np. poprzez odwołanie się do konkretnych postanowień OPZ.
86	§6 ust. 4		Wnosimy o precyzyjne wskazanie w umowie sytuacji za które nie odpowiada wykonawca. Wzór umowy nie przewiduje sytuacji, w której niemożność utrzymania właściwego SLA jest niezależna od Wykonawcy tj. wynika np. z braku dostępu do Urządzenia z powodów leżących po stronie podmiotu zarządzającego budynkiem, na którym zamontowane jest urządzenie.

88	§6 ust. 6		Wnosimy o wprowadzenie niniejszego zapisu: Wykonawca na żądanie Zamawiającego zobowiązany jest do przekazywania wszelkich informacji na temat stanu sprawności i funkcjonalności Urządzeń oraz Systemu w terminie nie krótszym niż 5 Dni w formie pisemnej." Zamawiający określił minimalnych terminów w których Wykonawca zobowiązany jest do przekazania informacji na temat stanu sprawności i funkcjonalności Urządzeń oraz Systemu.
89	§7 ust. 7		Wnosimy o wprowadzenie do umowy zastrzeżenia, że w przypadku wystąpienia okoliczności za które Wykonawca nie odpowiada, w tym np. zmiany miejsca lokalizacji Urządzenia, Wykonawca dokona ponownej wyceny montażu Urządzenia w tym alternatywnych źródeł zasilania, o ile taka sytuacja wystąpi. Rozliczenie dodatkowego wynagrodzenia nastąpi każdorazowo na podstawie kosztorysu robót Zamawiający we wzorze umowy oraz w OPZ wskazuje, że np. montaż Urządzenia w konkretnej lokalizacji może być uzależniony od zgody osoby trzeciej (np. zarządcy budynku bądź podmiotu odpowiedzialnego za wykorzystanie słupa drogowego). Wykonawca nie może ponosić ryzyka braku uzyskania zgody na montaż urządzenia w lokalizacji wskazanej przez Zamawiającego, czyli za okoliczności za które Wykonawca nie odpowiada.
90	§9 ust. 2		Wnosimy o określenie warunków na jakich wykonawca ma zapewnić należyte funkcjonowanie Urządzeń po okresie trwania umowy. Umowa zostanie zawarta do 31.10.2022 r. Po tym terminie nie będą prowadzone serwisy urządzeń, czyszczenie, kalibracja ani nadzór nad systemem. Przedłużenie umowy jest tylko opcjonalne.

92	§9 ust. 5		Wnosimy o doprecyzowanie zapisu dotyczącego serwisu. Paragraf 9 nie określa świadczenia usługi serwisu, a jedynie ogranicza się do realizacji uprawnień odnośnie rękojmi i gwarancji. W dokumentacji postępowania nie występuje pojęcie serwisu
93	§9 ust. 6		Wnosimy o wskazanie, że termin nie biegnie, gdy Wykonawca nie ma możliwości usunięcia wady. Umowa nie przewiduje możliwości wydłużenia terminu na skutek okoliczności, za które Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi np. nie może dostać się do budynku celem przeprowadzenia naprawy.
96	§20 ust. 2 i ust. 5		Wnosimy o rozszerzenie zobowiązań dotyczących należytej ochrony danych przez obie strony umowy. Jeżeli Wykonawca będzie udostępniać Zamawiającemu dane, materiały źródłowe i dokumentację, która nie powinna być ujawniona, zapisy te powinny obejmować również Zamawiającego, czyli obie Strony umowy

Zamawiający w odpowiedzi na pismo odwołującego z dnia 13 lipca 2021 r. złożył pismo w dniu 20 lipca 2021 r. wraz z załącznikami, w której odniósł się do argumentacji odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący jako wykonawca, który oferuje na rynku dostawę produktów objętych przedmiotem zamówienia posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izbastwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich spornych pomiędzy stronami zarzutów (postępowanie odwoławcze zostało w części umorzone w związku z cofnięciem niektórych zarzutów).

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego przez wykonawców:
- Expander Integrator IT Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
- OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- PromoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że Izba oddaliła opozycje zgłoszone przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, przeciw przystąpieniom zgłoszonym przez wykonawców: OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PromoSoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W przypadku pierwszego wykonawcy zamawiający wskazał, że ze zgłoszonego przystąpienia wynikało, iż wykonawca zgłosił częściowe przystąpienie po stronie odwołującego. Podkreślił, że przepisy Pzp nie znają konstrukcji częściowego zgłoszenia przystąpienia. Jeśli chodzi o drugiego z ww. wykonawców zamawiający stwierdził, że w ostatnim zdaniu pisma o zgłoszonym przystąpieniu wykonawca ten wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania w całości, przez to nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia.
Zgodnie z treścią art. 526 ust. 1 Pzp zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Badając opozycję, Izba ocenia, czy zgłaszający opozycję uprawdopodobnił, że wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W związku z powyższym Izba uznała, że zamawiający nie uprawdopodobnił, że obaj zgłaszający przystąpienie wykonawcy, nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.
Jak słusznie w ocenie Izby wskazał odwołujący wykonawca OMC ENVAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w zgłoszonym przystąpieniu po prostu nie wypowiedział się co do jednego z zarzutów. Przedmiotowa okoliczność nie mogła doprowadzić do uznania, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia po stronie odwołującego.
Jeśli chodzi o wykonawcę Promosoftware Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie skład orzekający doszedł do przekonania, że

zwrot, na który powoływał się zamawiający należało potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską. Izba zauważyła, że w treści pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia wykonawca wskazał, że *W ocenie PromoSoftware Sp. z o.o. zarzuty odwołującego znajdują uzasadnienie, wobec czego odwołanie powinno zostać uwzględnione*. Mając na uwadze całą treść pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia nie można było mieć wątpliwości co do stanowiska wykonawcy, które dotyczyło popierania zarzutów odwołania.
W związku z powyższym Izba postanowiła jak na wstępie przedmiotowego akapitu.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 21 maja 2021 r., w tym w szczególności SWZ wraz z załącznikami oraz zmodyfikowaną SWZ wraz z załącznikami przesłaną w dniu 28 czerwca 2021 r;
2)dokumenty załączone do pisma odwołującego z dnia 27 czerwca 2021 r.:
- opracowanie pn.: *Moc uzyskiwana z paneli słonecznych w zależności od kierunku montażu i zacienienia paneli. Dla panelu 30W a zasilanie czujnika jakości powietrza*;
- 9 zdjęć;
- wyceny firm instalacyjnych – (dokument zastrzeżony jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa);
- wyceny firm instalacyjnych – wydruki ze stron internetowych;
- pismo z Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska z dnia 25 czerwca 2021 r.;
- stanowisko z dnia 10 czerwca 2021 r. uzyskane od Adsentec Ltd z tłumaczeniem na język polski;
- informacje ze strony internetowej Komisji Europejskiej ds. Standaryzacji;
- rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 11 grudnia 2020 r. w sprawie dokonywania oceny poziomów substancji w powietrzu (Dz. U. z 2020 r., poz. 2279);
- umowa nr RPMA.02.01-14-8835/17-00 o dofinansowanie wraz z aneksami;
3)dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 czerwca 2021 r.:
- potwierdzenie wysłania ogłoszenia o zmianie z dnia 23 czerwca 2021 r., tekst jednolity SWZ, OPZ i wzoru umowy po zmianach;
- dokumentację potwierdzająca zgody na lokalizacje czujników w Gminach Partnerskich i Warszawie;
- wyciąg z umowy zawartej miedzy odwołującym a M. St. Warszawa – Dzielnicą Wilanów z 2018 r. i 2020 r.;
- wyciąg z wniosku o dofinansowanie projektu „Wirtualny Warszawski Obszar Funkcjonalny (Virtual WOF)", który jest załącznikiem do umowy o dofinansowanie ww. projektu;
- wyciąg z umowy na dofinansowanie nr RPMA.02.01.02-14-8835/17-00 z 29.09.2017 r.;
4)dokumenty załączone do pisma odwołującego z dnia 13 lipca 2021 r.:
- tabelę stanowiąca integralną część odwołania z dnia 7 maja 2021 r.;
- wyjaśnienia do SWZ_Zestawy 1-10 OST opublikowane w dniu 8 lipca 2021 r.;
- wniosek o wydanie zezwolenia na lokalizację w pasie drogowym drogi gminnej obiektu budowlanego lub urządzenia niezwiązanego z potrzebami zarządzania drogami lub potrzebami ruchu drogowego oraz reklam;
- umowę zawartą pomiędzy odwołującym a M. St. Warszawa - Dzielnicą Wilanów w 2018 r.;
- umowę nr 2004.92.2018 zawartą pomiędzy odwołującym a Miastem Sulmierzyce;
- umowę nr 32/2017 zawartą pomiędzy odwołującym a Zakładem Gospodarki Ciepłowniczej w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o. ;
- 1b ZAL NR 1 DO OPZ Lokalizacja urządzeń pomiarowych z komentarzem odwołującego;
5)dokumenty załączone do pisma zamawiającego z dnia 20 lipca 2021 r.:
- umowy z 19 grudnia 2019 r. oraz 25 września 2020 r. zawarte między zamawiającym a ENVIMET SEVICES Sp. z o.o.;
- umowę zawarta między odwołującym a Gminą Łomianki z 24 października 2017 r.;
- zgody na lokalizacje czujników w Warszawie (komplet zgód był dostępna pod adresem: ();
- wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu technicznym który poprzedzał wszczęcie niniejszego postępowania;
6)złożoną na rozprawie w dniu 27 lipca 2021 r. przez odwołującego dokumentację dotyczącą oferty złożonej w postępowaniu na zakup sensorów monitoringu powietrza, które było prowadzone przez Zakład Gospodarki Ciepłowniczej w Tomaszowie Mazowieckim „w trybie zapytania o cenę", w którym nie miały zastosowania przepisy Pzp;
7)złożone na rozprawie w dniu 27 lipca 2021 r. przez przystępującego Expander Integrator IT Sp. z o.o. wydruki dwóch artykułów z portalu Urzędu Miasta Warszawy: pt. „Warszawskie oświetlenie w nowej oprawie" z dnia 7 lipca 2020 r. oraz pt. „Warszawa w lepszym świetle" opublikowany w dniu 13 stycznia 2021 r.
8)złożone na rozprawie w dniu 27 lipca 2021 r. przez zamawiającego:
- umowę nr CRU-1897/19 zawartą pomiędzy odwołującym a Miastem Opole wraz z załącznikiem do tej umowy obejmującym szczegółowy zakres rzeczowy;
- analizę potrzeb i wymagań w zakresie określonym w art. 83 ust. 1 Pzp z dnia 1 kwietnia 2021 r.

Na rozprawie w dniu 27 lipca 2021 r. odwołujący oświadczył ostatecznie, że wycofuje odwołanie:
- w części zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zakresie okoliczności wskazanych w pkt: 1, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 51, 59, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 74, 76, 78, 81, 82, 83, 84, 87, 91, 94 i 95, tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma z dnia 13 lipca 2021 r., odpowiadającej w swojej treści tabeli zawartej na str. 2-31 odwołania (tj. pozycji oznaczonych kolorem szarym w przedmiotowej tabeli załącznika nr 1);
- w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia art. 112 Pzp.
W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowym zakresie.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 99 ust. 1 Pzp – *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*;
- art. 124 Pzp – *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:*
1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji;
- art. 128 ust. 6 Pzp – *Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych*

środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą;
- § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy;
- art. 7 pkt 32 Pzp – *Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: zamówieniu – należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług*;
- art. 431 Pzp – *Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową", w celu należytej realizacji zamówienia*;
- art. 434 ust. 2 Pzp – *Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty*;
- art. 441 Pzp – *1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:*
1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.
2. Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu wskazanego w pkt 1 *petitum* odwołania. Zarzut ten był najbardziej rozbudowany ze wszystkich podniesionych zarzutów, a przy tym wpływał na pozostałe podlegające rozpoznaniu zarzuty, w tym szczególnie na zarzut oznaczony pkt 3.

W ramach przedmiotowego zarzutu, w ocenie składu orzekającego, należało na wstępie poczynić pewne ogólne spostrzeżenia i uwagi co do konstrukcji samego zarzutu przyjętej przez odwołującego. Otóż w samym odwołaniu niniejszy zarzut został przedstawiony w sposób chaotyczny i mało czytelny. Odwołujący ograniczył się do zamieszczenia na stronach 2-31 odwołania tabelki, która zawierała 96 postulatów obejmujących poszczególne fragmenty załączników do SWZ. Tabelka została podzielona na 4 kolumny opatrzone nagłówkami:

1)Lp., przy czym w przedmiotowej kolumnie odwołujący nie podał numeracji poszczególnych postulatów;
2)Lokalizacja zapisu, ta kolumna zawierała określenie kwestionowanych postanowień w dokumentacji postępowania;
3)Aktualny zapis, niniejsza kolumna prezentowała treść kwestionowanego postanowienia;
4)Wnosimy o, przedmiotowa kolumna prezentowała *de facto* żądanie odwołującego dotyczące kwestionowanego fragmentu.

Samo uzasadnienie dla zarzutu nieprecyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia określone została na stronach 32-36 odwołania oraz skupiało się w zasadzie wyłącznie na prezentacji wybranych orzeczeń Izby odnoszących się do treści art. 29 ust. 1 wcześniej obowiązującej ustawy oraz dość chaotycznym przedstawieniu treści niektórych postanowień opisu przedmiotu zamówienia (rozdziału: I, VII, IV i V).

Dopiero w trakcie trwania postępowania odwoławczego, w wyniku złożenia pism z dnia 27 czerwca i 13 lipca 2021 r. odwołujący próbował skonkretyzować przedmiotowy zarzut. Działanie to nastąpiło przede wszystkim przez wyodrębnienie czterech zakresów, w których odwołujący pogrupował przedstawione w początkowej tabelce kwestie. Zakresy te odnosiły się do wad, pogrupowanych przez odwołującego w następujący sposób:
- wady dokumentacji w zakresie dotyczącym montażu urządzeń;
- wady dokumentacji w zakresie parametrów technicznych urządzeń;
- wady dokumentacji w zakresie oprogramowania;
- pozostałe wady dokumentacji, wskazane w odwołaniu, wymagające uszczegółowienia i wyjaśnienia lub zmiany zapisów przez zamawiającego.

Finalnie, odwołujący w nawiązaniu do odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 czerwca 2021 r. oraz wprowadzonych zmian do SWZ, umowy i OPZ w dniu 28 czerwca 2021, podtrzymał wnioski zawarte w tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do pisma z dnia 13 lipca 2021 r. odpowiadającej tabeli zamieszczonej w odwołaniu (kolumna 4 „*Wnosimy o*") odnoszące się do:
- wad dokumentacji w zakresie dotyczącym montażu urządzeń z pozycji (Lp.) nr 3, 4, 10, 11, 18, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 79, 80, 89, 90 i 93;
- wad dokumentacji w zakresie parametrów technicznych urządzeń z pozycji (Lp.) 53;
- wad dokumentacji w zakresie dotyczącym montażu urządzeń z pozycji (Lp.) nr 29, 42, 47, 75, 77, 86 i 96;
- pozostałych wad dokumentacji, wskazanych w odwołaniu, wymagających uszczegółowienia i wyjaśnienia lub zmiany zapisów przez zamawiającego z pozycji (Lp.) nr 72, 73, 85, 88 i 92.

W dalszej kolejności skład orzekający odnosząc się do treści art. 99 ust. 1 Pzp stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący, co oznacza m.in., że powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SWZ. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne – począwszy od nieporównywalności ofert, zawyżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania ryzyka, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla zamawiającego wyniku postępowań sądowych.

Powyżej opisane założenia dotyczące interpretacji art. 99 ust. 1 Pzp nie oznaczają, że wykonawca wnoszący odwołanie może skupiać się na wymienieniu kwestionowanych postanowień SWZ wraz ze wskazaniem żądań co do określonego

zachowania się zamawiającego wobec tych kwestionowanych postanowień. Tymczasem w ocenie składu orzekającego w przedmiotowej sprawie taki był punkt wyjścia odwołującego. Odwołujący dopiero podczas trwania postępowania odwoławczego konkretyzował, wyjaśniał oraz uzupełniał swoje stanowisko w zakresie podstawy faktycznej podnoszonych wniosków. Nie dało się jednak nie zauważyć pewnego dysonansu w argumentacji odwołującego, który sprowadzał się do tego, że z jednej strony działania polegające na konkretyzowaniu przyjętego stanowiska z drugiej strony rozbijały się o liczne zastrzeżenia o różnym ciężarze gatunkowym, odnoszące się do wielu postanowień SWZ, co do których odwołujący poprzestał wyłącznie na wnioskach określonych w kolumnie nr 4 tabelki. Taki sposób prezentowania stanowiska powodował, że argumentacja odwołującego stawała się mało przejrzysta szczególnie, że odwołujący w swoich szczegółowych żądań zakreślonych w kolumnie 4 tabelki właściwie nie powiązał z uzasadnieniem zarzutu podanym w pismach złożonych już po wniesieniu odwołania. Mając powyższe na uwadze oraz badając opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że został on sporządzony w sposób prawidłowy, a generalny wniosek jaki nasunął się po przeanalizowaniu argumentacji odwołującego prowadził do stwierdzenia, że odwołujący zamierzał przerzucić na zamawiającego najistotniejsze ryzyka dotyczące realizacji przedmiotowego zamówienia.
Przechodząc do poszczególnych grup i pozycji wniosków zawartych w tabeli, które nie zostały cofnięte Izba w znacznej mierze przyjęła argumentację zamawiającego uznając, że:
Ad. 2.
Przedmiotowy wniosek nie został przypisany przez odwołującego do żadnej grupy wymienionej w ramach zarzutu z pkt 1 odwołania, jednakże zważywszy na to, że okoliczności w nim zawarte dotyczyły bezpośrednio zarzutu wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania, Izba odniosła się do tego wniosku poniżej tj. w ramach rozpoznania zarzutu z pkt 2 odwołania.
- **wady dokumentacji w zakresie dotyczącym montażu urządzeń z pozycji (Lp.) nr 3, 4, 10, 11, 18, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 79, 80, 89, 90 i 93**;
Wychodząc od generalnych spostrzeżeń co do przedmiotowej grupy wad należy stwierdzić, że zamawiający w załączniku nr 1 do OPZ podał lokalizacje urządzeń objętych przedmiotem zamówienia przez wskazanie konkretnych adresów. Zamawiający podał także orientacyjną liczbą urządzeń mogących wymagać alternatywnego źródła zasilania (pkt 4.13 części I Ogólne wytyczne zamówienia OPZ). Zgodnie z pkt 5 części VII OPZ – przy lokalizowaniu urządzeń należy wziąć pod uwagę kryteria lokalizacji punktów pomiarowych określone w załączniku nr 3 pkt 1 Lokalizacja w skali mikro rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 grudnia 2020 r. w sprawie dokonywania oceny poziomów substancji w powietrzu (Dz. U. z 2020 r. poz. 2279, zwanego dalej zwanego jako: „rozporządzenie"). Tym samym należało uznać, że zamawiający opisał kwestię montażu urządzeń, oprócz postanowień zawartych w OPZ również, przez odesłanie do rozporządzenia i zawartych w nim szczegółowych norm związanych z instalacją czujników. Ponadto zgodnie z pkt 3 części VII Zasady lokalizowania urządzeń pomiarowych OPZ wykonawca jest zobowiązany do zaproponowania i uzgodnienia z zamawiającym nowej lokalizacji tylko w przypadku uzasadnionego braku możliwości montażu urządzenia w pierwotnej lokalizacji. Jak wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę (o czym szerzej poniżej), zamawiający wszystkie lokalizacje umieszczone w załączniku nr 1 do OPZ uzgodnił z ich zarządcami, zatem ewentualne sytuacje braku możliwości montażu w lokalizacji wymienionej w tym załączniku należy uznać za wyjątkowe.
Kolejną istotną kwestią dla przedmiotowego zarzutu była okoliczność stosowanej praktyki rynkowej przy przygotowaniu i prowadzeniu zamówień obejmujących podobny przedmiot zamówienia. W ocenie Izby zamawiający udowodnił przez umowy załączone do pisma z dnia 20 lipca 2021 r., że na rynku zdarzają się zamówienia, co do których do skonstruowania oferty nie jest potrzebne podanie w dokumentacji przetargowej mikrolokalizacji (wskazania dokładnego miejsca gdzie trzeba umiejscowić czujnik), ponieważ lokalizacje te ustalane są dopiero po podpisaniu umowy. Zamawiający wykazał także, że sam prowadził już postępowania, w których to na wykonawcy spoczywał obowiązek uzyskania od odpowiednich organów niezbędnych decyzji, pozwoleń, uzgodnień i konsultacji niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Co istotne zamawiający udowodnił, że uzyskał zgodę na instalacje w miejscach wymienionych w załączniku nr 1 do OPZ. Zamawiający potwierdził powyższe składając:
- zgody na lokalizacje czujników w Gminach Partnerskich (załączone do odpowiedzi na odwołanie);
- zgody obejmujące lokalizacje znajdujące się na terenie m.st. Warszawy (załączone do pisma z dnia 20 lipca 2021 r.).
Ad. 3.
Jak słusznie zdaniem składu orzekającego wskazał zamawiający SWZ nie narzuca rozwiązań technicznych jakie mają być zastosowane, a samemu zamawiającemu nie są znane możliwości techniczne dla wszystkich dostępnych na rynku urządzeń pomiarowych w zakresie montażu. W dużej mierze zależą one od konstrukcji, rozmiarów i wagi urządzenia. Metodyka montażu urządzenia zależna jest więc od wykonawcy. Zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca będzie znał zasady prowadzenia pomiarów oraz lokalizacji urządzeń w mikroskali, tak by wyniki pomiarów były reprezentatywne dla lokalizacji wskazanej przez zamawiającego w makroskali. Precyzyjne wskazanie miejsca montażu jest zadaniem wykonawcy zgodnie z częścią VII pkt 2 oraz z uwzględnieniem części VII pkt 5-7 OPZ.
Ad. 4.
W tym zakresie należy odnieść się do części VII pkt 8.1. (*Urządzenia będą zasilane z instalacji elektrycznych napięcia 230 V 50 Hz budynków użyteczności publicznej, na których będą montowane, sieci oświetlenia ulicznego lub istniejących przyłączy elektrycznych infrastruktury technicznej. W wyjątkowych przypadkach Wykonawca będzie musiał zastosować według własnego uznania alternatywne systemy zasilania (panele fotowoltaiczne, turbinę wiatrową) lub zasilanie buforowe współpracujące z systemem oświetlenia ulicznego (warunki podłączenia w tym pobór prądu podczas ładowania należy uzgodnić z zarządcą sieci oświetlenia). Alternatywne systemy zasilania lub podtrzymania zasilania powinny zapewnić ciągłą pracę Urządzeń w różnych porach dnia i roku*) oraz pkt 5-7 części VII OPZ. Jak wskazano powyżej lokalizacje montażu zostały wskazane w załączniku nr 1 do OPZ. Szczegóły montażu będą podlegały uzgodnieniu podczas instalacji – część VII pkt 2 oraz 5-7 OPZ. Zamawiający na tym etapie nie mógł przewidzieć, które szczegółowe lokalizacje wskaże wykonawca. Ponadto zamawiający w treści pkt 4.13. części I OPZ wskazał, że*W przypadku braku sieci zasilającej w danej lokalizacji lub w przypadku gdy sieć działa okresowo (np. na latarniach) należy zapewnić własne źródła zasilania Urządzenia, które zapewni ciągłość pracy (np. akumulator, panele solarne); Zamawiający szacuje, że takich miejsc będzie ok. 33.* W ocenie Izby wykonawcy dla wyceny w ofercie urządzeń dla których należy zapewnić własne źródło zasilania powinni przyjąć podaną powyżej oszacowaną liczbę, tj. 33.
Ad. 10.
Zgodnie z założeniami dotyczącymi przedmiotu zamówienia to wykonawca powinien ocenić jakie prace będą niezbędne i jakie uprawnienia do tych prac powinny posiadać osoby je wykonujące. Szczegóły montażu będą podlegały uzgodnieniu podczas instalacji – część VII pkt 2 oraz pkt 5-7 OPZ.
Ad. 11.

Przedmiotowy wymóg należy uznać za element zamówienia. Zamawiający udowodnił, że adresy (lokalizacje) wskazane w załączniku nr I do OPZ zostały przez niego uzgodnione z właścicielami. Po stronie wykonawcy pozostanie uzyskanie pozostałych pozwoleń, zgód, odbiorów i wszystkich niezbędnych uzgodnień oraz innych dokumentów potrzebnych do kompletnego wykonania zadania.

Ad. 18.

To wykonawca powinien ocenić jakie prace będą niezbędne i jakie uprawnienia do tych prac powinny posiadać osoby je wykonujące. Szczegóły montażu będą podlegały uzgodnieniu podczas instalacji – część VII pkt 2 OPZ.

Ad. 52, 54, 55, 56, 57, 58, 60.

Lokalizacje montażu zostały wskazane w załączniku nr 1 do OPZ. Szczegóły montażu będą podlegały uzgodnieniu podczas instalacji. Precyzyjne wskazanie miejsca montażu jest zadaniem wykonawcy zgodnie z częścią VII pkt 2 oraz z uwzględnieniem części VII pkt 5-7 OPZ.

Ad. 61.

W zakresie przedmiotowego punktu adekwatna jest odpowiedź dotycząca pkt 4 powyżej.

W odniesieniu do definicji wyjątkowego przypadku należy za zamawiającym przyjąć, że dotyczy on sytuacji braku możliwości użycia instalacji elektrycznych napięcia 230 V 50 Hz lub zasilania buforowego współpracującego z systemem oświetlenia ulicznego (ok. 33 miejsca zgodnie z części I pkt 4.13. OPZ).

Ad. 62, 63, 64.

Jak już wskazano powyżej to wykonawca ma zaproponować precyzyjne szczegółowe lokalizacje (mikrolokalizacje) urządzeń zatem zamawiający, zgodnie z przyjętą koncepcją realizacji zamówienia nie miał możliwości na tym etapie przedstawienia takich informacji.

Ad. 66.

Okoliczności dotyczące przedmiotowej kwestii określa dokładnie załącznik nr 1 do OPZ. Ponadto jak wyjaśnił zamawiający urządzenie testowe, zgodnie z OPZ, nie będzie połączone z systemem.

Ad. 79, 80.

Procedurę postępowania w sytuacji braku montażu we wskazanym miejscu została określona w części VII OPZ.

Ad. 89.

W ocenie Izby zamawiający w przedmiotowym przypadku miał możliwość wymagania określenia maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający na etapie zaciągania zobowiązania finansowego ma obowiązek zabezpieczenia środków w określonej wysokości i nie może zaciągnąć nieokreślonego zobowiązania. Ponadto jak już ustalono adresy lokalizacji urządzeń wskazane w załączniku nr 1 do OPZ, zostały już uzgodnione przez zamawiającego.

Ad. 90.

Po tym terminie, zobowiązania wykonawcy dotyczące gwarancji określono w § 9.

Ad. 93.

Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z przyczyn nie leżących po jego stronie. To, za co będzie odpowiadał wykonawca obejmują postanowienia wzoru umowy a w szczególności §12.

- wady dokumentacji w zakresie parametrów technicznych urządzeń (Lp. nr 53)

Ad. 53.

Argumentacja odwołującego w tym zakresie pojawiła się *de facto* dopiero w piśmie z dnia 13 lipca 2021 r. w pkt 1.2.3. i odnosiła się do odpowiedzi na odwołanie, która wskazywała na pkt 5 zawarty w części VII OPZ, dotyczący załącznika nr 3 pkt 1 Lokalizacja w skali mikro do rozporządzenia. Jak wynika z treści pkt 4.9.1 części I OPZ zamawiający nie wykluczył dostarczenia urządzeń opartych o metody referencyjne. Ponadto skład orzekający przyjął stanowisko zamawiającego wskazujące, że urządzenia kupowane w postępowaniu mają nie tylko dokonywać prawidłowych pomiarów i przedstawiać jak najdokładniejsze wyniki, ale mają również być pomocne przy podejmowaniu decyzji w procesie zarządzania miastem, a lokalizacja w skali mikro urządzenia ma istotny wpływ na poprawność dostarczanych wyników pomiarów. Stąd należało przyjąć, że zamawiający w pkt 4.9.1 i 4.9.2. OPZ określił, że wykonawcy mogą oferować urządzenia referencyjne lub niereferencyjne. Zgodnie z jego treścią pkt 4.9.1 i 4.9.2 części I do OPZ*Urządzenie powinno posiadać:*

4.9.1. W przypadku wykorzystania metody referencyjnej lub z potwierdzoną równoważnością do metody referencyjnej - świadectwo wzorcowania lub deklarację zgodności pomiarów pyłów PM10 i PM2,5, NO2, O3 (jeśli dotyczy) z metodykami referencyjnymi wydane przez akredytowane laboratorium wzorcujące.

4.9.2. W przypadku wykorzystania metody niereferencyjnej lub bez potwierdzonej równoważności do metody referencyjnej - świadectwo/certyfikat wzorcowania (lub dokument równoważny), potwierdzające wstępną kalibrację przez producenta. (…)

- wady dokumentacji w zakresie oprogramowania (Lp. nr 29, 47, 48, 75, 77, 86, 96)

Ad. 29.

Czas przechowywania danych w urządzeniu musi umożliwiać spełnienie warunku § 6 ust 3 i 4 wzoru umowy.

Ad. 47.

Odnosząc się do treści postanowienia zawartego w część V pkt 1.12 skład orzekający uznał, że nie dotyczył on wprowadzania dowolnych zmian przez zamawiającego tylko przyjmowania dyspozycji zamawiającego w zakresie działania systemu do zbierania i udostępniania danych.

Ad. 48.

Odnośnie przedmiotowej pozycji odwołujący podobnie jak dla zdecydowanej większości pozycji określonych w tabeli zawartej na stronach 2-31 odwodnia, nie podał żadnej podstawy faktycznej. Izba nie znalazła w argumentacji odwołującego żadnych powodów do nakazywania zmiany treści pkt 1.13 podanej w ramach części V OPZ.

Ad. 75.

Definicja systemu została zawarta w §1 wzoru umowy. Ponadto jak zwrócił uwagę zamawiający na tym etapie zapotrzebowanie na dodatkową infrastrukturę nie zostało określone, zatem nie jest możliwe wskazanie przez zamawiającego miejsca (repozytorium). Dodatkowo zamawiający wyjaśnił, że przez *Usługi hostingowe świadczone na rzecz Zamawiającego w chmurze*, miał na myśli usługi świadczone przez inne podmioty na podstawie odrębnych umów. Na podstawie przedmiotowych wyjaśnień Izba nie znalazła powodów do kwestionowania postanowienia wzoru umowy, którego dotyczył przedmiotowy punkt.

Ad. 77.

Jak wynika ze stanowiska zamawiającego dokonał on zmiany SWZ w tym zakresie i udostępnił link pod którym jest dostępna dokumentacja platformy IoT. Odwołujący nie zakwestionował na rozprawie przedmiotowej okoliczności w

związku z tym skład orzekający nie znalazł powodu do uwzględnienia przedmiotowego wniosku.

Ad. 86.

Izba doszła do przekonania, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przyczyny nie leżące po jego stronie. To, za co będzie odpowiadał wykonawca obejmują postanowienia umowy a w szczególności §12. Ponadto odwołujący nie wskazał w jaki sposób obecne postanowienie wzoru umowy naruszało przepisy Pzp.

Ad. 96.

Podobnie jak w drugiej części odniesienia się do pkt 86 skład orzekający uznał, że odwołujący nie wskazał w jaki sposób obecne postanowienie wzoru umowy naruszało przepisy Pzp.

- inne wady (Lp. nr 72, 73, 85, 88, 92).

Podobnie jak dla zdecydowanej większości wniosków podniesionych w tabeli zawartej w odwołaniu, odwołujący nie podał właściwie żadnego uzasadnienia dla przedmiotowych wniosków, nie wskazał w jaki sposób obecne postanowienie wzoru umowy naruszają przepisy Pzp oraz nie podał postulowanego stanu jaki w jego ocenia miałby mieć miejsce po uwzględnieniu przedmiotowych wniosków (poza pkt 88).

Składu orzekającego nie przekonały także dowody złożone przez odwołującego wraz z pismem z dnia 27 czerwca 2021 r. w ramach przedmiotowego zarzutu.

Pierwszym z nich było opracowanie pn.: *Moc uzyskiwana z paneli słonecznych w zależności od kierunku montażu i zacienienia paneli. Dla panelu 30W a zasilanie czujnika jakości powietrza.* Dowód ten został złożony na okoliczność tego, że bez danych na temat nasłonecznienia występującego w danej lokalizacji nie jest możliwe prawidłowe dobranie panelu słonecznego, co ma wpływ na moc np. 30W, 40W, 50W, 60W i może doprowadzić do wahań w przedziale cenowym od 800 zł do 5.000 zł netto w zależności od wybranego i zastosowanego rozwiązania do konkretnej lokalizacji. Przedmiotowy dowód dotyczył panelu o mocy 30W i o ile rzeczywiście potwierdzał znaczenie nasłonecznienia dla prawidłowego doboru panelu dla danej lokalizacji to nie potwierdzał tak dużych różnić w cenach jakie wskazywał odwołujący, a ponadto możliwość korzystania z paneli słonecznych nie jest jedyną możliwością dotyczącą własnego źródła zasilania urządzenia (zamawiający przykładowo podał także akumulator).

Druga grupa dowodów obejmowała 9 zdjęć przykładowych instalacji urządzeń wraz z alternatywnym źródłem zasilania. Skład orzekający nie kwestionuje okoliczności uzależnienia doboru panelu w zależności od nasłonecznienia. Przy czym odwołujący zdaje się zakładać wyłącznie scenariusz, w którym w przypadku zastosowania urządzenia z własnym źródłem zasilania konieczne będzie zastosowanie najbardziej kosztownego rozwiązania (np. panelu o najwyższej mocy). Odwołujący nie przedstawił żadnych danych co do warunków nasłonecznienia na terenie m. st. Warszawy i okolic w odniesieniu do stosowania paneli fotowoltaicznych o określonej mocy, ani nie złożył dokumentu wskazującego na praktykę stosowania paneli o określonej mocy w tego typu instalacjach. Ponadto należy przypomnieć, że zamawiający określił, że urządzeń o własnym źródle zasilania ma być ok. 33, przy czym w 50 lokalizacjach możliwa jest zmiana lokalizacji, co oznacza, że ilość urządzeń korzystających z własnego zasilania może być znikoma.

Na trzecią grupę dowodów składały się odpowiedzi otrzymane z rynku od firm instalacyjno-monterskich wraz z cenami oraz cenniki tego typu robót pobrane stron internetowych firm instalacyjno-budowlanych (odwołujący złożył pięć dokumentów: trzy cenniki i dwie wyceny uzyskane w odpowiedzi na zapytanie). W pierwszej kolejności należy wskazać, że w przypadku dowodów stanowiących odpowiedzi na pytania odwołujący nie przedstawił treści zapytania lub zapytań, na które następnie otrzymał odpowiedzi. Po drugie oba podmioty udzielające odpowiedzi mimo deklaracji wskazującej, że nie są w stanie wycenić prac za pomocą metody ryczałtowej, były w stanie przedstawić taką wycenę. Po trzecie jeśli chodzi o złożone cenniki to potwierdzały one co najwyżej, że podmioty nimi objęte mają w swojej ofercie bardzo szeroki wachlarz świadczonych usług.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania, Izba stwierdziła, że na wstępie należy wskazać, że zamawiający w dniu 28 czerwca 2021 r. dokonał modyfikacji treść pkt 4.9.1 i 4.9.2 części I OPZ. W wyniku tej modyfikacji treść przedmiotowych fragmentów kształtowała się następująco:

4.9 Urządzenie powinno posiadać:

4.9.1 W przypadku wykorzystania metody referencyjnej lub z potwierdzoną równoważnością do metody referencyjnej - świadectwo wzorcowania lub deklarację zgodności pomiarów pyłów PM10 i PM2,5, NO_2, O_3 (jeśli dotyczy) z metodykami referencyjnymi wydane przez akredytowane laboratorium wzorcujące.

4.9.2 W przypadku wykorzystania metody niereferencyjnej lub bez potwierdzonej równoważności do metody referencyjnej - świadectwo/certyfikat wzorcowania (lub dokument równoważny), potwierdzające wstępną kalibrację przez producenta. Dodatkowo Urządzenie powinno być zweryfikowane w oparciu o pomiary wykonane metodą referencyjną (lub równoważną do tej metody). Podstawą oceny są wyniki długoterminowych (w rozumieniu poniższego pkt 6) pomiarów porównawczych użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym (przeprowadzonych zgodnie z warunkami opisanymi w punktach 5 oraz 6.3. i 6.4.), potwierdzających spełnienie minimalnych wymaganych parametrów użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym, o których mowa w pkt. 5. Jednocześnie należy dostarczyć zestaw danych pomiarowych z pomiarów równoległych testowanych Urządzeń i urządzeń referencyjnych (lub równoważnych), wraz ze wskazaniem dat i miejsc prowadzenia pomiarów, rodzaju (modelu) urządzenia działającego w oparciu o metodykę referencyjną (lub równoważną), użytego w pomiarach równoległych wraz z dokumentacją potwierdzającą jego referencyjność (lub, w przypadku stacji pomiarowej PMŚ kod i nazwę stacji), a także wartości błędów pomiarowych z wyjaśnieniem metodyki szacowania błędów, wyznaczony współczynnik korekcyjny oraz opis warunków (w szczególności meteorologicznych), w których badania były przeprowadzone. Stanowisko kalibracyjne nie powinno znajdować się dalej niż w odległości 100 m od stacji wzorcowej w oparciu o wyniki której wykonuje się wzorcowanie Urządzenia;

Następnie w wyniku kolejnego odwołania, wniesionego przez odwołującego w dniu 8 lipca 2021 r., które nie było rozpatrywane w ramach przedmiotowej sprawy, odwołujący w zarzucie oznaczonym pkt 6 zakwestionował zmodyfikowane postanowienia pkt 4.9.1 i 4.9.2 części I OPZ. Tym samym dokonana przez zamawiającego modyfikacja z dnia 28 czerwca 2021 r., w powiązaniu z kolejnym odwołaniem kwestionującym przedmiotową modyfikację, uczyniła niniejszy zarzut bezprzedmiotowym.

W tym kontekście Izba uznała, że rozstrzyganie co do postanowień SWZ, które stały się nieaktualne i mają co najwyżej znaczenie historyczne, nie znajduje uzasadnienia w ustawie i byłoby działaniem niecelowym. Co więcej, rozstrzyganie co do nieistniejących już treści SWZ stoi w sprzeczności z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który do uwzględnienia odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Takiego wpływu nie miały i nie będą mieć zapisy historyczne, które już w żaden sposób nie wiążą zamawiającego, wykonawców, a także Izby, która z mocy ustawy ma obowiązek uwzględnienia zmiany dokumentacji postępowania.

Warto także przypomnieć, że odwołujący w dniu 8 lipca 2021 r. wniósł kolejne odwołanie, które dotyczyło m.in. zmodyfikowanej treści pkt 4.9.1 i 4.9.2 części i OPZ. Odnosząc się merytorycznie do tej modyfikacji, Izba dokonałaby nieuprawnionego rozpoznania części zarzutów postawionych w innym odwołaniu, pozostającym poza kognicją składu orzekającego, co byłoby rażącym naruszeniem art. 555 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym, zarzut naruszenia art. 124 w zw. z art. 128 ust. 6 Pzp w zw. z § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jako zarzut bezprzedmiotowy został przez skład orzekający oddalony.
Jeśli chodzi o zarzut zawarty w pkt 3 *petitum* odwołania, odwołujący w piśmie z dnia 13 lipca 2021 r. wskazał, że podtrzymuje wnioski dotyczące postanowień powodujących, że realizacja umowy i jej zakres jest zależna od działań podmiotów trzecich, niebędących stroną umowy o zamówienie publiczne ani niebędących uczestnikami postępowania w zakresie pozycji z tabeli pkt 11, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 79, 80, 89, 90, 93. Przedmiotowy zarzut był ściśle powiązany z zarzutem podniesionym w ramach pkt 1, który został oddalony. Stanowisko Izby podane w uzasadnieniu dla oddalenia zarzutu z pkt 1, a w szczególności w ramach powyżej wskazanych punktów pozostało aktualne w związku z tym powielanie go w tym miejscu nie było konieczne.
Izba zwróciła jedynie uwagę, że odwołujący podnosił, iż przyjęty przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia może spowodować uzyskanie wysokich cenowo ofert, co z punktu widzenia wydawania środków publicznych byłoby niecelowe.
Przedmiotową argumentację Izba uznała za nieudowodnioną. Przystępując do opracowania koncepcji realizacji zamówienia zamawiający miał *de facto* dwa wyjścia. Po pierwsze mógł zdecydować się na wskazanie lokalizacji przez podanie adresów, a w zakresie mikrolokalizacji oraz pozyskania szczegółowych zgód lub pozwoleń polegać na profesjonalizmie wykonawców. Po drugie zamawiający mógł te wszystkie szczegółowe działania poczynić we własnym zakresie, pozostawiając wykonawcy wyłącznie kwestie samej dostawy urządzeń wraz z „prostym" montażem. Każde z tych rozwiązań ma swoje wady i zalety. Zamawiający wybrał pierwsze rozwiązanie, natomiast odwołujący w wyniku wniesionego odwołania próbował doprowadzić do zastosowania drugiego opisanego powyżej sposobu. W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił, że to drugie rozwiązanie byłoby korzystniejsze dla zamawiającego. Na pierwszy rzut oka pierwsze rozwiązanie wydaje się bardziej kosztochłonne, ponieważ obejmuje wycenę wielu działań i potencjalnych ryzyk przez wykonawcę, co z pewnością wpłynie na cenę. Jednakże nie można zapominać, że drugie wskazane powyżej rozwiązanie wymusiłoby na zamawiającym podjęcie szczegółowych i długotrwałych działań zmierzających do ustalenia mikrolokalizacji oraz uzyskania wszystkich koniecznych zgód i pozwoleń związanych z montażem urządzenia. Z dużą dozą pewności można też założyć, że zamawiający w takim układzie byłby zmuszony do wybrania zewnętrznego podmiotu, który musiałby ustalić dla zamawiającego te wszystkie okoliczności, co w dłuższej perspektywie wpłynęłoby także na zwiększenie kosztów całej inwestycji. Tym samym Izba nie miała powodów do uznania, że wybrane przez zamawiającego rozwiązanie będzie ewidentnie droższe od sposobu, który próbował forsować odwołujący.
Izba stwierdziła ponadto, że nie miały znaczenia na rozstrzygnięcia dowody złożone na rozprawie przez przystępujacego Expander Integrator IT Sp. z o.o. tj. wydruki dwóch artykułów z portalu Urzędu Miasta Warszawy: pt. „Warszawskie oświetlenie w nowej oprawie" z dnia 7 lipca 2020 r. oraz pt. „Warszawa w lepszym świetle" opublikowany w dniu 13 stycznia 2021 r. Przedmiotowe dowody zostały złożone na okoliczność tego, że m. st. Warszawa przygotowuje się do wymiany oświetlenia oraz konstrukcji, na których te oświetlenia są zamieszczone. W związku z tym przystępujący przedstawił trzy wątpliwości: po pierwsze co do ostatecznej lokalizacji czujników, które mają być zamieszczone na latarniach, po drugie problemy w związku z ewentualnym przeniesieniem czujników zamieszczonych na latarniach w związku z modernizacją oświetlenia oraz po trzecie, badań jakie z pewnością będą prowadzone w związku z modernizacją oświetlenia w kontekście wpływu zamieszczonych czujników na zmodernizowane oświetlenie. W ocenie składu orzekającego powyższe wątpliwości należało uznać za bezpodstawne. Przystępujący nie wyjaśnił kiedy dokładnie ma nastąpić wymiana oświetlenia w Warszawie, czy wymiana oświetlenia będzie pokrywać się w czasie z działaniami dotyczącymi realizacji przedmiotowego zamówienia oraz czy będzie dotyczyła latarni wymienionych w lokalizacjach podanych w załączniku nr 1 do OZP.
Zważywszy na powyższe Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 7 pkt 32 w zw. z art. 431 Pzp.
W ostatniej kolejności Izba odniosła się do dwóch ostatnich zarzutów odwołania dotyczących zastosowanej przez zamawiającego opcji.
Jeśli chodzi o zarzut z pkt 5 należało wyjść z założenia, że zamawiający ma możliwość zawarcia umowy na czas oznaczony dłuższy niż 4 lata, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, jeżeli dodatkowo zaistnieje jedna z przesłanek, tj.:
1) wykonanie zamówienia w dłuższym okresie niż 4-letni spowoduje oszczędność kosztów realizacji zamówienia lub
2) uzasadnione jest to zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub
3) uzasadnione jest to zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.
Powyższe warunki mają charakter rozłączny, tj. zaistnienie któregokolwiek z nich pozwala na zawarcie umowy (której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe) na okres oznaczony, dłuższy niż 4 lata.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał argumentację dotyczącą spełniania przesłanek określonych w art. 434 ust. 2 Pzp. Odnosząc się do kwestii przedmiotu umowy jako świadczenia powtarzającego się lub ciągłego zamawiający przywołał § 1 ust. 4 wzoru umowy wskazujący na świadczenie usług utrzymania/serwisu systemu do zbierania i udostępniania danych. Przywołał także w tym zakresie poglądy doktryny oraz stanowisko UZP zawarte w opinii *Szacowanie wartości zamówienia na dostawy i usługi powtarzające się okresowo*. Dodatkowo zamawiający zwrócił uwagę na przesłankę oszczędności kosztów realizacji zamówienia i w tym zakresie również przywołał poglądy doktryny oraz wskazał na uzasadnienie zawarte w protokole, które stwierdzało, że decyzja zamawiającego dająca mu uprawnienie do zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata była podyktowana tym, że rozwiązanie to spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego. Tymczasem argumentacja odwołującego w powyższym zakresie zupełnie nie odnosiła się do przesłanek zastosowania art. 434 ust. 2 Pzp, ani do przywołanej powyżej argumentacji zamawiającego.
W przypadku zarzutu wskazanego w pkt 6 *petitum* odwołania Izba przede wszystkim zwróciła uwagę na modyfikację § 2 ust. 2 wzoru umowy, która nastąpiła w dniu 28 czerwca 2021 r. Treść ww. postanowienia prezentowała się następująco:
W ramach realizacji niniejszej Umowy Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji, którego realizacja skutkować będzie:
1) dostawą, montażem, uruchomieniem dodatkowych Urządzeń, o których mowa w § 1 ust. 3 pkt 1 i 2, oraz

zintegrowaniem ich z Systemem do zbierania i udostępniania danych przy założeniu, że łączna liczba tych Urządzeń nie przekroczy 100 sztuk. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Zamawiający w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 3, określi lokalizację oraz termin realizacji dostawy, montażu i uruchomienia Urządzeń, przy czym nie będzie on krótszy niż 3 miesiące od daty doręczenia oświadczenia, lub
2) przedłużeniem okresu świadczenia przez Wykonawcę usług utrzymania/serwisu określonych w § 1 ust. 4 o okres do 6 (sześciu) lat licząc od dnia zakończenia podstawowego okresu realizacji Etapu II. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z tej opcji, Zamawiający w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 3, określi okres przedłużenia świadczenia usług utrzymania/serwisu wraz ze wskazaniem gmin, którego dotyczyć będzie prawo opcji. Zamawiający zastrzega, że wartość opcji wraz z zamówieniem podstawowym, w zakresie świadczenia przez Wykonawcę usług utrzymania/serwisu nie może przekroczyć wartości równej 80 % wykorzystanych środków na realizację Etapu I wraz z wykorzystanym prawem opcji, o którym mowa w pkt 1 powyżej.
Odwołujący zupełnie nie odniósł się do zmodyfikowanych powyżej postanowień w kontekście dyspozycji zawartej w art. 441 Pzp, szczególnie w zakresie wspomnianych w odwołaniu okoliczności skorzystania z opcji w sposób dający całkowitą dowolność zamawiającemu oraz modyfikujący ogólny charakter umowy. W tym kontekście Izba nie dopatrzyła w postanowieniach SWZukształtowania przez zamawiającego prawa opcji niezgodnie z treścią art. 441 Pzp. Skorzystanie z opcji jest uprawnieniem zamawiającego. Realizacja opcji może, ale nie musi, nastąpić w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego dyspozycji w tym zakresie. Tym samym zamawiający prawidłowo uchwycił istotę prawa opcji przez wskazanie, że służy ona zamawiającemu jako zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia. Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył przepisów dotyczących prawa opcji. Szczególnie przez cytowane powyżej modyfikacje, do których odwołujący nie odniósł się, zamawiający utwierdził skład orzekający w przekonaniu, że postanowienia dotyczące opcji w postępowaniu nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.
Izba oddaliła zatem zarzuty naruszenia art. 434 ust. 2 Pzp oraz art. 441 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący:……
……
…….