

WYROK

z dnia 25 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 21 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 30 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Landis+Gyr Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja S. A. z siedzibą w Lublinie

przy udziale wykonawcy Esmetric Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako zarzuty z punktów 2a, 2d, 2e, 2f, 2j, 2m.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Landis+Gyr Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
4. Zasądza od odwołującego Landis+Gyr Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PGE Dystrybucja S. A. z siedzibą w Lublinie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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:

Zamawiający -PGE Dystrybucja S. A. z siedzibą w Lublinie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), dalej jako: „ustawa PZP”, na dostawę sukcesywną liczników zdalnego odczytu bilansowo - kontrolnych z modemami komunikacyjnymi dla stacji SN/nN.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 czerwca 2022 r., pod numerem 2022/S 117-331688

W dniu 30 czerwca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec następujących czynności zamawiającego:

1) Niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert, bez uwzględnienia wysokiej złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na

przygotowanie oferty, co stanowi naruszenie art. 283 w zw. z art. 131 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy PZP,

2) Niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności, podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego, polegających na sformułowaniu kryteriów oceny ofert oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieprzejrzysty i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, polegających na:

a. Wprowadzeniu w części 3 pkt A.71 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby licznik mierzył, wykazywał i rejestrował wartości skuteczne napięć i prądów fazowych oraz prądu w przewodzie neutralnym nie rzadziej niż 1 sekunda,

b. Wprowadzeniu w części 3 pkt C.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby podkreślone kody rejestrów musiały być rejestrowane przez licznik w profilach z okresem uśredniania 10 min,

c. Narzuceniu w części 3 pkt C.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) kodyfikacji identyfikacji OBIS dla pozycji „Składowa symetryczna zgodna”, „Składowa symetryczna przeciwna”, „Wskaźnik krótkookresowego migotania światła Pst”, „Wskaźnik wolnych zmian napięcia W1”, „Wskaźnik odkształcenia napięcia W2”, „Wskaźnik asymetrii napięcia W3”, „Wskaźnik wahań napięcia (Pit) W4”,

d. Wprowadzeniu w części 3 pkt C.22.14 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby licznik rejestrował informację o zaniku oraz powrocie napięcia, jeżeli wartość skuteczna napięcia uśredniona w okresie 1 sekundy spadnie poniżej albo wzrośnie powyżej 65% U_n dla każdej z faz,

e. Wprowadzeniu w części 3 pkt A.34 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby na wyświetlaczu reprezentowane były grupy A i grupy B zgodnie z Annex A normy PN-EN 62056-61,

f. Wprowadzeniu w części 3 pkt A.43 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby licznik był wyposażony w oddzielne dla energii czynnej i biernej, diody telemetryczne,

g. Wprowadzeniu w części 3 pkt B.6 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby w rejestrze zdarzeń musiały się znaleźć informacje dotyczące użytkownika wykonującego działania rekonfiguracyjne na liczniku (unikatowego użytkownika posługującego się oprogramowaniem narzędziowym lub systemem informatycznym),

h. Wprowadzeniu w części 3 pkt D.10 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby identyfikacja użytkownika dokonującego parametryzacji urządzenia dostarczoną Oprogramowaniem Narzędziowym

następowała na podstawie indywidualnej nazwy nadanej użytkownikowi przez Zamawiającego,

i. Narzuceniu w części 3 pkt B.22-B27.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) dodatkowych i nadmiarowych wymagań dotyczących oprogramowania narzędziowego,

j. Wprowadzeniu w części 3 pkt C.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby moc bierna była rozdzielona na kwadranty dla poszczególnych faz,

k. Wprowadzeniu w części 5 pkt 2.17.3. Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) uprawnienia, by tryb pracy mógł się odbywać przez sieć LTE450,

l. Wprowadzeniu w pkt 22.2. SWZ dodatkowych punktów w przypadku, gdy modem zapewnia poprawną pracę dodatkowo w technologii CAT M LTE 450 MHz,

m. Wprowadzeniu w części 3 pkt C.6 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymogu, aby licznik pracował (z aktywnym wyświetlaczem) co najmniej w zakresie od -40 C do +70 C,

co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP

3) Niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności, podjętej w Postępowaniu przez

Zamawiającego, polegającej na sporządzeniu projektu umowy w sposób, który jest sprzeczny z przepisami ustawy i narusza równowagę stron oraz zasady współżycia społecznego w zakresie możliwości obciążania wykonawcy karami umownymi oraz ich łącznej maksymalnej wysokości i uprawnienia do dochodzenia odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych, co stanowi naruszenie art. 435 pkt 3 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz 487 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w ten sposób, że dokonane zostanie przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej o 4 miesiące tj. co najmniej do 14 lutego 2023 r.,

2. Nakazanie Zamawiającemu zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w ten sposób, że:

a. Usunięty zostanie w części 3 pkt A.71 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby licznik mierzył, wykazywał i rejestrował wartości skuteczne prądu w przewodzie neutralnym nie rzadziej niż 1 sekunda,

b. Wprowadzony zostanie w części 3 pkt C.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby podkreślone kody rejestrów musiały być rejestrowane przez licznik w profilach z okresem uśredniania tygodniowego,

c. Usunięte zostaną w części 3 pkt C.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) kodyfikacje identyfikacji OBIS dla pozycji „Składowa symetryczna zgodna”, „Składowa symetryczna przeciwna”, „Wskaźnik krótkookresowego migotania światła Pst”, „Wskaźnik wolnych zmian napięcia W1”, „Wskaźnik odkształcenia napięcia W2”, „Wskaźnik asymetrii napięcia W3”, „Wskaźnik wahań napięcia (Plt) W4”,

d. Usunięty zostanie w części 3 pkt C.22.14 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby licznik rejestrował informację o zaniku oraz powrocie napięcia, jeżeli wartość skuteczna napięcia uśredniona w okresie 1 sekundy spadnie poniżej albo wzrośnie powyżej 65% Un dla każdej z faz,

e. Usunięty zostanie w części 3 pkt A.34 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby na wyświetlaczu reprezentowane były grupy A i grupy B zgodnie z Annex A normy PN-EN 62056-61,

- f. Dopuszczone zostanie w części 3 pkt A.43 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) rozwiązanie, aby licznik był wyposażony w jedną diodę telemetryczną, wspólną dla energii czynnej i bierniej,
- g. Usunięty zostanie w części 3 pkt B.6 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby w rejestrze zdarzeń musiały się znaleźć informacje dotyczące użytkownika, wykonującego działania rekonfiguracyjne na liczniku (unikatowego użytkownika obsługującego się oprogramowaniem narzędziowym lub systemem informatycznym),
- h. Usunięty zostanie w części 3 pkt D.10 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby identyfikacja użytkownika dokonującego parametryzacji urządzenia dostarczoną Oprogramowaniem Narzędziowym następowała na podstawie indywidualnej nazwy nadanej użytkownikowi przez Zamawiającego,
- i. Usunięte zostaną w części 3 pkt B.22-B27.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) dodatkowe i nadmiarowe wymagania dotyczące oprogramowania narzędziowego,
- j. Usunięty zostanie w części 3 pkt C.4 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby moc bierna była rozdzielona na kwadranty dla poszczególnych faz,
- k. Usunięte zostanie w części 5 pkt 2.17.3. Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) uprawnienie, by tryb pracy mógł się odbywać przez sieć LTE450,
- l. Usunięte zostanie wprowadzenie w pkt 22.2. SWZ dodatkowych punktów w przypadku, gdy modem zapewnia poprawną pracę dodatkowo w technologii CAT M LTE 450 MHz,
- m. Usunięty zostanie w części 3 pkt C.6 Załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymóg, aby licznik pracował co najmniej w zakresie od -40 C do +70 C z aktywnym wyświetlaczem.

3. Nakazanie Zamawiającemu zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w ten sposób, że dokonana zostanie zmiana § 17 ust. 5 Załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) poprzez ustalenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, w tym kar z tytułu wysokości do wysokości maksymalnie 40% netto Umowy określonej w § 3 ust. 1 Umowy oraz wprowadzenie do Umowy wyłączenia odpowiedzialności wykonawcy z tytułu utraconych korzyści, strat pośrednich oraz roszczeń osób trzecich.

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zarzut nr 1: W pierwszej kolejności Odwołujący zaznaczył, że w dniu 8 kwietnia 2022 r. opublikowane zostało Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 22 marca 2022 r. w sprawie systemu pomiarowego („Rozporządzenie”). Wtedy to Odwołujący zyskał pewność jakie faktycznie wymagania będą stawiane przez prawodawcę względem m.in. sposobów funkcjonowania liczników zdalnego odczytu.

Podkreślił, że Rozporządzenie wprowadza szereg bardzo specyficznych wymagań technicznych obejmujących m.in. liczniki zdalnego odczytu, stanowiące jednocześnie przedmiot Postępowania, a co za tym idzie, termin składania ofert został wyznaczony zbyt wcześnie, uwzględniając zwłaszcza okoliczność, że zgodnie z dokumentacją postępowania każdy z oferentów obowiązany jest wraz z ofertą do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci próbek.

Zdaniem Odwołującego oczekiwanie przez Zamawiającego, że w pół roku po wejściu w życie rewolucyjnego Rozporządzenia, producenci będą w stanie przedłożyć wraz z ofertą 2 zestawy (licznik + moduł komunikacyjny) tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń jest żądaniem stanowiącym o tym, że termin składania ofert został przez Zamawiającego wyznaczony zbyt szybko.

Odwołujący wskazał również na obowiązek dostarczenia urządzeń wraz z deklaracjami zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub HI) oraz kopii deklaracji zgodności CE, co również jest procesem czasochłonnym. Odwołujący podniósł, że czas zaprojektowania urządzenia wraz z testami oraz certyfikacją

wyniesie minimum 9 miesięcy.

Powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego podnoszonych w treści zarzutu przepisów poprzez ustalenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, co powinno prowadzić do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

W zakresie zarzutów z punktu 2 Odwołujący wskazywał, co następuje:

a) Wprowadzony przez Zamawiającego wymóg nie ma faktycznego znaczenia dla przedmiotowego postępowania. Zastosowanie przez wykonawców w oferowanych licznikach możliwości mierzenia, wykazywania i rejestrowania prądu w przewodzie neutralnym spowoduje jedynie, że oferty złożone przez wykonawców będą droższe. Wymóg ten nie ma uzasadnienia w przypadku segmentu pomiarów bilansujących, co powoduje, że wymóg ten jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu postępowania i może jedynie utrudniać wykonawcom dostęp do zamówienia, prowadząc do ograniczenia konkurencji.

b) Oczekiwanie, aby kody rejestrowe we wskaźnikach jakości W1-W4 musiały być rejestrowane przez licznik z okresem uśredniania 10 min jest nieproporcjonalny i niczym nieuzasadniony. Należy podkreślić, że wystarczającym jest, aby uśrednianie, którego wymaga Zamawiający było tygodniowe. Wymóg ten nie ma uzasadnienia w przypadku segmentu pomiarów bilansujących, co powoduje, że wymóg ten jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu postępowania i może jedynie utrudniać wykonawcom dostęp do zamówienia, prowadząc do ograniczenia konkurencji.

c) Wprowadzone przez Zamawiającego do dokumentacji wymogi są nadmierne i stanowią zbędne rozwinięcie postanowień Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 22 marca 2022 r. w sprawie systemu pomiarowego („Rozporządzenie”). Rozporządzenie nie narzuca żadnej kodyfikacji, pozostawiając wybór w gestii producenta. Co więcej, specyfikacja kodów OBIS (Annex A normy PN-EN 62056-61, na którą powołuje się również Zamawiający) wyraźnie mówi o obszarze kodyfikacji „specyficznym dla producenta”, w którym to powinny zostać zdefiniowane powyższe wartości, pozostawiając wybór producentowi. Dlatego też narzucenie specyficznego kodowania rejestrów przez Zamawiającego zdecydowanie promuje konkretne i istniejące wykonanie konkurencyjne oraz stanowi naruszenie przepisów.

d) Jak podkreślił Odwołujący, wskazana przez Zamawiającego wartość 65% jest bezpodstawa i nie wynika z żadnych obiektywnych przesłanek. W szczególności Zamawiający nie wyjaśnił i żadne racjonalne argumenty nie przemawiają za tym, dlaczego progiem powinna być wartość 65%, a nie na przykład 60% albo 70%. Liczniki różnie definiują zanik i powrót napięcia i w tym zakresie brak jest ogólnych wytycznych co do obiektywnego progu.

e) Zdaniem Odwołującego z praktyki wynika, że grupy identyfikacji OBIS o nazwie A i B nie są nigdy prezentowane na wyświetlaczu licznika, gdyż nie są istotne dla identyfikacji wielkości na wyświetlaczu urządzenia, o którym wiemy, że mierzy parametry elektryczne. Wymóg taki nigdy nie pojawiał się w żadnym przetargu w Polsce i należy go uznać za w sposób oczywisty za nieproporcjonalny oraz utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W sposób bowiem całkowicie nieuzasadniony celem postępowania określona grupa wykonawców może zostać pozbawiona złożenia oferty w postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że wykonawcy ograniczeni są również objętością wyświetlacza licznika, co dodatkowo wpływa na fakt, że wymóg ten jest z punktu widzenia Zamawiającego - nie dość, że nadmiarowy, to całkowicie zbędny.

f) Według Odwołującego wymóg ten eliminuje szereg producentów, podczas gdy rozwiązania z jedną diodą są stosowane powszechnie i w pełni funkcjonalne oraz tańsze. Na rynku istnieją rozwiązania z jedną diodą, które mogą zostać zaprogramowane w ten sposób, że wskazywać będą zarówno dane dotyczące energii czynnej jak i biernej. Co ważne, stosując rozwiązanie z jedną diodą opisane wyżej, wymóg Zamawiającego pozostanie spełniony.

Odnosnie zarzutu z lit. g) oraz h): Wymóg identyfikacji unikalnego użytkownika dokonującego

parametryzacji czy postępującego się oprogramowaniem narzędziowym lub systemem informatycznym nie ma praktycznego zastosowania i uzasadnienia w przedmiotowym postępowaniu. 36. Wymóg ten nie wymagany przez Rozporządzenie (w zamyśle Rozporządzenia licznik sam chroni się przed ingerencjami z zewnątrz). Ponadto, w samym protokole dlms przewidziane jest cyfrowe pole skróconej identyfikacji użytkownika. 37. Nie

jest uzasadnione ani celowe wprowadzenie dodatkowego, sztucznego i łatwego do podrobienia wymogu bezpieczeństwa, licznik sam w sobie posiada odpowiedni mechanizm bezpieczeństwa.

i) Zdaniem Odwołującego, podobnie jak w argumentacji przedstawionej wyżej, zgodnie z intencją Rozporządzenia, licznik sam chroni się przed ingerencjami (poprzez szyfrowanie i autentykacja), podczas gdy oprogramowanie oparte na otwartym protokole dlms jest bardzo łatwe do podrobienia. Oczekiwane przez Zamawiającego wprowadzenie protokołu dlms nie zwiększy ochrony, lecz jest wyłącznie rozwiązaniem nadmiarowym. Spowoduje ono wyłącznie utrudnienie szerszemu gronu wykonawców dostępu do rynku i złożenia oferty. Z tego względu, mając na uwadze, że postanowienia naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji podlegać, winny podlegać usunięciu.

j) Jak wskazywał Odwołujący, w żadnym przetargu w Polsce nie pojawia się wymóg rozdziału energii biernej na kwadranty dla poszczególnych faz. Wymóg ten jest technicznie bardzo nadmiarowy, nie jest opisany przez Rozporządzenie i nie znajduje żadnego praktycznego zastosowania w rozliczaniu energii elektrycznej. Wymóg postawiony przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia i ogranicza konkurencję, bowiem z wiedzy Odwołującego wynika, że wymóg ten spełnia tylko jeden producent. Co więcej, wymóg ten spowoduje, że urządzenia będą w sposób niepotrzebny z punktu widzenia celu postępowania pobierać szereg danych, które nie będą w żaden sposób wykorzystywane.

Odnosnie zarzutu z lit. k) oraz l): Obecnie sieć LTE450 nie jest dostępna w całej Polsce, a tam, gdzie występuje jest na bardzo wczesnym etapie pilotażowym. Obecnie urządzenia nie pracują w sieci LTE450. 47. Sieć ta w Polsce jest dopiero de facto w planach. Nie jest jeszcze dostępna ani uruchomiona i nie ma możliwości sprawdzenia funkcjonowania urządzenia w tej sieci. W trym kontekście trudno jest takie urządzenie zaprojektować i zweryfikować. Postawione przez Zamawiającego wymaganie, a w szczególności dodatkowa punktacja przyznawana z tego tytułu jest działaniem naruszającym przepisy postępowania.

m) Zdaniem Odwołującego wymóg, aby wyświetlacz był aktywny w temperaturach w zakresie od -40 C do +70 C jest nadmiarowy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego, wyświetlacze LCD przestają być czytelne w niskich temperaturach, co jednak nie ma żadnego faktycznego przełożenia na ich funkcjonalność i zdolność do wykonywania głównych swoich zadań. Z tego też względu nie jest zasadne oczekiwanie, aby licznik posiadał aktywny wyświetlacz, który będzie w stanie wytrzymać temperatury od -40 C do +70 C.

W zakresie zarzutu z punktu 3 Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zdaniem Odwołującego wprowadzone do Załącznika nr 2 do SWZ postanowienia umowne są sprzeczne z przepisami p.z.p. oraz kodeksu cywilnego. W szczególności nie znajduje uzasadnienia - i jest nieproporcjonalnym - uprawnienie Zamawiającego do dochodzenia kar umownych do wysokości 60% wynagrodzenia netto w połączeniu z prawem do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, na zasadach ogólnych uregulowanych w kodeksie cywilnym.

Przed wszystkim wykonawca narażony jest na nieograniczoną odpowiedzialność z tytułu umowy. W przeciwieństwie do prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, umowa w żaden sposób nie zabezpiecza wykonawcy, który odpowiada także za straty pośrednie czy utracone korzyści.

Brak takich postanowień w połączeniu z maksymalną wysokością kar umownych na poziomie 60% stanowi o nieproporcjonalności zastosowanych przez Zamawiającego postanowień oraz o oczywistym naruszeniu zasady swobody umów oraz sprzecznym z prawem skrajnie jednostronnym sformułowaniem postanowień umownych dotyczących praw i obowiązków stron.

Na marginesie, Odwołujący zarzuca, że projekt zakłada tylko dostawy urządzeń natomiast

proces montażu, instalacji, zabudowy urządzeń nie jest znany wykonawcy i leży po stronie

Zamawiającego. Odwołujący ani żaden wykonawca nie mogą ocenić, jak Zamawiający chce zrealizować prace dodatkowe i czy będzie to robił samodzielnie czy z pomocą firm trzecich. Jeżeli z pomocą firm trzecich to Odwołujący ani żaden wykonawca nie zna warunków handlowych na jakie strony się umówiły. W przypadku wykonawców, szczególnie notowanych na giełdzie, nie pozwala to na oznaczenie ryzyka kontraktowego i w rezultacie może doprowadzić do rezygnacji z udziału w postępowaniu. Według Odwołującego jest to działania nieproporcjonalne, nadmierne i zmierzające do nierównego traktowanie stron projektu. De facto bowiem Zamawiający ma wymagania i narzędzia motywujące, a z kolei wykonawca nieokreślony poziom ryzyka.

Pismem z dnia 20 lipca 2022 r. odpowiedź na odwołanie wniósł Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie nieuwzględnionym.

Odnośnie do poszczególnych zarzutów Zamawiający wskazywał, co następuje: w ocenie Zamawiającego wyznaczony termin składania ofert na dzień 14 października 2022 r. (ponad trzykrotnie dłuższy od terminu minimalnego wymaganego ustawą PZP) jest wystarczający i obiektywnie umożliwiający przygotowanie rzetelnej oferty przez wszystkich wykonawców, a więc zasada konkurencji w ogłoszonym postępowaniu nie ucierpi. Ponadto należy stwierdzić, że inni wykonawcy poza Odwołującym, nie zgłaszali zastrzeżeń co do terminu składania oferty. W ocenie Zamawiającego termin jest adekwatny do złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia, umożliwiając wykonawcom zaznajomienie się z dokumentami zamówienia, wyjaśnienie wątpliwości w drodze procedury zadawania pytań i złożenie prawidłowej oferty.

Odnośnie zarzutów z punktu 2a, 2b, 2c, 2d, 2e, 2f, 2j, 2m Zamawiający wskazał na dokonane w dokumentacji zmiany oraz przedstawił aktualne brzmienie SWZ.

W zakresie zarzutów z punktu 2g, 2h, 2i, 2k, 2l Zamawiający wniósł o ich oddalenie.

Odnośnie zarzut z punktu 3 Zamawiający wskazał, że zmieni dotychczasowe brzmienie § 17 ust. 5 projektu umowy i wprowadzi do umowy zapis: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający ograniczona jest do wartości 40 % netto Umowy określonej w § 3 ust. 1 Umowy, nie wliczając w to kary z tytułu odstąpienia od Umowy.”

W pozostałym zakresie Zamawiający nie uznał żądania Odwołującego i wniósł o oddalenie przedmiotowego zarzutu.

Pismem procesowym z dnia 21 lipca 2022 r. stanowisko przedstawił również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów z punktu 1 i 2.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcę Esmetric Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie. Przystąpienie wpłynęło w terminie, a Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację przedmiotowego postępowania, a także w oparciu o przedłożone przez:

1) Zamawiającego:

a. Zrzut ze strony internetowej Urzędu Regulacji Energetyki wraz z artykułem pn. „Rekomendowane zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowane dla postępowań przetargowych na dostawę infrastruktury licznikowej dla systemów AMI”.

b. Notatki ze spotkania Zamawiającego z uczestnikiem dialogu technicznego Landis+Gyr Sp. z o. o. z dnia 31.05.2016 r.

c. Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 listopada 2016 r. pod numerem 2016/S 214-390179 zgłoszonych na okoliczność tego, że już od 2015 r. istniały wymagania dotyczące tego typu liczników, jak te które są obecnie zamawiane w postępowaniu

d. Wyciągu ze SIWZ postępowania na dostawę urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej: liczniki bezpośrednie, statyczne, energii czynnej i biernej, dwukierunkowe, 3 fazowe dla potrzeb prosumentów/mikroinstalacji o numerze postępowania 808/19/GZ, zgłoszonego na okoliczność tego, że tożsame jak w niniejszym postępowaniu wymagania stosowane są przez Zamawiającego przez dłuższy czas

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę sukcesywną liczników zdalnego odczytu bilansowo - kontrolnych z modemami komunikacyjnymi dla stacji SN/nN. Ogłoszenie o zamówieniu wraz z dokumentacją postępowania opublikowane zostało 20 czerwca 2022 r.

Zgodnie z SWZ i jej załącznikami, uwzględniając zmiany dokonane przez Zamawiającego w jej treści w dniu 19.07.2022 r.:

Termin składania ofert ustalono na 14.10.2022r., do godz. 10:00. (20.1).

Zgodnie z sekcją 22 SWZ Spośród Ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający

wyberze najkorzystniejszą Ofertę kierując się kryterium: „Cena brutto” - waga 90%, „Dodatkowa funkcjonalność” - waga 10%.

Zgodnie z opisem kryterium „Dodatkowa funkcjonalność”: -(i) Modem zapewnia poprawną pracę dodatkowo w technologii CAT M1 LTE 450 MHz (max 8 punktów) oraz (ii) Możliwość przejścia wyświetlacza licznika do pracy w trybie testowym (praca z dokładnością do trzech miejsc po przecinku - 1 Wh). Funkcja aktywowana przyciskiem zabezpieczonym plombą.

Automatyczny powrót do normalnej pracy wyświetlacza po czasie określonym na etapie parametryzacji lub przyciskiem zabezpieczonym plombą Zamawiającego (max 2 punkty).

Zgodnie z częścią 3 OPZ pn. „WYMAGANIA TECHNICZNO-FUNKCJONALNE DLA LICZNIKÓW ZDALNEGO ODCZYTU BILANSOWO-KONTROLNYCH”, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ:

Punkt A49 (A43 przed zmianą numeracji): „Licznik musi być wyposażony w oddzielne dla energii czynnej i biernej, diody telemetryczne, służące m.in. do wzorcowania licznika, które muszą pulsować światłem widzialnym w sposób umożliwiający sprawdzenie błędów wskazań licznika w zakresie pomiarowym. Na liczniku musi znajdować się opis dla każdej z diod telemetrycznych w zakresie wartości i jednostki stałej impulsowej. Zamawiający dopuszcza rozwiązanie z jedną diodą z zastrzeżeniem możliwości programowego przypisania do niej wykazywania energii czynnej albo biernej”.

Punkt A77 (A71 przed zmianą numeracji): „Licznik musi mierzyć, wykazywać i rejestrować wartości skuteczne napięć i prądów fazowych nie rzadziej niż 1 sekunda”.

Punkt B6: „Poniżej przedstawione operacje wykonane na liczniku muszą skutkować wpisem w rejestrze zdarzeń. W rejestrze tym oprócz użytkownika wykonującego działania

rekonfiguracyjne na liczniku (unikatowy użytkownik posługujący się oprogramowaniem narzędziowym lub system informatyczny) musi znaleźć się stempel czasowy i opis operacji przeprowadzonej na liczniku.”

Punkt B22: „Oprogramowanie narzędziowe musi posiadać zabezpieczenia licencyjne uniemożliwiające instalację bez autoryzacji. Zastosowane klucze licencyjne muszą być autoryzowane podczas każdej instalacji oprogramowania (z wyłączeniem aktualizacji oprogramowania). Proces i narzędzia służące do autoryzacji muszą być udostępnione lub przekazane dla Zamawiającego (obsługa tego procesu będzie prowadzona za pośrednictwem Zamawiającego)”.

B23: „Klucze licencyjne umożliwiające instalację oprogramowania narzędziowego muszą być jednorazowe i generowane na jedną konfigurację sprzętową komputera”.

Wymagania w zakresie polityki haseł dla oprogramowania narzędziowego:

B24: „Użytkownik musi mieć możliwość samodzielnej zmiany hasła”.

B25: „Zmiana hasła musi następować na żądanie lub z częstotliwością definiowalną przez Zamawiającego”.

B26: „Wymagania co do złożoności hasła użytkownika (muszą być wymuszone przez oprogramowanie narzędziowe):

B26.1: co najmniej jedna mała lub wielka litera alfabetu,

B26.2: co najmniej jeden znak numeryczny,

B26.3: co najmniej jeden znak specjalny (@,#,\$,%,&,*,(,_,....),

B26.4: minimalna długość haseł: 10 znaków”.

B27: „Polityka hasła użytkownika (musi być zastosowana w oprogramowaniu narzędziowym):

B27.1: rejestracja historii haseł: co najmniej 5 zapamiętanych kolejno haseł,

B27.2: niemożliwość ustawienia jako nowego hasła jednego z 5 ostatnich haseł zapisanych w historii,

B27.3: maksymalny okres ważności hasła: 30 dni,

B27.4: hasła muszą być przechowywane w postaci zaszyfrowanej”.

Punkt C4: dla pozycji pn.: „Składowa symetryczna zgodna”, „Składowa symetryczna przeciwna” oraz „Wskaźnik krótkookresowego migotania światła Pst” Zamawiający dopuścił zastosowanie równoważnych kodów OBIS, wg specyfikacji producenta, zgodnie z DLMS UA

1000-1 ED. 14

„Podkreślone kody rejestrów muszą być rejestrowane przez licznik w profilach z okresem uśredniania 10 min”.

Punkt C6: „Wymagania szczegółowe dla przekładnikowych, bilansowo-kontrolnych liczników zdalnego odczytu: Temperatura pracy co najmniej w zakresie od -40OC do +70OC”.

Punkt C.22.14: „Licznik musi rejestrować co najmniej następujące informacje o zdarzeniach: zaniku napięcia jeżeli wartość skuteczna napięcia uśredniona w okresie 1 sekundy spadnie poniżej wartości pozwalającej na rejestrację tego zdarzenia”.

Punkt D10: „Identyfikacja użytkownika dokonującego parametryzacji urządzenia dostarczonym Oprogramowaniem Narzędziowym musi następować na podstawie indywidualnej nazwy nadanej użytkownikowi przez Zamawiającego. W dostarczonych urządzeniach przy każdorazowej zmianie parametryzacji musi zostać zapisana nazwa użytkownika dokonującego parametryzacji oraz data i czas jej wykonania (odczyt tych informacji zapisanych w urządzeniu musi być możliwy dla Zamawiającego). Używanie nazwy użytkownika może nastąpić wyłącznie po podaniu hasła ustalonego wcześniej przez użytkownika”.

Zgodnie z częścią 5 OPZ pn. „WYMAGANIA TECHNICZNO-FUNKCJONALNE DLA MODEMÓW DO BILANSOWO-KONTROLNYCH LICZNIKÓW ZDALNEGO ODCZYTU

(CPE)”, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ:

Punkt 2.17.3: Wymagania techniczne: Tryb pracy CPE (2G/LTE/LTE450).

Zgodnie z §17 ust. 5 projektowanych postanowień umownych: „Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, w tym kar z tytułu zwłoki, ograniczona jest do wartości 60 % netto Umowy określonej w § 3 ust. 1 Umowy”.

§17 ust. 6: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych, na zasadach ogólnych uregulowanych w Kodeksie Cywilnym”.

Izba zważyła, co następuje:

Odnosząc się do zakresu umorzono należy wskazać, iż Odwołujący w trakcie posiedzenia i rozprawy oświadczył, iż cofa ww. zarzuty. Oświadczenie o cofnięciu odwołania w powołanym zakresie zostało złożone przez osobę umocowaną do tej czynności, a jak stanowi art. 520 ustawy PZP Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1). Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (ust. 2). Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że w stosunku do zarzutów wycofanych zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

Odnosząc się do zakresu oddalonego, w pierwszej kolejności Izba pragnie podkreślić, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Oznacza to, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy PZP). Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak: wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22).

Mając zatem na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że Odwołujący w niniejszej sprawie nie poparł stawianych przez siebie twierdzeń dowodami, a konsekwencją powyższego jest oddalenie wniesionego odwołania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego zbyt krótkiego - zdaniem Odwołującego, terminu składania ofert. Odwołujący przede wszystkim nie wskazał, które konkretnie wymagania wprowadzone przez nowe rozporządzenie w sprawie systemu pomiarowego z kwietnia 2022 r., wpływają na czas zaprojektowania i wyprodukowania urządzenia tożsamego z tym, którego wymaga Zamawiający. Zdaniem Odwołującego sama okoliczność wejścia w życie „rewolucyjnego rozporządzenia” przesądza o braku możliwości złożenia w terminie oferty, do której należy załączyć próbki. Odwołujący nie zadał sobie

jednak trudu by przedstawić argumentację dotyczącą konkretnych regulacji ww. rozporządzenia oraz ich wpływu na czas zaprojektowania odpowiednich urządzeń, które zgodne będą z wymaganiami Zamawiającego, a tym samym wykazania prawdziwości stawianego przez siebie twierdzenia.

Także wyłącznie na własnym przekonaniu Odwołujący oparł argument dotyczący czasu niezbędnego na uzyskanie deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności oraz kopii deklaracji zgodności CE, który rzekomo dodatkowo utrudnia złożenie oferty w terminie określonym przez Zamawiającego. Odwołujący nie może oczekiwać, że Izba z urzędu posiada wiedzę na temat czasu uzyskiwania ww. deklaracji zgodności i powinien przedstawić odpowiednie dowody na tę okoliczność jak chociażby wnioski czy pisma wszczynające i kończące odpowiednią procedurę certyfikacyjną, z których można by wydedukować ile trwa cała procedura.

Ponadto sam Odwołujący używa w treści odwołania stwierdzenia, że uzyskiwanie ww. deklaracji zgodności jest „procesem czasochłonnym i wysoce wątpliwym do zrealizowania w tak krótkim okresie jak ten wyznaczony przez Zamawiającego”, nie przesądzając jednak, że jest to niemożliwe.

Nie wiadomo również na jakiej podstawie Odwołujący uznał, że na zaprojektowanie, przetestowanie i uzyskanie niezbędnych deklaracji dla projektowanego urządzenia, niezbędny będzie czas 9 miesięcy. Wydaje się, że jest to termin dogodny dla Odwołującego, jednak próżno szukać argumentów i dowodów, które potwierdzałyby, że faktycznie w czasie krótszym nie jest możliwe odpowiednie przygotowanie i złożenie oferty w niniejszym postępowaniu.

Wydaje się również, że Odwołujący wyrażając swoje stanowisko na rozprawie, niejako sam zaprzeczył prawidłowości stawianym przez siebie twierdzeniom bowiem wskazał, że jego zdaniem Zamawiający faworyzuje wykonawców, którzy już wymaganymi przez niego rozwiązaniami dysponują. Zatem pomimo wejścia w życie nowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, które zdaniem Odwołującego mają charakter rewolucyjny, Odwołujący stwierdził, że są na rynku podmioty, które już dostosowały swoją ofertę do nowych przepisów i dysponują licznikami zgodnymi z tymi przepisami, a zarazem zgodnymi z tymi wymaganiami przez Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe okoliczności Izba uznała przedmiotowy zarzut za niewykazany i go oddaliła.

Odnosząc się z kolei do zarzutów referujących do poszczególnych zapisów opisu przedmiotu zamówienia, tj. do zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako zarzuty 2b, 2c, 2g, 2h, 2i, 2k, 2l Izba pragnie stwierdzić, iż tak jak w przypadku zarzutu nr 1, ich zasadność nie została wykazana.

Zarzut 2b: Odwołujący nie wskazał dlaczego kwestionowane przez niego postanowienie OPZ jest nieproporcjonalne i nieuzasadnione. Nie wskazał również dlaczego w stosunku do pozycji „składowa symetryczna zgodna”, „składowa symetryczna przeciwna”, „wskaźnik krótkookresowego migotania światła PST” okres uśredniania powinien być tygodniowy. Nie wyjaśnił także dlaczego wymóg Zamawiającego nie ma uzasadnienia w przypadku segmentu pomiarów bilansujących.

Zarzut 2c: Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego wprowadzone wymagania są nadmierne i dlaczego stanowią „zbędne” rozwinięcie postanowień rozporządzenia w sprawie systemu pomiarowego, ograniczając się jedynie do samego twierdzenia. Odwołujący powołał się na treść rozporządzenia, które jego zdaniem nie narzuca żadnej kodyfikacji, pozostawiając wybór w gestii producenta, ale nie przywołał z jakiego przepisu czy też przepisów powyższe wynika. Odwołujący zdaje się próbował przenieść ciężar przedstawienia odpowiedniej argumentacji na skład orzekający, oczekując że samo twierdzenie bez poparcia go szczegółowym uzasadnieniem wystarczy dla uwzględnienia zarzutu, jednak o czym mowa była w pierwszej części, stoi to w sprzeczności z kontradiktoryjnym charakterem postępowania odwoławczego, uniemożliwiając jednocześnie uwzględnienie zarzutu.

Zarzut 2g, 2h, 2i: Odwołujący nie przedstawił argumentacji dlaczego wymaganie Zamawiającego jest nadmierne i nieproporcjonalne i nie ma podstaw w jego uzasadnionych potrzebach. Ponadto Zamawiający wskazał na konkretne punkty z załącznika do rozporządzenia w sprawie systemu pomiarowego oraz przedłożył dowody, na okoliczność tego, że tożsame wymagania były już stosowane w innych postępowaniach, co obaliło twierdzenia Odwołującego w tym zakresie.

Zarzut 2k, 2l: Odwołujący oparł ww. zarzuty tak naprawdę na jednym twierdzeniu, tj. że sieć LTE o standardzie wymaganym przez Zamawiającego jest obecnie na wczesnym etapie wdrażania, a zatem nie ma możliwości przetestowania działania dostarczanego urządzenia w tej właśnie sieci, co miałyby świadczyć o nieproporcjonalności postawionego wymagania. Tak jak w przypadku pozostałych zarzutów Odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych argumentów oraz dowodów, które powyższe twierdzenie mogłyby poprzeć, a zatem Izba nie mogła zweryfikować prawdziwości stawianego przez niego twierdzenia, a zatem zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony.

Podsumowując rozważania dotyczące zarzutów z punktu 2 odwołania, zdaniem Izby nie zostały one wykazane. Wskazać należy, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z prerogatyw Zamawiającego. Może on dokonać tego w taki sposób, by zostały zaspokojone jego potrzeby w zakresie nabywanego świadczenia/ produktu. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zawsze w jakimś zakresie ogranicza konkurencję. Jednakże to ograniczenie konkurencji, aby było akceptowalne, musi być uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Tak więc postawione w SWZ wymagania muszą znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. A contrario, nieakceptowalne będą wymagania ograniczające konkurencję w sposób arbitralny, nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, czy też nieproporcjonalne w stosunku do oczekiwanego efektu (tak: KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2021 r., KIO 1125/21).

Podkreślenia wymaga również, że jakkolwiek opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymagań art. 99 ustawy PZP i jego poszczególnych ustępów stanowi obowiązek zamawiającego, to wykonawca kwestionujący wymagania zamawiającego ma obowiązek, stosownie do brzmienia art. 534 ust. 1 ustawy PZP, wykazać że wymaganie zamawiającego nie znajduje uzasadnienia oraz wyłącza konkurencję w postępowaniu (Wyrok z dnia 6 listopada 2020 r., KIO 2703/20). Zdaniem Izby Odwołujący zaniechał powyższego, a zatem zarzuty przez niego postawione nie zasługiwały na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutu nr 3, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie art. 435 pkt 3 ustawy PZP, a następnie skorygował na rozprawie podstawę prawną zarzutu, wskazując że chodziło o art. 436 pkt 3 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Ustawodawca w powyższym przepisie nie określił jednak górnej granicy wysokości kar umownych.

Wskazać należy, że Zamawiający częściowo zadośćuczynił żądaniom Odwołującego zobowiązując się w odpowiedzi na odwołanie do zmiany kwestionowanego postanowienia i obniżenia limitu kar umownych do 40% (czyli do poziomu jak oczekiwał Odwołujący). Powyższe nie zmienia faktu, że Odwołujący w pozostałym zakresie nie przedstawił argumentacji, która pozwoliłaby Izbie na uwzględnienie przedmiotowego zarzutu. Podkreślić trzeba, że jeżeli w ocenie Odwołującego postanowienia wzoru umowy w kwestionowanym zakresie niosą dla Odwołującego zbyt duże ryzyko ekonomiczne to powinien on skalkulować cenę oferty w sposób, który te ryzyka będzie uwzględniał. Brak jest natomiast argumentacji ze strony Odwołującego, która wskazywałaby w jaki sposób kwestionowane postanowienia umowy sprzeczne są choćby z powołanymi przez niego przepisami KC, tj. z art. 353¹ i 487 § 2. Odwołujący powołuje jedynie ogólne zwroty nie przedstawiając szczegółowej analizy kontraktu, która mogłaby przekonać Izbę do zasadności podnoszonego twierdzenia, a zatem uznać należy, iż zarzut ten nie został wykazany i zasługuje na oddalenie.

Z powyższych względów, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o §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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: