

Warszawa, dnia 29 czerwca 2023 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Wnoszący odwołanie (Odwołujący):

ABARO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Limbowa 23, 80-175 Gdańsk

KRS: 0000624663

NIP: 9571086956

działający przez pełnomocnika:

r.pr. Macieja Maciejewskiego

r.pr. Marka Lubienieckiego

r.pr. Damiana Petza

Kancelaria Radców Prawnych Lubieniecki Maciejewski sp. p.

adres do korespondencji:

ul. Biała 3 lok. 53, 00-895 Warszawa

e-mail: biuro@krplm.pl

tel. 22 825 40 10

fax: 22 378 20 65

Zamawiający:

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „GIGA” Sp. z o.o. w Augustowie

ul. Obrońców Westerplatte 16, 16-300 Augustów

KRS 0000172605

tel.: +48 87 6447930, +48 87 6447781

Email: sekretariat@mpec.augustow.pl

Adres strony internetowej, na której jest prowadzone postępowanie i na której będą dostępne wszelkie dokumenty związane z prowadzoną procedurą:

<https://platformazakupowa.pl/>

Strona internetowa, na której zostało opublikowane ogłoszenie: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/772605>

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 101-311337 z dnia 26/05/2023 r.

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne pn.

„Wdrożenie e-usług w MPEC „GIGA” SP. Z O.O. W AUGUSTOWIE w ramach realizowanego projektu pt.

WDROŻENIE SYSTEMU USŁUG PUBLICZNYCH ŚWIADCZONYCH DROGĄ ELEKTRONICZNĄ W MPEC „GIGA” SP.

Z O.O. W AUGUSTOWIE w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020”, numer sprawy nadany przez Zamawiającego: ZP/01/2023/UE, zwanym dalej „Postępowaniem”.

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), dalej jako: „Pzp”, w imieniu **ABARO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Limbowa 23, 80-175 Gdańsk, dalej jako: „**Odwolujący**”, (pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści modyfikacji Specyfikacji warunków zamówienia (dalej zwanej: „**SWZ**”) opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 19.06.2023 r., jak również zaniechania dokonania zmiany SWZ z uwagi na częściowe uwzględnienie przez Zamawiającego odwołań z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, w zakresie szczegółowo omówionym w treści niniejszego odwołania.

I. Zarzuty

Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie **art. 16 pkt 1 – 3 Pzp** poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przepisów, tj.:

1. **art. 522 ust. 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 Pzp** poprzez zaniechanie dokonania zmiany SWZ w uwzględnionej przez Zamawiającego części odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23 (dotyczącej punktów 1), 7), 12), 13), 17) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r.), co skutkuje opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co będzie skutkowało niemożliwością wyliczenia ceny oferty, nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych (co zostało szczegółowo opisane w ramach ustępu I punkt 1) – 5) uzasadnienia odwołania),
2. **naruszenie art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 Pzp** poprzez dokonanie przez Zamawiającego w dniu 19 czerwca 2023 r. zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co będzie skutkowało niemożliwością wyliczenia ceny oferty, nieporównywalnością złożonych ofert i w

konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych (co zostało szczegółowo opisane w ramach ustępu II punkt 1) – 6) uzasadnienia odwołania),
oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

II. Żądania

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia będą miały istotny wpływ na wynik Postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmian postanowień SWZ wskazanych szczegółowo w ramach ustępu I punkty 1) – 5) uzasadnienia odwołania (zmian związanych z uwzględnieniem przez Zamawiającego części odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, dotyczącej punktów 1), 7), 12), 13), 17) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r.) oraz w ramach ustępu II punkty 1) – 6) uzasadnienia odwołania (dotyczących postanowień wprowadzonych zmianą SWZ z dnia 19 czerwca 2023 r.), w sposób zapewniający opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób uwzględniający uczciwą konkurencję, co będzie skutkowało możliwością wyliczenia ceny oferty, porównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji zapewnieniem gospodarności wydatkowania środków publicznych,
- a także wprowadzenie do treści SWZ zmian uwzględniających konsekwencje ww. zmian,
2. Dopuszczenie dowodu i uwzględnienie przy rozpatrywaniu bieżącego postępowania odwoławczego akt sprawy o sygn. akt: KIO 1613/23, rozpatrywanej w ramach przedmiotowego Postępowania.

III. Interes

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż wymogi stawiane przez Zamawiającego w zmodyfikowanym SWZ zostały sformułowane w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, a ponadto ograniczają w sposób bezpodstawny możliwość Odwołującego złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylenia

czynności i zaniechań Zamawiającego poprzez zmianę treści oraz SWZ, Odwołujący ma szansę złożyć ofertę w Postępowaniu i potencjalnie je wygrać, uzyskując przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w obecnym brzmieniu wymogów, nie ma on szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Szkodą po stronie wykonawców oraz Odwołującego jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uniemożliwienie złożenia oferty, co prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej również zwanej: „KIO” lub „Izbą”), „krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić” (zob. m. in. wyrok KIO z dnia 17 maja 2018 r., KIO 829/18).

Określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień SWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia (tak KIO w wyr. z dn. 18.09.2017 r., KIO 1776/17). Powyższe niezbicie świadczy o tym, że Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania i wyczerpuje dyspozycję art. 505 ust. 1 Pzp.

IV. Termin

W dniu 19 czerwca 2023 r. na stronie internetowej Zamawiającego opublikowano zmienioną treść SWZ, w szczególności Załącznika nr 1 do SWZ (OPZ) oraz Załącznika nr 3 do SWZ (Formularza cenowego). Jednocześnie powyższa data (19 czerwca 2023 r.) stanowiła pierwszy dzień, w którym możliwe było stwierdzenie zaniechania dokonania przez Zamawiającego zmiany SWZ zgodnie z uwzględnioną przez Zamawiającego częścią odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23 (dotyczącą punktów 1), 7), 12), 13), 17) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r.). Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 29 czerwca 2023 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

V. Wpis

Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych, co stwierdza załączone potwierdzenie wykonania operacji.

VI. Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu

Zgodnie z art. 514 ust. 2 Pzp odwołanie wniesione w formie elektronicznej **zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania** w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

1. Przedmiotem zamówienia w Postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie dostawy w zakresie wdrożenia e-usług w MPEC „GIGA” SP. Z O.O. W AUGUSTOWIE w ramach realizowanego projektu pt. „WDROŻENIE SYSTEMU USŁUG PUBLICZNYCH ŚWIADCZONYCH DROGĄ ELEKTRONICZNĄ W MPEC „GIGA” SP. Z O.O. W AUGUSTOWIE w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020”.
2. Odwołujący, wnosząc niniejsze odwołanie, z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego czynności, wskazując jak poniżej.
3. Zamawiający wymaga dostawy, instalacji i wdrożenia 5 dużych elementów – zgodnie z formularzem cenowym (po modyfikacji z dnia 19 czerwca 2023 r.) :
 - a. System eBOK – pozycje 1-2
 - b. System nadzoru telemetrii – pozycja 3
 - c. Urządzenie / Centrale telemetryczne – pozycje 4-6
 - d. Elementy wyposażenia węzła – pozycje 7-16
 - e. Sprzęt komputerowy – pozycje 17-21
 - f. Dostęp do chmury obliczeniowej przez okres 60 mcy od 01.01.2024 - pozycja 22
 - g. Koszt abonamentu kart sim przez okres 60 mcy od 01.01.2024 - pozycja 23

Lp.	Przedmiot zamówienia/element projektu	Ilość
1.	Opracowanie eBOK i wdrożenie e-usług	1
2.	Wdrożenie e-usług	11

3.	System nadzoru i telemetrii	1
4.	Centrala telemetryczna Typu I	380
5.	Centrala telemetryczna Typu II	350
6.	Moduł telemetryczny do liczników różnych producentów – adapter	436
7.	Przetworniki ciśnienia	420
8.	Regulatory pogodowe	50
9.	Liczniki ciepła Dn15, przepływ m3: 1,5 , długość: 110 mm	100
10.	Liczniki ciepła Dn20, przepływ m3: 1,5, długość: 130 mm	110
11.	Liczniki ciepła Dn20, przepływ m3: 2,5, długość: 190 mm	25
12.	Liczniki ciepła Dn25, przepływ m3: 3,5, długość: 260 mm	50
13.	Liczniki ciepła Dn25, przepływ m3: 6, długość: 260 mm	20
14.	Liczniki ciepła Dn40, przepływ m3: 10, długość: 300 mm	9
15.	Liczniki ciepła Dn50, przepływ m3: 15, długość: 270 mm	1
16.	Wodomierze	836
17.	Zestawy komputerowe	4
18.	Komputery przenośne typu laptop	2
19.	Firewall	1
20.	UPS	4
21.	laserowe urządzenie wielofunkcyjne	6
22.	Dostęp do chmury obliczeniowej przez okres 60 mcy od 01.01.2024 ¹	1
23.	Koszt abonamentu kart sim przez okres 60 mcy od 01.01.2024 ²	1

„*Niewłaściwe skreślić

* koszt urządzeń nie może przekraczać 50% kosztów oferty,

¹Wartość będzie indeksowana w każdym roku o wskaźnik inflacji

²Wartość będzie indeksowana w każdym roku o wskaźnik inflacji”

4. Mimo, że Zamawiający aktualnie posiada już eBOK to wymaga wdrożenia nowego i w ramach postępowania nie dopuszcza rozbudowy istniejącego i wdrożonego już eBOK.

I. Zarzut naruszenia art. 522 ust. 3 Pzp w zw. z art. art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 Pzp

5. W dniu 5 czerwca 2023 r. Odwołujący wniósł w ramach Postępowania odwołanie od naruszeń Zamawiającego dotyczących czynności i zaniechań związanych z treścią SWZ. Zamawiający uwzględnił odwołanie z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, w części dotyczącej punktów 1)-9),11)-13),15)-17) odwołania, zobowiązując się do dokonania żądanych przez Odwołującego zmian SWZ w powyższym zakresie.

6. Tymczasem z treści modyfikacji SWZ (zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 19 czerwca 2023 r. wynika, że Zamawiający mimo uwzględnienia odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w części dotyczącej punktów 1)-9),11)-13),15)-17) odwołania, zaniechał dokonania zmian SWZ w zakresie opisanym w punktach 1), 7), 12), 13), 17) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., mających istotne znaczenie na możliwość wyliczenia ceny oferty, zapewnienie porównywalności złożonych ofert i w konsekwencji zapewnienie gospodarności wydatkowania środków publicznych.
7. Odwołujący podkreśla, że wobec zaniechania Zamawiającego dokonania zmian SWZ w uwzględnionej przez Zamawiającego części odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23 (dotyczącej punktów 1), 7), 12), 13), 17) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r.), Odwołujący uprawniony jest do wniesienia odwołania w zakresie powyższego zaniechania, co wynika z linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej m.in. w zachowującym aktualność wyroku KIO z dnia 16 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1410/20: „Oznacza to, że w sytuacji uwzględnienia odwołania czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania **podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym**. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, **wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach kolejnego postępowania odwoławczego**. Niewypełnienie tego obowiązku wprost przez zamawiającego ma jedynie ten skutek, iż wykonawca - odwołujący **może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności, powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów, a Izba w nowym postępowaniu odwoławczym oceni merytoryczną zasadność zarzutów takiego odwołania, samo zaś odwołanie nie będzie podlegało odrzuceniu**.”. Podobne wnioski płyną z wyroku KIO z dnia 31 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2128/22.
8. Zaniechanie Zamawiającego skutkuje opisaniem przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co będzie skutkowało niemożliwością wyliczenia ceny oferty, nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych (co zostało szczegółowo opisane w ramach punkt 1) – 6) poniżej):

1) Integracja - System eBOK

9. Jak podkreślone zostało w punkcie 1) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23 - System eBOK musi być zintegrowany z wykorzystywanymi przez Zamawiającego **systemami dziedzinowymi** (ust. 6 strona 5 OPZ):

„W ramach realizacji zadania, Wykonawca zobligowany jest do zapewnienia niezbędnej integracji wdrażanych systemów z wykorzystywanymi przez Zamawiającego systemami dziedzinowymi w celu:

1. ułatwienia procesu uzupełniania formularzy elektronicznych poprzez automatyczne podpowiadanie pól, pobierania danych słownikowych;

2. przedstawiania danych na temat aktualnych zobowiązań użytkownika.”.

10. Zgodnie ust. 5 na stronie 9 OPZ, w stosunku do Modułu pobierania danych z SD Zamawiający ustalił następujące wymagania:

„Wykonawca zobowiązany jest do opracowania modułu pobierania danych z systemu dziedzinowego (finansowo-księgowego). Zamawiający nie stawia żadnych wymagań technicznych odnośnie sposobu pobrania danych z SD. Wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie do rozpoznania sposobu pobierania danych z SD. API pozostałych systemów dziedzinowych dostępne jest poprzez usługi sieciowe typu REST. Zamawiający przekaże dostęp oraz dokumentację do API na etapie realizacji umowy.”

11. Powyższy opis wymogów sprowadza się do wniosku o braku możliwości przygotowania oferty w zakresie wyżej wymaganej integracji z uwagi na następujące okoliczności:

- a) Zamawiający nie określił (nie podał nawet nazwy, wersji i producenta) oprogramowania z którym trzeba się zintegrować,
- b) Dla systemu finansowo-księgowego Zamawiający nie zapewnia API – może się okazać że takiego API nie ma lub skorzystanie z tego API wymaga zgody lub modyfikacji i płatnych prac po stronie producenta/ dostawcy systemu finansowo-księgowego,
- c) Zamawiający dla pozostałych systemów deklaruje, że przekaże dostęp oraz dokumentację do API na etapie realizacji umowy – tymczasem taki dostęp powinien być częścią OPZ – rodzaj tego API może zadecydować o tym czy dany Wykonawca jest w stanie dokonać integracji oraz o koszcie tej integracji.

12. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia określony przez Zamawiającego nie pozwala na osiągnięcie wyżej określonego celu to jest na zbudowanie sprawnego i efektywnego Systemu eBOK zintegrowanego z wykorzystywanymi przez Zamawiającego systemami dziedzinowymi.
13. **Mimo uwzględnienia w punkcie 1) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, Zamawiający zaniechał dokonania modyfikacji (uzupełnienia OPZ) w powyższym zakresie, co dało podstawę do odwołania się przez Odwołującego w ramach nowego postępowania odwoławczego.**
14. Opis przedmiotu zamówienia niezawierający istotnych elementów takich jak określenie oprogramowania systemów dziedzinowych wykorzystywanych przez Zamawiającego (w tym nazwy, wersji i producenta oprogramowania), z którymi należy się zintegrować czy zaniechanie na obecnym etapie postępowania dostępu i dokumentacji do API (w tym nawet brak określenia rodzaju API) uniemożliwia prawidłową i pełną wycenę oferty, co z kolei doprowadzi do nieporównywalności ofert składanych w ramach postępowania. Może okazać się, że oferty będą znacznie niedoszacowane lub nadmiernie przeszacowane z uwagi na założenie zbyt wąskiego lub zbyt szerokiego zakresu integracji z systemami dziedzinowymi Zamawiającego. Powyższe wynikałoby z braku posiadania przez wykonawców wiedzy nawet odnośnie tak podstawowych kwestii, jak ile systemów dziedzinowych Zamawiającego będzie podlegało integracji, a także braku informacji o jaki systemy chodzi (co wpływa na nieprzewidywalność kosztów integracji). Sytuacja podobnie prezentuje się w przypadku API które udostępnić ma Zamawiający
15. Wymagania Zamawiającego w zakresie integracji zamawianego Systemu eBOK z innymi wykorzystywanymi przez Zamawiającego systemami dziedzinowymi, bez przywołania w SWZ potrzebnych danych dotyczących posiadanych przez Zamawiającego systemów dziedzinowych (w tym ich nazw, wersji i producentów) należy uznać za obiektywnie irracjonalne.
16. Należy podkreślić, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2017 r., sygnatura KIO 269/17, „Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.”.

17. Ponadto w świetle przepisu art. 99 ust. 1 Pzp rolą opisu przedmiotu zamówienia jest nie tylko przedstawienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, ale również umożliwienie wykonawcom przygotowania i złożenia kompletnych i porównywalnych ofert. W powyższym kontekście istotne jest nie tylko scharakteryzowanie świadczeń, do których zobowiązany będzie wykonawca w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy wskazanie na ich rozmiar, liczbę, a także częstotliwość, ale również podanie podstaw do ich wyceny. Jest to bowiem jedna z okoliczności, o których mowa w przepisie art. 99 ust. 1 in fine Pzp, a zatem mająca wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia, który takich założeń nie realizuje narusza normę wynikającą z przepisu art. 99 ust. 1 Pzp. Na powyższe wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lipca 2017 r. o sygnaturze KIO 1137/17; KIO 1147/17; KIO 1151/17; KIO 1157/17.

18. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji SWZ poprzez:

- 1) Zmianę ust. 6 strona 5 OPZ poprzez określenia w jego treści oprogramowania dotyczącego systemów dziedzinowych wykorzystywanych przez Zamawiającego (w tym podania nazw, wersji i producentów), z którym wykonawcy mają się zintegrować w ramach przedmiotu zamówienia,
- 2) Zmianę ust. 5 na stronie 9 OPZ poprzez określenie w jego treści czy dla systemu finansowo-księgowego Zamawiający zapewnia API oraz określenie jakie API w powyższym zakresie zostanie udostępnione ,
- 3) Zmianę ust. 5 na stronie 9 OPZ poprzez usunięcie zwrotu: „Zamawiający przekaze dostęp oraz dokumentację do API na etapie realizacji umowy.” oraz zmianę SWZ poprzez niezwłoczne przekazanie dostęp oraz dokumentację do API pozostałych systemów wykorzystywanych przez Zamawiającego, w sposób umożliwiający dostęp i zapoznanie z dokumentacją API systemów Zamawiającego przynajmniej na 14 dni przed upływem terminu składania ofert,
- a także wprowadzenie do treści SWZ zmian uwzględniających konsekwencje ww. zmiany.

2) Brak określenia zasobów dostarczanych przez Zamawiającego

19. Jak podkreślone zostało w punkcie 7) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23 - Zamawiający deklaruje dostarczenie licencji na oprogramowanie, **ale nie definiuje jego zakresu** - jednocześnie zastrzega, że jeżeli to co udostępni Zamawiający nie będzie niewystarczające, wówczas Wykonawca będzie musiał to dostarczyć we własnym zakresie: „Wykonawca zobligowany jest do: dostarczenia oprogramowania wskazanego przez Wykonawcę jako niezbędne do prawidłowej pracy systemu, w tym w szczególności oprogramowanie systemowego, bazodanowego oraz narzędziowego o ile licencje udostępnione przez Zamawiającego są niewystarczające lub nie pokrywają potrzeb oferowanego przez Wykonawcę rozwiązania” (ust. 5 strona 5 OPZ).

20. Przy takim zdefiniowaniu zakresu licencji na oprogramowanie Zamawiający ma możliwość **skrajnie różnego wsparcia poszczególnych dostawców w zakresie udostępnionych licencji – nie pozwala to również na wyliczenie kosztów oferty bo nie wiadomo jakie licencji dostarczy Zamawiający.**
21. Zamawiający nie określa ani liczby posiadanych systemów, ani liczby licencji, które dostarczy na oprogramowanie, ani tym bardziej zakresu posiadanych licencji na oprogramowanie, co powoduje istotne ryzyko niedoszacowania lub znacznego przeszacowania ceny oferty w ramach postępowania. Powyższe generuje ryzyko nie tylko złożenia skrajnie różnych cenowo ofert, ale również ryzyko następczego ponoszenia przez wykonawcę, z którym dojdzie do zawarcia umowy, niemożliwych do uprzedniego przewidzenia dodatkowych kosztów w znacznej wysokości.
22. Mimo uwzględnienia w punkcie 7) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, Zamawiający zaniechał dokonania modyfikacji (uzupełnienia OPZ) w powyższym zakresie, co dało podstawę do odwołania się przez Odwołującego w ramach nowego postępowania odwoławczego.
23. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji SWZ poprzez zmianę ust. 5 strona 5 OPZ poprzez określenie w jego treści liczby i zakresu posiadanych przez Zamawiającego licencji na oprogramowanie, które zostaną udostępnione / mogą zostać udostępnione wykonawcom.

3) Lakoniczny opis wymagań w zakresie systemu nadzoru telemetrii

24. Jak podkreślone zostało w ust. 43-44 punktu 12) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23 – Zamawiający nie doprecyzował i nie wskazał następujących wymagań:

„43. Zamawiający wymaga aby: „System musi umożliwiać komunikację jednokierunkowa z nakładkami telemetrycznymi komunikującymi się z bezpośrednio poprzez sieć GSM.” (strona 12 OPZ), przy czym:

- a) Zamawiający nie definiuje o jakie nakładki chodzi nawet w zakresie ich rodzaju (nie wspominając już o parametrach takich jak producent , model, typ),*
- b) podłączenie tego typu nakładek nie jest w zakresie postępowania.*

44. Zamawiający wymaga, aby: „System musi obsługiwać urządzenia telemetryczne pracujące w standardach T1 OMS oraz Wireless M-Bus EN- 13757 nadających w częstotliwości 868 MHz.” (strona 12 OPZ), przy czym:

- a) tego typu nadajników nie można podłączyć bezpośrednio do systemu nadzoru telemetrycznego – wymagany jest koncentrator/ hub który zbiera dane z tych nadajników i łączy się z systemem nadzoru telemetrii*

- b) Zamawiający nie definiuje:
- z jakich koncentratorów chce skorzystać (producent, model, typ)
 - ile takich urządzeń w standardach T1 OMS oraz Wireless M-Bus EN- 13757 ma obsługiwać system
- c) podłączenie tego typu urządzeń nie jest w zakresie postępowania”.

25. Mimo uwzględnienia w punkcie 12) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, Zamawiający dokonał modyfikacji OPZ wyłącznie w zakresie dotyczącym „urządzeń radiowych (koncentratory i głowice radiowe oraz nakładki radiowe)”, zaniechał dokonania modyfikacji (uzupełnienia OPZ) w pozostałym ww. zakresie, co dało podstawę do odwołania się przez Odwołującego w ramach nowego postępowania odwoławczego.

26. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji SWZ poprzez:

- zmianę wymogu „System musi umożliwiać komunikacje jednokierunkowa z nakładkami telemetrycznymi komunikującymi się z bezpośrednio poprzez sieć GSM.” (strona 16 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.), poprzez określenie:
 - o jakie nakładki chodzi Zamawiającemu (rodzaj, producent, model, typ),
oraz
 - podłączenie tego typu urządzeń nie jest objęte przedmiotem zamówienia ale podłączenie dodatkowego urządzenia (nawet we własnym zakresie przez Zamawiającego) generuje konieczność ich gromadzenia w systemie nadzoru telemetrycznego co wpływa na koszt dostępu do chmury obliczeniowej, które to koszty a zgodnie ze zmianami Zamawiającego z 19 czerwca 2023 należy wycenić – **w konsekwencji wnosimy o określenie dokładnych ilości tych urządzeń zakresu i częstotliwości danych jakie mają być przesyłane z i do tych urządzeń,**
względnienie
 - w przypadku jeżeli Zamawiający nie planuje podłączenie ww. dodatkowych urządzeń w okresie 60 miesięcy od 01.01.2024 r. (Odwołujący w tym zakresie podkreśla, że opis wymagań został częściowo dokonany w sposób nadmiarowy, zawierający cechy nie podyktowane realnymi i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego) - **wnosimy o wykreślenie ww. wymagania,**
względnienie
 - jeżeli połączenie tego typu urządzeń jest objęte postępowaniem - **określenie interfejsu komunikacyjnego z ww. urządzeniami najpóźniej na 14 dni przed upływem terminu składania ofert,**

2) zmianę wymogu „System musi obsługiwać urządzenia telemetryczne pracujące w standardach T1 OMS oraz Wireless M-Bus EN- 13757 nadających w częstotliwości 868 MHz.” (strona 17 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.), poprzez określenie:

a) z jakich koncentratorów/hub chce skorzystać Zamawiający (producent, model, typ) w celu podłączenia nadajników do systemu nadzoru telemetrycznego,

b) podłączenie tego typu urządzeń nie jest objęte przedmiotem zamówienia ale podłączenie dodatkowego urządzenia (nawet we własnym zakresie przez Zamawiającego) generuje konieczność ich gromadzenia w systemie nadzoru telemetrycznego co wpływa na koszt dostępu do chmury obliczeniowej które to koszty a zgodnie ze zmianami Zamawiającego z 19 czerwca 2023 r. należy wycenić - **wnosimy o określenie dokładnych ilości tych urządzeń zakresu i częstotliwości danych jakie mają być przesyłane z i do tych urządzeń,**

względnie

c) w przypadku jeżeli Zamawiający nie planuje podłączenie tych dodatkowych urządzeń w okresie 60 miesięcy od 01.01.2024 r. (Odwołujący w tym zakresie podkreśla, że opis wymagań został częściowo dokonany w sposób nadmiarowy, zawierający cechy nie podyktowane realnymi i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego) – **wnosimy o wykreślenie tego wymagania,**

względnie

d) jeżeli połączenie tego typu urządzeń jest objęte postępowaniem - **określenie interfejsu komunikacyjnego z tym urządzeniami najpóźniej na 14 dni przed upływem terminu składania ofert,**

4) **Lakoniczne wymagania w zakresie central telemetrycznych**

27. Jak podkreślone zostało w ust. 45 punktu 13) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23

– Zamawiający nie doprecyzował i nie wskazał następujących wymagań:

„45. W zakresie urządzeń, dla których ma być możliwość podłączenia ich do Centrali telemetrycznej (i ich obsługi przez Centralę telemetryczną) w wymaganiach podane są bardzo ogólne wytyczne, które można różnie interpretować:

(...)

c) *Urządzenie umożliwia podłączenie urządzeń poprzez porty komunikacyjne RS232/RS485/RS422.*

i. *Istnieją setki tysięcy różnych urządzeń z komunikacją RS232/RS485/RS422, które Zamawiający może chcieć podłączyć,*

- ii. Nie ma pewności czy takie podłączenie będzie możliwe jeżeli dany producent zablokuje możliwość komunikacji – np. poprzez zastrzeże protokołu komunikacyjnego,
- iii. Podłączenie tych urządzeń nie wchodzi w zakres projektu / postępowania,
 - d) Urządzenie umożliwia podłączenia urządzeń poprzez magistrale MBUS – brakuje m.in. podstawowej informacji ile sztuk takich urządzeń ma być możliwość podłączenia - 1 sztuki czy np. 100 sztuk,
 - e) Urządzenie umożliwia podłączenie urządzeń modułu kontroli autoryzacji dostępu do obiektu (m.in. na bazie RFID)
 - i. Brak jakiegokolwiek informacji na temat jaki rodzaj moduły kontroli autoryzacji ma zostać obsługiwany,
 - ii. Nie ma pewności czy takie coś będzie możliwe jeżeli dany producent zablokuje możliwość komunikacji – np. zastrzeże protokół komunikacyjny,
 - iii. Podłączenie modułu kontroli autoryzacji nie wchodzi w zakres projektu / postępowania,
 - f) Urządzenie umożliwia podłączenie urządzeń min. 2 czujników alarmowych (ruch, zawilgocenie, itp.)
 - i. Brak jakiegokolwiek informacji na temat jaki rodzaj czujników ma zostać obsługiwany
 - ii. Podłączenie tych czujników nie wchodzi w zakres projektu / postępowania
 - g) Urządzenie umożliwia podłączenie modułów nadzoru sieci preizolowanej,
 - i. Brak jakiegokolwiek informacji na temat jaki rodzaj modułu ma zostać podłączony,
 - ii. Nie ma pewności czy takie coś będzie możliwe jeżeli dany producent zablokuje możliwość komunikacji – np. zastrzeże protokół komunikacyjny,
 - iii. Podłączenie tych modułów nie wchodzi w zakres projektu / postępowania,”

28. Mimo uwzględnienia w punkcie 13) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, Zamawiający dokonał modyfikacji OPZ wyłącznie w zakresie dotyczącym urządzeń radiowych (koncentratory i głowice radiowe) i liczników, zaniechał dokonania modyfikacji (uzupełnienia OPZ) w pozostałym ww. zakresie, co dało podstawę do odwołania się przez Odwołującego w ramach nowego postępowania odwoławczego.

29. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji poprzez:

- 1) zmianę ust. 13 OPZ (strona 20-21 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.) polegającą na doprecyzowanie wymogów dotyczących urządzeń, dla których ma być możliwość podłączenia ich do Centrali telemetrycznej (i ich obsługi przez Centralę telemetryczną i system nadzoru), w następującym zakresie:
 - a) „Urządzenie umożliwia podłączenie urządzeń poprzez porty komunikacyjne RS232/RS485/RS422”

oraz

- b) „Urządzenie umożliwia podłączenie urządzeń modułu kontroli autoryzacji dostępu do obiektu (m.in. na bazie RFID)”

oraz

- c) „Urządzenie umożliwia podłączenie urządzeń min. 2 czujników alarmowych (ruch, zawilgocenie, itp.)”
oraz

- d) „Urządzenie umożliwia podłączenie modułów nadzoru sieci preizolowanej”

w następującym zakresie:

- i. podłączenie tego typu urządzeń nie jest objęte przedmiotem zamówienia (za wyjątkiem 50 sztuk regulatorów który ma dostarczyć Wykonawca) ale podłączenia tych urządzeń (nawet we własnym zakresie przez Zamawiającego) generuje przesyłanie dodatkowych danych przez sieć GSM oraz konieczność ich gromadzenia w systemie nadzoru telemetrycznego co wpływa zarówno na koszt abonamentu kart SIM oraz koszt dostępu do chmury obliczeniowej które to koszty a zgodnie ze zmianami Zamawiającego z 19 czerwca 2023 r. należy wycenić - **wnosimy o określenie dokładnym typów i ilości tych urządzeń zakresu i częstotliwości danych jakie mają być przesyłane z i do tych urządzeń przez Centrale Telemetryczne typu I i typu II,**

względnie

- ii. w przypadku jeżeli Zamawiający nie planuje podłączenie tych dodatkowych urządzeń w okresie 60-miesięcy od 01.01.2024 r. (Odwołujący w tym zakresie podkreśla, że opis wymagań został częściowo dokonany w sposób nadmiarowy, zawierający cechy nie podyktowane realnymi i obiektywnymi potrzebami Zamawiającego) - **wnosimy o wykreślenie tego wymagania,**

względnie

- iii. jeżeli podłączenie wymaganych przez Zamawiającego urządzeń nie jest możliwe za pomocą powszechnie dostępnego protokołu komunikacyjnego - **wnosimy o przekazanie tego protokołu najpóźniej na 14 dni przed terminem założenia oferty.**

- e) **Urządzenie umożliwia podłączenia urządzeń poprzez magistrale MBUS – w następującym zakresie:**

- i. podłączenie tego typu urządzeń nie jest objęte przedmiotem zamówienia ale podłączenia tych urządzeń (nawet we własnym zakresie przez Zamawiającego) generuje przesyłanie dodatkowych danych przez sieć GSM oraz konieczność ich gromadzenia w systemie nadzoru telemetrycznego co wpływa zarówno na koszt

abonamentu kart SIM oraz koszt dostępu do chmury obliczeniowej które to koszty a zgodnie ze zmianami Zamawiającego z 19 czerwca 2023 r, należy wycenić - **prosimy o określenie dokładnym typów i ilości tych urządzeń zakresu i częstotliwości danych jakie mają być przesyłane z i do tych urządzeń przez Centrale Telemetryczne typu I**

względnie

- ii. W przypadku jeżeli Zamawiający nie planuje podłączenie tych dodatkowych urządzeń w okresie 60 miesięcy od 01.01.2024 - **wnosimy o wykreślenie tego wymagania,**

5) Brak pełnych wymagań odnośnie regulatorów i innych funkcjonalności

30. Jak podkreślone zostało w punkcie 17) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23 - Zgodnie z wymaganiami w ust. 17 OPZ Zamawiający wymaga dostawy 50 sztuk regulatorów pogodowych, które do swojej pracy wymagają podłączenia do wielu innych dodatkowych urządzeń pracujących w węźle. Konieczne jest również zapewnienie kompatybilności między regulatorem a tymi dodatkowymi urządzeniami.

31. Urządzenie dodatkowe to między innymi:

- a) Czujniki temperatury,
- b) Czujniki ciśnienia,
- c) Elektrozawory,
- d) Pompy.

32. Tymczasem Zamawiający w ramach postępowania nie wymaga dostarczenia urządzeń dodatkowych oraz nie definiuje parametrów posiadanych już urządzeń dodatkowych. Zamawiający nie definiuje również kto (Wykonawca czy Zamawiający) ma zapewnić kompatybilność oraz montaż tych dodatkowych urządzeń.

33. Wskazać należy również, że Zamawiający hasłowo podaje: „*Urządzenie musi zapewniać interoperacyjność na poziomie komunikacyjnym, przez dedykowane Moduły telemetryczne komunikujące się z urządzeniami wyposażenia technicznego węzła przez dedykowane sterowniki zarządzane z Centralnego Serwera*” (ust. 5 strona 16 i ust. 8 strona 17 OPZ).

34. Nie jest zdefiniowany zakres tej interoperacyjności, nie wiadomo o jaki Moduł telemetryczny (pisany z dużej litery chodzi), tak samo nie wiadomo o jaki Centralny Serwer (pisany z wielkich liter) chodzi.

35. Mimo uwzględnienia w punkcie 17) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23, Zamawiający zaniechał dokonania modyfikacji (uzupełnienia OPZ) w powyższym zakresie, co dało podstawę do odwołania się przez Odwołującego w ramach nowego postępowania odwoławczego.
36. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji SWZ poprzez:
- 1) Zmianę ust. 17 OPZ (strona 24 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.) poprzez określenie ilości i parametrów posiadanych już urządzeń dodatkowych, do których podłączeniu podlegały będą regulatory pogodowe, która ze stron przyszłej umowy o realizację zamówienia ma zapewnić kompatybilność oraz montaż tych dodatkowych urządzeń,
 - 2) Zmianę ust. 13 pkt 5) OPZ (strona 20 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.) oraz ust. 14 pkt 8) OPZ (strona 21 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.) poprzez określenie zakresu wymaganej interoperacyjności,
 - 3) Zmianę ust. 13 pkt 5) OPZ (strona 20 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.) oraz ust. 14 pkt 8) OPZ (strona 21 OPZ po modyfikacjach z dnia 19.06.2023 r.) poprzez doprecyzowanie o jaki Moduł telemetryczny (pisany z dużej litery chodzi) oraz o jaki Centralny Serwer (pisany z wielkich liter) chodzi względnie dołączenie do SWZ dokumentacji do jakiej odsyłała Zamawiający powołując się na Moduł telemetryczny (pisany z dużej litery chodzi) oraz Centralny Serwer (pisany z wielkich liter).
37. Powyżej powołana treść dokumentacji postępowania (w szczególności SWZ) wskazuje, że Zamawiający nie skonkretyzował właściwie swoich potrzeb na etapie przygotowania postępowania i konsekwencji przygotował niejednoznaczny (często wewnętrznie logicznie sprzeczny) i nieuwzględniający wszystkich istotnych wymagań opis przedmiotu zamówienia. Wymagania określone przez Zamawiającego nie odpowiadają także aktualnym standardom rynkowym. Efektem wyżej wymienionych błędów Zamawiającego będzie rażąca niegospodarność w wydatkowaniu środków publicznych.
38. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien dokonać go z uwzględnieniem swoich obiektywnie uzasadnionych potrzeb, w sposób nie ograniczający dostępu do zamówienia wykonawcom mogącym zrealizować przedmiotowe zamówienie oraz zapewniający równe traktowanie wykonawców. *A contrario* dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób subiektywny, z użyciem wymogów nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego będzie stanowiło dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

39. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2017 r. (KIO 2506/17): „Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby. Zamawiający musi jednak każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach poszczególnych postanowień, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Równocześnie powinien dbać o racjonalne wydatkowanie środków, a przede wszystkim o zapewnienie należytego wykonania przyszłej umowy”. Podobnie, Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku z dnia 16.11.2015 r. (KIO 2367/15): „postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami”.

40. Dla przyjęcia naruszenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia jest **już sama możliwość wystąpienia potencjalnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu**. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wszystkich wykonawców mogących to zamówienie wykonać, a który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, jednoznacznie narusza prawo. Z art. 99 ust. 4 Pzp należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być dokonany w taki sposób, że charakterystyka wymagań Zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia (tak KIO w uchwale z dnia 03.07.2017 r., KIO/KD 36/17). Podobny pogląd wyraża się w orzecznictwie sądów powszechnych m. in. w wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt: II Ca 693/05): „*Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji*”.

41. Zbliżony stan faktyczny został oceniony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 19 sierpnia 2022 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 2009/22. Izba stwierdziła w nim, że: „wymóg użycia do integracji systemów wyłącznie interfejsu CGM API oznacza dla wykonawców brak możliwości zastosowania jakichkolwiek innych rozwiązań, konieczność zakupienia licencji modułu API od CGM, a także konieczność zakupienia od ww. podmiotu usługi dostosowania (rozbudowy) modułu API w sposób niezbędny do integracji systemów. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, na gruncie tak sformułowanych postanowień OPZ nie mają możliwości zaoferowania innego niż preferowany przez Zamawiającego interfejsu do integracji systemów, dodatkowo stają się uzależnieni od konkretnego podmiotu - producenta systemu CliniNet funkcjonującego już u Zamawiającego. Bezsporną okolicznością jest zaś, że firma CGM to podmiot bezpośrednio konkurujący na rynku usług będących przedmiotem zamówienia z Odwołującym

i innymi wykonawcami mogącymi ubiegać się o to zamówienie. Powyższe już samo w sobie wskazuje na ryzyko uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców z uwagi na narzuconą im konieczność współpracy z określonym podmiotem. Wskazuje to także na faktyczne wyeliminowanie możliwości zaoferowania jakichkolwiek innych produktów niż CGM API. Mamy zatem do czynienia z sytuacją ograniczenia uczciwej konkurencji, które nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia i potrzebach Zamawiającego. Podkreślić przy tym należy, że w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp mowa jest o potencjalnej możliwości utrudniania konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczności wystąpienia tego naruszenia”.

42. W związku z powyższym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 522 ust. 3 Pzp w zw. z art. art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 Pzp ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 Pzp

43. Zamawiający w dniu 19 czerwca 2023 r. opublikował na swojej stronie internetowej zmianę postanowień SWZ. Odwołujący wskazuje, wprowadzone zmiany naruszają art. 99 ust. 1, 4 i 5 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 Pzp, co zostanie szczegółowo opisane poniżej.

1) Niemożliwość wyceny oferty z adapterami z komunikacją GSM

44. Zamawiający w dniu 19 czerwca 2023 r. dokonał modyfikacji ust. 15 OPZ (str. 23 OPZ) poprzez wprowadzenie zmiany polegającej na dopuszczeniu aby odczyt ciepłomierzy był realizowany za pomocą adaptera z wbudowaną komunikacją GSM „Dopuszcza się odczyt za pomocą modułu typu adapter z wbudowaną komunikacją GSM”. Oznacza to że w przypadkach gdzie zostanie zastosowany adapter z komunikacją GSM do odczytu ciepłomierzy nie jest już potrzebna centrala typu II.
45. Wobec ww. zmiany dotyczącej ust. 15 str. 23 OZP, Zamawiający zaniechał dokonania dalszej zmiany polegającą na uwzględnieniu obu możliwości realizacji zamówienia poprzez dodanie oddzielnych pozycji w Formularzu cenowym dla:
- a) wykonawców, którzy składają ofertę obejmującą adaptery licznikowe oraz centrale typu II,
 - b) wykonawców, którzy składają ofertę obejmującą adaptery licznikowe z komunikacją GSM bez central typu II

46. W związku ze zmianą ust. 15 OPZ (str. 23 OPZ) Zamawiający nie podał przy tym istotnej informacji, ilu adapterów licznikowych z wbudowaną transmisją GSM potrzebuje Zamawiający w ramach zamówienia. Zamawiający dopuścił zastosowanie adapterów licznikowych z komunikacją GSM zamiast zwykłego adaptera licznikowego i centrali telemetrycznej typu II. Adapter licznikowy z komunikacją GSM zastępuje zwykły adapter licznikowy oraz centralę telemetryczną typu II ale przy braku inwentaryzacji nie można określić ile i jakich adapterów z komunikacją GSM jest potrzebnych.
47. Na marginesie należy zaznaczyć, że problemów z brakującymi adapterami do nowych liczników (315 sztuk) objętych dostawą w ramach zamówienia oraz brakiem możliwości określenia ile i jakie typy adapterów z komunikacją GPS należy przewidzieć w ramach przedmiotu zamówienia nie byłoby, gdyby Zamawiający dokonał zmiany OPZ (określenia brakujących informacji) zgodnie z uwzględnionym punktu 8) ust. 31 lit. b) i c) odwołania z dnia 5 czerwca 2023 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 1613/23.
48. Zamawiający w ust. 15 OPZ (strona 23 OPZ po modyfikacji z dnia 19.06.2023 r.) podaje ile i jakich adapterów potrzebuje **do liczników jakie ma już zamontowane na swojej infrastrukturze** - 436 sztuk (należy przy tym podkreślić, że dopiero w związku ze zmianą z dnia 19.06.2023 r. doszło do doprecyzowania, że liczba 436 sztuk dotyczy wyłącznie adapterów do liczników już zamontowanych w infrastrukturze Zamawiającego i zakres powyższe liczby nie wchodzi adaptery do nowych liczników [315 sztuk], które zostaną dostarczone w ramach przedmiotowego zamówienia – co zostało szerzej opisane w ramach zarzutu II punkt 5 uzasadnienia odwołania). Zamawiający nie zwrócił przy tym jednak uwagi, że powyższa informacja jest niewystarczająca do wyceny oferty w przypadku, kiedy zamiast centrali typu II i zwykłego adaptera zastosowane zostaną adapter z komunikacją GSM. W powyższym przypadku niezbędna będzie informacja ile i jakich liczników ma być podłączone do central telemetrycznych typu I oraz ile i jakie liczniki mają współpracować z adapterami z komunikacją GSM.
49. Zamawiający zgodnie z treścią ust. 14 (str. 22 OPZ) wymaga dostawy w ramach zamówienia 350 central typu II do których można podłączyć od 1 do 2 ciepłomierzy. W związku z powyższym zastosowanie zamiast central typu II adapterów z komunikacją GSM (jak zostało do przewidziane w modyfikacji ust. 15 str. 23 OPZ), powoduje, że liczba adapterów z komunikacją GSM wahała się będzie od 350 do 700 sztuk.
50. W związku z powyższym w celu zastosowania rozwiązań z adapterami z komunikacją GSM niezbędna będzie informacja od Zamawiającego jakie liczniki i w jakiej ilości będą podlegały podłączeniu z zastosowaniem adapterów

z komunikacją GSM. Brak powyższej informacji ze strony Zamawiającego będzie powodował konieczność opierania się przy wycenie oferty na szacunku, którego zakres wynosi od 350 do 700 sztuk adapterów, co z kolei przekłada się na różnice w cenie urządzeń telemetrycznych rzędu ¼ ilości urządzeń wymaganych w ramach przedmiotu zamówienia. To z kolei prowadziło będzie do niemożliwości w sposób precyzyjny wyceny oferty, a w konsekwencji prowadziło do nieporównywalności ofert w ramach postępowania.

51. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie zmianę SWZ poprzez:

2) Zmianę treści Załącznika nr 3 do SWZ (Formularza cenowego) w sposób umożliwiający złożenie i wycenę oferty z adapterami z komunikacją GSM oraz uwzględniający obie możliwości realizacji zamówienia poprzez dodanie oddzielnych pozycji dla:

- a) wykonawców, którzy składają ofertę obejmującą adaptory licznikowe oraz centrale typu II,**
- b) wykonawców, którzy składają ofertę obejmującą adaptory licznikowe z komunikacją GSM (bez central typu II),**

3) Zmianę treści ust. 15 OPZ (strona 23 OPZ) poprzez określenie jakie liczniki i w jakie ilości będą podlegały podłączeniu z zastosowaniem adapterów z komunikacją GSM.

2) Przeszacowanie liczby użytkowników i urządzeń (modułów) systemu telemetrycznego

52. W ramach modyfikacji SWZ z dnia 19 czerwca 2023 r. Zamawiający zmienił na stronie 16 i 17 OPZ następujące wymogi dotyczący systemu telemetrycznego: „System nadzoru musi działać w oparciu o telemetryczną chmurę danych z dostępem **dla minimum 30 000** użytkowników zakładanych przez Zamawiającego. System musi składać się z części dedykowanej danym ewidencyjnym i części BIG DATA w celu obsługi telemetrii w celu zapewnienia maksymalnej wydajności oraz skalowalności.” oraz: „ System musi obsługiwać minimum 30 000 urządzeń (modułów telemetrycznych)”.

53. Podkreślenia wymaga, że ww. został określony w sposób nieproporcjonalny i sprzeczny wobec pozostałego zakresie przedmiotu zamówienia, w ramach którego przewiduje się podłączenie do systemu ok. 700 modułów . Powyższe oznacza wymaganie przez Zamawiającego dostarczenia systemu dla wielokrotnie większej liczby modułów niż wynika to z zapotrzebowania Zamawiającego, co wpływa na nieuzasadnione zwiększenie kosztów oferty, a w konsekwencji na niegospodarność funduszami publicznymi.

54. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący jako podmiot funkcjonujący od wielu lat na rynku objętym przedmiotem zamówienia, wskazuje, że wielkość miast Augustów oraz liczba jego mieszkańców wskazuje na zapotrzebowanie podłączenia do systemu ok. 3000-5000 modułów oraz maksymalnie ok 100 użytkowników
55. Odwołujący wskazuje, że największy system w UE to ok. 20 000 sztuk modułów, natomiast przekroczenie liczby 10 000 sztuk modułów oraz 100 użytkowników systemu możliwe jest w przypadku tylko kilku największych miast w Polsce (np. w Warszawie, Krakowie, Gdańsku), miast nieporównywalnie większych i ludniejszych w stosunku do Augustowa).
56. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji wymogu dotyczący systemu telemetrycznego „**System nadzoru musi działać w oparciu o telemetryczną chmurę danych z dostępem dla minimum 30 000 użytkowników zakładanych przez Zamawiającego. System musi składać się z części dedykowanej danym ewidencyjnym i części BIG DATA w celu obsługi telemetrii w celu zapewnienia maksymalnej wydajności oraz skalowalności.**” oraz „System musi obsługiwać minimum 30 000 urządzeń (modułów telemetrycznych)” ze strony 16 i 17 OPZ, poprzez dokonanie zmiany liczby użytkowników i liczby urządzeń realnie odwzorowujących faktyczne potrzeby Zamawiającego wynikające z przedmiotu zamówienia oraz wielkości i ludności obszaru realizacji zamówienia.

3) Wymóg dotyczący maksymalnego kosztu sprzętu

57. W ramach modyfikacji SWZ z dnia 19 czerwca 2023 r. Zamawiający zmodyfikował treść Formularza cenowego poprzez dodanie następującego wymogu „koszt urządzeń nie może przekraczać 50% kosztów oferty”.
58. Odwołujący wskazuje, że wprowadzenie powyższego wymogu do treści Formularza cenowego stanowi o sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co będzie skutkowało niemożliwością wyliczenia ceny oferty, nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych.
59. Po pierwsze Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w pozostałym zakresie w sposób uniemożliwiający zagwarantowanie, że koszt oferowanych urządzeń nie przekroczy 50% kosztów oferty (niemniej przedmiot

zamówienia już aktualnie wskazuje, że dojdzie do faktycznego przekroczenia wartości oferowanych urządzeń ponad 50% łącznych kosztów oferty).

60. Po drugie wprowadzenie powyższego wymogu de facto wymagałoby manipulowania elementami cenowymi w ramach ofert wykonawców wyłącznie w celu spełnienia wymogu Zamawiającego, co byłoby sprzeczne z obowiązującym przepisami prawa.

61. Po trzecie niedopuszczalne jest, aby Zamawiający w ramach postępowania narzucał maksymalne ceny, jakie wykonawcy w ramach Postępowania mogą zaoferować. Zamawiający nie ma uprawnień w powyższym zakresie, co tym bardziej wskazuje na bezpodstawność wprowadzonego wymogu.

62. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji treści Załącznika nr 3 do SWZ (Formularza cenowego) poprzez usunięcie z jego treści wymogu „koszt urządzeń nie może przekraczać 50% kosztów oferty”.

4) Brak doprecyzowania postanowień dotyczących waloryzacji

63. W ramach modyfikacji SWZ z dnia 19 czerwca 2023 r. Zamawiający zmodyfikował treść Formularza cenowego poprzez dodanie następujących postanowień dotyczących dostępu do chmury obliczeniowej i kosztów abonamentu kart sim „¹Wartość będzie indeksowana w każdym roku o wskaźnik inflacji, ²Wartość będzie indeksowana w każdym roku o wskaźnik inflacji”.

64. W pierwszej kolejności podnieść należy, że Zamawiający nie sprecyzował, na podstawie jakiego wskaźnika inflacji wydawanego przez jaki podmiot dojdzie do indeksowania.

65. Ponadto, Zamawiający nie określił, żadnych zasad dotyczących waloryzacji (indeksowania) cen na podstawie ww. wskaźnika ani w treści Formularza cenowego, ani w pozostałych postanowieniach SWZ (w tym we wzorze umowy), podczas, gdy w przypadku decyzji o wprowadzeniu postanowień waloryzacyjnych wymaga tego art. 440 Pzp. W związku z powyższym, z uwagi na sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego modyfikacji SWZ, mogło dojść do naruszenia również ww. przepisu.

66. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji treści Załącznika nr 3 do SWZ (Formularza cenowego), a w konsekwencji również pozostałych postanowień SWZ (w szczególności Projektu umowy) poprzez określenie na podstawie jakiego wskaźnika inflacji wydawanego przez jaki podmiot dojdzie do indeksowania wynagrodzenia dotyczącego dostępu do chmury obliczeniowej i kosztów abonamentu kart sim, jak również określenia zasad waloryzacji wynagrodzenia zgodnych z art. 440 Pzp w zw. z art. 439 ust. 2-4 Pzp.

5) Brak zmiany Formularza cenowego w zakresie liczby wymaganych adapterów

67. Zamawiający w pierwotnych ust. 15 OPZ wymagała 436 adapterów licznikowych oraz 315 nowych liczników – przy tak określonych wymaganiach oczywistym było, że 436 adapterów będzie wykorzystanych do obsługi 315 nowych liczników a pozostałe 121 (436 -315) sztuk będzie do obsługi „starych”, funkcjonujących już liczników.

68. Tymczasem zmianą z 19 czerwca 2023 r. Zamawiający doprecyzował wymagania w których stwierdził, że potrzebuje 436 adapterów do obsługi „starych” funkcjonujących już u Zamawiającego już liczników (co nastąpiło poprzez określenie typów obecnie posiadanych przez Zamawiającego liczników, zgodnie z zacytowanym poniżej fragmentem zmienionego SWZ). Przy tak doprecyzowanych wymaganiach oczywistym jest, że Zamawiający potrzebuje jeszcze 315 sztuk adapterów – których określenie liczby i ceny pominął w treści Formularza cenowego.

„Zamawiający wymaga następujących modułów telemetrycznych licznikowych:

1. Kamstrup MC 402 - 100 szt.,
2. Kamstrup MC 403 - 100 szt.
3. Kamstrup 66C - 20 szt
4. Kamstrup 60x - 11szt.
5. Landis&Gyr UH T550 – 160 szt.
6. Diehl Sharky 774 - 45 szt.”.

69. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści Załącznika nr 3 do SWZ (Formularza cenowego) poprzez dodanie w treści formularza odrębnej, dodatkowej pozycji dotyczącej dostawy 315 adapterów do nowo dostarczanych w ramach zamówienia liczników.

6) Brak dokonania odpowiednich zmian w Projekcie umowy z związku ze zmianami OPZ i Formularza cenowego wprowadzonymi 19 czerwca 2023 r.

70. Zamawiający w dniu 19 czerwca 2023 r. dokonał zmiany OPZ i Formularza ofertowego, co skutkowało również potrzebom dokonania odpowiednich zmian w Załączniku nr 10 do SWZ – Projekcie Umowy.
71. **W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści Załączniku nr 10 do SWZ – Projekcie Umowy w związku ze zmianami wprowadzonymi do OPZ i Formularza ofertowego w dniu 19.06.2023 r.**
72. **W powyższym zakresie odpowiednie zastosowanie będzie miało uzasadnienie prawne podniesione w ramach zarzutu I odwołania.**
73. Na marginesie odwołujący wskazuje również, że zmiany postanowień SWZ z dnia 19 czerwca 2023 r. zostały wprowadzone w sposób jedynie częściowo zasygnalizowany przez Zamawiającego (jak wskazano na wstępie zmodyfikowanego OPZ „Aktualizacja: 19.06.2023r. Zmiany zaznaczone kolorem czerwonym”). W znacznej części Zamawiający nie oznaczył wprowadzonych zmian w sposób wyróżniający się (poprzez zaznaczenie ich treści innym kolorem) co wobec objętości dokumentacji znacznie utrudniło wykonawcom, w tym Odwołującemu prześledzenie dokonanych zmian, co z kolei wskazuje na niekonkurencyjne działanie ze strony Zamawiającego.

W konsekwencji, w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Pzp, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum.

W imieniu Odwołującego
Maciej Maciejewski
radca prawny WA-11661

W załączeniu:

- 1) odpis z odpowiedniego rejestru dotyczący Odwołującego,
- 2) pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem wniesienia opłaty skarbowej,
- 3) potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania,
- 4) potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu (w egz. dla Izby),
- 5) Pierwotny OPZ z dnia 26.05.2023 r.
- 6) Odwołanie z dnia 05.06.2023 r.
- 7) Zmieniona OPZ i Formularz ofertowy z dnia 19.06.2023 r.