

WYROK

z dnia 15 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **10 stycznia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **24 grudnia 2018 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Politech” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem GPRS/ UMTS* (nr postępowania 2018/TD-CN/TD-CN/02651/L)

prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawcy: **Landys+Gyr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Tauronowi Dystrybucji S.A z siedzibą w Krakowie: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „Politech” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, a przy powtarzaniu czynności – uwzględnienie tej oferty.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Tauron Dystrybucję S.A z siedzibą w Krakowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Politech” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Tauronu Dystrybucji S.A z siedzibą w Krakowie na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „Politech” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. *Dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem GPRS/ UMTS* (nr postępowania 2018/TD-CN/TD-CN/02651/L).

Ogłoszenie o tym zamówieniu sektorowym 14 lipca 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S_134 pod poz. 306638,

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 grudnia 2018 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu Przedsiębiorstwu Produkcyjno-Handlowemu „Politech” sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy {dalej również: „Politech”} zawiadomie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Landys+Gyr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Landys+Gyr”), a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

24 grudnia 2018 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia oferty Landys+Gyr.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”, tj. wymogami pkt 1.30 oraz 2.30 opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „opis” lub „OPZ”}, podczas gdy zgodnie postanowieniami SIWZ weryfikacja spełniania powyższych wymogów powinna być dokonana wyłącznie w oparciu o wyniki badania próbek zaofiarowanych urządzeń, które potwierdziły, że oferowane urządzenia wymogi te spełniają.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. wymogami pkt 4.2.1.10 SIWZ, a także pkt 1.1.3 1.14 oraz 2.1.3 i 2.1.4 załącznika A do SIWZ, podczas gdy oferta Odwołującego, w tym dostarczone próbki liczników, są zgodne z tymi wymaganiami, gdyż zarówno z treści oferty, jak i z oznaczeń umieszczonych na próbkach, treści certyfikatów MID oraz udzielonych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że oferowane urządzenia są dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z wymaganiami dyrektywy 2004/32/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2004 r. w sprawie

harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych {dalej również: „dyrektywa MID”}), zaś na podstawie dostarczonych próbek będzie możliwe ustalenie, czy urządzenia dostarczane w ramach wykonania zamówienia są tożsame z przedstawionymi w ofercie.

3.Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Landis+Gyr, podczas gdy oferowane przez tego Wykonawcę liczniki są niezgodne z wymogami pkt 1.54g i 2.54g OPZ, tj. nie posiadają funkcji rejestracji w dzienniku zdarzeń zdjęcia obudowy licznika, która była wymagana w przypadku liczników z rozbiorną obudową, które zaoferował Landis+Gyr.

4.Art. 7 ust. 1 i 3 – przez dokonanie oceny złożonych ofert w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

{poniżej zarzuty postawione z ostrożności}

5.Art. 87 ust. 1 – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez oferowane liczniki wymogów zawartych w pkt 1.30 oraz 2.30 OPZ w sytuacji, gdy wyniki badania próbek (w oparciu o które według SIWZ należało dokonać oceny spełniania tych wymogów) potwierdziły zgodność liczników z tymi wymogami.

6.Art. 87 ust. 1 – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Landis+Gyr do złożenia wyjaśnień odnośnie możliwości zdjęcia obudowy oferowanych liczników w celu dokonania prawidłowej oceny spełniania przez te urządzenia wymogów określonych w pkt 1.54g i 2.54g OPZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1.Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

2.Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

3.Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Względnie, w przypadku uznania przez Izbę zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 PZP, wnosząc o zobowiązanie Zamawiającego do:

4.Wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez oferowane liczniki wymogów pkt 1.30 i 2.30 OPZ.

5.Wezwania Landis+Gyr do udzielenia wyjaśnień w zakresie możliwości zdjęcia obudowy oferowanych liczników.

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w następujący sposób.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, w którym podkreśla się, że „przesłanek do odrzucenia oferty, wynikających z art. 89 ust 1 ustawy P.z.p. nie można interpretować w sposób rozszerzający, co oznacza, że odrzucenie oferty wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy. (...) Izba podkreśla, że niezgodność treści oferty z treścią siwz. zachodzi wyłącznie wówczas gdy treść oferty test w sposób oczywisty i niebudzący wątpliwości sprzeczna z treścią wymagań określonych przez Zamawiającego (wyrok z 27 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1463/15).

Odwołujący zrelacjonował, że w OPZ – zarówno wobec liczników 1-fazowych jak i 3fazowych – sformułowano łącznie ponad 120 szczegółowych wymagań technicznych. Jednocześnie w kolumnie tabeli z nagłówkiem „Dokument / czynność, na podstawie, której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania” Zamawiający określił sposób weryfikacji każdego z tych wymagań, tj.: oświadczenie wykonawcy, dokument (np. certyfikat badania typu/projektu, instrukcja obsługi licznika) czy badanie techniczne licznika. Przy czym dla niektórych wymagań wskazano tylko jeden sposób weryfikacji, a dla innych dwa lub więcej.

obsługi licznika (por. pkt 1.9).

W odwołaniu zaprezentowano wyciąg z tabeli OPZ w odniesieniu do wymagań ogólnych z pkt 1.1-1.4 oraz wymagań z pkt 1.30 (licznik 1-fazowy) i 2.30 (licznik 3fazowy) wraz ze sposobem ich weryfikacji.

Brzmienie postanowień zamieszczonych w kolumnie pn. „Wymagania techniczne” dla wymagań z pkt 1 dotyczącego wymagań ogólnych:

1.1 Liczniki muszą posiadać aktualny Certyfikat badania typu lub Certyfikat badania projektu (MID) wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną zgodny z Dyrektywą 2004/22/WE lub 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady.

1.2. Liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami:

a) PN-EN 50470-1:2008 – Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) – Część 1: Wymagania ogólne, badania i warunki badań – Urządzenia do pomiarów (klas A, B i C)

b) PN-EN 50470-3:2009 – Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) – Część 3: Wymagania szczegółowe – Liczniki statyczne energii czynnej (klas A, B i C)

c) PN-EN 62056-21:2003 – Pomiar elektryczny – Wymiana danych w celu odczytu liczników, sterowania taryfami i obciążeniem – Część 21: Lokalna bezpośrednia wymiana danych

d) PN-EN 62056-6-1:2017-02E – Wymiana danych w pomiarach energii elektrycznej – Zespół DLMS/COSEM – Część 6-1: System identyfikacji obiektów (OBIS).

1.3 Liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami Dyrektywy MID

1.4 Liczniki muszą posiadać na tabliczce znamionowej oznakowanie CE oraz dodatkowe oznakowanie metrologiczne

Brzmienie postanowień zamieszczonych w kolumnie pn. „Dokument / czynność, na podstawie, której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania”:

{dla pkt 1.1}

1. Oświadczenie wykonawcy (w zakresie pkt 1.1.1, 1.1.2 i 1.1.3)

2. Certyfikat badania typu (moduł B) /projektu (moduł H1) wraz aneksami i załącznikami wydanymi do certyfikatu w zakresie pkt 1.1.1)

3. Certyfikat potwierdzający uprawnienia Producenta do przeprowadzenia oceny zgodności licznika z typem w oparciu o zapewnienie jakości procesu produkcji (moduł O) lub dokument potwierdzający uprawnienia Jednostki notyfikowanej do przeprowadzenia oceny zgodności licznika z typem w oparciu o weryfikację produktu (moduł F) lub Certyfikat badania projektu (moduł H1) (w zakresie pkt 1.1.3)

4. Badania techniczne licznika (w zakresie pkt 1.1.4)

{dla pkt 1.2}

Oświadczenie wykonawcy

{dla pkt 1.3 i 1.4}

Badanie techniczne

Brzmienie postanowień zamieszczonych w kolumnie pn. „Wymagania techniczne” odpowiednio dla pkt 1.30 (licznik 1-fazowy) i 2.30 (licznik 3-fazowy):

{pkt 1.30}

Listwa zaciskowa w wykonaniu dwurzędowym (2 śruby na 1 zacisk) musi umożliwiać podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy $2,5 \text{ mm}^2$ ÷ 25 mm^2 , minimalna średnica otworu 0,6 mm,

{pkt 2.30}

Listwa zaciskowa w wykonaniu dwurzędowym (2 śruby na 1 zacisk) musi umożliwiać podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 4 mm^2 ÷ 35 mm^2 , minimalna średnica otworu 0,7 mm

Brzmienie postanowień zamieszczonych w kolumnie pn. „Dokument / czynność, na podstawie, której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania”:

{dla pkt 1.30 i pkt 2.30}

Badanie techniczne

Odwolujący zrelacjonował również, że jako pierwszą z podstaw odrzucenia oferty Zamawiający wskazał niezgodność oferowanych liczników z pkt 1.30 (dla licznika 1fazowego) oraz pkt 2.30 (dla licznika 3-fazowego) OPZ, choć jednocześnie podał, że test podłączenia do oferowanych liczników przewodów o określonych przez Zamawiającego przekrojach (czyli najmniejszym i największym) wypadł pozytywnie. Zamawiający stwierdził jednak, że przedstawione wraz z ofertą certyfikaty dla oferowanych liczników wykazują niezgodność w tym zakresie, gdyż dopuszczone jest w nich stosowanie przewodów wyłącznie o zakresie 4 mm^2 ÷ 25 mm^2 .

Według Odwołującego ponieważ punkty 1.30 i 2.30 wprost wskazują, że weryfikacja wymagań w nich opisanych odbędzie się wyłącznie w oparciu o badanie próbek liczników i nie będą brane pod uwagę żadne inne dokumenty ani oświadczenia, Zamawiający powinien ograniczyć się wyłącznie do wyników badania próbki i nie brać pod uwagę żadnych innych dokumentów, w tym certyfikatów dla oferowanych urządzeń.

Zdaniem Odwołującego decyzja co do takiego określenia sposobu weryfikacji poszczególnych wymogów technicznych została podjęta przez Zamawiającego w pełni świadomie, biorąc pod uwagę, że w przypadku 9 dni wcześniej ogłoszonego postępowania na dostawę liczników komunalnych (pn. „Dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej”, gdzie dla analogicznych wymogów {jak te z pkt 1.30 i 2.30} w pkt 1.52 i 2.52 określono, że podlegają one weryfikacji w następujący sposób {w odwołaniu zamieszczono stosowny wyciąg z tabel OPZ}: 1. *Badanie techniczne licznika 2.Certyfikat badania typu/projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami.* Z uwagi na odmienną liczników objętych postępowaniami różna jest m.in. treść certyfikatów dla poszczególnych liczników, stąd Zamawiający przyjął odmienne podstawy weryfikacji, czy dany wymóg jest spełniony.

Odwolujący zauważył, że szczegółowa treść certyfikatu MID jest zależna od jednostki certyfikującej i w konsekwencji nie zawsze informacje np. odnośnie zakresu przekrojów są zawarte w treści tych dokumentów.

Odwolujący zrelacjonował, że wobec rozbieżności w omawianym zakresie w dwóch równolegle toczących się przetargach, właśnie w celu uniknięcia wątpliwości co do oceny tego punktu, zadał pytanie (nr 24): „czy Zamawiający uzna spełnienie tego wymagania na podstawie własnego badania technicznego oraz informacji zawartych w kartach katalogowych oraz instrukcji obsługi”. W odpowiedzi udzielonej 9 sierpnia 2018 r. Zamawiający stwierdził jedynie, że „podtrzymuje zapisy w zakresie przekrojów przewodów określonych w punktach 1.30 oraz 2.30 Załącznika A do SIWZ”.

Zdaniem Odwołującego taka odpowiedź jednoznacznie przesądziła, że do oceny spełniania omawianych wymogów wzięte pod uwagę będą jedynie wyniki badania próbek, a już nie treść jakichkolwiek innych dokumentów, włączając w to certyfikaty. Odwołujący zastrzegł, że gdyby Zamawiający udzielił innej odpowiedzi, wówczas Odwołujący rozważyłby wystąpienie o aktualizację certyfikatu, tak aby potwierdzał on spełnianie wymogów z pkt 1.30 i 2.30, co jednak nie okazało się konieczne.

Odwolujący przybliżył przebieg procesu certyfikacji, wskazując że wprawdzie następuje certyfikacja pierwotną, w której ramach urządzenie jest po raz pierwszy poddane weryfikacji z obowiązującymi przepisami i normami. Jednocześnie możliwa i stosowana jest tzw. aktualizacja certyfikatu, w której ramach możliwe jest rozszerzenie dotychczasowej wersji certyfikatu i uzyskanie najbardziej aktualnej, zawierającej dane wymagane przez zamawiającego. Sam proces polega na sprawdzeniu przez kompetentną jednostkę certyfikującą, że dane urządzenie spełnia zarówno określone normy, jak też parametry deklarowane przez producenta. W konsekwencji często spotykana jest sytuacja, gdy certyfikat potwierdza osiąganie przez urządzenie danego parametru na określonym pułapie, podczas gdy możliwe jest osiąganie danego parametru w jeszcze korzystniejszym zakresie. Ponadto certyfikat MID sporządzany jest na potrzeby różnych przetargów, gdzie formułowane są różne wymagania, jak i różne sposoby oceny ich spełnienia. Stąd bardzo często zdarza się, że certyfikat MID nie potwierdza wyraźnie spełniania wszystkich wymagań, jednak nie przesądza to niezgodności oferty z tymi wymogami, szczególnie jeżeli spełnienie danego wymagania można ustalić w inny sposób, np. w drodze badania próbki.

Odwolujący zrelacjonował, że z istotnych przepisów dyrektywy MID, którym powinny odpowiadać oferowane urządzenia, należy przywołać następujące regulacje:

Art. 21. *Ogólne zasady dotyczące oznakowania CE i dodatkowego oznakowania metrologicznego*

2. *Dodatkowe oznakowanie metrologiczne składa się z dużej litery „M” i dwóch ostatnich cyfr roku jego naniesienia; otoczonych prostokątem. Wysokość prostokąta jest równa wysokości oznakowania CE.*

Art. 22. *Reguły i warunki umieszczania oznakowania CE oraz dodatkowego oznakowania metrologicznego*

1. *Oznakowanie CE oraz dodatkowe oznakowanie metrologiczne umieszcza się w sposób widoczny, czytelny i trwały na przyrządzie pomiarowym lub na jego tabliczce znamionowej. W przypadku gdy nie jest to możliwe lub nie można tego zapewnić z uwagi na charakter przyrządu pomiarowego, umieszcza się je na dołączonych dokumentach oraz na ewentualnym opakowaniu.*

3. *Oznakowanie CE oraz dodatkowe oznakowanie metrologiczne umieszcza się przed wprowadzeniem przyrządu pomiarowego do obrotu.*

4. *Oznakowanie CE i dodatkowe oznakowanie metrologiczne mogą być umieszczone na przyrządzie podczas procesu produkcji, jeżeli jest to uzasadnione.*

Artykuł 7. *Udostępnienie na rynku i oddanie do użytku*

1. *Państwa członkowskie nie mogą utrudniać, ze względu na przepisy niniejszej dyrektywy, udostępniania na rynku lub oddawania do użytku jakichkolwiek przyrządów pomiarowych, które spełniają wymagania niniejszej dyrektywy.*

5. *Państwa członkowskie nie mogą uniemożliwiać prezentacji przyrządów pomiarowych niezgodnych z niniejszą dyrektywą na targach handlowych, wystawach, pokazach lub podobnych imprezach, pod warunkiem że widoczne oznaczenia jasno wskazują niezgodność przyrządu i brak możliwości jego udostępniania na rynku i oddawania do użytku*

przed doprowadzeniem do zgodności.

Odwolujący dodał, że przepisy dyrektywy MID mają na celu zapewnienie, że do obrotu w Unii Europejskiej zostaną dopuszczone wyłącznie urządzenia pomiarowe o odpowiednim standardzie (por. motyw 4 preambuły). W tym też celu wprowadzono określone obowiązki w zakresie oznaczania urządzeń pomiarowych, aby możliwe było ustalenie, czy dane urządzenie zostało poddane stosownej weryfikacji i jest zgodne z dyrektywą MID, jak również innymi właściwymi regulacjami.

Odwolujący podał następujące brzmienie pkt 4.2.10 SIWZ: *Oferta musi zawierać: (...) Po jednym egzemplarzu („Wzorzec”) oferowanych 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modelem GPRS/UMTS wraz z wszelkimi niezbędnymi licencjami i wyposażeniem liczników (z wyłączeniem sondy optycznej), bez których nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających.*

Odwolujący zrelacjonował, że zaoferował dostawę licznika jednofazowego AM550-ED1.11 o oznaczeniu 16MID001 oraz licznika trójfazowego to AM550-TD2.212 o oznaczeniu 16MID002 i zgodnie z wymogami SIWZ egzemplarze tych urządzeń zostały załączone do oferty w charakterze próbek, a ponadto do oferty załączono wymagane certyfikaty MID dla każdego z tych urządzeń.

Odwolujący podał również, że Zamawiający nie zakwestionował zarówno prawidłowości przedstawionych certyfikatów, jak i dostarczonych próbek – z wyjątkiem jedynie oznaczenia metrologicznego „MXX” na obudowie próbki, które według Zamawiającego ma dowodzić rzekomej nieprawidłowości próbki.

Odwolujący zrelacjonował, że w piśmie z 5 października 2018 r., sporządzonym w nawiązaniu do uwag Zamawiającego wyartykułowanych w protokołach badań próbki, powołał się na (załączone) oświadczenie producenta oferowanych liczników, zgodnie z którym „firma ISKRAEMECO nadrukowuje wszystkie znaki zgodnie z MID oraz znak wymagane przez Zamawiającego (...) za wyjątkiem roku przy literze „M...”, a w miejscu przewidzianego na rok drukuje symbol „XX”. Takie działanie ma uniemożliwić przypadkowe lub z premedytacją zastosowanie niepełnowartościowego licznika jakim może być licznik po ww badaniach do pomiaru energii na sieci.

Odwolujący zacytował brzmienie uzasadnienia odrzucenia: *wykonawca złożył wzory liczników 1 i 3 fazowych, w których oznaczenia metrologiczne w postaci MXX są niezgodne z Dyrektywą MID oraz Certyfikatami Badania Projektu (...) Zamawiający wymagał złożenia wzorców spełniających wszystkie wymagania określone w Załączniku A do SIWZ, żeby mogły, w przypadku zawarcia umowy w wybranym Wykonawcą, posłużyć do oceny dostarczanych liczników*

Odwolujący stwierdził, że z powyższego uzasadnienia wynikają dwie konkluzje zamawiającego, które zasługują na osobne omówienie, tj. rzekoma niezgodność próbki oraz rzekomy brak możliwości weryfikacji dostaw z treścią oferty.

Odwolujący podniósł, że nie sposób mówić o niezgodności próbki z dyrektywą MID oraz przedstawionymi certyfikatami wyłącznie w oparciu o zamieszczenie na próbce oznaczenia metrologicznego „MXX”. Zdaniem Odwołującego urządzenia przeznaczone do testów, badań czy zgodnie z art. 8 ust. 5 dyrektywy MID mogą mieć specjalne oznaczenia, wskazujące na ich testowy charakter. Odmienne jest dopiero w przypadku urządzeń przeznaczonych do użytkowania (np. dostarczonych w ramach realizacji zamówienia), gdzie oznaczenie metrologiczne powinno mieć treść np. „M18” (dla urządzeń wyprodukowanych w 2018 r.) czy „M19” (dla urządzeń wyprodukowanych w 2019 r.).

Zdaniem Odwołującego w świetle zarówno przepisów dyrektywy MID, oświadczenia producenta urządzeń, jak i udzielonych przez niego wyjaśnień nie można było mieć wątpliwości co do przyczyn umieszczenia na próbkach oznaczenia „MXX”, które zostało przypisane do urządzenia testowego, podlegającego badaniom w charakterze próbki, a nie np. podlegającego zaliczeniu na poczet przyszłych dostaw urządzeń w przypadku uzyskania zamówienia. W konsekwencji nie było podstaw do odrzucenia oferty.

Ponadto według Odwołującego z przywołanego powyżej postanowienia wynika, że celem złożenia próbki było umożliwienie Zamawiającemu weryfikacji, czy oferowane urządzenia są zgodne z wymogami określonymi w OPZ i czy posiadają wszystkie oczekiwane cechy (funkcjonalności).

Zdaniem Odwołującego złożone przez niego próbki w całości spełniły te zadania, co potwierdzają protokoły badań technicznych liczników, w których stwierdzono jedynie rzekomą niezgodność o charakterze formalnym (przyjęcie oznaczenia „MXX”), zaś wszystkie wymagania stricte techniczne zostały spełnione (w tym również wymagania w zakresie listwy zaciskowej, gdzie podstawa do odrzucenia oferty została również wywiedziona z podstaw formalnych, a nie z rzeczywistej niezgodności z technicznymi wymogami SIWZ).

Odwolujący stwierdził, że argumentacja Zamawiającego, że próbka ma również na celu umożliwienie weryfikacji, czy urządzenia dostarczane w ramach wykonania umowy są tożsame z przedstawionymi w ofercie jest chybiona, gdyż w postępowaniu nie było możliwe złożenie próbki zgodnej z takim oczekiwaniem Zamawiającego. Wykonawcy, którzy przedstawili urządzenia z naniesionym oznaczeniem metrologicznym „M18”, a dostarczane przez nich urządzenia wyprodukowane już 2019 r. powinny posiadać oznaczenie „M19”, ale tym samym byłyby niezgodne ze złożoną próbką.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwolujący zrelacjonował, że w pkt 1.54g {licznik 1-fazowy} oraz 2.54g {licznik 3fazowy} OPZ Zamawiający wymagał, aby liczniki z obudową, którą można rozebrać, rejestrowały zdarzenie polegające na zdjęciu obudowy licznika. Weryfikacja spełnienia tego wymogu miała się opierać na badaniu próbki licznika.

W przypadku liczników z nierozbieralną obudową posiadanie tej funkcjonalności przez licznik nie było wymagane.

Odwolujący podał, że urządzenia oferowane przez Landos+Gyr nie posiadają funkcjonalności polegającej na rejestracji takiego zdarzenia jak zdjęcie obudowy

Odwolujący stwierdził, że w przypadku liczników rozbieralnych stosowane są odpowiednie plomby, bez których zerwania nie jest możliwe zdjęcie obudowy urządzenia. Natomiast przypadku liczników, których konstrukcja uniemożliwia zdjęcie obudowy, plomby nie są zwykle stosowane.

Odwolujący stwierdził na podstawie pobieżnej wzrokowej weryfikacji urządzeń oferowanych przez Landis+Gir, że ponieważ są one zabezpieczone plombami w postaci specjalnych śrub, jak również plombami hologramowymi, ich obudowy są demontowalne. W przeciwnym wypadku brak jest jakiegokolwiek potrzeby stosowania tego rodzaju plomb na obudowie.

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza również treść dokumentów załączonych do oferty Landis+Gyr.

Odwolujący zrelacjonował, że w certyfikacie dla licznika 1-fazowego przedstawiono następującą informację:

2 Plomby

2.1.B2

Obudowa licznika wykonana jest w postaci podstawy i pokrywy i jest plombowana w dwóch punktach.

Pierwsza śruba pokrywy umieszczona u góry licznika jest obowiązkowa i plombowana przez producenta licznika.

Obudowa licznika nie może zostać otwarta bez zerwania tej plomby. Drugi punkt plombowania jest umieszczony za

pokrywą zacisków; wykorzystanie tego punktu plombowania jest opcjonalne, albo podczas produkcji, albo przez instalatora. Punkty plombowania pokazano w dokumentacji nr 10244/10-01.

Ponadto w pkt 2 instrukcji dla licznika jednofazowego dotyczącego plomb:

Plombowane są obie śruby pokrywy licznika, zgodnie z dokumentem nr 10163/5-05.

Gdy licznik jest wyposażony w moduł E35C, mają zastosowanie także wymagania plombowania zgodnie z rozdziałem 1.4.9.

Odwołujący stwierdził, że skoro obudowa licznika nie może zostać otwarta bez zerwania plomby to z powyższego jednoznacznie wynika, że obudowa może zostać otwarta z zerwaniem plomby.

W odniesieniu do licznika 3-fazowego Odwołujący zrelacjonował, że w instrukcji obsługi przedstawiono schemat obudowy {powielony w odwołaniu} wskazujący na zastosowanie w licznikach „śrub z możliwością plombowania (plomba producenta lub legalizacyjna)”:

Odwołujący wywiódł, że zapobieżenie ingerencji osób trzecich w układ pomiarowy licznika, tj. jego elementy wewnętrzne, jest kluczowe dla dostawy energii elektrycznej. W praktyce jednak podmioty takie jak Zamawiający nie mają dostatecznych kompetencji, aby samodzielnie orzec, czy ingerencja w rzeczywistości nastąpiła. W przypadku podejrzenia, że sytuacja taka wystąpiła, licznik jest umieszczany w tzw. bezpiecznej kopercie (która zostaje zaplombowana) i przesyłany do laboratorium, które posiada stosowne uprawnienia w zakresie badań mechanoskopijnych.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający mógł tak postąpić w związku z wyżej opisanymi wątpliwościami w celu ustalenia, czy oferowane liczniki nierozbieralne, czy tylko ich demontaż jest utrudniony, jednakże nie podjęto jakichkolwiek działań w tym zakresie.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nierówne traktowanie wykonawców, które polegało na całkowicie odmiennym sposobie oceny złożonych ofert. W przypadku oferty Odwołującego, pomimo stwierdzenia spełnienia wymogu w zakresie listwy zaciskowej w oparciu o przewidziany w SIWZ sposób weryfikacji (badanie próbki), Zamawiający uznał, że wymóg ten jest jednak niespełniony w oparciu o treść załączonych do oferty certyfikatów MID (jakkolwiek one również potwierdzały, że omawiane wymagania są spełnione).

Całkowicie inaczej postąpił Zamawiający w przypadku oceny oferty Landis+Gyr. Pomimo ewidentnych wątpliwości co do określonych cech (demontowalności obudowy), które wskazywały na sprzeczność z wymogami Zamawiającego, nie podjął się on analizy treści tych samych dokumentów, co w przypadku oferty Odwołującego, a która dowiodłaby niezgodności oferty Landis+Gyr z SIWZ.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w szczególności z następujących powodów.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Zamawiający potwierdził, że w sposób świadomy określił sposób weryfikacji spełnienia wymogów określonych w pkt 1.30 i 2.30 OPZ poprzez badanie techniczne wzorów. Zamawiający ma bowiem świadomość, że nie wszystkie jednostki notyfikowane, o których mowa w przepisie art. 23 dyrektywy 2004/22/WE lub 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady {dalej: „dyrektywa MID”} umieszczają w certyfikatach badania typu/projektu, o których mowa w dyrektywie MID informacje na temat budowy listwy zaciskowej licznika. W ocenie Zamawiającego wymóg udowodnienia spełnienia wymogów określonych w pkt 1.30 i 2.30 przez przedłożenie certyfikatu badania typu/projektu zawierającego informacje w tym zakresie, mogłoby stanowić czynnik ograniczający konkurencję, który utrudniałby wielu podmiotom wzięcie udziału w postępowaniu oraz uzyskanie zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że wymagał w OPZ, aby oferowane liczniki były dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z wymaganiami zasadniczymi Dyrektywy MID. Według Zamawiającego ponieważ treść certyfikatów badania typu (projektu) przedłożonych przez Odwołującego dla zaoferowanych liczników jasno wskazuje, do jakich przekrojów przewodów używanie listw zaciskowych zostało dopuszczone, co oznacza, że nie jest dopuszczalne w świetle dyrektywy MID stosowanie ich do przewodów o innych przekrojach.

Badanie techniczne dokonywane przez Zamawiającego w istocie zweryfikowało pozytywnie możliwość podłączenia do oferowanych liczników przewodów o wymaganych w SIWZ przekrojach. Nie zmienia to jednak faktu, że przedłożone przez Odwołującego certyfikaty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego stanowią podstawę dopuszczenia liczników do obrotu jedynie w ograniczonym zakresie. Wymagania Zamawiającego sprecyzowane w pkt 1.30 i 2.30 OPZ wskazują zaś jednoznacznie na zamiar Zamawiającego używania liczników przy użyciu przewodów o przekroju odbiegającym od wskazanego w certyfikatach przedstawionych przez Odwołującego. Oznacza to, że zaoferowane przez Odwołującego produkty nie mogłyby być używane przez Zamawiającego zgodnie z jego założeniami wyrażonymi jasno i precyzyjnie w SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego z oczywistych przyczyn dokonywane przez niego badanie techniczne zostaje ograniczone do działań możliwych i niezbędnych z punktu widzenia celu postępowania, tj. do próby podłączenia do licznika różnych przekrojów przewodów. Badanie typu dokonywane na potrzeby wydania certyfikatów ma natomiast dużo szerszy, kompleksowy zakres. Wydawany na jego podstawie certyfikat badania typu/projektu potwierdza zgodność danego urządzenia z wymaganiami norm oraz warunkuje jego wprowadzenie do obrotu. Jeżeli zatem certyfikaty zawierały ograniczenia w zakresie przekrojów przewodów, do których listwy zaciskowe mogą zostać stosowane, ma to podstawę w dokonanych przez jednostkę certyfikującą badaniu o znacznie szerszym zakresie, aniżeli badanie przeprowadzone przez Zamawiającego w toku postępowania. Stosowanie więc takiej listwy zaciskowej do przewodów o innym przekroju, aniżeli wskazane w certyfikacie, może prowadzić do naruszenia bezpieczeństwa odbiorców energii elektrycznej.

Według Zamawiającego powyższe stanowi naruszenie wymogu dopuszczenia oferowanych liczników do obrotu i użytkowania, jaki został zawarty w pkt 1.1 i 2.1 OPZ. Oczywiście jest bowiem, że należy go rozumieć w ten sposób, że konieczne jest dopuszczenie do obrotu i użytkowania licznika w sposób i w zakresie wynikającym z SIWZ i OPZ, nie zaś w dowolny sposób i w odmiennym zakresie. Skoro certyfikaty zawierają ograniczenia zastosowania liczników lub też ich części, nie jest możliwe, aby Zamawiający, ignorując w ten sposób zasady certyfikacji, badał zgodność oferowanego urządzenia z wymogami SIWZ i OPZ w oderwaniu od ich normatywnych

Zamawiający stanął na stanowisku, że już pytanie zadane przez Odwołującego, zawarte w wiadomości e-mail z 6 sierpnia 2018 r. zostało sformułowane w sposób, który miał na celu swoiste odwrócenie uwagi od konieczności weryfikacji zgodności parametrów oferowanych liczników wynikających z certyfikatów z wymogami SIWZ i OPZ.

W odpowiedzi z 9 sierpnia 2018 r. na to pytanie Odwołującego Zamawiający podtrzymał więc stanowisko wyrażone w OPZ w zakresie sposobu weryfikacji wymagań zawartych w 1.30 i 2.30 OPZ co do minimalnych i

maksymalnych przekrojów przewodów stosowanych do liczników poprzez wykonanie badania technicznego. Nie wpływało to jednak na wymóg przedstawienia przez Odwołującego certyfikatu MID1 stanowiącego podstawę dopuszczenia do obrotu i użytkowania w sposób zamierzony przez Zamawiającego, a jasno wynikający z SIWZ.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Zamawiający podkreślił, że wymagał, aby oferowane liczniki były dopuszczone do obrotu użytkowania na podstawie oceny zgodności z wymaganiami zasadniczymi Dyrektywy MID, a także żeby liczniki posiadały na tabliczce znamionowej oznaczenie CE oraz dodatkowe oznaczenie metrologiczne. Zgodnie z motywem 34 dyrektywy MID oznaczenie CE oraz oznaczenie metrologiczne jest najważniejszą cechą dopuszczającą przyrząd pomiarowy (w tym licznik) do użytkowania. Oznakowanie CE oraz dodatkowe oznakowanie metrologiczne, wskazujące na zgodność przyrządu pomiarowego, są widoczną konsekwencją całego procesu obejmującego ocenę zgodności w szerokim znaczeniu. Ogólne zasady dotyczące oznakowania CE i jego związek z innymi rodzajami oznakowania określono w rozporządzeniu (WE) nr 765/2008.

Zgodnie z art. 20 dyrektywy MID zgodność przyrządu pomiarowego z niniejszą dyrektywą wskazana jest przez obecność na nim oznakowania CE i dodatkowego oznakowania metrologicznego, o którym mowa w art. 21. Z kolei zgodnie z przepisem art. 22 ust. 3 dyrektywy MID oznakowanie CE oraz dodatkowe oznakowanie metrologiczne umieszcza się przed wprowadzeniem przyrządu pomiarowego do obrotu.

Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą Odwołujący złożył wzory liczników, w których oznaczenia metrologiczne przedstawione jest w postaci „MXX”, co stanowi oznaczenie niezgodne z przepisami dyrektywy MID oraz z certyfikatami złożonymi przez niego wraz z ofertą. Innymi słowy można stwierdzić, że liczniki z oznaczeniem „MXX” nie są wprowadzone do obrotu. Analizując zdjęcia liczników będących przedmiotem certyfikacji Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że na badanych w ramach procesu certyfikacji próbkach naniesione są prawidłowe i zgodne z dyrektywą MID oznaczenia metrologiczne w postaci oznaczenia „M16” wskazania 2016 jako roku produkcji oraz napisu „sample”.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Wykonawcy przedstawione w piśmie z 5 października 2018 r. oraz powtórzone w odwołaniu nie są wystarczające. W szczególności nie wpływa na powyższą ocenę przedstawione przez Odwołującego pismo producenta ISKRAEMECO z 1 sierpnia 2018 r., z którego wynika, że producent świadomie nie nadrukował po literze M dwóch cyfr oznaczających rok wprowadzenia do obrotu.

Zamawiający podniósł, że przedstawienie produktów przez wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma na celu umożliwienie mu weryfikacji w praktyce, czy odpowiadają one parametrom wskazanym w ofertach i czy spełniają wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co więcej, sprzeczność wzorca z certyfikatem MID budzi wątpliwości Zamawiającego co do objęcia egzemplarza będącego wzorcem certyfikacją, a co za tym idzie, dopuszczenia tego egzemplarza do obrotu i użytkowania,

Zamawiający dodał, że w żadnym z dotychczas przeprowadzonych przez niego postępowaniu przetargowym, również z udziałem Politechu, nie zdarzyło się, żeby oferowane wzorce nie posiadały prawidłowego oznaczenia metrologicznego zgodnego z dyrektywą MID oraz z certyfikatem badania typu (moduł B) lub badania projektu (moduł H), Zamawiający zauważył, że pomimo umieszczenia na rysunku poglądowym oznaczeń „20XX” oraz „MXX”, zamieszczone w certyfikatach zdjęcia konkretnych liczników stanowiących próbki zawierają już zgodne z dyrektywą MID oznaczenia „2016” i „M16”, zdeterminowane datą wytworzenia tych konkretnych egzemplarzy. Natomiast rysunek stanowi jedynie schemat tabliczki znamionowej licznika.

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 4.2.1.10 SIWZ wymagał złożenia po jednym egzemplarzu („Wzorzec”) oferowanych 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem GPRS/UMTS wraz z wszelkimi niezbędnymi licencjami / wyposażeniem liczników (z wyłączeniem sondy optycznej), bez których nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających.

Dla Zamawiającego nie ulega jednak wątpliwości, że wzorzec dołączony do oferty ma również stanowić pierwowzór dla dostaw w przypadku udzielenia zamówienia danemu wykonawcy. Zamawiający wymagał złożenia wzorców spełniających wszystkie wymagania określone OPZ również po to, aby w przypadku zawarcia umowy w wybranym wykonawcą mogły posłużyć do oceny dostarczanych liczników. Stąd w § 3 ust. 6 umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ zawarł postanowienie w brzmieniu: *Zamawiający zastrzega sobie możliwość sprawdzenia w każdym czasie, w trakcie obowiązywania Umowy, źródła pochodzenia Urządzeń (producenta) oraz zgodności dostaw z dostarczonymi wraz z ofertą próbkami Urządzeń.*

Zamawiający dodał, że po zakończeniu realizacji umowy będą one zwracane wykonawcy, a wzorce złożone przez innych oferentów, również zostają im zwrócone, co wynika przede wszystkim z użytego przez niego pojęcia „wzorzec”, które wedle słownikowej definicji oznacza „wzór, schemat mogący być normą dla innych przedmiotów albo zjawisk danego typu”. Wobec tego Odwołujący powinien był jako wzorzec załączyć do oferty pełnowartościowe egzemplarze oferowanych liczników, takie same, jak te które były przedmiotem certyfikacji. Za takie zaś z całą pewnością nie można uznać egzemplarzy niespełniające wymogów zawartych w dyrektywie MID, sprzecznych z certyfikatami, a w konsekwencji będącymi egzemplarzami niedopuszczonymi do obrotu.

Według Zamawiającego z całą pewnością nie ma przeciwwskazań, aby dla celów demonstracyjnych na wskazanych w art. 7 ust. 5 dyrektywy MID przypadkach (tj. na targach handlowych, wystawach, pokazach lub podobnych imprezach) stosować dowolne urządzenia, niespełniające wymagań określonych w przepisach tej dyrektywy (które w związku z tym nie mogą być wprowadzane do obrotu i użytkowania ani używane do rozliczeń). Zamawiający podkreślił jednak z całą mocą, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi „podobnej imprezy” w rozumieniu przywołanego przepisu, gdyż nie jest organizowane w celach demonstracyjnych, a w celu wyboru dostawcy urządzeń spełniających konkretne wymogi zdeterminowane określonymi potrzebami podmiotu, który to postępowanie organizuje. Wobec tego egzemplarz urządzenia, który jest przedstawiany jako wzorzec w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinien być egzemplarzem pełnowartościowym, zawierającym wszystkie cechy oferowanego urządzenia.

Zdaniem Zamawiającego postanowienie SIWZ w zakresie wymogów dot. wzorca były nad wyraz precyzyjne. Wymagane były wzorce urządzeń, na których podstawie będą później dostrajane urządzenia zgodne z przedstawionym certyfikatem MID. Intencją Zamawiającego przy ogłaszaniu postępowania przetargowego nie było przeprowadzanie pokazów, demonstracji, innych imprez w związku z urządzeniem, a wykonanie konkretnych badań technicznych, mających na celu weryfikację oferowanych wzorców liczników zgodnych z certyfikatami MID oraz SIWZ (OPZ).

Zamawiający stwierdził, że deklaracje i oświadczenia producenta nie mają w tym przypadku żadnego znaczenia.

Według Zamawiającego jego wątpliwości, czy oferowany licznik posiada ważne i aktualne certyfikaty MID są jak najbardziej uzasadnione. Zamawiający nie może mieć żadnej pewności, czy produkt, który został przedstawiony jako wzorzec, a który nie posiada poprawnego dodatkowego oznakowania metrologicznego, a co za tym idzie nie jest dopuszczony do obrotu i użytkowania, różni się w tym zakresie od produktu docelowego. Innymi słowy, Zamawiający na

podstawie oceny przedstawionego przez Odwołującego wzorca nie ma możliwości zweryfikowania, czy oferowane urządzenie będą spełniać wymogi w zakresie dodatkowego oznakowania metrologicznego.

Dla Zamawiającego powołanie się przez Odwołującego na art. 7 ust. 5 dyrektywy MID należy uznać za potwierdzenie przez niego, że jako wzorec przedstawiony został przez niego produkt niezgodny z przepisami dyrektywy MID, a zatem niespełniający wymogów SIWZ. Tym samym odrzucenie oferty jest właściwe.

Zamawiający wskazał, że złożenie wzorca z danym określeniem metrologicznym nie generuje konieczności dostarczenia przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia wszystkich egzemplarzy urządzeń z identycznym oznaczeniem. Dwoma symbolami następującymi po symbolu M oznacza się bowiem bieżący rok produkcji oraz rok nadania cechy metrologicznej. Symbole umieszczone na poszczególnych egzemplarzach mogą zatem różnić się, w zależności od tego, kiedy dany egzemplarz został wyprodukowany. Istotne jest jednak, aby oznaczenie na każdym egzemplarzu zostało ustalone według tej samej zasady, a nie w sposób dowolny. Umieszczenie prawidłowego symbolu na wzorcu potwierdzałoby wyprodukowanie egzemplarza będącego wzorcem w konkretnym roku, a jednocześnie spełnienie przez ten egzemplarz wymogu dot. oznaczenia określonego w art. 21 ust. 2 dyrektywy MID.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Zamawiający stwierdził, że licznik Landis+Gyr odpowiadała wymaganiom wyrażonym w punktach 1.54g i 2.54g OPZ, zgodnie z którymi Zamawiający wymaga, aby liczniki z rozbierną obudową posiadały czujnik zdjęcia obudowy licznika. Wymaganie to nie dotyczy zatem oferowanych przez wykonawców liczników z nierozbierną obudową.

Zamawiający podkreślił, że w żadnym punkcie SIWZ nie określił wymagań odnośnie sposobu realizacji nierozbierności urządzenia, która może być realizowana na wiele sposobów, np. poprzez klejenie obudowy, zgrzewanie obudowy, czy zastosowanie śrub z łbem zrywalnym. Wszystkie te powyższe metody są akceptowane przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił uwagę, że dotychczas akceptował wszystkie powyższe sposoby zabezpieczenia licznika przed nieautoryzowanym rozebraniem licznika.

Zdaniem Zamawiającego zastosowane przez firmę Landis+Gyr naklejki hologramowe nie są plombami w myśl dyrektywy MID lub Certyfikatów badania typu/projektu, gdyż żadne plomby hologramowe tzw. MID nie posiadają numerów seryjnych, a jedynie logo producenta, co można zauważyć u innych producentów liczników. Nieprawdą jest też, że dla liczników z nieotwieralną obudową plomby zabezpieczające nie są stosowane (

Zamawiający przywołał art. 18 pkt 4 dyrektywy MID, zgodnie z którym producent wskazuje miejsce naniesienia oznaczeń i plomb. Zwrócił uwagę, że ten wymóg Landis+Gyr spełnia, gdyż sposób plombowania określony jest w pkt 2 rozdziału pt. „Plomby Certyfikatu WE badania typu”. Stąd opisany w odwołaniu sposób plombowania w żaden sposób nie świadczy o tym, że licznik nie jest nierozbierny.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący pomija niezwykle istotną w tym kontekście okoliczność, że liczniki będące przedmiotem tego postępowania przetargowego są wyposażone w modemy komunikacyjne realizujące zdalny odczyt danych pomiarowych z liczników. Liczniki takie są odczytywane zdalnie przez Zamawiającego z częstotliwością co najmniej raz na dobę, a system odczytowy Zamawiającego jest ustawiony na wyszukiwanie wszelkich nieprawidłowości w pracy licznika. Zamawiający nadmieniał również, że liczniki zaoferowane przez Przystępującego posiadają również czujnik zdjęcia osłony listwy zaciskowej wymagany w punkcie 1.54f i 2.54f. Otwarcie obudowy licznika (nawet gdyby była ona rozbierna w rozumieniu pkt 1.54g i 2.54g OPZ) nie mogłoby nastąpić bez wcześniejszego zdjęcia osłony listwy zaciskowej. Dlatego też Zamawiający większy nacisk położył na posiadanie przez licznik własnej sygnalizacji zdjęcia osłony listwy zaciskowej, a mniejszy na sygnalizację otwarcia obudowy, nie wymagając tej funkcjonalności w stosunku do liczników z nierozbierną obudową.

Zamawiający oświadczył, że każda ewentualna próba ingerencji do wnętrza licznika oferowanego przez Przystępującego wymaga podjęcia następujących czynności: (i) zerwania plomb Zamawiającego (Zamawiający stosuje plomby z tworzywa sztucznego możliwe do jednorazowego zastosowania posiadające unikalny numer fabryczny), (ii) otwarcia osłony skrzynki zaciskowej (co spowoduje zadziałanie sygnalizacji licznika zgodnej z wymaganiami zawartymi w punkcie 1.54f i 2.54f OPZ), (iii) wyjęcia modułu komunikacyjnego (co spowoduje zadziałanie dodatkowej sygnalizacji licznika), (iv) zerwania plomb na obudowie licznika oraz, co najistotniejsze, (v) podjęcia próby sforsowania śrub z łbem zrywalnym. Wszystkie te działania odbywać się muszą w miejscu zainstalowania licznika, które w przeważającej większości przypadków znajdują się w trudnej do swobodnego dostępu szafce licznikowej. Dodatkowo licznik energii elektrycznej znajduje się pod napięciem, co stanowi istotne utrudnienie w swobodnym manipulowaniu przy liczniku. Nie pozostaje to więc bez wpływu na ocenę, czy zastosowane w danym liczniku rozwiązanie jest wystarczające dla realizacji nierozbierności licznika.

Zamawiający podsumował, że uważa więc obudowy liczników zaoferowanych przez firmę Landis+Gyr za spełniające wymagania nierozbierności w rozumieniu pkt 1.54g i 2.54g OPZ. W opinii Zamawiającego nierozbierność obudów produktów, jakimi są liczniki energii elektrycznej, nie polega na całkowitej niemożności ich rozebrania, gdyż osiągnięcie takiego stanu nie jest w praktyce możliwe. Niezależnie od sposobu wykonania i zamontowania obudowy, jej rozebranie lub demontaż będzie zawsze możliwe przy zastosowaniu technik mniej lub bardziej inwazyjnych (np. rozcięcie, przewiercenie czy rozbicie). Stan nierozbierności pożądaną przez Zamawiającego może być natomiast osiągnięty poprzez zastosowanie takich rozwiązań, które poinformują Zamawiającego o takiej próbie (np. takich, jak określone w wymaganiach zawartych w pkt 1.54f i 2.54f, które urządzenia zaoferowane przez Przystępującego spełniają).

28 grudnia 2018 r. Landys+Gyr sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3dniowego terminu oraz przy dopełnieniu wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał

dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która według kryteriów oceny ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyby nie została odrzucona. Jednocześnie czynność ta, która objęta jest zarzutami odwołania, naraża Odwołującego na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, gdyż żadna z dwóch podstaw faktycznych opisanych w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego nie świadczy o niezgodności treści oferty Politechu z treścią s.i.w.z. w rozumieniu powyższego przepisu, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony oblikuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanego urządzenia, jak w tym postępowaniu).

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie o dokumentach”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia o dokumentach, względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych urządzeń, które zostały sprecyzowane w ofercie. Zatem konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te spowodują się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie

odrzuconiu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Zdaniem Izby z s.i.w.z., w tym z załącznika A zawierającego opis przedmiotu zamówienia wynika, że ogólne wymaganie techniczne opisane w pkt 1.1.3 (odpowiednio w pkt 2.1.3 dla licznika 3-fazowego) ogranicza się do sprawdzenia w oparciu o tzw. certyfikat MID, czy oferowany przez danego wykonawcę licznik, sprecyzowany co do typu (modelu) urządzenia i jego producenta w ofercie, jest dopuszczony do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z wymaganiami zasadniczymi Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (Dz. U. UE L 96/149) {tzw. „dyrektywy MID”}.

W sprawie za niesporne należy uznać, że wymagania zasadnicze określone w tej dyrektywie nie określają wymaganego dla liczników energii elektrycznej zakresu przekroju przewodów, które można podłączyć do listwy zaciskowej licznika. Wymaganie w tym zakresie zostało odrębnie opisane w pkt 1.30 (odpowiednio w pkt 2.30 dla licznika 3-fazowego) przez Zamawiającego, który jednocześnie określił, że podejmuje się weryfikacji jego spełnienia w drodze przeprowadzonego we własnym zakresie badania technicznego.

W tych okolicznościach uznanie przez Zamawiającego, że doszło do niespełnienia pkt 1.1 (odpowiednio pkt 2.1 dla licznika 3-fazowego) {*de facto* 1.1.3 lub 2.1.3, gdyż treść podanego uzasadnienia nawiązuje tylko do kwestii dopuszczenia do obrotu i użytkowania}, jak to określili, „w odniesieniu do pkt 1.30” (odpowiednio pkt 2.30 dla licznika 3-fazowego) nie znajdujące oparcia ani w treści dyrektywy MID, ani w postanowieniach s.i.w.z. dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i sposobu weryfikacji spełnienia postawionych wymagań technicznych. Innymi słowy z treści załącznika A nie wynika, aby zakres tych wymagań niejako krzyżował się, wręcz przeciwnie, jest rozłączny, a sposób ich weryfikacji jest odrębny.

W rezultacie Zamawiający – postępując według reguł przez siebie określonych w s.i.w.z. – nie może przy pozytywnym wyniku badania technicznego co do spełniania przez dany licznik wymagania odnośnie zakresu przekrojów przewodów, które można podłączyć do listwy zaciskowej, jednocześnie wywieść na podstawie treści certyfikatu MID, w którym wskazano większy zakres średnic przewodów, że licznik ten nie jest dopuszczony do obrotu i użytkowania w odniesieniu do pełnego wymaganego w tym postępowaniu zakresu średnic przewodów. Innymi słowy według s.i.w.z. w ramach weryfikacji spełniania wymagania z pkt 1.1.3 (lub 2.1.3) mieści się sprawdzenie w oparciu o certyfikat MID, czy oferowany licznik spełnia wymagania zasadnicze dyrektywy MID. Natomiast Zamawiający wziął na siebie sprawdzenie techniczne, czy do oferowanego licznika można podłączyć przewody o zakresie przekrojów, który określił adekwatnie do swoich potrzeb.

Jak wykazał Odwołujący, sytuacja przedstawiałaby się odmiennie, gdyby Zamawiający – tak jak uczynił to w równoległe prowadzonym postępowaniu dotyczącym tzw. liczników komunalnych – ustalił, że dla potwierdzenia spełnienia parametru co do zakresu średnic przewodów przyłączeniowych wymaga, oprócz pozytywnego wyniku badania technicznego, aby dodatkowo zakres ten znalazł odzwierciedlenie w certyfikacie MID.

Ponadto postępowanie Zamawiającego należy uznać za działanie w złej wierze z uwagi na treść uprzednio udzielonych przez niego wyjaśnień treści s.i.w.z. Pytanie (oznaczone w piśmie Zamawiającego z 5 sierpnia 2018 r. nr 24) zadane przez Politech zmierzało do upewnienia się, czy spełnianie analogicznych wymagań z pkt 1.30 i 2.30 będzie w tym konkretnym postępowaniu rzeczywiście weryfikowane wyłącznie w oparciu o przeprowadzone przez Zamawiającego badanie techniczne (z uwzględnieniem treści kart katalogowych oraz instrukcji obsługi), czy też również w oparciu o treść certyfikatu MID co do sugerowanych średnic przewodów. Odpowiedź Zamawiającego, że podtrzymuje brzmienie postanowień pkt 1.30 i 2.30, w dobrej wierze mogła zostać odczytana jako potwierdzenie, że spełnianie parametrów dotyczących zakresu średnic przewodów będzie weryfikowane wyłącznie w toku badania technicznego, a zatem nie musi znaleźć odzwierciedlenia w certyfikacie MID.

Tym samym Zamawiający nie może wyciągać względem Odwołującego negatywnych konsekwencji z faktu, że nie udzielił wyjaśnienia lub nie zmienił treści s.i.w.z. w taki sposób, aby uczynić certyfikat MID punktem odniesienia dla weryfikacji spełnienia wymagań określonych w pkt 1.30 i 2.30 OPZ.

Zdaniem Izby również druga stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność próbek złożonych przez Politech, tym razem z pkt 1.1.4 opisu przedmiotu zamówienia, nie mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż jest jedynie przejawem skrajnie formalistycznego podejścia do badania oferty Politechu, które nie wskazuje na merytorycznie istotną rzeczywistą niezgodność treści tej oferty z treścią s.i.w.z.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że niezależnie od tego, jak nazwać egzemplarze liczników składane przez wykonawców wraz z ofertą {Zamawiający nie ustrzegł się tu niekonsekwencji terminologicznej, gdyż według pkt 4.2.1.10 jest to „wzorzec”, a w § 3 ust. 6 wzoru umowy (załącznik nr 5 do s.i.w.z) „próbka”}, poza wszelkim sporem jest okoliczność, że nie podlegają one zaliczeniu na poczet realizacji dostaw przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa. Nie tracą zatem statusu próbki czy wzoru w rozumieniu § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach, a te z istoty swej nie muszą być tożsame z przedmiotem dostaw, którego zgodność z wymaganiami zamawiającego mają potwierdzać.

Z treści pkt 4.2.1.10 s.i.w.z. wynika, że oferta musiała zawierać po jednym egzemplarzu („Wzorcu”) oferowanych 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modelem GPRS/UMTS wraz z wszelkimi niezbędnymi licencjami i wyposażeniem liczników (z wyłączeniem sondy optycznej), bez których nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających. Powyższe postanowienie ani żadne inne zawarte w s.i.w.z. nie definiują, co należy rozumieć przez „badanie techniczne”, które zostało wskazane w załączniku A do s.i.w.z. jako jeden ze sposobów weryfikacji, czy oferowane liczniki spełniają wymagania techniczne opisu przedmiotu zamówienia. Z uzasadnienia odrzucenia oferty nie wynika, że wzorce złożone przez Politech uniemożliwiły sprawdzenie ich pełnej funkcjonalności czy wykonanie testów sprawdzających.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że z art. 21 ust. 2 dyrektywy MID wynika, że dodatkowe oznakowanie metrologiczne ma składać się z dużej litery „M” i dwóch ostatnich cyfr roku jego naniesienia, a według art. 22 ust. 3 dyrektywy MID należy je umieścić przed wprowadzeniem przyrządu pomiarowego do obrotu. Jednocześnie według definicji zawartych w art. 4 dyrektywy MID „wprowadzenie do obrotu” oznacza pierwsze udostępnienie przyrządu pomiarowego na rynku unijnym (pkt 6), a „udostępnienie na rynku” oznacza każde dostarczenie przyrządu pomiarowego do celów dystrybucji lub używania na rynku unijnym w ramach działalności handlowej, odpłatnie lub nieodpłatnie (pkt 5). Należy jednak zauważyć, że powyższe wymagania co do oznaczenia metrologicznego odnoszą się do egzemplarzy

liczników, które będą świadczone w ramach umowy na ich dostawę zawartej z wybranym wykonawcą.

Natomiast nie znajdują one zastosowania w stosunku do egzemplarzy wzorcowych liczników albowiem te – z punktu widzenia dyrektywy MID – nie były wprowadzane do obrotu ani do użytkowania. Wręcz przeciwnie, egzemplarze wzorcowe według przywołanego powyżej postanowienia s.i.w.z. miały służyć sprawdzeniu spełniania przez oferowane liczniki wszystkich wymaganych funkcji i umożliwiać przeprowadzenie w tym celu testów sprawdzających. Z tego względu wykonawcy mogli przedstawić egzemplarze wzorcowe liczników, które zostały zabezpieczone przez producenta w celu uniemożliwienia wprowadzenia ich do obrotu. W tym celu producent licznika oferowanego przez Odwołującego zdecydował się nie tylko na oznaczenie, że jest to „próbka” (ang. „sample”), ale dodatkowo na użycie w oznaczeniu metrologicznym zamiast cyfr oznaczających rok produkcji znaków „X”, co zostało Zamawiającemu jednoznacznie wyjaśnione przez Politech w toku badania jego oferty. W ocenie Izby mieści się to w ramach dopuszczonej w art. 7 ust. 5 dyrektywy MID prezentacji przyrządów pomiarowych niezgodnych z tą dyrektywą na targach handlowych, wystawach, pokazach lub podobnych imprezach, pod warunkiem że widoczne oznaczenia jasno wskazują niezgodność przyrządu i brak możliwości jego udostępniania na rynku i oddawania do użytku przed doprowadzeniem do zgodności.

W § 3 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie możliwość sprawdzenia, w każdym czasie w trakcie obowiązywania umowy, źródła pochodzenia liczników (producenta) oraz zgodności przedmiotu dostawy z dostarczonymi wraz z ofertą próbkami tych liczników. A w przypadku gdy dostarczane liczniki nie będą pochodzić z deklarowanego producenta lub gdy nie będą zgodne z próbkami dostarczonymi z ofertą, Zamawiający (po uprzednim wezwaniu wykonawcy do usunięcia tego naruszenia w ciągu 14 dni od dnia otrzymania przez niego wezwania) będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, w całości lub w części, z winy wykonawcy. Przy czym oświadczenie o odstąpieniu od umowy może zostać złożone przez Zamawiającego aż do dnia upływu terminu realizacji umowy.

Zdaniem Izby również powyższe postanowienie umownego nie stanowi podstawy dla egzekwowania w stosunku do egzemplarza testowego licznika oznaczenia metrologicznego zawierającego cyfry wskazujące na konkretny rok produkcji. Niezgodność przedmiotu dostawy z wzorami złożonymi w postępowaniu należy racjonalnie interpretować jako dostarczanie innego typu (modelu) licznika, o odmiennych parametrach technicznych. Natomiast nieuzasadnione są obawy Zamawiającego wyrażone na rozprawie, że w ramach dostaw otrzyma liczniki z oznaczeniem metrologicznym niezawierającym cyfr wskazujących na rok ich produkcji. Zamawiający nadmierną uwagę przykładła do tego, że złożone wraz z ofertą egzemplarze liczników miały stanowić wzorzec dla liczników dostarczanych w ramach umowy, gdyż należy to rozpatrywać w kontekście celu jakiego miały służyć owe wzorce, czyli umożliwienie sprawdzenia, czy oferowany typ urządzenia osiąga wymagane parametry techniczne oraz ewentualnie cechuje się walorami technicznymi dodatkowo punktowanymi. Oczywiście jest, że przedmiotem dostawy będą egzemplarze przeznaczone do wprowadzenia do obrotu, a nie egzemplarze liczników wyraźnie oznaczone przez producenta jako próbki.

Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu, że w tym postępowaniu Zamawiający uczynił egzemplarze wzorcowe elementem składanej oferty, który jest również podstawą do przyznania punktacji w kryterium dodatkowych walorów technicznych. W ocenie Izby nawet gdyby uznać, że Zamawiający może egzekwować od wykonawców, aby próbki opatrzone zostały oznaczeniem metrologicznym zawierającym konkretny rok produkcji, przed odrzuceniem oferty winien umożliwić Odwołującemu uzupełnienie tej próbki w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Nie prowadziłyby to do naruszenia zasady niezmienności treści oferty wynikającej z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, gdyż za niedopuszczalne należy uznać żądanie takiego uzupełnienia dokumentów, które prowadziłyby do zaoferowania Zamawiającemu innego przedmiotu aniżeli pierwotnie wskazany w ofercie, np. prowadzącego do zastąpienia urządzenia X, co którego nie wiadomo czy spełnia wymagania techniczne zamawiającego, na urządzenie Y takie wymagania spełniające (por. wyrok Izby z 7 maja 2014 r. sygn. akt KIO 796/14). Tymczasem żądanie uzupełnienia oznaczenia metrologicznego na wzorcach nie prowadziłyby do zmiany przedmiotu oferowanego przez wykonawcę świadczenia, nie odnosi się również do cech technicznych punktowanych dodatkowo w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert (Zamawiający miałby zresztą możliwość sprawdzenia, czy wzorce – złożony pierwotnie i uzupełniony – są tożsame pod względem parametrów technicznych), a wzorce nie stanowiły ani całości, ani części tego świadczenia.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 3 listy zarzutów}

W ocenie Izby zarzut zawarty w odwołaniu opiera się na przypuszczeniach co do sposobu zabezpieczenia obudowy wzorów liczników oraz dowolnej interpretacji certyfikatów i instrukcji obsługi złożonych przez Landys+Gyr. W szczególności nie wiadomo na jakiej podstawie Odwołujący założył, że występowanie na górnej krawędzi obudowy dwóch śrub zabezpieczonych plombami oznacza, że obudowa jest przeznaczona do rozbierania i jest to możliwe bez widocznego naruszenia jej integralności.

Przed wszystkim przeprowadzone na wniosek Odwołującego na rozprawie okazanie złożonych przez Landys+Gyr wraz z ofertą wzorów liczników nie wykazało, że ich obudowa jest rozbieralna, gdyż widoczne gładkie łby śrub w prawym i lewym rogu nie dawały podstaw do przyjęcia, że można je wykręcić, a następnie przykręcić, a tym bardziej, że pozwoli to na otwarcie obudowy licznika.

Natomiast niczego nie wniosły do sprawy wydruki korespondencji elektronicznej złożone przez Odwołującego na rozprawie, gdyż nie sposób na ich podstawie stwierdzić, że prowadzona była w imieniu jednostki, która wydała certyfikaty MID dla liczników oferowanych przez Landys+Gyr, ani, że z treści udzielonych odpowiedzi na zadane pytania wynika potwierdzenie rozbieralności obudowy tych liczników.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 4 listy zarzutów}

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wynikającej z art. 7 ust. 1 pzp zasady równego traktowania wykonawców, gdyż choć Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, nie było również podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. Ponadto podstawy faktyczne tych zarzutów nie odnoszą się do tożsamyh okoliczności, więc nawet w razie zasadności zarzutu sformułowanego względem oferty Landys+Gyr, nie byłby to przejaw faworyzowania Przystępującego względem Odwołującego.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 5 i 6 listy zarzutów}

Skoro potwierdziły się zarzuty niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, zarzut zaniechania wezwania go do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp należy uznać za bezprzedmiotowy.

Pomimo nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie wezwania go do wyjaśnień odnośnie możliwości rozebrania obudowy oferowanych przez niego liczników również podlega oddaleniu. Stawianie takiego zarzutu z ostrożności nie może zastępować wykazania zasadności zarzutu podstawowego. Odwołujący powinien wykazać, że oferta Landys+Gyr podlega odrzuceniu, czemu nie sprostał, pomimo spoczywającego na nim z mocy art. 190 ust. 2 pzp ciężaru udowodnienia swoich twierdzeń.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, a w zakresie trzeciego zarzutu – nie stwierdziła naruszenia tego przepisu, z tego względu – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis, a także jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które zostały potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem.

Przewodniczący: