Sygn. akt: KIO 1851/19

WYROK

z dnia 15 października 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 3 i 15 października 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2019 roku przez wykonawcę Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polską Spółkę Gazownictwa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie

przy udziale:

A) wykonawcy Itron Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1851/19 po stronie Odwołującego

B) wykonawcy Elektrometal spółka akcyjna z siedzibą w Cieszynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1851/19 po stronie Odwołującego

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Tarnowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1851/19

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowskich Górach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2019 roku pod numerem 2019/S 174-425146.

20 września 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na sformułowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej: „SIWZ"] w sposób naruszający reguły ustawę tj. przez wprowadzenie w pkt 16.4 SIWZ, jako jednego z kryteriów oceny ofert, wskaźnika I - posiadanie certyfikatu Q INIG, o wartości 3 punkty

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 i 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy przez przyznanie w ramach kryterium oceny ofert dodatkowych 3 punktów za posiadanie certyfikatu Q INIG, podczas gdy posiadanie tego certyfikatu - w świetle innych wymagań oraz kryteriów pozacenowych SIWZ - jest bezprzedmiotowe, a tym samym nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, naruszając jednocześnie uczciwą konkurencją w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1) przeprowadzenie dowodów wnioskowanych na rozprawie;

2) uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ w następujący sposób:

a) przez wykreślenie pkt 9.3.4. SIWZ o treści: Certyfikat na znak bezpieczeństwa i jakości QINiG dla danego typu Gazomierza wydany na postawie Kryteriów Technicznych - KT 60-98 wyd. 5„Gazomierze miechowe. Wymagania i badania." wprowadzonych przez INiG PIB,

b) przez wykreślenie z pkt 16.4 SIWZ wskaźnika I - posiadanie certyfikatu Q!NIG jako jednego z kryteriów oceny ofert, tj. wykreślenie następującego fragmentu

tego pkt:

wskaźnik I - posiadanie certyfikatu QINIG, wartość wskaźnika 3 punkty.

Ocena tego wskaźnika zostanie dokonana w oparciu przedłożony certyfikat Q INiG, o którym mowa w pkt 9.3.4 SWiZ na zasadach

- wykazanie przez Wykonawcę posiadania certyfikatu QINIG dla oferowanego typu Gazomierza i = 3,

- brak wykazania przez Wykonawcę posiadania certyfikatu QINIG dla oferowanego typu Gazomierza 1 = 0

c) modyfikację wzoru wyliczenia Kryterium B - ocena techniczna Gazomierzy, zawartego w pkt 16.4 SIWZ, w następujący sposób:

B = J + K+L + M + N

oraz dostosowanie całkowitej punktacji w SIWZ do tego wzoru (ewentualnie, na wypadek uznania przez Izbę, że wprowadzenie tego wskaźnika jest zasadne z uwagi na potwierdzenie spełnienia przez oferowane typy gazomierzy normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN

1359:2004/A1:2006)

d) przez zmianę pkt. 9.3.4. w następujący sposób:

Certyfikat na znak bezpieczeństwa i jakości Q INiG dla danego typu Gazomierza wydany na postawie Kryteriów Technicznych - KT 60-98 wyd. 5 „Gazomierze miechowe. Wymagania i badania wprowadzonych przez INiG PIB lub inny równoważny certyfikat, w zakresie potwierdzającym spełnienie dla danego typu Gazomierza normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006.

e) przez zmianę w pkt. 16.4 SIWZ fragmentu dotyczącego wskaźnika I w następujący sposób:

wskaźnik I - posiadanie certyfikatu Q INIG lub innego równoważnego certyfikat, w zakresie potwierdzającym spełnienie dla danego typu Gazomierza normy PN-EN 1359:2017 lub normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/AI:2006.

Ocena tego wskaźnika zostanie dokonana w oparciu przedłożony certyfikat Q INiG lub certyfikat równoważny, w zakresie potwierdzającym spełnienie przez dany typ Gazomierza normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006, o którym mowa w pkt 9.3.4 SWIZ na zasadach

- wykazanie przez Wykonawcę posiadania certyfikatu QINfG dla oferowanego typu Gazomierza lub certyfikatu równoważnego, w zakresie potwierdzającym spełnienie przez oferowany typ Gazomierza normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:20061 = 3,

- brak wykazania przez Wykonawcę posiadania certyfikatu QINIG dla oferowanego typu Gazomierza lub certyfikatu równoważnego, w zakresie potwierdzającym spełnienie przez oferowany typ Gazomierza lub normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/AI:20061 = 0.

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu opłaty od Odwołania oraz kosztów zastępstwa radcowskiego, według rachunków, które będą przedłożone przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu, więc ma interes w uzyskaniu zamówienia. Może również ponieść szkodę w rezultacie naruszenia przez Zamawiającego reguł określonych w ustawie, gdyż obecna treść SIWZ - w zakresie kryteriów oceny oferty, bezpodstawnie preferuje (przez przyznanie dodatkowych 3 punktów) grupę wykonawców, którzy dysponują certyfikatem Q INiG dla oferowanego typu gazomierzy, a - w konsekwencji - narusza uczciwą konkurencję i podważa równą pozycję wykonawców. Uprawnienie od odwołania od treści SIWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia oraz sama deklaracja, że jest się zainteresowanym uzyskaniem zamówienia.

<u>Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:</u>

W dniu 10 września 2019 roku Zamawiający ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wszczęcie postępowania przetargowego pn: Dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ oraz pozostałe dokumenty, w oparciu o które zamierza przeprowadzić Postępowanie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pominął jednak, iż jedno z kryterium oceny ofert narusza podstawowe zasady ustawy, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji oraz podważają równą pozycję wykonawców w Postępowaniu.

W ramach kryteriów oceny ofert (pkt 16 SIWZ) Zamawiający wprowadził kryterium B oceny ofert w postaci Oceny technicznej Gazomierzy, w ramach którego to kryterium możliwe jest zdobycie łącznie 55 ze 100 punktów (pozostałe 45 punktów odnosi się do kryterium ceny). Punktacja w zakresie Oceny technicznej Gazomierzy obejmuje sześć elementów składowych, zwanych wskaźnikami. Pierwszym ze wskaźników jest wskaźnik I - posiadanie certyfikatu Q INIG dla oferowanego typu gazomierza. Wartość tego wskaźnika wynosi 3 punkty, przy czym jego ocena ma zostać dokonana w oparciu przedłożony certyfikat QINiG, o którym mowa w pkt. 9.3.4 SWIZ na następujących zasadach: wykazanie przez Wykonawcę posiadania certyfikatu QINIG dla oferowanego typu Gazomierza I = 3 punkty, brak wykazania przez Wykonawcę posiadania certyfikatu 0.INIG dla oferowanego typu Gazomierza I = 0 punktów.

Odwołujący podniósł, iż przyznawanie w ramach niniejszego postępowania dodatkowej punktacji za legitymowanie się dla danego typu gazomierza certyfikatem O. INiG stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy. Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest takie określenie kryteriów oceny ofert, które nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie skutkuje uprzywilejowanie określonej grupy wykonawców, zdolnych do należytego wykonania zamówienia (wskazał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 16 maja 2017 r, KIO 833/17; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2014 r. KIO 2559/14).

Odwołujący wskazał, że zdaje sobie sprawę, że art. 91 ust. 2 ustawy nie zabrania przyjęcia opisu kryterium przez wskazanie konkretnego certyfikatu funkcjonującego na rynku i dostępnego wykonawcom, potwierdzającego pożądane i punktowane z tego powodu parametry przedmiotu dostawy. Nie mnie jednak, kryterium takie w świetle innych kryteriów zawartych w SIWZ, czy też wymagań opisu przedmiotu zamówienia - musi mieć obiektywne znaczenie Zamawiającego, tym bardziej w sytuacji w której stawia określoną grupę wykonawców w korzystniejszej sytuacji.

Mając na uwadze zasady ustalania kryteriów oceny ofert w świetle zasady proporcjonalności oraz zapewnienia konkurencji, Odwołujący wskazał, iż jedynym podmiotem wydającym certyfikat Q INiG jest Instytut nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy (ul. Lubicz 25 A, 31-503 Kraków). Certyfikat Q INiG potwierdza zgodność określonego typu gazomierza z wymaganiami Normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 oraz, tam gdzie ma to zastosowanie (tj. w przypadku gazomierzy wyposażonych w systemy elektroniczne - wyjaśnienie w pkt 16 poniżej) wybrane wymagania normy PN-EN 16314:2013 i PN-EN 12405-1+A2:2010, a także - w ocenie certyfikującego instytutu - dodatkowe wymagania takie jak:

- minimalny zakres temperatury otoczenia i gazu: od -25 °C do +55 °C,

- odporność na wysoką temperaturę otoczenia 650 °C (badany jest cały gazomierz a nie tylko jego obudowa),

- trwałość. Minimalny czas badania trwałości wynosi 5 000 godzin. Producent może zdeklarować dłuższy czas badania trwałości gazomierzy, przy czym nie może on być większy niż 10 000 godzin. Ponadto, trwałość gazomierza poza tym iż jest badana metodą znormalizowaną, bada się metodą autorską opracowaną przez INiG-PIB,

- odporność na korozję badana jest na całych gazomierzach, jak również na próbkach w postaci płytek lub fragmentów obudowy. Próbki mogą być dostarczone przez klienta w przypadku stosowania płytek lakierowanych, natomiast fragmenty obudowy oraz płytki próbne z obudowy, dla których stosuje się wyłącznie powłokę ochronną metaliczną (brak ochronnej powłoki lakierowej) mogą być pobrane wyłącznie przez zespół badawczy InG-PIB z obudowy gazomierza,

- odporność na nielegalny pobór gazu,

- odporność na działanie magnesu neodymowego,

- oznakowanie tabliczki znamionowej kodem kreskowym.

Odwołujący wskazał, że spełnienie wybranych wymagań normy PN-EN 16314:2013 (Gazomierze - Dodatkowe funkcjonalności) i PN-EN 12405-1+A2:2010 (Gazomierze -

Przeliczniki - Część 1: Przeliczanie objętości) w ogóle nie znajduje zastosowania do gazomierzy objętych Postępowaniem. Wymagania tego odnoszą się bowiem do gazomierzy wyposażonych w systemy elektroniczne (norma PN-EN-16314:2013 - do gazomierzy z liczydłem elektronicznym, a norma PN/EN-12405+A2:2010 - do przeliczników), podczas gdy Postępowanie dotyczy wyłącznie gazomierzy miechowych, które w takie systemy nie są wyposażone.

Natomiast zgodność określonego typu gazomierza z wymaganiami normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 stanowi podstawy wymóg opisu przedmiotu zamówienia, potwierdzany przez stosowne oświadczenie wykonawcy składane w ofercie, a jego niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ, a zatem nie może on równocześnie stanowić podstawy przyznania wykonawcy zwiększonej ilości punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

W pkt 5.2 Formularza Oferty (Załącznik nr 2 do SIWZ) nałożono na wykonawcę obowiązek oświadczenia, że oferowane gazomierze spełniają wszystkie wymagania określone w rozdziale 3 SIWZ w odniesieniu do części zamówienia, na które składana jest oferta. W pkt. 3.3 SIWZ wskazano z kolei, że szczegółowy opis Produktów stanowiących Przedmiot zamówienia zawiera Załącznik nr 1 (Szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne dla Przedmiotu Zamówienia) do wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 7 do SiWZ. Tymczasem w pkt 1.3 Załącznika nr 1 zawarto wymóg, że gazomierze musza być co najmniej zgodne z normą PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006.

Jeżeli natomiast chodzi o spełnienie wszystkich opisanych powyżej wymagań dodatkowych które ma potwierdzać certyfikat Q INiG, to za spełnienie części z nich jest już przyznawana punktacja w części pozostałych wskaźników (J, I M), zawartych w ramach kryterium B - Ocena techniczna Gazomierzy (pkt 16.4 SIWZ), a spełnienie pozostałych wymagań stanowi podstawy wymóg opisu przedmiotu zamówienia.

Spełnienie wymogu - minimalny zakres temperatury otoczenia i gazu: od -25 °C do +55 °C - punktowane jest już w ramach wskaźnika L - wpływ temperatury otoczenia na błędy wskazań Gazomierza. Przewidziany w certyfikacie Q INiG minimalny zakres temperatury otoczenia i gazu odnosi się właśnie od dopuszczalnego zakresu błędów wskazań gazomierzy w określonych zakresach temperatur, co potwierdza wskazany na str. 42 certyfikat Q INiG sposób określenia wskaźników oceny technicznej gazomierza (wskaźnik $L_{0,}$). Istotnym jest, że warunkiem przyznania punktacji w ramach tego wskaźnika są Wyniki badań dla danego typu Gazomierza, odnośnie błędów wskazań Gazomierza w deklarowanym (w pkt 12 Załącznika nr 3 do SIWZ) zakresie temperatury otoczenia i gazu, wykonanych przez niezależną od producenta i Wykonawcy jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie (pkt 9.3.3 SIWZ). Dokładnie takie same wyniki badań stanowią podstawę dla oceny spełnienia tego wymogu w ramach certyfikatu Q INiG.

Spełnienie wymogu, odporność na wysoką temperaturę otoczenia 650 °C (badany jest cały gazomierz a nie tylko jego obudowa), wynika natomiast z pkt. 6.5.5 samej normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 („Odporność"). W istocie nie jest to zatem wymóg „dodatkowy", a spełnienie tego wymogu stanowi podstawy wymóg opisu przedmiotu zamówienia w ramach Postępowania.

Wymaganie - trwałość. Minimalny czas badania trwałości wynosi 5 000 godzin. Producent może zdeklarować dłuższy czas badania trwałości gazomierzy, przy czym nie może on być większy niż 10 000 godzin. Ponadto, trwałość gazomierza poza tym iż jest badana metodą znormalizowaną, bada się metodą autorską opracowaną przez INiG-PIB - wynika ze wskaźnika J - wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej Gazomierzy (trwałości) powyżej wymagań normy PN-EN 1359:2004 (lub równoważnej) wraz ze zmianami określonymi w PN-EN 1359:2004/Al:2006 (U) (lub równoważnej) lub PN-EN 1359:2017 (lub równoważnej). Wskazać przy tym należy, że w ramach tego wskaźnika, dla badania wg normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006, minimalny punktowany czas stabilności to 5000h (jest to wymaganie minimalne przewidziane przez samą normę), a maksymalny punktowany czas stabilności to10000h, co dokładnie odpowiada zakresowi czasu badania trwałości, wynikającemu z certyfikatu Q INiG. Istotnym jest, że warunkiem przyznania punktacji w ramach tego wskaźnika są Wyniki badań dla danego typu Gazomierza odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej (trwałości) wykonanych przez niezależną od producenta i Wykonawcy jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie (pkt 9.3.3 SIWZ). Dokładnie takie same wyniki badań stanowią podstawę dla oceny spełnienia tego wymogu w ramach certyfikatu Q INiG.
Spełnienie wymogu - odporność na korozję badana jest na całych gazomierzach, jak również na próbkach w postaci płytek lub fragmentów obudowy. Próbki mogą być dostarczone przez klienta w przypadku stosowania płytek lakierowanych, natomiast fragmenty obudowy oraz płytki próbne z obudowy, dla których stosuje się wyłącznie powłokę ochronną metaliczną (brak ochronnej powłoki lakierowej) mogą być pobrane wyłącznie przez zespół

badawczy InIG-PIB z obudowy gazomierza - wynika z pkt. 6.3 samej normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 („Ochrona przed korozją"). W istocie nie jest to zatem wymóg „dodatkowy", a spełnienie tego wymogu stanowi podstawy wymóg opisu przedmiotu zamówienia w ramach Postępowania. Ponadto, zapewnienie ochrony przed korozją punktowane jest w ramach wskaźnika M, przyznającego dodatkową punktację za powłokę lakierniczą, zapewniającą odporność na korozję.

Dodatkowe wymogi - tj. odporność na nielegalny pobór gazu, odporność na działanie magnesu neodymowego, oznakowanie tabliczki znamionowej kodem kreskowym - stanowią podstawowe wymogi opisu przedmiotu zamówienia. I tak, odporność na nielegalny pobór gazu jest wymogiem opisanym w pkt. 1.2 Zał. nr 1 do Umowy i pkt. 9.2.5 SIWZ, gdzie wymagane jest oświadczenie/informacja dostawcy o sposobie zabezpieczenia gazomierzy przed nielegalnym poborem gazu. Dokładnie taka sama informacja stanowi podstawę dla celów uznania tego wymogu za spełniony w procesie wydawania certyfikatu Q INiG. Odporność na działanie magnesów neodymowych jest wymogiem opisanym w pkt. 1.9 Załącznika nr 1 do Umowy oraz pkt. 9.2.6 SIWZ, gdzie wymagane się przedłożenia sprawozdania z badań na odporność gazomierzy na magnesy neodymowe (analogicznie jak na potrzeby certyfikatu Q INiG). Z kolei oznakowanie tabliczki kodem kreskowym jest podstawowym wymogiem opisanym szczegółowo (w przeciwieństwie co wymogów certyfikatu Q INiG, gdzie opisu takiego brak) w pkt. 1.7 Załącznika nr 1 do Umowy.

Skoro Zamawiający - w ramach wskaźników J, I oraz M - przewidział niezależną punktację za spełnienie części z dodatkowych wymogów, których spełnienie ma potwierdzać certyfikat Q INiG, a niespełnienie pozostałych dodatkowych wymogów stanowi podstawę odrzucenia oferty, podobnie jak niespełnienie samej normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006, to przyznawanie dodatkowych punktów za dysponowanie takim certyfikatem (niejako „dublujących się" z punktami objętymi powyższymi wskaźnikami lub podstawowymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia) nie odpowiada jakimkolwiek uzasadnionym potrzebom Zamawiającego oraz jest całkowicie bezprzedmiotowe, a przy tym ogranicza konkurencję przez stawianie w gorszej sytuacji Wykonawców, którzy nie dysponują certyfikatem O. INiG, pomimo, iż zapewnione jest spełnienie przez nich wszystkich wymagań, które certyfikat ten ma potwierdzać.

Odwołujący wskazał, że przed wszczęciem Postępowania Zamawiający prowadził dialog techniczny z wykonawcami, w tym z Odwołującym, podczas którego Zamawiający poinformował, że etapie dialogu technicznego nie podjęto decyzji o wymogu posiadania certyfikatu QINiG w przyszłym postępowaniu na dostawę gazomierzy.

W związku z tą informacją Odwołujący nie podjął działań na rzecz pozyskania certyfikatu Q INiG, które to działania są kosztowne i długotrwałe. Co więcej, ze względu na czas trwania takich badań, wykonanie ich w okresie od powzięcia informacji o uwzględnieniu certyfikatu Q INiG w ramach kryterium oceny ofert do czasu złożenia ofert jest nierealne zarówno dla wykonawców zagranicznych, jak i krajowych. Takie działanie Zamawiającego w dodatkowy sposób wpłynęło na utrudnienie konkurencyjności wykonawców (w tym Odwołującego), którzy - w zaufaniu do komunikatu Zamawiającego - nie podjęli starań pozyskania certyfikatu Q INiG. Powyższy komunikat świadczy - zdaniem Odwołującego - o tym, że sam Zamawiający zdawał sobie sprawę z bezprzedmiotowości powyższego kryterium i braku - w świetle innych pozacenowych kryteriów oceny ofert - związku z przedmiotem zamówienia, niemniej jednak, wbrew deklaracji zawartej podczas dialogu technicznego, kryterium takie wprowadził do SIWZ.

Jedynie z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia przez Izba, że wymóg posiadania certyfikatu Q INiG jest zasadny ze względu na potwierdzenie spełnienia przez oferowane gazomierze normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 (czemu Odwołujący co do zasady przeczy) Odwołujący podniósł, że certyfikat Q INiG jest jednym z kilku certyfikatów potwierdzających spełnienie normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006. Tożsame certyfikaty można uzyskać w innych akredytowanych laboratoriach np. DVGW CERT GmbH czy NMI (Holandia). Co więcej, sam Instytut Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy w komunikacie nr 1/18 KT z dnia 15.01.2018 roku wskazuje, że równorzędny z certyfikatem QINiG (wg punktu 9.3.4. SIWZ) jest chociażby certyfikat potwierdzający zgodność z KT 60-98 wyd. 4 (certyfikat na znak B), wydawany przez ten instytut wcześniej. Jeśliby zatem nawet uznać, że certyfikat Q INiG ma obiektywne znaczenie dla Zamawiającego w zakresie potwierdzającym spełnienie przez oferowany typ gazomierzy normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 (z czym Odwołujący się nie zgadza - pkt 17 powyżej), to działanie Zamawiającego, polegające na przyznaniu punktacji wyłącznie za ten certyfikat, w sytuacji w której tożsame certyfikaty, w zakresie potwierdzającym spełnienie normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006, można uzyskać w innych akredytowanych laboratoriach, stanowi

działanie rażąco sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców. Wówczas bowiem, Zamawiający winien był przyznać analogiczną punktację za inny równoważny certyfikat, w zakresie potwierdzającym spełnienie przez oferowane typy gazomierza normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006. Odwołujący wskazał za wyrokiem Izby z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1549/12, że: (...) opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust 2 Pzp) - w ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający bez wątpienia nie uczynił zadość obowiązkom wynikającym z powyższych przepisów, jak również wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 13 PZP w zw. z art. 91 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 września 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

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

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między

osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również w pismach procesowych złożonych przez Zamawiającego, Odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego Itron Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 2 października 2019 roku oraz dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego przy piśmie z dnia 11 października 2019 roku. Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez uczestnika postępowania odwoławczego Itron Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy piśmie z dnia 11 października 2019 roku.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy, jak również dowód złożony i zawnioskowany w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego Itron Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie.

VI.

Izba ustaliła:

W SIWZ, w rozdziale 16 - Kryteria oceny ofert Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do Kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Zamawiający ustalił kryterium ceny o wadze 45 % oraz kryteria pozacenowe o wadze 55%. W punkcie 16.4 SIWZ wskazał kryteria pozacenowe:

Punkty w ramach kryterium B - ocena techniczna Gazomierzy, o wartości maksymalnej 55 punktów dla każdej części Zamówienia, zostaną przyznane Wykonawcom zgodnie

z poniższym wzorem:

B = I + J + K + L + M + N

gdzie:

wskaźnik I - posiadanie certyfikatu QINIG, wartość wskaźnika 3 punkty.

Ocena tego wskaźnika zostanie dokonana w oparciu przedłożony certyfikat Q INiG, o którym mowa w pkt. 9.3.4 SWIZ na zasadach

- wykazanie przez Wykonawcę posiadania certyfikatu QINIG dla oferowanego typu Gazomierza I = 3,

- brak wykazania przez Wykonawcę posiadania certyfikatu QINIG dla oferowanego typu Gazomierza I = 0.

wskaźnik J - wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej Gazomierzy (trwałości) powyżej wymagań normy PN-EN 1359:2004 (lub równoważnej) wraz ze zmianami określonymi w PN-EN 1359:2004/A1:2006 (U) (lub równoważnej) lub PN-EN 1359:2017 (lub równoważnej) - wartość wskaźnika maksymalnie 10 punktów.
(■■■)

wskaźnik K - klasa metrologiczna - wartość wskaźnika maksymalnie 19 punktów.
Ocena tego wskaźnika zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez Wykonawcę wyników badań dołączonych do oferty, o których mowa w punkcie 9.3.2 SIWZ.
(■■■)

wskaźnik L - wpływ temperatury otoczenia na błędy wskazań Gazomierza, wartość wskaźnika maksymalnie 18 punktów.

Ocena tego wskaźnika zostanie dokonana na podstawie analizy dostarczonych przez Wykonawcę wyników badań dołączonych do oferty, o których mowa w punkcie 9.3.3 SIWZ.
(■■■)

wskaźnik M - wskaźnik zastosowania powłoki malarskiej/lakierniczej, wartość wskaźnika 3 punkty.

Ocena tego wskaźnika zostanie dokonana na podstawie informacji w Załączniku nr 3, o którym mowa w punkcie 9.3.1 SIWZ, na zasadach: wykazanie przez Wykonawcę zastosowania powłoki malarskiej/lakierniczej w oferowanym typie Gazomierza (M = 3), wykazanie przez Wykonawcę niestosowania powłoki malarskiej/lakierniczej w oferowanym typie Gazomierza (M = 0).

(■■■)
wskaźnik N - wskaźnik zastosowania napędu magnetycznego liczydła, wartość wskaźnika 2

punkty.

Ocena tego wskaźnika zostanie dokonana na podstawie informacji w Załączniku nr 3, o którym mowa w punkcie 9.3.1 SIWZ, na zasadach: wykazanie przez Wykonawcę zastosowania napędu magnetycznego liczydła w oferowanym typie Gazomierza (N = 2), wykazanie przez Wykonawcę niestosowania napędu magnetycznego liczydła w oferowanym typie Gazomierza (N = 0).

W zakresie zarzutów odwołania Izba zwarzyła:

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ustępie 2 ww.

artykułu ustawodawca wskazał otwarty katalog kryteriów oceny ofert jakimi może posłużyć się Odwołujący w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego za najkorzystniejszą cenę.

Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. W nowelizacji ustawy w 2016 roku ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa"), jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku, o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać i poszukują różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy, a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebą w zakresie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego Zamawiający określał kryteria pozacenowe oceniając między innymi posiadanie wskazanego certyfikatu QUINIG. Izba zaznacza w tym miejscu, co również w treści odwołania dostrzegł Odwołujący, że kształtowanie kryterium przez wskazanie posiadania określonego certyfikatu nie jest niedozwolone. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznane, niestosowane dotychczas. Zamawiający mają prawo kształtowania kryteriów pozacenowych w postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego z uwzględnieniem każdorazowo swoich potrzeb. Nie znajduje żadnego uzasadnienia argumentacja Odwołującego, że we wcześniej, w ubiegłych latach, prowadzonych postępowaniach Zamawiający nie stosował danego kryterium pozacenowego - wynikać to mogło z tego, że wcześniej dane kryterium nie miało np. podstawy faktycznej tj. np.: dany certyfikat nie był wydawany bo zwyczajnie nie istniał w tamtym czasie. Jednakże nawet gdyby dany certyfikat istniał, czy istniał inny certyfikat, który nie był wtedy wymagany w postępowaniu w ramach kryteriów oceny ofert to nie zmienia to faktu, że Zamawiający ma prawo kształtować wymagania w obecnie prowadzonym postępowaniu z uwzględnieniem nowych potrzeb. Bezprzedmiotowy dla rozpoznania tej sprawy, w odniesieniu do ukształtowania wymagania w kryterium pozacenowym przez określenie jednego rodzaju certyfikatu, jest (dowód nr 8) dokument zawierający wymagania SIWZ z postępowania z 2014 roku prowadzonego przez Zamawiającego. Fakt, że Zamawiający dopuszczał kiedyś w postępowaniu możliwość wykazania się różnymi certyfikatami nie stanowi o tym, że w przedmiotowym postępowaniu również tak ma robić. Tak interpretacja jaką stara się kreować Odwołujący odbierałaby Zamawiającym prawo kształtowania kryteriów pozacenowych w danym postępowaniu z odniesieniem do czasu, miejsca i zakresu prowadzonego postępowania oraz z pominięciem zmian jakie mają miejsce w rozwoju technologicznym produkowanych gazomierzy miechowych i w konsekwencji badaniami nad nimi i ich dobrowolną certyfikacją. W tym miejscu warto wskazać jako przykład rozwoju kształtowania kryteriów oceny ofert kryterium - termin płatności, którego dopuszczalność została potwierdzona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku sygn. akt III CZP 52/02.

W odniesieniu do zarzutu „podstawowego" i wskazanego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 i 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy przez przyznanie w ramach kryterium oceny ofert dodatkowych 3 punktów za posiadanie certyfikatu Q INIG, podczas gdy posiadanie tego certyfikatu - w świetle innych wymagań oraz kryteriów pozacenowych SIWZ - jest bezprzedmiotowe, a tym samym nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, naruszając jednocześnie uczciwą konkurencją w postępowaniu - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Odwołujący podnosząc podstawę prawną naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy nie odnosił się w postawionym zarzucie do dokonania przez

Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję. Odniesienie w uzasadnieniu odwołania do opisu przedmiotu zamówienia nie dotyczyło opisu tylko stanowiło uzasadnienie dla wykazania argumentacji w zakresie kryterium oceny ofert. W trakcie rozprawy potwierdził również swoim stanowiskiem Odwołujący, że w żaden sposób nie kwestionował opisu przedmiotu zamówienia.

Brak jakiejkolwiek argumentacji w odniesieniu do kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia w ukształtowanym zarzucie jak również w uzasadnieniu tego zarzutu oraz brak określenia jakichkolwiek żądań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego prowadzi do wniosku, że Odwołujący nie zakwestionował opisu przedmiotu zamówienia, nie postawił w tym zakresie żądnego zarzutu. Izba wskazuje, że ustawa określa wiele różnych instytucji, które mają swoje regulacje prawne i nie zawsze odniesienia do naruszeń przepisów z jednej instytucji konsumują się, zawierają w innej. Połączenie wielu podstaw prawnych w zarzucie nie powoduje, że zarzut ten staje się pełniejszy a przez to podstawy prawne zasadnie podane. W tym przypadku podanie podstawy art. 29 ust. 2 nie zostało w żaden sposób uzasadnione w zwięzłym syntetycznym zarzucie - nie ma w ocenie Izby odniesienia do takiego naruszenia. W tym zakresie Izba uznała, że nie został ukształtowany zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy tj., dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niekonkurencyjny, co również wynika z całości uzasadnienia odwołania oraz stanowiska prezentowanego na rozprawie. Nie sposób w ocenie Izby powiązać naruszenia ww. przepisu, nawet w związku z innymi wskazanymi w zarzucie z podstawą faktyczną wskazaną w zarzucie. W piśmie z 11 października 2019 Odwołujący jednoznacznie również przyznał, że zarzut odwołania dotyczy jednego z kryteriów oceny ofert, a nie opisu przedmiotu zamówienia.

Po drugie, wymaga w tym miejscu zaznaczenia, że posiadanie Certyfikatu Q INIG jest punktowane przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert B- ocena techniczna Gazomierzy, gdzie stanowi o tym podkryterium wskaźnik I. Wykonawca w ramach tego podkryterium może otrzymać 3 pkt w sytuacji, gdy posiada Certyfikat Q INIG. Izba zaznacza w tym miejscu, że są to 3 punkty z 55 jakie może uzyskać wykonawca w ramach kryterium oceny technicznej Gazomierzy.

Izba wskazuje, że w zamówieniach publicznych dostępu do zamówienia nie można utożsamiać z okolicznością, że każdy podmiot chcący się ubiegać o dane zamówienie publiczne musi mieć do niego dostęp. Wymagania zawarte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia czy w warunkach udziału w postępowaniu determinują krąg podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie. Natomiast kryteria oceny ofert, w tym pozacenowe kryteria oceny ofert pozwalające Zamawiającemu na dokonanie z grona tych mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wykonawców, wyboru takiego, który w sposób najbardziej pełny, zgodny z potrzebami Zamawiającego oraz odpowiadający na realia rynku, w którym funkcjonuje dany Zamawiający, przy uwzględnieniu wszystkich osiągnięć techniki czy badań pozwalających na uzyskanie w postępowaniu przedmiotu gwarantującego najlepsze właściwości. W zasadzie kryteria oceny ofert, w tym kryteria pozacenowe prowadzą do prawdziwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie publiczne. Za nieprawidłową należy uznać argumentację Odwołującego, zawartą w piśmie z dnia 11 października 2019 roku, bowiem w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego pozacenowe kryteria oceny oferty nie mają gwarantować „równej pozycji wykonawców" ale urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami. Gdyby pozycja wykonawców, jak chce Odwołujący miałaby być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłby kryteria pozacenowe. W orzeczeniu z dnia 17 listopada 2015 roku sygn. akt XXIII Ga 1401/15 Sąd Okręgowy w Warszawie podał, że kryteria pozacenowe odzwierciedlają subiektywne preferencje Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Kryteria pozcenowe mają być natomiast obiektywne, co stanowi gwarancję możliwości konkurowania wykonawców. Powyższe pozwala przyjąć, że konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Zakup przez Zamawiającego w ramach prowadzonej procedury zamówieniowej gazomierzy miechowych posiadających również, w przypadku, gdy wykonawca ubiegający się o zamówienie będzie posiadł Certyfikat Q INIG certyfikowanych tym certyfikatem, urealnia w działaniu Zamawiającego cel dostosowania się do realiów polskiego rynku.

Po trzecie, wszyscy biorący udział w postępowaniu odwoławczym byli zgodni co do faktu, że Instytut Nafty i Gazu - Polski Instytut Badawczy stanowi uznany i istotny podmiot

certyfikujący. Izba w tym miejscu podkreśla, że certyfikacja danych gazomierzy w ww. Instytucie nie jest niczym ograniczona, ani w żaden sposób nie jest reglamentowana. Każdy podmiot, w tym każdy producent gazomierzy miechowych może przeprowadzić proces certyfikacji, podkreślić również należy, że ta certyfikacja jest dobrowolna. Tym samym, wymagany w kryteriach pozacenowych, w podkryterium wskaźnik I Certyfikat Q INIG jest dostępny dla każdego zainteresowanego podmiotu. Co więcej, zarówno Odwołujący (dowód nr 5) jak i Zamawiający (dowód przy piśmie z dnia 2 października) powołują się na Komunikat nr 1/18 KT z dnia 5 stycznia 2018 roku Instytutu Nafty i Gazu - Polski Instytut Badawczy, z którego wynika, że od dnia 5 stycznia 2018 roku można było składać wnioski dotyczące dobrowolnej certyfikacji gazomierzy miechowych na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG, która będzie przeprowadzona na zgodność z Kryteriami Technicznymi KT-60-98 wyd. 5 „Gazomierze miechowe. Wymagania i badania". Izba podkreśla również w tym miejscu, że zarówno Odwołujący jak i uczestnicy postępowania odwoławczego byli powiadomieni o tym fakcie pismem z dnia 5 stycznia 2018 roku (według rozdzielnika), które przedstawił Zamawiający przy piśmie z dnia 2 października 2019 roku. Podmioty te brały również czynny udział w uzgodnieniach dotyczących zasad certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG co wynika z Protokołu z II Konferencji uzgodnienieniowej oraz Listy obecności z II Konferencji uzgodnieniowej załączonych do pisma Instytutu Nafty i Gazu - Polski Instytut Badawczy z dnia 5 stycznia 2018 roku. Tym samym w ocenie Izby nie zaistniała faktyczna przeszkoda uniemożliwiajaca złożenia wniosku o przeprowadzenie certyfikacji przez Instytutu Nafty i Gazu - Polski Instytut Badawczy na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG przeprowadzana na zgodność z Kryteriami Technicznymi KT-60-98 wyd. 5 „Gazomierze miechowe. Wymagania i badania".

Podnoszona argumentacja w odniesieniu do warunków finansowych uzyskania takiego certyfikatu, którą argumentował w trakcie rozprawy Odwołujący (ok. 600 000 zł) nie została w żaden sposób wykazana przez Odwołującego. Jednocześnie konieczność zaprezentowania takie stanowiska, w okolicznościach gdy Odwołujący wskazuje na wysokość kosztów pozyskania certyfikatu, była niezbędna dla wykazania poziomu kosztów. Podkreślić należy, że Zamawiający przy piśmie z dnia 2 października 2019 roku załączył informację - „Koszty dotyczące procesu certyfikacji dobrowolnej gazomierzy miechowych na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG", a dokumentu tego w żaden sposób nie kwestionował Odwołujący. Dodatkowo zgodnie z Programem certyfikacji Nr PCW-15Q załączonym do pisma Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku możliwe jest wydanie certyfikatu Q INIG w oparciu o badania przeprowadzone przez inne jednostki, natomiast odwołujący przedstawił dokumenty (dowód nr 2 i 4) wyniki z badań laboratoryjnych, które posiada jak również posiadane Certyfikaty (dowód nr 6/1, 6/2, 6/3), co oznacza, że również posiada badania laboratoryjne niezbędne do uzyskania certyfikatów, a to niewątpliwie miałoby wpływ na koszt uzyskania Certyfikatu Q INIG, o ile faktycznie wyniki tych badań ujęte w stosowanych Sprawozdaniach mogłyby zostać uwzględnione przy certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG. Jednakże i tę okoliczność, oraz poziom kosztów jaki mógłby zostać obniżony, pomija w swojej argumentacji Odwołujący. Izba wskazuje również, że koszt uzyskania certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG niewątpliwie zostałby wliczony w cenę oferty, przy czym posiadanie tego certyfikatu pozwalałoby na uzyskanie punktów w kryterium pozacenowym. Odwołujący również w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał podnoszonego twierdzenia, że wskazywane 3 pkt w tym kryterium właściwości, to w przeliczeniu wg Odwołującego ok 7%, o jakie musiałby obniżyć cenę oferty względem najniższej ceny. Niewątpliwie cena oferty wykonawcy, który nie posiada Certyfikatu Q INIG będzie niższa o koszt certyfikacji, natomiast sposób kalkulacji ceny oferty każdorazowo stanowi domenę każdego z wykonawców.

Posiadanie Certyfikatu QINIG jest oceniane przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert, a fakt przeprowadzenia dobrowolnej, niczym nieograniczonej z punktu widzenia jednostki certyfikującej, certyfikacji przez każdego z wykonawców wynika jedynie z jego decyzji. Tym samym certyfikat jest dostępny dla każdego zainteresowanego, co powoduje i świadczy o tym, że kryterium jest obiektywne.

Kolejnym elementem jest odniesienie do argumentacji dotyczącej dialogu technicznego oraz ustaleń jakie zostały poczynione w ramach dialogu technicznego, które znalazły swoje odzwierciedlenie w Protokole z dnia 23 kwietnia 2019 roku (załączony do pisma Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku oraz przedstawione przez Odwołującego jako dowód nr 7/1 i 7/2). Przeprowadzenie dialogu technicznego jest uprawnieniem Zamawiającego, a jego przeprowadzenie nie obliguje Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Tym samym, skoro po przeprowadzeniu dialogu technicznego Zamawiający nie jest obowiązany prowadzić postępowania, to również po przeprowadzeniu dialogu technicznego nie ma obowiązku prowadzenia postępowania z uwzględnieniem elementów jedynie wynikający z przeprowadzonego dialogu technicznego. Celem dialogu technicznego jest zdobycie wiedzy przez Zamawiającego, która pozwoli na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i uzyskanie przez Zamawiającego

najkorzystniejszej oferty przy jednoczesnym uwzględnieniu możliwości złożenia ofert przez potencjalnych wykonawców. Izba podkreśla, że Odwołujący w trakcie postępowania odwoławczego oświadczył, że zdaje sobie sprawę, że może złożyć skutecznie ofertę nie składając certyfikatu. Tym samym cel prowadzenia dialogu technicznego został osiągnięty.

Jednocześnie Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego odnośnie ustaleń z dialogu technicznego w zakresie posiadania Certyfikatu Q INIG. W ww. protokole zakreślono, że PSG poinformowało, że na etapie Dialogu technicznego nie podjęto decyzji o wymogu posiadania certyfikatu Q INIG w przyszłym postępowaniu na dostawę gazomierzy miechowych. Zgodnie z tymi ustaleniami Zamawiający nie ustanowił wymagania posiadania Certyfikatu Q INIG, a sam Odwołujący przyznał, że może złożyć skutecznie ofertę. Ukształtowanie kryterium pozacenowego nie stanowi wymogu, który determinuje udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Wymóg, tak jak wskazał w piśmie procesowym Zamawiający z 2 października 2019 roku Zamawiający, należy odnosić do warunku udziału w postępowaniu, czyli elementu determinującego udział wykonawcy w postępowaniu. Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający z dużym wyprzedzeniem poinformował wykonawców, w tym Odwołującego, że planuje uwzględnienie posiadania certyfikatu Q INIG w wymaganiach dla gazomierzy miechowych dostarczanych od 2020 roku ( pisma z dnia 12 września 2018 roku załączone do pisma Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku). Jednocześnie, na co wskazał uwagę również Zamawiający, problematyka Certyfikatu Q INIG była głównym elementem dialogu technicznego, a Zamawiający wychodząc naprzeciw stanowiskom producentów nie określił wymagania posiadania certyfikatu Q INIG w warunku udziału w postępowaniu, lecz wprowadził go do postępowaniu jako podkryterium w kryterium pozacenowym. Tym samym w ocenie Izby Zamawiający uwzględniając własne potrzeby, mając również na uwadze zmiany w certyfikacji Instytutu Nafty i Gazu - Polski Instytut Badawczy, które nastąpiły z dniem 5 stycznia 2018 roku (Komunikat nr 1/18 dowód nr 5 złożony przez Odwołującego oraz załączony do pisma Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku) uwzględnił oczekiwania potencjalnych wykonawców jednocześnie nie zamykając sobie drogi do uzyskania oferty na gazomierze posiadające również Certyfikat Q INIG.

Po piąte, Izba wskazuje, że zarzut postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący sformułował w następujący sposób: przyznanie w ramach kryterium oceny ofert dodatkowych 3 punktów za posiadanie certyfikatu Q INIG, podczas gdy posiadanie tego certyfikatu - w świetle innych wymagań oraz kryteriów pozacenowych SIWZ - jest bezprzedmiotowe, a tym samym nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, naruszając jednocześnie uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Mając na uwadze treść zarzutu należy w pierwszej kolejności odnieść się do wskazywanej przez Odwołującego „bezprzedmiotowości" przyznawania punktów w podkryterium za posiadanie Certyfikatu Q INIG. Izba stwierdziła, że Certyfikat Q INIG potwierdza zgodność z normą PN-EN 1359:2004 oraz normą PN-EN 1359:2004/A:2006 jak również potwierdza spełnienie przez gazomierze miechowe innych parametrów, niezawartych ww. normach, a wskazanych w Kryteriach technicznych stanowiących podstawę certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG (dowód nr 1) oraz zgodnie z Programem certyfikacji Nr PCW-15Q certyfikacja zgodności w trybie dobrowolnym na znak Q INIG (przy piśmie Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku) ocenę warunków organizacyjno-technicznych w zakładzie produkcyjnym a także nadzór nad certyfikatem, w ramach którego wykonuje się cykliczną ocenę (inspekcję) warunków organizacyjno - technicznych zakładu produkcyjnego i badanie wyrobów pobranych z rynku przez jednostkę certyfikującą. Wskazać należy, ze Certyfikat Q UNIG - co wynika z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 2 października 2019 roku - i założenia przedstawione w Kryteriach technicznych są odpowiedzią na specyficzne wymogi polskiego rynku i stawiają wyższe wymagania dla gazomierzy w stosunku do wymagań normatywnych (treść emaila z dnia 27 września 2019 roku od dr inż. J. J. Z-cy Dyrektora ds. Gazownictwa, Instytut Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy). Podkreślenia wymaga w tym miejscu, co w zupełności pomija Odwołujący i nie odnosi się do tego, że Certyfikacja na znak bezpieczeństwa i jakości jest dobrowolna, natomiast certyfikacja dobrowolna w sytuacji, gdy dotyczy wyrobów objętych certyfikacją obowiązkową (normy, dyrektywy) to wymaga stawiania certyfikowanym wyrobom wymagania wyższe do wymagań zasadniczych. Co oznacza, że wymagania zawarte w Kryteriach technicznych stanowiących podstawę certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG muszą być wyższe od tych określonych normą (dowód nr 3). Skoro wymagania stawiane zgodnie z ww. kryteriami dla certyfikacji są większe to nie wyklucza to, a wręcz wymaga odniesienia do spełnienia określonych norm. Izba zaznacza, że dany wykonawca składający ofertę w postępowaniu będzie miał certyfikat albo go nie będzie miał - natomiast postanowienia SIWZ, w tym formularza ofertowego i opisu produktów stanowiących przedmiot zamówienia są wymaganiami stawianymi wszystkim wykonawcom i mającymi gwarantować Zamawiającemu właściwość oferowanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący „spłyca" określone przez Zamawiającego podkryterium

we wskaźniku I i wskazuje, że wykonawca będzie otrzymywał punkty w tym podkryteriu za oferowanie gazomierza miechowego zgodnego z normą PN-EN 1359:2004 oraz normą PN-EN 1359:2004/A:2006 - jest to w ocenie Izby stanowisko niezasadne, niewłaściwe i w ocenie Izby poczynione jedynie na potrzeby prowadzonego postępowania odwoławczego. Certyfikat Q INIG potwierdza spełnienie przez gazomierze miechowe wielu różnych wymagań, w tym spełnienia ww. norm. W odniesieniu do norm PN-EN 16314:2013 i PN-EN 12405-1+A2:2010 sam Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazuje, że Certyfikat Q INIG potwierdza ich spełnienie jedynie w sytuacji, gdy mają one zastosowanie, a co wynika z tego, że gazomierze miechowe wyposażone są w systemy elektroniczne - takie gazomierze nie są przedmiotem posterowani o udzielnie zamówienia, co również zauważa sam Odwołujący. Więcej, w Kryteriach technicznych stanowiących podstawę certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG (dowód nr 1) - dowodzie przedstawionym przez Odwołującego - również zostało wyartykułowane w punkcie 1.3 Normy i dokumenty związane, że gazomierze muszą spełniać określone wymagania norm PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A:2006 oraz tam, gdzie ma to zastosowanie wybrane wymagania PN-EN 16314:2013 i PN-EN 12405-1+A2:2010 (...). Sam Odwołujący przedstawił dowód, który jednoznacznie wyjaśnia, że tam gdzie nie ma to zastosowania - jak w przedmiotowym przypadku - wybrane wymagania PN-EN 16314:2013 i PN-EN 12405-1+A2:2010 nie muszą, bo nie mogą być spełnione. W zasadzie taka argumentacja Odwołującego, profesjonalnego podmiotu w produkcji gazomierzy miechowych, jest zupełnie niezrozumiała i z nie może być uznana za prawidłową. Izba w tym miejscu wskazuje również, że argumentację Odwołującego tym bardziej należy uznać za niezasadną, że również w Kryteriach technicznych stanowiących podstawę certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości nr KT-60-98 wydanie 4 (dowód nr 6/1), Certyfikat „B" wskazano podobnie, że w celu spełnienia wymagań niniejszych kryteriów, gazomierze muszą spełniać określone wymagania PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A:2006. Natomiast w SIWZ z 2014 roku (dowód nr 8) certyfikat ten również był wymagany w ramach kryteriów oceny ofert. Certyfikat Q nie jest wymagany na potwierdzenie spełnienia warunków wynikających z normy, co wynika już z samego charakteru dobrowolnej certyfikacji, a jak wynika z emaila z dnia 27 września 2019 roku od dr inż. J. J. Z-cy Dyrektora ds. Gazownictwa, Instytut Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy (przy piśmie Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku) nie otrzymał Instytut Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy krytycznych opinii czy uwag odnośnie wprowadzenia nowego systemu certyfikacji po przeprowadzanych konferencjach i publikacjach na ten temat. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że Certyfikat Q poza zgodnością z normą potwierdza również inne parametry.

Izba wskazuje, ze już sam Odwołujący w treści uzasadnienia zarzutów odwołania podał, że tylko część wymagań jakie zostały określone w Kryteriach technicznych stanowiących podstawę certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG (dowód nr 1) jest określonych w kryteriach pozacenowych w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, a część w ocenie Odwołującego opisana jest w przedmiocie zamówienia bądź wynika z normy PN-EN 1359:2004 oraz normy PN-EN 1359:2004/A:2006. Odwołujący w zasadzie pominął w uzasadnieniu odwołania, że certyfikacja na znak bezpieczeństwa

1 jakości Q INIG ma szerszy zakres i odnosi się również do oceny warunków organizacyjno - technicznych w zakładzie produkcyjnym, nadzoru nad certyfikacją, w ramach którego wykonuje się cykliczną ocenę (inspekcję) warunków organizacyjno - technicznych zakładu produkcyjnego i badanie wyrobów pobranych z rynku przez jednostkę certyfikującą (tak Program certyfikacji Nr PCW-15Q certyfikacja zgodności w trybie dobrowolnym na znak QINIG wyd. 1.1 Kraków, 1 kwietnia 2019 rok - przy piśmie Zamawiającego z dnia

2 października 2019 roku). Więcej, w przedstawionym materiale przez Zamawiającego pochodzącym od Instytutu Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy (przy piśmie Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku) - a którego Odwołujący nie kwestionował - wynika, że wprowadzono obowiązek, w miejsce dotychczasowej możliwości, przeprowadzania badań kontrolnych wyrobów z rynku w trakcie ważności certyfikatu. Zaznaczenia wymaga również w tym miejscu, że do tej kwestii Odwołujący nie odniósł się w odwołaniu, pominął. W ocenie Izby postanowienia zawarte we Wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 7, w § 9 do którego referował Odwołujący i uczestnicy postępowania odwoławczego, stanowią uprawnienie Zamawiającego, z którego może on korzystać ale nie musi w trakcie realizacji umowy. Izba wskazuje, że projekt umowy w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego przygotowany jest dla wszystkich wykonawców biorących w nim udział, czyli też dla tych, którzy nie posiadają Certyfikatu Q INIG, jak również dla tych, którzy nie spełniają pozostałych wskaźników w kryteriach pozcenowych, ale też dla tych wykonawców, którzy uzyskają maksymalną liczę punktów w kryteriach pozacenowych. W ocenie Izby możliwość przeprowadzenia badań kontrolnych Gazomierzy przez Zamawiającego, lub inny podmiot któremu Zamawiający to zleci - „możliwość", co oznacza, że nie jest to obowiązek i jest uzależnionych od decyzji Zamawiającego - nie może być utożsamiany z badaniami prowadzonymi w ramach certyfikatu, które są obowiązkowe. Dodatkowo w ramach certyfikatu dokonywana jest

dodatkowa ocena warunków organizacyjno - technicznych zakładu produkcyjnego. Zdaniem Izby nie można utożsamiać ze sobą określonych w projekcie umowy możliwych przyszłych badań gazomierzy z obowiązkową oceną cykliczną warunków organizacyjno - technicznych zakładu produkcyjnego i badanie wyrobów pobranych z rynku przez jednostkę certyfikującą. Wprowadzono również dodatkowe wymagania w zakresie badania trwałości gazomierzy według „metody autorskiej" jak również dodatkowe wymagania odnośnie procedury badania odporności korozyjnej gazomierzy, czy też zawarcie w certyfikacji dodatkowych informacji. Wyniki badań laboratoryjnych, którymi dysponuje wykonawca, a które w ocenie Odwołującego potwierdzają parametry określone w innych, niekwestionowanych w tym postępowaniu odwoławczym wskaźnikach w podkryteriach oceny ofert, i mogłyby zostać wykorzystane przy certyfikacji na znak bezpieczeństwa Q INIG, w ocenie Izby, w obliczu informacji przedstawionych przez Instytutu Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy nie zostało to przez Odwołującego wykazane. Natomiast sam fakt złożenia Sprawozdań z badań laboratoryjnych wybranego gazomierza (dowód nr 2 i 4) z roku 2014 nie odnosi się do wymagań określonych w Kryteriach technicznych stanowiących podstawę certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG (dowód nr 1) i Programie certyfikacji Nr PCW-15Q certyfikacja zgodności w trybie dobrowolnym na znak QINIG wyd. 1.1 Kraków, 1 kwietnia 2019 rok (przy piśmie Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku). Izba wskazuje, że nie istnieje żadna przeszkoda w kształtowaniu kryteriów oceny ofert w taki sposób, że jedno z kryteriów będzie „zawierało" w sobie łącznie określone cennych innych poszczególnych podkryteriów. Skoro wymagania certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG są szersze niż wymagania dla poszczególnych kryteriów, co wskazano wyżej, to nie można uznać, że stanowisko Odwołującego - że postanowienie we wskaźniku I jest bezprzedmiotowe w świetle innych wymagań oraz kryteriów pozacenowych SWIZ - jest zasadne.

Tym samym, skoro nie potwierdzała się „bezprzedmiotowość" oczekiwania w ramach kryteriów oceny ofert wykazania posiadania Certyfikatu Q INIG, to nie potwierdziła się również druga część zarzutu, a ściśle oparta na tej pierwszej (przyznanie w ramach kryterium oceny ofert dodatkowych 3 punktów za posiadanie certyfikatu Q INIG, podczas gdy posiadanie tego certyfikatu - w świetle innych wymagań oraz kryteriów pozacenowych SIWZ - jest bezprzedmiotowe, a tym samym nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, naruszając jednocześnie uczciwą konkurencję w postępowaniu.) Należy zauważyć, że Odwołujący kwestię uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz naruszenia konkurencji sam w zarzucie zdefiniował przez odniesienie do bezprzedmiotowości posiadania certyfikatu Q INIG. Izba uznała, że skoro nie została wykazana bezprzedmiotowość, co oznacza w kontekście warunku, że posiadanie certyfikatu Q INIG przez wykonawcę jest przedmiotowe, to tym samym odpowiada potrzebą uzasadnionym Zamawiającego, a żądanie tego Certyfikatu Q INIG w kryteriach nie narusza zasady konkurencji w postępowaniu. Izba zaznacza, że w przedstawionych materiałach od Instytutu Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy konsekwentnie wskazywane jest, że Certyfikat Q INIG jest odpowiedzią na specyfikę polskiego rynku. Należy za atut uznać uwzględnianie przez Zamawiającego wszystkich nowych, zmieniających się uwarunkowań rynkowych, badawczych i rozwoju techniki a w konsekwencji i certyfikacji w prowadzonych postępowaniach, przy jednoczesnym uwzględnianiu stanowisk wykonawców i wprowadzania wymagań nowej certyfikacji w ramach kryteriów oceny a nie warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając całą powyższą argumentację Izba wskazuje, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 91 ust. 1 i 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy przez przyznanie w ramach kryterium oceny ofert dodatkowych 3 punktów za posiadanie certyfikatu Q INIG.

W zakresie zarzutu podniesionego na wypadek uznania przez Izbę, że wprowadzenie wskaźnika I jest zasadne z uwagi na potwierdzenie spełnienia przez oferowane typy gazomierzy normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 dokonania modyfikacji przez dopuszczenie innego równoważnego certyfikatu, w zakresie potwierdzającym spełnienie dla danego typu Gazomierza normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 - Izba zarzut uznała za niezasadny.

W tym zakresie Izba wskazuje, że po pierwsze, że Certyfikat Q INIG nie był wymagany przez Zamawiającego w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia przez oferowane typy gazomierzy normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006 - o czym była mowa w uzasadnieniu rozpoznania zarzutu pierwszego i którą to argumentację należy również uznać za właściwą w tym miejscu. Tym samym, skoro Certyfikat Q INIG nie został określony na potrzeby wykazania spełnienia normy, to tak postawiony zarzut odwołania należało oddalić.

Izba wskazuje w tym miejscu, że taka konstrukcja zarzut prawdopodobnie nie jest przypadkowa, bowiem jedynym elementem spójnym pomiędzy certyfikatami do których referował Odwołujący były właśnie normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006. W stanowisku wyrażonym przez dr inż. J. J. Z-cy Dyrektora ds. Gazownictwa, Instytut Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy (emaila z dnia 27 września 2019 roku przy piśmie Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku) jednoznacznie bowiem wskazano, że certyfikat na znak bezpieczeństwa i jakości wg KT-60-98 wyd. 4 nie jest tożsamy z certyfikatem Q INIG wg KT-60-98 wy. 5. Jednocześnie podano, że różnice zostały przedstawione podczas Konferencji uzgodnieniowej, jak również, że podawano szacowany czas maksymalny przeprowadzenia badań dla wszystkich producentów wynosi 6 miesięcy (protokół z II Konferencji uzgodnieniowej), a wydanie certyfikatu przez Biuro Certyfikacji po dostarczeniu wszystkich niezbędnych dokumentów wynosi 21 dni. Istotne jest również, że zgodnie z Komunikatem nr 1/18 z dnia 5 stycznia

2018 roku Instytut Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy poinformował, że od tego dnia można było składać wnioski dotycząc dobrowolnej certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG, natomiast z informacji dr inż. J. J. Z-cy Dyrektora ds. Gazownictwa, Instytut Nafty i Gazu - Państwowy Instytut Badawczy (emaila z dnia 27 września 2019 roku przy piśmie Zamawiającego z dnia 2 października 2019 roku) wynika, w odpowiedzi na pytanie czy wpłynęły wnioski o nadanie znaku QINIG, w szczególności pomiędzy 10-24 września

2019 roku, ze strony firm ZWUG Intergaz sp. z o.o. że na dzień 25 września 2019 roku nie wpłynęły wnioski o nadanie znaku Q INIG. Wskazano również, że realizowany jest aktualnie proces badawczy dla jednego producenta. Co do certyfikatów DVGW (dowód nr 6/3 oraz dowód nr 9) czy Certyfikatu „B" i Kryteriów technicznych (dowód nr 6/1 i 6/2) Izba uznała te dowody za bezprzedmiotowe dla rozpoznania sprawy. Izba uznała, że Certyfikat Q INIG nie jest wymagany w kryteriach w celu potwierdzenia spełnienia parametrów normy PN-EN 1359:2004 wraz z PN-EN 1359:2004/A1:2006, tym samym dowody te zgłoszone na ta okoliczność są zbędne dla oceny sprawy.

Mając na uwadze całą argumentację Izby przedstawioną w uzasadnieniu orzeczenia, Izba wskazuje, że ukształtowanie w kryterium pozacenowym wskaźnika I nie ogranicza konkurencji, bowiem niezbędne procesy aby możliwe było spełnienie tego kryterium są powszechnie dostępne, każdemu zainteresowanemu od 5 stycznia 2018 roku. Certyfikacja na znak bezpieczeństwa i jakości Q INIG jest działaniem wynikającym z potrzeb i charakteru rynku - czego nikt w trakcie postępowania nie kwestionował, co wydaje się być oczywistym z uwagi na udział wszystkich podmiotów w Konferencjach uzgodnieniowych jak również uwzględniając wysoki profesjonalizm Zamawiającego jak i podmiotów produkujących gazomierze miechowe.

Izba wskazuje, że w zakresie dowodów przedstawionych na rozprawie, a nie przytoczonych w uzasadnieniu wyroku Izba stwierdziła bezprzedmiotowość tych dowodów z uwagi na treść zarzutów odwołania, która musi być odczytywana zgodnie z ich treścią, a którymi to zarzutami Izba jest związana.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

Przewodniczący: .....