

WYROK

z dnia 26 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 13 i 21 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Apator Spółka Akcyjna** z siedzibą w Toruniu, ul. Gdańska 4a/C4, 87-100 Toruń w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie, ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków

przy udziale:

A. wykonawcy **Foxytech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Świdnicy, ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Esmetric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Warszawie, **UAB "Elgama-Elektronika"** z siedzibą w Wilnie, adres lidera: ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Apator Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego **Apator Spółka Akcyjna** z siedzibą w Toruniu na rzecz Zamawiającego **Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE”, numer referencyjny: 2019/TD-CN/TD-CN/03894/SWartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 041-097736.

W dniu 7 grudnia 2020 r. wykonawca Apator S.A. (dalej: Odwołujący”) wskazując, iż działa na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) wniósł odwołanie od: czynności badania i oceny ofert; zaniechania odrzucenia oferty FOXYTECH sp. z o.o. (dalej: „FOXYTECH”); zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm: ESMETRIC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. i UAB „Elgama Elektronika” (dalej: „Konsorcjum ESMETRIC”). Odwołujący zarzuc Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty FOXYTECH pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SMWZ”);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ESMETRIC pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ESMETRIC do uzupełnienia i poprawienia dokumentów;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty FOXYTECH,

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ESMETRIC.

Odwołujący podał, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informacje na podstawie których oparte są zarzuty odwołania powziął w dniu 27 listopada 2020r. Z tym dniem Odwołujący pozyskał komplet dokumentów, w tym uzyskał wgląd do próbek złożonych przez FOXYTECH i Konsorcjum ESMETRIC, które Zamawiający zobowiązany był mu udostępnić na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2470/20.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert FOXYTECH Konsorcjum ESMETRIC pomimo, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- oferta FOXYTECH z uwagi na brak znacznika RFID oraz brak możliwości wyprowadzenia anteny zewnętrznej poza obudowę modemu,
- oferta Konsorcjum ESMETRIC z uwagi na brak oznaczeń modułu komunikacyjnego wymaganych przepisami prawa, brak wykonania oceny zgodności potwierdzonej deklaracją CE dla modułu komunikacyjnego oraz brak zabezpieczenia dostępu do SIM Holder (karty SIM) w postaci czujnika.

Odnosnie podstaw odrzucenia oferty FOXYTECH Odwołujący stwierdził m.in., że Zamawiający w pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) - Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń), zawarł następujące wymaganie: „Licznik musi zostać wyposażony na etapie produkcji w znacznik RFID RFID Smarttrac DogBone MonzaR6P przezroczysty z podkładem samoklejącym. Znacznik RFID musi pracować w częstotliwościach europejskich zgodnie z protokołem EPC Class 1 Gen 1. Licznik powinien posiadać na obudowie trwały symbol graficzny oznaczający zainstalowanie znacznika RFID, Znacznik ten może zostać zabudowany w liczniku lub trwale przymocowany do obudowy w sposób uniemożliwiający jego odklejenie lub uszkodzenie.” Ponadto, w odpowiedzi na pytanie nr 34 z dnia 25.03.2020 r. Zamawiający potwierdził, że próbka licznika (wzorzec) musi posiadać zabudowany znacznik RFID opisany w tym wymaganiu: „Próbka licznika musi posiadać zabudowany znacznik RFID opisany w pkt 1.35”. Przedstawiciel Odwołującego podczas wglądu do próbki liczników oferowanych przez FOXYTECH dokonał przy użyciu czytnika RFID, kilkukrotnego sprawdzenia występowania znacznika RFID we wzorcu licznika typu SX34U18 - zaferowanego przez FOXYTECH. W wyniku tego badania stwierdzono, że próbka tego licznika: nie zawiera znacznika RFID lub nie zawiera poprawnie działającego znacznika RFID, o parametrach wymaganych przez Zamawiającego - czytnik nie wykazał obecności numeru TID oraz znacznika RFID pracującego w częstotliwości europejskiej, zgodnie z wymaganym protokołem EPC. Próbka licznika FOXYTECH posiada jednocześnie na swojej obudowie (osłonie głównej licznika) nadrukowany opis RFID, poświadczający rzekomą obecność znacznika RFID w liczniku. Zapewne FOXYTECH umieszczając na obudowie informację sugerującą wyposażenie próbki licznika w znacznik RFID miał na względzie spełnienie części wymagania zapisanego w cytowanym powyżej pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy o treści: „Licznik powinien posiadać na obudowie trwały symbol graficzny oznaczający zainstalowanie znacznika RFID”. Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy przewidział wymagania techniczne dla liczników, ale też wskazywał, w jaki sposób będzie badał spełnienie wymagania. Przy wymaganiu 1.35 w kolumnie „Dokumenty i czynności, na podstawie których nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania” przewidział następujący sposób weryfikacji spełnienia wymagania: „Badanie techniczne (oznaczenie na tabliczce znamionowej licznika) Dokumentacja techniczna”. To badanie nie jest zatem pełne, bo nie bazuje na badaniu technicznym. Taka sytuacja powoduje, że umieszczenie informacji o wyposażeniu licznika w czytnik RFID na tabliczce znamionowej i w dokumentacji technicznej mogło pozwolić na uzyskanie pomyślnego wyniku badania, pomimo rzeczywistego braku znacznika RFID w próbce licznika. Oświadczenie FOXYTECH należy uznać za nieprawdziwe, wobec dokonanej przez Odwołującego badania, wskazującej, że faktycznie znacznik RFID nie został we wzorcu zamieszczony lub znacznik ten nie działa, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Wobec powyższego, oferta złożona przez FOXYTECH powinna zostać uznana za podlegającą odrzuceniu, jako niezgodna z treścią SIWZ, w wyniku nie wykazania spełnienia wymagania określonego w pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy. Na marginesie Odwołujący wskazał, że podobnej próbie, jak w przypadku licznika FOXYTECH, przedstawiciel Odwołującego poddał także wzorzec licznika złożonego przez Konsorcjum ESMETRIC. Badanie to wykazało, że licznik GAMA 350 (złożony przez Konsorcjum ESMETRIC) posiada znacznik identyfikujący się numerem TID (numer znacznika) oraz zasygnalizował tym samym, że pracuje w częstotliwościach europejskich zgodnie z protokołem EPC.

Następnie Odwołujący podał, że stosownie do §3 ust. 6 pkt 6) umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ obowiązkiem Wykonawcy jest dostarczenie anten zewnętrznych dla 30% zamawianych liczników 3-fazowych tj. 25 500 szt. Jednocześnie, Zamawiający w pkt 4.2.1.12 SIWZ określił, że oferta ma zawierać jeden egzemplarz „Wzorzec” oferowanego licznika wyprodukowanego w 2020 roku, wraz z wszelkimi niezbędnymi licencjami i wyposażeniem licznika (z wyłączeniem sondy optycznej), bez których nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających. Licznik należy wyposażyć w egzemplarz oferowanej anteny zewnętrznej. FOXYTECH załączył do oferty wzorzec licznika wyposażony w antenę z kablem RG58 (kabel koncentryczny, antenowy). Jednocześnie modem LTE umieszczony jest w tym liczniku w górnej jego części. Budowa licznika FOXYTECH powoduje, że od wyjścia antenowego do wyjścia z obudowy osłonki modemu prowadzi wąski, kręty tunel technologiczny. Długość zakuwki kabla uniemożliwia wygięcie go w celu wprowadzenia w przewidziany tunel technologiczny osłonki modemu. Dodatkowo, wyprowadzenie kabla poza obrys osłonki modemu, wiąże się z koniecznością 2-krotnego wygięcia kabla pod kątem 90 stopni. W przypadku promienia gięcia kabla koncentrycznego tj. takiego, jak kabel zastosowany w liczniku oferowanym przez FOXYTECH, standardowo producenci definiują minimalny promień gięcia kabla, wyliczany na podstawie wielokrotności jego średnicy. Zakres ten w zależności od producenta oraz użytych materiałów kształtuje się od 5 do 10 wielokrotności średnicy kabla. Dla przykładu kable RG58/U (kabel w postaci linki) jednego z producentów mają następujące parametry: D-średnica kabla Rmin- minimalny promień gięcia D=8,4 mm / Rmin=40 mm D=10,3 mm / Rmin=50 mm D=5mm / Rmin=25mm D=6,2mm / Rmin=30mm Dla RG174/U (kabel w postaci linki): D=4,95mm / Rmin=25mm D=6,2mm / Rmin=30mm D=6,8mm / Rmin=50mm D=10,1mm / Rmin=60mm. Powyższe wskazuje, że najmniejszy minimalny promień gięcia dla obu typów kabli wynosi 25mm. Z tego też powodu poprowadzenie takiego kabla, poprzez tunel technologiczny, w obudowie oferowanego licznika i wyprowadzenie go poza obrys/obudowę licznika (tj. na zewnątrz), jest niemożliwe bez degradacji parametrów kabla (w szczególności współczynnika fali stojącej VSWR). Powyższe oznacza, że licznik zaferowany przez FOXYTECH, nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w §3 ust. 6 pkt 6) umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ, bowiem wzorzec złożony przez FOXYTECH nie pozwala na wyprowadzenie anteny zewnętrznej, a tym samym jej podłączenie.

Uzasadniając ww. zarzut w odniesieniu do oferty Konsorcjum ESMETRIC, Odwołujący wskazał m.in., że zgodnie

z pkt 2.1.2 SIWZ: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 5 do Specyfikacji”. Zgodnie z §3 ust. 2 projektu umowy dostarczane Zamawiającemu liczniki energii elektrycznej muszą być „fabrycznie nowe, spełniające wymagania określone w Załączniku nr 1 do Umowy oraz wymagania wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i norm technicznych, posiadające wymagane atesty, świadectwa jakości lub deklaracje zgodności Jednocześnie, zgodnie z pkt 3.7.1. SIWZ „Wymaga się, by oferowany produkt spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2 SIWZ”. W pkt 4.2.1.12 SIWZ określił, że oferta ma zawierać jeden egzemplarz „Wzorzec” oferowanego licznika wyprodukowanego w 2020 roku, wraz z wszelkimi niezbędnymi licencjami i wyposażeniem licznika (z wyłączeniem sondy optycznej), bez których nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających. Licznik należy wyposażyć w egzemplarz oferowanej anteny zewnętrznej. Licznik musi zawierać moduł komunikacyjny. Przedmiotem zamówienia jest dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.” (pkt 2.1.1 SIWZ). Przedmiotowy moduł komunikacyjny to urządzenie radiowe w rozumieniu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE „Dyrektywa Radiowa”). Zgodnie z rozumieniem art. 2 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy Radiowej „urządzenie radiowe” oznacza produkt elektryczny lub elektroniczny, który celowo emituje lub odbiera fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji, lub produkt elektryczny lub elektroniczny, który musi zostać uzupełniony o dodatkowy element, taki jak np. antena, aby mógł celowo emitować lub odbierać fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji.

Zgodnie z art. 10 ust. 3 Dyrektywy Radiowej: „Producenci sporządzają dokumentację techniczną, o której mowa w art. 21, i przeprowadzają lub zlecają przeprowadzenie odpowiedniej procedury oceny zgodności, o której mowa w art. 17. Jeśli w wyniku tej procedury oceny zgodności wykazano zgodność urządzenia radiowego z mającymi zastosowanie wymaganiami, producenci sporządzają deklaracje zgodności UE i umieszczają oznakowanie CE”. W art. 10 ust. 6 Dyrektywy Radiowej wymaga się: „Producenci są zobowiązani zapewnić opatrzenie urządzeń radiowych, które wprowadzili do obrotu, nazwą typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację, lub w przypadku gdy wielkość lub rodzaj urządzenia to uniemożliwiają, umieszczenie wymaganych informacji na opakowaniu lub w dokumencie załączonym do urządzenia radiowego”, natomiast zgodnie z art. 10 ust. 7 Dyrektywy Radiowej: „Producenci są zobowiązani umieścić na urządzeniach radiowych, a jeżeli wielkość lub rodzaj urządzeń radiowych to uniemożliwiają — na opakowaniu lub w dokumencie załączonym do tych urządzeń, swoją nazwę, zarejestrowaną nazwę handlową lub zarejestrowany znak towarowy i swój pocztowy adres kontaktowy. W adresie zostaje wskazany jeden punkt, w którym można skontaktować się z producentem. Dane kontaktowe są podawane w języku łatwo zrozumiałym dla użytkowników końcowych i organów nadzoru rynku.” Nadto, oznakowanie CE umieszcza się tak, by było widoczne, czytelne i niemożliwe do usunięcia z urządzenia radiowego lub z jego tabliczki znamionowej, chyba że nie ma takiej możliwości lub jest to nieuzasadnione z uwagi na rodzaj urządzenia radiowego. Oznakowanie CE umieszcza się również w sposób widoczny i czytelny na opakowaniu (art. 19 i 20). Powyższe wymagania Dyrektywy Radiowej są przedmiotem obowiązkowej weryfikacji nałożonej na dystrybutorów: „Przed udostępnieniem urządzenia radiowego na rynku dystrybutorzy sprawdzają, czy urządzenie radiowe jest opatrzone oznakowaniem CE i czy towarzyszą mu wymagane na mocy niniejszej dyrektywy dokumenty oraz instrukcje i informacje dotyczące bezpieczeństwa w języku zrozumiałym dla konsumentów i innych użytkowników końcowych w państwie członkowskim, w którym urządzenie radiowe ma być udostępnione na rynku, a także czy producent i importer spełnili wymagania określone odpowiednio w art. 10 ust 2 i 6-10 oraz w art. 12 ust. 3. jeżeli dystrybutor uznaje lub ma powody, by uważać, że urządzenie radiowe nie jest zgodne z zasadniczymi wymaganiami określonymi w art. 3, nie wolno mu udostępniać tego urządzenia radiowego na rynku, dopóki nie zostanie zapewniona jego zgodność. [...]”. Zatem dystrybutor ma obowiązek sprawdzić, czy urządzenie radiowe posiada oznakowanie CE i czy posiada wymagane informacje identyfikujące. Zgodnie z art. 6 Dyrektywy Radiowej: „Państwa członkowskie przyjmują właściwe środki w celu zapewnienia, by na rynku udostępniane były tylko urządzenia radiowe spełniające wymagania niniejszej dyrektywy”. Dyrektywa ta została wdrożona Ustawą z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz.U.2019.544 z późn. zm.) (dalej: „ustawa o systemie oceny”). Ustawa o systemie oceny przenosi wskazane powyżej wymagania z Dyrektywy Radiowej: art. 5: „ Wyroby wprowadzane do obrotu lub oddawane do użytku muszą spełniać wymagania”; art. 6: „Oznakowanie CE, a w przypadku przyrządów pomiarowych także dodatkowe oznakowanie metrologiczne, umieszcza się na wyrobie podlegającym obowiązkowi oceny zgodności po przeprowadzeniu tej oceny i potwierdzeniu zgodności wyrobu z wymaganiami, a przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu lub oddaniem go do użytku; art. 13 pkt 1 - 4 i 7: Producent ma obowiązek: zapewnić, żeby wyrób został zaprojektowany i wytworzony zgodnie z wymaganiami; sporządzić dokumentację techniczną wyrobu; przeprowadzić lub zlecić przeprowadzenie procedury oceny zgodności; sporządzić deklarację zgodności i umieścić oznakowanie CE, a w przypadkach określonych w przepisach szczególnych inne oznakowanie, zgodnie z wymaganiami; umieścić na wyrobie, a w przypadkach określonych w przepisach szczególnych na opakowaniu, w załączonym dokumencie lub na etykiecie, informacje umożliwiające identyfikację wyrobu: art. 16 i 17 - ustanawiające analogiczne obowiązki, jak w art. 13 dla importera i dystrybutora.

Używane w ustawie o systemie oceny pojęcie „wymagania” zostało zdefiniowane w jej art. 4 pkt 28 i oznacza: „wymaganiach - należy przez to rozumieć wymagania, o których mowa w bezpośrednio stosowanym unijnym prawodawstwie harmonizacyjnym lub w przepisach wdrażających unijne prawodawstwo harmonizacyjne”. Unijne prawodawstwo harmonizacyjne też zostało zdefiniowane w jej art. 4 pkt 24: „unijnym prawodawstwie harmonizacyjnym - należy przez to rozumieć prawodawstwo, o którym mowa w art. 2 pkt 21 rozporządzenia (WE) nr 765/2008”. Zaś art. 2 pkt 21 rozporządzenia (WE) nr 765/2008 definiuje: „wspólnotowe prawodawstwo harmonizacyjne” oznacza każdy akt prawny Wspólnoty harmonizujący warunki wprowadzania produktów do obrotu. Niewątpliwie zatem Dyrektywa Radiowa stanowi unijne prawodawstwo harmonizacyjne, a tym samym ustanawia „wymagania” w rozumieniu ustawy o systemie oceny zgodności.

Moduł komunikacyjny złożony w ramach próbki przez Konsorcjum ESMETRIC: pozbawiony jest: oznakowania CE, informacji umożliwiających identyfikację wyrobu, nazwy producenta, zarejestrowanej nazwy handlowej lub zarejestrowanego znaku towarowego i pocztowego adresu kontaktowego producenta, nie dołączono do niego deklaracji zgodności, co jest niezgodne z cytowanymi powyżej przepisami Dyrektywy Radiowej i ustawy o systemie oceny zgodności, a tym samym stanowi o sprzeczności z treścią SIWZ i stanowi o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum ESMETRIC. Wielkość modułu komunikacyjnego oferowanego przez Konsorcjum ESMETRIC jest na tyle duża, że umożliwia umieszczenie na nim co najmniej: nazwy typu, numeru partii lub serii lub innej informacji umożliwiającej jego

identyfikację i identyfikację producenta, a przede wszystkim umożliwia zamieszczenie znaku CE. Konsorcjum ESMETRIC, wbrew obowiązującym w tym zakresie, a przywołanym powyżej przepisom prawa, nie zamieściło na module komunikacyjnym wskazanych oznaczeń. Dyrektywa Radiowa w art. 19 stanowi: Oznakowanie CE podlega ogólnym zasadom określonym w art. 30 rozporządzenia (WE) nr 765/2008. Ze względu na rodzaj urządzeń radiowych wysokość oznakowania CE umieszczonego na urządzeniu radiowym może być mniejsza niż 5 mm, pod warunkiem że pozostaje ono widoczne i czytelne. Art 30 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 765/2008 odsyła do jego załącznika II, w którym to załączniku, w pkt 3 wskazano: „Jeżeli szczególne prawodawstwo nie ustanawia konkretnych rozmiarów, wysokość oznakowania CE wynosi przynajmniej 5 mm”. Niewątpliwie możliwe było umieszczenie takiego oznakowania na module komunikacyjnym próbki Konsorcjum ESMETRIC. Brak identyfikacji urządzenia i producenta, brak oznaczenia CE oraz brak deklaracji zgodności CE dla modemu komunikacyjnego stanowi podstawę do orzeczenia braku zgodności z Dyrektywą Radiową pod względem formalnym (art. 43 pkt 1 p. b, d) Dyrektywy Radiowej). Z tego też powodu moduł komunikacyjny nie może zostać dopuszczony do obrotu, albowiem producent tego urządzenia naruszył przepisy prawa.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ESMETRIC złożyło wraz z ofertą deklarację zgodności dla licznika typu GAMA 350 („Deklaracja”) wystawioną w oparciu o Certyfikat Badania Nr SK 19-003 HD („Certyfikat MID”). Tymczasem Zamawiający wymagał zgodnie z pkt 3.7.2.2 SIWZ: „deklaracji wykonania oceny zgodności modułu komunikacyjnego (Deklaracja CE)”. Istotną w niniejszej sprawie okolicznością, jest fakt, że z pkt 2.4 Certyfikatu MID (złożonego przez Konsorcjum ESMETRIC) prawidłowo przetłumaczonego na język polski wynika, że „Zintegrowane wyposażenie i funkcje nie będące przedmiotem wymagań MID: wewnętrzny stycznik rozłączający; wyjście impulsowe; czujnik ingerencji zewnętrznej; patrz również rozdział 2, część ”Funkcje niezasadnicze licznika energii elektrycznej GAMA 350” podpunkt 2.1.3 i rozdział 4 tego załącznika opisowego. Wszystkie zintegrowane części i funkcje licznika wymienione w sekcji 2.4 oraz wszystkie wyświetlane wartości, które nie zostały wymienione w sekcji 2.1.1, nie są objęte zakresem dyrektywy 2014/132/UE zgodnie z załącznikiem V (liczniki energii elektrycznej czynnej MI- 003). Nie zostały ocenione przez SLM na podstawie tego certyfikatu.”. Rozdział 4 załącznika opisowego, który zgodnie z pkt 2.4 certyfikatu MID nie jest objęty przedmiotem wymagań MID i nie został oceniony na podstawie tego certyfikatu, wskazuje właśnie na moduł komunikacyjny: Interfejsy i warunki kompatybilności Moduły komunikacyjne dla komunikacji z oprogramowaniem lokalnym, inteligentnymi systemami pomiarowymi i siecią lokalną HAN (w zależności od odmiany licznika): optycznej wyjście testowe; elektryczny interfejs komunikacyjny wspierający protokół IEC 6205-21; elektryczny interfejs komunikacyjny wspierający protokół DLMS/COSEM; komunikacja, uwierzytelnianie oraz szyfrowanie; modem plug&play. Zatem zgodnie z treścią certyfikatu MID przedmiotem jego badania nie był licznik wyposażony w moduł komunikacyjny. Tym samym Konsorcjum ESMETRIC nie było uprawnione do wystawienia deklaracji zgodności dla modułu komunikacyjnego w oparciu o ten dokument. Co więcej, Konsorcjum ESMETRIC wadliwie przetłumaczyło pkt 2.4 certyfikatu MID pomijając słowo „not”, tym samym wprowadzając w błąd Zamawiającego, co do zakresu badań certyfikatu MID polegającego na wadliwym uznaniu, że obejmuje on także moduł komunikacyjny. W oryginalnej (angielskiej) wersji Certyfikatu MID, w nagłówku ww. pkt-u użyto sformułowania „Integrated equipment and functions not subject to MID”, co przetłumaczyć można następująco: „Zintegrowane wyposażenie i funkcje nie podlegające MID”. W polskiej wersji językowej Certyfikatu MID, użyto natomiast sformułowania: „Zintegrowane wyposażenie i funkcje będące przedmiotem wymagań MID” - pominięto słowo „nie”. Powyższe wskazuje, że zintegrowane wyposażenie wymienione pkt 2.4. Certyfikatu MID, w tym modem komunikacyjny, nie są objęte certyfikatem MID. Co więcej, i tak nie mogły one być objęte badaniem pod kątem Dyrektywy Radiowej, bo to zupełnie inna dyrektywa, niż Dyrektywa Licznikowa, której dotyczy certyfikat MID i której spełnienie wymagań zasadniczych potwierdza. Dyrektywy te przewidują inne wymagania zasadnicze. Tym samym wadliwe i niedopuszczalne jest wystawienie deklaracji zgodności potwierdzającej spełnienie wymagań zasadniczych Dyrektywy Radiowej, w oparciu o Dyrektywę Licznikową. Konsorcjum ESMETRIC nie przedstawiło dowodów przeprowadzenia badania oceny zgodności dla modułu komunikacyjnego, co pozwala na wyciągnięcie wniosku, że badanie takie nie zostało przeprowadzone, czego, z kolei, potwierdzeniem jest brak naniesienia na moduł komunikacyjny odpowiednich, wymaganych przepisami prawa oznaczeń. Zgodnie z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Radiowej: „Deklaracja zgodności UE ma układ odpowiadający wzorowi określonemu w załączniku VI, zawiera elementy określone w tym załączniku oraz jest systematycznie aktualizowana. Musi ona zostać przetłumaczona na język (lub języki) wymagany (wymagane) przez państwo członkowskie, w którym urządzenie radiowe wprowadza się do obrotu lub udostępnia na rynku. Deklaracja złożona przez Konsorcjum ESMETRIC jest niezgodna ze Dyrektywą Radiową, ponieważ w porównaniu z jej załącznikiem VI nie zawiera elementów, w szczególności opisanych w jego punkcie 1, 2, 4 i 6: Urządzenie radiowe (numer produktu, typu, partii lub serii) - Deklaracja nie zawiera tych informacji w odniesieniu do modułu komunikacyjnego, Nazwa i adres producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela - podane informacje odnoszą się jedynie do licznika, nie sposób na jej podstawie ustalić, że producentem modułu komunikacyjnego jest UAB ELGAMA-ELEKTRONIK, Przedmiot deklaracji (identyfikator urządzenia radiowego umożliwiający jego identyfikowalność; może zawierać obraz barwny wystarczająco wyraźny, kiedy konieczne jest zidentyfikowanie urządzenia radiowego) - Deklaracja nie zawiera tych informacji w odniesieniu do modułu komunikacyjnego; Odwołania do odnośnych norm zharmonizowanych, które zastosowano, lub do innych specyfikacji technicznych, w stosunku do których deklarowana jest zgodność. Odwołania muszą być podane wraz z ich numerami identyfikacyjnymi i wersjami oraz w stosownych przypadkach z datą wydania - Deklaracja nie zawiera tych informacji w odniesieniu do modułu komunikacyjnego, bowiem normy zharmonizowane, które w niej podano dotyczą wyłącznie Dyrektywy Licznikowej, a zupełnie pominięto normy dotyczące Dyrektywy Radiowej.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że Deklaracja nie spełnia wymagań Dyrektywy Radiowej z następujących powodów: Deklaracja wystawiona została na podstawie niewłaściwego badania - nie w oparciu o badanie wymagań Dyrektywy Radiowej, lecz w oparciu o badania spełniania wymagań Dyrektywy Licznikowej, a badanie to i tak nie obejmowało modułu komunikacyjnego - zgodnie z treścią Certyfikatu MID; Deklaracja jest niezgodna z wymaganiami ustanowionymi w Dyrektywie Radiowej, co opisano powyżej i w ogóle nie sposób ustalić, że odnosi się ona do modułu komunikacyjnego, a jeśli tak, to jakiego. Dyrektywa Radiowa nakłada zatem na producenta obowiązek sporządzenia pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego typu urządzenia poddanego ocenie zgodności, i w której to musi być identyfikacja urządzenia, dla którego została ona sporządzona. Z powyższego wynika, że deklaracja zgodności jest sporządzana dla konkretnego typu urządzenia, które wcześniej zostało poddane procedurze oceny zgodności, a o tym czy urządzenie zostało poddane procedurze oceny zgodności świadczy oznakowanie CE umieszczone na urządzeniu. Zatem deklaracja zgodności może być wystawiona tylko do urządzenia które przeszło procedurę oceny zgodności, czyli ma oznakowanie CE. Konsorcjum ESMETRIC, po pierwsze nie przedłożyło wymaganej deklaracji zgodności zaoficerowanego modułu komunikacyjnego, a po drugie nie ma możliwości jej przedłożenia, ponieważ zaoficerowany przez niego moduł nie ma żadnych oznaczeń go identyfikujących, a zwłaszcza oznaczenia CE, które świadczy o

przeprowadzeniu oceny zgodności urządzenia i pozwała na wystawienie deklaracji zgodności dla tego urządzenia. Pomimo hipotetycznej możliwości uzupełnienia deklaracji zgodności, w praktyce nie ma takiej możliwości, ponieważ nie ma modułu komunikacyjnego do którego ta prawidłowo sporządzona deklaracja zgodności mogłaby się odnosić, bo deklaracja zgodności powinna odnosić się do takiego urządzenia, które jest w prawidłowy sposób oznaczone, co opisano powyżej. Z ostrożności, jeśli Izba uznałaby za dopuszczalne uzupełnienie deklaracji zgodności, Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia deklaracji zgodności dla modułu komunikacyjnego.

Odnosnie braku zabezpieczenia dostępu do SIM Holder (karty SIM) w postaci czujnika, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 1.72 załącznika nr 1 do umowy postawił wymaganie: „Kieszka (SIM HOLDER) na kartę SIM dostępna tylko po zdemontowaniu osłony skrzynki zaciskowej lub innej osłony zabezpieczonej plombą Zamawiającego oraz czujnikiem otwarcia tej osłony”. Zaoferowany przez Konsorcjum ESMETRIC licznik GAMA350 G35 144 nie posiada czujnika otwarcia osłony pod którą znajduje się modem lub ten czujnik nie działa, więc nie spełnia wskazanego powyżej wymagania. Modem umiejscowiony jest we wnęce zabezpieczonej plombowanymi drzwiczkami pełniącymi rolę zewnętrznej osłony modemu. Tak wykonana osłona modemu posiada wyłącznie zabezpieczenie plombą Zamawiającego, a to jest niezgodne z wymogiem cytowanego powyżej pkt. 1.72. Pod plombowaną osłoną modemu dodatkowo znajduje się przycisk do zamykania OR (Okresu Rozliczeniowego), oraz miejsce na wymienną baterię, natomiast nie ma czujnika otwarcia osłony na co wskazuje Certyfikat MID SK 19 -003 HD Rev.1 dla zaoferowanego typu licznika G35. 144, zawierający rysunek miejsca instalowania modemu pod przedmiotową osłoną (fig. 5 na str. 8 - licznik GAMA 350 TYP G35.144). Z rysunku - fig.5 w MID, wynika, że pod odrębną plombowaną osłoną modemu, znajduje się tylko miejsce na baterię wymienną i przycisk do zamykania ręcznego Okresu Rozliczeniowego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z oględzin/badania i prezentacji liczników złożonych jako próbki FOXYTECH i Konsorcjum ESMETRIC na okoliczność niespełniania wskazanych powyżej wymagań Zamawiającego oraz o zobowiązanie Zamawiającego do przybycia na posiedzenie wyznaczone na rozprawę z dokumentami, w tym wszystkimi próbkami liczników złożonych w Postępowaniu.

Pismem z dnia Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania z uwagi na jego przedwczesność, ewentualnie w przypadku nieodrzczenia odwołania, o jego oddalenie w całości z uwagi na brak zaniechania, w związku z którym odwołanie zostało wniesione. Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu w postaci zaproszenia na badania próbek wykonawców Apator, Foxytech i Konsorcjum ESMETRIC w dniach 25-27 listopada 2020 r.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że na skutek odwołania złożonego w dniu 28 września 2020 r. przez Apator, wyrokiem z dnia 2 listopada 2020 r. wydanym w sprawie do sygn. akt KIO 2470/20, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Apator oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, W związku z powyższym, Zamawiający przystąpił do powtórnego badania i oceny ofert wykonawców, w ramach których dokonano m.in. powtórnego badania próbek wykonawców: Apator, Foxytech, Konsorcjum ESMETRIC w dniach 25-27 listopada 2020 r. Zamawiający zauważył, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy zaniechanie odrzucenia ofert Foxytech i Konsorcjum ESMETRIC. Na dzień wniesienia Odwołania (a także na dzień złożenia niniejszego pisma), Zamawiający nie zakończył czynności badania ofert, a tym bardziej nie dokonał ich oceny. W dalszym ciągu może więc jeszcze dokonać odrzucenia ofert Wykonawców, w związku z czym nie można skutecznie zarzucać mu na tym etapie, że zaniechał dokonania tych czynności. Oznacza to, że nie rozpoczął biegu termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 182 ustawy Pzp, nie istnieje substrat odwołania, w postaci zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, które mogłyby podlegać ocenie z punktu widzenia zgodności z przepisami ustawy. Odwołanie należy zatem uznać za przedwczesne.

Wobec przedwczesności wniesionego Odwołania, istnieją podstawy do jego odrzucenia. Działając bowiem na podstawie art. 1184 § 2 ustawy k.p.c, w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, sąd polubowny może z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy (zob. postanowienie KIO z dnia 15 lipca 2014 r., KIO 1380/14). W niniejszej sprawie nie rozpoczął jeszcze biegu termin na wniesienie odwołania, co więcej, nie została jeszcze dokonana czynność, od której odwołanie zostało wniesione. Powyższe uzasadnia odrzucenie odwołania już z przyczyn formalnych, bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów odwołania. Terminy na wniesienie odwołania, określone w art. 182 ustawy Pzp liczone są od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia (ust. 1) lub od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Na dzień wniesienia odwołania (jak również na dzień złożenia niniejszego pisma) nie doszło jeszcze do rzekomego zaniechania podjęcia czynności, do której Zamawiający byłby zobowiązany na podstawie ustawy. Ustawa nie wskazuje bowiem, w jakim terminie Zamawiający jest zobowiązany dokonać oceny oferty, czy też podjąć czynność odrzucenia oferty. W obecnym stanie postępowania Zamawiający nie zakończył jeszcze czynności badania i oceny ofert, w związku z czym Zamawiający może w dalszym ciągu dokonać czynności, której rzekomo bezprawne zaniechanie zarzuca mu Odwołujący. Nie można zatem w obecnym stanie postępowania zarzucać Zamawiającemu, że dokonania tych czynności zaniechał. Zgodnie zaś z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2014 r. KIO 1380/14, „przesłanki formalne pozwalające na wniesienie odwołania, a także zasadność zgłoszonych zarzutów oraz interes wykonawcy - jeżeli zachodzą podstawy, do merytorycznego rozpoznania odwołania, Izba ustala na dzień złożenia odwołania, uwzględniając przy wydaniu wyroku; stosownie do art. 191 ust 2 ustawy Pzp. - stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Orzeczenie Izby zawsze odnosi się do czynności i zaniechań zamawiającego, które odwołujący podał w odwołaniu, jako powód jego wniesienia. Z powyższych względów, cytowanym postanowieniem „Izba odrzuciła odwołanie, jako przedwczesne, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, stosując odpowiednio art. 1184 § 2 ustawy k.p.c w związku z art. 185 ust 7 ustawy Pzp., który stanowi, że sąd polubowny może z zastrzeżeniem przepisów ustawy, prowadzić postępowanie w taki sposób, jaki uzna za właściwy. Sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem. Z kolei przepis art. 185 ust 7 ustawy Pzp, postanawia, że jeżeli ustawa nie stanowi inaczej stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964r. k.p.c. o sądzie polubownym (arbitrażowym). Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 189 ust. 2 tej ustawy oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280z późn. zm.) nie regulują kwestii postępowania z przedwczesnie wniesionym odwołaniem, zatem poprzez art. 1184 § 2 ustawy k.p.c. upoważniają Izbę, do odrzucenia odwołania, którego przedwczesne zarzuty, nie mogły być

metrytorycznie rozpatrzone”.

W przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, Zamawiający z ostrożności procesowej wniósł o oddalenie odwołania w całości, z uwagi na brak czynności lub zaniechania Zamawiającego, od którego Odwołanie zostało wniesione. W momencie wniesienia Odwołania (jak również złożenia niniejszego pisma) trwa w dalszym ciągu czynność badania i oceny ofert. Zgodnie zaś z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2015 r., KIO 2102/15, „dopóki zamawiając ma otwarty termin na dokonanie jakiegokolwiek czynności nie można mu skutecznie zarzucić, iż dokonania tej czynności zaniechał”.

Pismem z dnia 9 grudnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ESMETRIC sp. z o.o. sp. k. i UAB „Elgama-Elektronika:” zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 10 grudnia 2020 r. wykonawca Foxytech sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania z uwagi na jego przedwczesność, oraz na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania – o jego oddalenie z uwagi na przedwczesność postawionych w nim zarzutów (brak substratu zaskarżenia).

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska. Konsorcjum ESMETRIC podzielił stanowisk Zamawiającego co do przedwczesności odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp zawiera katalog przesłanek odrzucenia odwołania, wśród których nie występuje przesłanka w postaci przedwczesności odwołania. W związku z tym Izba nie podzieliła powyżej przedstawionego stanowiska Zamawiającego, iż istnieje podstawa do odrzucenia odwołania z uwagi na jego przedwczesność.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Odrzucenie ofert konkurencyjnych pozwoli Odwołującemu pozyskać zamówienie. W niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

W ocenie Izby została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę, która na skutek wyroku Izby z dnia 2 listopada 2020 r. w sprawie sygn. akt KIO 2470/20 została przywrócona do postępowania i podlega badaniu i ocenie, podobnie jak oferty złożone przez Przystępujących.

Wobec wypełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uczestnikami postępowania odwoławczego stali się wykonawcy FOXYTECH (dalej również: „Przystępujący FOXYTECH”) i Konsorcjum ESMETRIC (dalej również: „Przystępujący ESMETRIC”), wspólnie określani „Przystępujący”, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W pismach z dnia 13 stycznia 2021 r. Przystępujący przedstawili swoje stanowiska w sprawie. Przystępujący ESMETRIC oświadczył ponadto, że popiera stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie dotyczące odrzucenia odwołania, oraz załączył: załącznik 12 do oferty Konsorcjum ESMETRIC, pierwszą stronę z uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa Aparator, zdjęcie próbki modemu zaoferowanego przez Aparator, załącznik nr 25 do oferty Konsorcjum ESMETRIC do pisma Przystępującego FOXYTECH została załączona kserokopia wyroku Izby z dnia 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2470/20.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego, w tym trzech pism Zamawiającego z dnia 17 listopada 2020 r. znak: DU/UZA/MZ/242/2020 skierowanych do Odwołującego, Przystępującego FOXYTECH i Przystępującego ESMETRIC.

Izba przyjęła do akt sprawy dokumenty złożone przez Strony i Przystępujących wskazane w ww. pismach oraz złożone na rozprawie w ramach prezentowanego stanowiska przez Przystępującego FOXYTECH w postaci: zdjęć liczników (dwa pliki) oraz przez Odwołującego w postaci: zdjęć licznika zaoferowanego przez Konsorcjum FOXYTECH i urządzenia użytego przez Odwołującego, oświadczenia HADATAP sp. z o.o. z dnia 20 sierpnia 2018 r., opinii prywatnej nr 5/KANEiKE/2020 z dnia 4 grudnia 2020 r. autorstwa p. M.W. adiunkta Politechniki Gdańskiej, formularza oferty Konsorcjum ESMTRIC z 30 lipca 2020 r. złożonej w innym postępowaniu, pisma Niezależnego Operatora Pomiarowego Mediów z dnia 11 stycznia 2021 r., opinii prywatnej Instytutu Łączności PIB z dnia 17 grudnia 2020 r., wyciągu z Polskiej Normy PN-EN 50470-1.

Do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 7 grudnia 2020 r., a stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE”. W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, z których 3 na obecnym etapie postępowania są odrzucone.

Zamawiający w dniu 18 września.2020 r. poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej

oferty złożonej przez FOXYTECH oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, który w dniu 28 września 2020 r. wniósł odwołanie. W wyniku rozstrzygnięcia tego odwołania Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2470/20 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty APATOR S.A. oraz ujawnienie wskazanych dokumentów przedstawionych przez FOXYTECH i Konsorcjum ESMETRIC oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz czynności wybor najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający pismami z dnia 17 listopada 2020 r. skierowanymi do Odwołującego i Przystępujących zawiadomił, iż w związku wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2470/20 unieważnia wybór oferty Foxytech sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, unieważnia odrzucenie oferty APATOR S.A. i ponownie przystępuje do czynności badania i oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający zaprosił każdego z tych wykonawców na badanie próbki zaoferowanego licznika, informując o miejscu i terminie badania, który został wyznaczony osobno dla każdego z wykonawców na 25, 26 i 27 listopada 2020 r. W dniu 27 listopada 2020 r. próbki liczników zaoferowanych przez Przystępujących zostały okazane Odwołującemu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby na dzień złożenia odwołania, istniały podstawy do postawiania Zamawiającemu zarzutów zawartych w odwołaniu, w tym dotyczących zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Przystępujących. Nie zostało wykazane, aby Zamawiający miał obowiązek dokonania czynności, co do których Odwołujący postawił zarzut zaniechania ich dokonania, w terminie poprzedzającym wniesienie odwołania.

*Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp: **Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.***

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w dniu 17 listopada 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu odrzucenia oferty Odwołującego oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, w tym o przeprowadzeniu w dniach 25, 26 i 27 listopada 2020 r. badania próbek złożonych przez wykonawców odpowiednio: Konsorcjum ESMETRIC, FOXYTECH i Odwołującego, prz jednocześnie powiadomieniem Odwołującego, o udostępnieniu temu wykonawcy wglądu do próbek złożonych przez Przystępujących, co miało nastąpić w dniu 27 listopada 2020 r.

W wyznaczonych terminach, Zamawiający poddał badaniu próbki liczników zaoferowanych przez Przystępujących i Odwołującego, jednak przed datą wniesienia odwołania nie dokonał oceny zbadanych próbek i nie dokonał dalszych czynności, w tym nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Na dzień wniesienia odwołania proces badania i oceny ofert był w toku. Jak wyjaśnił na rozprawie Zamawiający przy badaniu próbek uczestniczyła część członków Komisji przetargowej, którzy z uwagi na wpływ przedmiotowego odwołania, nie podjęli dalszych działań. Zgodnie z przyjętymi w Spółce zasadami, wyniki badania próbek są przedstawiane przez członków Komisji Przetargowej, którzy uczestniczyli przy badaniu, pod obrady całej Komisji, a następnie wraz z jej rekomendacją są przedstawiane Zarządowi Spółki celem podjęcia decyzji, co do wyniku postępowania. Wniesienie odwołania skutkowało wstrzymaniem prac Komisji Przetargowej, zostały one zatrzymane przed przedstawieniem wyników całej Komisji a w konsekwencji przed przekazaniem jej stanowiska Zarządowi i przed podjęciem czynności Zamawiającego wskazujących na zakończenie badania i oceny ofert.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zaznaczeniem, że następuje na podstawie art. 180 ust. 1 w związku art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że termin liczy od daty udostępnienia mu próbek złożonych przez Przystępujących.

Skoro Odwołujący stawia zarzuty zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Przystępujących, to powinien wykazać, że ich badanie zostało zakończone, a Zamawiający, pomimo takiego obowiązku wynikającego z ustawy, nie podjął określonych czynności. Tego jednak nie uczynił. Ustosunkowując się do wniosku Zamawiającego i Przystępujących o odrzucenie odwołania z uwagi na jego przedwczesność, powołał się natomiast na wcześniejsze czynności Zamawiającego, stwierdzając, że Zamawiający dokonał wyboru oferty w tym postępowaniu, odrzucił ofertę Odwołującego, jednakże na skutek rozpoznania jego odwołania od tej czynności, Izba w sprawie KIO 2470/20 nakazała m.in. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Stwierdził także, że po tym wyroku Zamawiający nie dopatrywał się podstaw do odrzucenia jego oferty, nie wyjaśniając jednak z czego wywodzi takie twierdzenie.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący w swojej argumentacji pomija istotne w tej sprawie okoliczności, tj. unieważnienie przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne przystąpienie do czynności badania i oceny ofert, o czym wykonawcy zostali powiadomieni pismami z dnia 17 listopada 2020 r. Odwołujący potwierdził fakt ponownego przeprowadzenia badania próbek liczników. Zauważenia zatem wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje czynności badania próbek przez Zamawiającego, lecz pomijając fakt ponownego przeprowadzenia tych czynności, jak też pomijając brak podjęcia czynności wskazujących na zakończenie badania i oceny ofert przez Zamawiającego, zmierza, przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej, do doprowadzenia do odrzucenia ofert złożonych przez Przystępujących. Odwołujący nie wykazuje przy tym, że mimo, iż z ustawy nie wynika, aby Zamawiający miał ściśle określony termin na podjęcie określonych czynności w ramach badania i oceny ofert, w okolicznościach analizowanego postępowania, przy uwzględnieniu, ww. czynności unieważnienia uprzednio podjętych czynności, miał obowiązek wynikający z ustawy podjęcia tych czynności w terminie poprzedzającym wniesienie przez niego odwołania. Wskazana przez Odwołującego okoliczność, iż odrzucenie ofert może nastąpić na każdym etapie postępowania, nie oznacza, że mimo braku zakończenia badania i oceny ofert, Zamawiający był zobowiązany do dokonania czynności odrzucenia ofert złożonych przez Przystępujących przed wniesieniem przez Odwołującego przedmiotowego odwołania. Skoro, jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, badanie ofert jest nadal w toku, to nie jest jeszcze przesądzone jakie czynności zostaną przez niego podjęte. Trudno zatem przyjąć, że rozpoczął swój bieg termin na wniesienie odwołania na zaniechanie czynności odrzucenia ofert Przystępujących czy wezwania do uzupełnienia i poprawienia dokumentów, a tego dotyczą zarzuty odwołania. To Zamawiający, który jest gospodarzem postępowania podejmuje decyzję co do terminu podejmowania przez niego czynności w tym postępowaniu. Tym samym brak jest

możliwości rozpatrywania przez Izbę takich zarzutów odwołania.

Jak zauważył na rozprawie Zamawiający wniesione obecnie odwołanie uniemożliwia podjęcie przez niego polemiki z zarzutami odwołania. Gdyby bowiem podzielił częściowo, bądź w całości argumentację odwołania, to wypowiedziałby się za odrzuceniem tych ofert zanim dokonał czynności w toku postępowania. Analogiczne byłoby gdyby podjął polemikę z zarzutami odwołania, wówczas oznaczałoby to, że broni ofert złożonych przez konkurencję Odwołującego i mógłby być podnoszony zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Odwołanie powinno być wniesione po podjęciu przez Zamawiającego decyzji, co do oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający podejmuje czynności w określonym przez siebie terminie. Nadto ustawa Pzp przewiduje, że czynności oceny i badania ofert dokonuje Zamawiający, przy czym nie są one dokonywane na Sali rozpraw KIO. Jak natomiast stwierdził Przystępujący FOXYTECH Zamawiający obecnie ma jeszcze termin na dokonanie czynności. Z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający informuje jednocześnie o ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych i to wówczas przysługuje wykonawcom odwołanie na ww. czynności.

Skład orzekający podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępujących dotyczące przedwczesności odwołania. Dotyczy to wszystkich zarzutów odwołania, tj. zarówno dotyczących zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Przystępujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak też zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum ESMETRIC do uzupełnienia i poprawienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także zarzutu naruszenia art 7 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny ofert, zarzucanie Zamawiającemu zaniechania zastosowania powyższych przepisów jest w ocenie Izby nieuprawnione. Do czasu zakończenia badania i oceny ofert Zamawiający ma bowiem prawo, o ile uzna, że istnieją ku temu podstawy, do dokonania czynności odrzucenia ofert, jak też do wezwania wykonawców, na równych zasadach, do ewentualnego uzupełnienia czy poprawienia dokumentów.

Wobec stwierdzenia przedwczesności zarzutów odwołania, w ocenie Izby, również ww. dokumenty przedłożone przez Odwołującego i Przystępujących należy uznać za przedwczesnie złożone. Ustawa Pzp nie przewiduje możliwości wydania wyroku wstępnego. W związku z tym dokumenty złożone przy przedstawianiu stanowiska w sprawie zostały przyjęte do akt postępowania, jednakże analogicznie, jak zarzuty odwołania, z uwagi na ich przedwczesność, nie były rozpatrywane merytorycznie przez Izbę.

Izba nie dopuściła dowodu z oględzin/badania i prezentacji liczników złożonych przez Przystępujących jako próbki, jak też zgłoszonego w piśmie procesowym z dnia 21 stycznia 2021 r. wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu elektroniki, na okoliczności związane z zarzutami odwołania, uznając, iż w okolicznościach analizowanej sprawy są zgłoszone dla zwłoki.

Przeprowadzenie badania próbek liczników zaoferowanych przez Przystępujących jest czynnością Zamawiającego, która została przez niego przeprowadzona, ale nie są jeszcze znane jej wyniki, nie została przeprowadzona przez Zamawiającego ocena ofert tych wykonawców, a zatem przeprowadzenie zawnioskowanego dowodu z oględzin/ badania tych próbek, wobec przedwczesności zarzutów odwołania, jest nieuprawnione. Skoro nie zostało jeszcze zakończone badanie i ocena ofert przez Zamawiającego, to w obecnym postępowaniu odwoławczym nie ma również uzasadnienia dla przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b).

Przewodniczący: