

WYROK
z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawcę **APATOR S.A z siedzibą w Toruniu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A z siedzibą w Lublinie**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Esmetric Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie**, **UAB „Elgama Elektronika” z siedzibą w Wilnie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę APATOR S.A. i 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej - liczniki, bezpośrednie, statyczne, wielostrefowe z wbudowanym zegarem sterującym i rejestracją profilu, 1 i 3 fazowe w podziale na 2 zadania (części) dla Oddziałów PGE Dystrybucja S.A.: Zadanie 1 – Liczniki 1 fazowe Zadanie 2 – Liczniki 3 fazowe*. Wartość 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 11 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 154-377971.

W dniu 19 października 2020 r. wykonawca Apator S.A. wniósł odwołanie w zakresie zadania 1 i 2, wobec czynności badania i oceny oferty Konsorcjum firm: Esmetric Sp. z o.o. Sp.k. UAB „Elgama Elektronika” i zaniechania odrzucenia tej oferty, a w konsekwencji zaproszenia ww. Konsorcjum do aukcji elektronicznej oraz przeprowadzenia tej aukcji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 b ust. 1 i art. 91a ust. 1, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że 9 października 2020 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu oceny ofert oraz o tym, że oferty są zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, w związku z czym Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

I. Brak nadrukowanego na licznikach roku produkcji

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Esmetric złożyło próbki liczników dla Zadania nr 1 i 2, które nie posiadają nadrukowanego roku produkcji licznika. Wskazał, że załączył do odwołania fotografie liczników (zdjęcia nr 1 i 2 w załączniku nr 1) i stwierdził, że brak umieszczenia na licznikach roku ich produkcji stanowi niezgodność z:

- pkt 12.1.6.3 pierwszy ppkt SIWZ, zgodnie z którym wykonawca dostarczy do Zamawiającego wraz z ofertą: 2 szt. egzemplarzy urządzenia w celu umożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenie złożonej oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ (licznik, modem jeżeli występuje). Oba egzemplarze urządzenia muszą być tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń. Zamawiający dopuszcza jedynie aby rok produkcji dostarczonych egzemplarzy urządzeń różnił się od roku produkcji urządzeń, które będą dostarczane w ramach dostaw oraz aby w kodzie kreskowym typ licznika (5 cyfr) oraz cyfra kontrolna (1 cyfra), zostały określone dowolnymi cyframi. Wszelkie oznaczenia na liczniku muszą być zgodne z przedłożonym w ofercie certyfikatem MID oraz rokiem jego produkcji.
- pkt 3 ppkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym liczniki mają być zgodne z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2008 r. Nr 11, poz. 63) – dalej: rozporządzenie ws. wymagań liczników energii elektrycznej,
- pkt 3 ppkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym liczniki mają być zgodne z normą PN-EN 50470-1:2008 – Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) – Część 1: Wymagania ogólne, badania i warunki badań – Urządzenia do pomiarów (klas A, B i C).

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał również w pkt 12.1.6.3 ppkt 7 SIWZ, aby wykonawcy złożyli Deklarację zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub HI) – certyfikat MID, o którym stanowi pkt 12.1.6.3 pierwszy ppkt SIWZ. Dla licznika 1 fazowego wymagane jest podanie roku produkcji w przedłożonym przez Konsorcjum Esmetric wraz z ofertą certyfikacie MID Nr SK 09-001 HD Rew. 17, str. 12 w pkt 5 lit. d dokumentu (wyciąg z dokumentu: zdjęcie nr 3 w załączniku nr 1 do odwołania). Jednocześnie w tym samym certyfikacie MID Nr SK 09-001 HD Rew. 17 przewidziano wzory tabliczek znamionowych, w tym na str. 26 dla liczników 1-fazowych oferowanych przez Konsorcjum Esmetric w postępowaniu, gdzie tabliczka znamionowa ma posiadać odrębnie naniesiony rok produkcji (wyciąg z dokumentu: zdjęcie nr 4 w załączniku nr 1 do odwołania).

Odwołujący podniósł, że podobnie dla licznika 3-fazowego Konsorcjum Esmetric przedłożyło certyfikat MID Nr SK 09 - 002 HD Rew. 17, w którym na str. 15 w pkt 5 lit. d wymagane jest umieszczenie na liczniku roku produkcji. Jednocześnie w tym samym certyfikacie MID Nr SK 09 - 002 HD Rew. 17 przewidziano wzory tabliczek znamionowych, w tym na str. 27 dla liczników 3-fazowych oferowanych przez Konsorcjum Esmetric, gdzie tabliczka znamionowa ma posiadać odrębnie naniesiony rok produkcji (wyciąg z dokumentu: zdjęcie nr 5 w załączniku nr 1 do odwołania).

Odwołujący stwierdził, że w świetle powyższych wymagań na licznikach zaoferowanych w postępowaniu powinien być nadrukowany rok produkcji licznika, tymczasem jak widać na zdjęciach nr 1 i 2 przedłożone próbki nie spełniają tych wymagań.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z § 5 pkt 5 rozporządzenia ws. wymagań liczników energii elektrycznej wymagane jest umieszczenie na liczniku w sposób trwały i czytelny szeregu informacji m.in. roku produkcji licznika. Na liczniku energii elektrycznej musi być odrębnie naniesiony rok produkcji licznika i brak roku produkcji umieszczonego na liczniku stanowi niezgodność ze wskazanym przepisem, co jednocześnie stanowi niezgodność z wymaganiem Zamawiającego. Licznik bez nadrukowanego roku produkcji nie może być wprowadzany do obrotu lub użytkowania. Co więcej, dodatkowe oznaczenie metrologiczne (np. M20) nie może być traktowane jako rok produkcji. Jest to inne oznaczenie, jego cel jest inny. Jest to wymagane niezależnie od naniesienia roku produkcji i odrębnie przewidziane w:

- 1) certyfikacie MID złożonym przez Konsorcjum ESMETRIC Nr SK 09-001 HD Rew. 17, na str. 12 w pkt 5 lit. q) – dla licznika 1-fazowego,
- 2) certyfikacie MID złożonym przez Konsorcjum ESMETRIC Nr SK 09 - 002 HD Rew. 17, na str. 15 w pkt 5 lit. q) – dla licznika 3-fazowego,
- 3) w § 5 pkt 2 rozporządzenia ws. wymagań liczników energii elektrycznej.

Ponadto naniesienie na każdy licznik roku produkcji jest konieczne na podstawie pkt 5.12.1 lit. e normy PN-EN 50470-1:2008 (wyciąg z dokumentu: zdjęcie nr 6 w załączniku nr 1 do odwołania).

Odwołujący podkreślił, że uzupełnienie próbki licznika jest niemożliwe w świetle pkt 12.1.6.4 SIWZ: *Dostarczone z ofertą urządzenia będą służyć do sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami SIWZ oraz będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie dopuszcza w trakcie postępowania możliwości zmiany właściwości dostarczonych z ofertą urządzeń lub ich wymiany na inne. Urządzenia zostaną zwrócone Wykonawcy zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników, w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania zgodnie z jego przeznaczeniem lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego. Wobec niemożliwości uzupełnienia próbki oferta Konsorcjum ESMETRIC podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.*

II. Możliwość odkształcenia osłony skrzynki zaciskowej licznika 1-fazowego GIM. 152 (Zadanie nr 1) i 3-fazowego G3M.144 (Zadanie nr 2)

Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum Esmetric w zakresie próbek licznika nie spełnia m.in. wymagania:

- 1) pkt 3 ppkt 12 załącznika nr 1 do SIWZ, który stanowi: *Obudowa licznika oraz osłona skrzynki zaciskowej powinny być tak zbudowane, by żadne chwilowe ich odkształcenie (nie powodujące ich uszkodzenia) nie miało wpływu na prawidłową pracę licznika.*
- 2) pkt 3 ppkt 15 załącznika nr 1 do SIWZ, który stanowi: *Obudowa oraz osłona skrzynki zaciskowej licznika oraz inne elementy licznika podlegające oplombowaniu muszą umożliwiać, skuteczne i nie ograniczające funkcjonalności licznika, plombowanie każdej z nich przy użyciu plomby albo plomb, uniemożliwiając dostęp do wewnętrznych elementów licznika oraz skrzynki zaciskowej bez uszkodzenia oplombowania (zabezpieczenia) lub uszkodzenia obudowy lub osłony skrzynki zaciskowej licznika.*

Zdaniem Odwołującego liczniki GIM. 152 i G3M.144 nie spełniają ww. wymagań, gdyż osłona skrzynki zaciskowej wykonana jest z elastycznego materiału o grubości nie zapewniającej odpowiedniej sztywności i możliwy jest bezproblemowy dostęp do skrzynki zaciskowej licznika bez jakichkolwiek uszkodzeń (plomb, osłony skrzynki zaciskowej tego licznika). Możliwe jest zatem ich chwilowe odkształcenie niepowodujące ich uszkodzenia. Ze względu na plastyczność materiału ingerencja taka nie pozostawia śladu, a ma wpływ na prawidłową pracę liczników, umożliwia bowiem nielegalny pobór energii elektrycznej (zdjęcie nr 7 i 8 w załączniku nr 1 do odwołania). Osłona skrzynki zaciskowej liczników nie umożliwia skutecznego i nieograniczającego funkcjonalności licznika plombowania, uniemożliwiającego dostęp do skrzynki zaciskowej bez uszkodzenia oplombowania (zabezpieczenia) lub uszkodzenia osłony skrzynki zaciskowej liczników. Mimo że liczniki będą zaplombowane możliwy jest dostęp do skrzynki zaciskowej bez uszkodzenia oplombowania i osłony skrzynki zaciskowej liczników. Liczniki są bowiem tak zbudowane, że można odkształcić osłonę listwy zaciskowej nie powodując ich uszkodzenia i pobierać nielegalnie energię elektryczną z pominięciem jej pomiaru przez licznik.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z oględzin/badania i prezentacji liczników złożonych jako próbki Konsorcjum Esmetric na okoliczność niespełniania wskazanych powyżej wymagań.

Odwołujący dodał, że uzupełnienie próbki licznika jest niemożliwe w świetle pkt 12.1.6.4 SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Esmetric, jak również wadliwie przeprowadzone badanie i ocena tej oferty powinny skutkować uznaniem, że został naruszony art. 91 b ust. 1 i 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Esmetric i jej ewentualne przeprowadzenie, mimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Esmetric, odrzucenia oferty tego Konsorcjum, unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej i unieważnienia aukcji elektronicznej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum: Esmetric Sp. z o.o. Sp.k. z UAB „Elgama Elektronika”, które w ustawowym terminie zgłosiło przystąpienie do postępowania i wykazało interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Zamawiającego.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 91a ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4–6 nie stosuje się.

Stosownie do art. 91b ust. 1 ustawy Pzp 1. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych wyżej przepisów prawa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 3 SIWZ:

3.1. Przedmiotem Zamówienia jest dostawa urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej – liczniki, bezpośrednie, statyczne, wielostrefowe z wbudowanym zegarem sterującym i rejestracją profilu, 1 i 3 fazowe w podziale na 2 zadania częściowe:

Zadanie nr 1 – liczniki, bezpośrednie, statyczne, 1-fazowe, wielostrefowe z wbudowanym zegarem sterującym, rejestracją profilu – zamówienie podstawowe 480 212 szt. + zamówienie objęte prawem opcji 131 729 szt. Razem zamówienie podstawowe wraz z zamówieniem objętym prawem opcji – 611 941 szt.

Zadanie nr 2 - liczniki, bezpośrednie, statyczne, 3-fazowe, wielostrefowe z wbudowanym zegarem sterującym, rejestracją profilu – zamówienie podstawowe 567 116 szt. + zamówienie objęte prawem opcji 157 295 szt. Razem zamówienie podstawowe wraz z zamówieniem objętym prawem opcji – 724 411 szt.

3.2. Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik Nr 1 do SIWZ.

Stosownie do punktu 12.1.6 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wraz z ofertą dokumenty wskazane w § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016r., poz. 1126 z późn. zm.), takie jak próbki / opisy / fotografie / itp., celem potwierdzenia, że oferowane dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ.

12.1.6.1 *Próbki, a także modele, powinny zostać przekazane w terminie złożenia oferty do Kancelarii Oddziału Lublin PGE Dystrybucja S.A. przy ul. Garbarskiej 21, w Lublinie. 12.1.6.2 Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie złożonej oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz niniejszej specyfikacji w zakresie techniczno-jakościowym.*

12.1.6.3 *Wykonawca dostarczy do Zamawiającego wraz z ofertą:*

–2 szt. egzemplarzy urządzenia w celu umożliwienia Zamawiającemu przeprowadzenie złożonej oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ (licznik, modem jeżeli występuje). Oba egzemplarze urządzenia muszą być tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń. Zamawiający dopuszcza jedynie aby rok produkcji dostarczonych egzemplarzy urządzeń różnił się od roku produkcji urządzeń, które będą dostarczane w ramach dostaw oraz aby w kodzie kreskowym typ licznika (5 cyfr) oraz cyfra kontrolna (1 cyfra), zostały określone dowolnymi cyframi. Wszelkie oznaczenia na liczniku muszą być zgodne z przedłożonym w ofercie certyfikatem MID oraz rokiem jego produkcji. (...)

Zgodnie z punktem 12.1.6.4 SIWZ dostarczone z ofertą urządzenia będą służyć do sprawdzenia ich zgodności z wymaganiami SIWZ oraz będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie dopuszcza w trakcie postępowania możliwości zmiany właściwości dostarczonych z ofertą urządzeń lub ich wymiany na inne. Urządzenia zostaną zwrócone Wykonawcy zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników, w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania zgodnie z jego przeznaczeniem lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający określił m.in. następujące wymagania dotyczące przedmiotu

zamówienia:

pkt 3. 5: Umieszczone na tabliczce znamionowej oznakowanie „CE” (zgodne ze wzorem określonym w Załączniku II do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 765/2008 oraz kod paskowy (kreskowy) opisujący 16 cyfrowy numer zawierający w swej składni, kolejno:

- typ licznika (5 cyfr);
- niepowtarzalny dla danego typu licznika numer fabryczny (8 cyfr);
- data produkcji licznika (2 cyfry);
- cyfra kontrolna (1 cyfra).

Standard kodowania zgodny z Interleaved 2 of 5. Cyfry, jakimi powinien być opisany typ licznika oraz jaką wartość powinna mieć cyfra kontrolna, Zamawiający poda wybranemu w postępowaniu zakupowym Wykonawcy po podpisaniu Umowy.

pkt 12: Obudowa licznika oraz osłona skrzynki zaciskowej powinny być tak zbudowane, by żadne chwilowe ich odkształcenie (nie powodujące ich uszkodzenia) nie miało wpływu na prawidłową pracę licznika.

pkt 15: Obudowa oraz osłona skrzynki zaciskowej licznika oraz inne elementy licznika podlegające oplombowaniu muszą umożliwiać, skuteczne i nie ograniczające funkcjonalności licznika, plombowanie każdej z nich przy użyciu plomby albo plomb, uniemożliwiając dostęp do wewnętrznych elementów licznika oraz skrzynki zaciskowej bez uszkodzenia oplombowania (zabezpieczenia) lub uszkodzenia obudowy lub osłony skrzynki zaciskowej licznika. Wszelkie otwory technologiczne istniejące w obudowie winny być zabezpieczone w sposób uniemożliwiający dostęp do wewnętrznych elementów licznika bez uszkodzenia obudowy widocznego „gołym okiem”. Zamawiający wymaga założenia cech zabezpieczających nakładanych w procesie oceny zgodności w miejscach do tego technologicznie przygotowanych. Sposób plombowania musi zostać potwierdzony przedłożonym certyfikatem MID. Nie dopuszcza się stosowania cech zabezpieczających różnego rodzaju, które zostaną nałożone na jednym urządzeniu. Nie dopuszcza się stosowania naklejek/hologramów jako cech zabezpieczających. Zamawiający dopuszcza w obudowie licznika wyłącznie otwory technologiczne umożliwiające dostęp do wewnętrznych elementów licznika, które służą do podłączenia do licznika innych urządzeń, np. modułów komunikacyjnych, baterii itp. Otwory te muszą być zabezpieczone przed niepożądanym dostępem przez plombowane elementy licznika (np. osłona skrzynki zaciskowej lub drzwiczki lub szuflady umieszczone w obudowie). Wszelkie elementy licznika przystosowane do zabezpieczania przez plombę Zamawiającego muszą być dostosowane do nałożenia plomb zaciskanych na drucie plombowniczym o średnicy zewnętrznej do 1,5 mm. Otwory służące do przeciągania przez nie drutu plombowniczego muszą mieć średnicę w największym miejscu nie mniejszą niż 2mm.

Przystępujący zaoferował dostawę liczników 1-fazowych UAB Elgama Elektronika G1M.152 oraz liczników 3-fazowych UAB Elgama Elektronika G3M.144.

Zamawiający w wyniku badania próbek nie stwierdził niezgodności z wymaganiami SIWZ i pismem z 9 października 2020 r. skierował do Odwołującego i Przystępującego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, wyznaczając termin aukcji na 23 października 2020 r. godz. 11.00. Następnie, pismem z 21 października 2020 r. Zamawiający poinformował o wstrzymaniu aukcji w związku z wniesieniem odwołania.

Ad I

Nie potwierdził się zarzut dotyczący braku nadrukowanego roku produkcji na licznikach zaoferowanych przez Przystępującego.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że na licznikach zaoferowanych przez Przystępującego nie podano roku ich produkcji oraz wskazał, że dodatkowe oznaczenie metrologiczne (np. M20) nie może być traktowane jako rok produkcji. Odwołujący pominął natomiast kwestię podania roku produkcji w kodzie kreskowym znajdującym się na licznikach. Tymczasem w punkcie 3.5 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wyraźnie wyspecyfikował wymagania co do informacji zawartych w tym kodzie, podając m.in., które cyfry służą do oznaczenia daty produkcji licznika. Izba ustaliła, że liczniki zaoferowane przez Przystępującego zostały oznaczone zgodnie z ww. postanowieniem SIWZ 16-cyfrowym kodem kreskowym, w którym 14 i 15 cyfra oznaczają rok produkcji. W związku z tym twierdzenie, że na zaoferowanych licznikach nie ma podanego roku produkcji, nie ma oparcia w stanie faktycznym, przeciwnie – rok produkcji został podany w sposób wymagany przez Zamawiającego w SIWZ. Na marginesie dostrzeżenia wymaga, że – jak wynika ze złożonych przez Przystępującego wyciągów z dokumentacji innych postępowań przetargowych – Zamawiający w przeszłości stosował analogiczne wymagania co do oznaczenia liczników.

Izba nie stwierdziła ponadto, aby obowiązek oznaczenia w inny sposób roku produkcji urządzenia wynikał z obowiązujących przepisów prawa.

Jak stanowi § 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego, oraz szczegółowego zakresu sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych : na liczniku, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2, powinny być umieszczone w sposób trwały i czytelny:

- 1) nazwa lub znak producenta;
- 2) oznakowanie zgodności, w rozumieniu art. 5 pkt 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. , z późn. zm.), dodatkowe oznakowanie metrologiczne oraz numer jednostki notyfikowanej, o której mowa w art. 22 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności;
- 3) numer certyfikatu badania typu WE albo certyfikatu badania projektu WE, o których mowa w przepisach ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności;
- 4) numer fabryczny; jeśli numer jest umieszczony na tabliczce przymocowanej do obudowy licznika, to powinien również być umieszczony na podstawie licznika lub przechowywany w nieulotnej pamięci licznika;
- 5) rok produkcji licznika;

- 6)oznaczenie typu licznika;
- 7)klasa dokładności licznika;
- 8)liczba faz i liczba przewodów sieci, do jakiej licznik jest przeznaczony, w postaci napisu o treści:
 - a)jednofazowy dwuprzewodowy,
 - b)trójfazowy trójprzewodowy,
 - c)trójfazowy czteroprzewodowy albo
 - d)odpowiedniego symbolu graficznego określonego w normie PN-EN 62053-52:2006 (U);
- 9)wartości nominalne napięcia i częstotliwości;
- 10)wartości prądu minimalnego, bazowego i maksymalnego;
- 11)zakres temperatur użytkowania oraz temperatura nominalna, jeżeli jest różna od 23 °C;
- 12)stała licznika;
- 13)schemat sposobu przyłączenia licznika do sieci lub jego numer;
- 14)znak □ - jeżeli licznik został wykonany w II klasie ochronności.

Ww. przepis wymaga więc umieszczenia na liczniku informacji o roku produkcji, nie określając jednak w żaden sposób formatu tej informacji ani innych wytycznych w tym zakresie, stanowiąc jedynie, że informacja ta ma być umieszczona na urządzeniu *w sposób trwały i czytelny*. Odwołujący nie zakwestionował trwałości tego oznaczenia, a co do jego czytelności nie może być wątpliwości w związku z tym, że znaczenie poszczególnych cyfr w kodzie kreskowym zostało jasno określone przez Zamawiającego.

Następnie wskazać należy, że również norma PN-EN 50470-1 nie określa żadnych szczególnych wymagań co do sposobu prezentacji informacji o roku produkcji licznika, stanowiąc jedynie w punkcie 5.12.1 lit. e, że na każdym liczniku powinien być naniesiony numer fabryczny i rok produkcji.

Wobec powyższego brak jest podstaw to twierdzenia, że liczniki zaoferowane przez Przystępującego nie zostały oznaczone informacją o roku produkcji i są niezgodne z postanowieniami SIWZ, rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego, oraz szczegółowego zakresu sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych, a także z wymaganiami normy PN-EN 50470-1.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego o niezgodności sposobu oznakowania licznika rokiem produkcji z wzorami tabliczek znamionowych określonymi w certyfikacie MID. Odwołujący nie wykazał, aby wzory te miały charakter bezwzględnie obowiązujący oraz aby jakiegokolwiek odstępstwo od nich miało znaczenie prawne. Przystępujący natomiast przedstawił pismo z jednostki certyfikującej oferowane przez niego liczniki (Slovenska Legálna Metrologia), zgodnie z którym decyzja o formacie, miejscu i sposobie oznaczenia roku produkcji zależy od producenta, a załącznik opisowy do certyfikatu zawiera przykłady projektów tabliczek znamionowych, których ostateczny projekt może się różnić w zależności od decyzji producenta. Na marginesie zauważenia wymaga, że wskazywana przez Odwołującego różnica w tłumaczeniu pisma SLM z 23 października 2020 r. (Odwołujący złożył inną wersję tłumaczenia niż Przystępujący) nie zmienia wyników z niego wniosków co do oceny odstępstw tabliczek znamionowych od projektów określonych w części opisowej certyfikatu, z obu wersji tłumaczenia wynika bowiem jedynie przykładowy charakter tych projektów i zależność ostatecznej wersji tych tabliczek od decyzji producenta. Dodatkowo zauważenia wymaga, że również zgodnie z punktem 5 lit. d załącznika opisowego do certyfikatu badania projektu UE nr SK09-002 HD Rev.15, istnieje obowiązek umieszczenia na liczniku roku produkcji, nie określono jednak żadnych szczególnych wytycznych w tym zakresie.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego pism z Głównego Urzędu Miar stwierdzić należy, że nie potwierdzają one zasadności podniesionych zarzutów.

Pismo z 20 października 2020 r. dotyczy dodatkowego oznakowania metrologicznego – wynika z niego, że oznaczenie roku umieszczone w dodatkowym oznakowaniu metrologicznym nie może być traktowane jako tożsame z rokiem produkcji. Odnosząc się do tego twierdzenia wskazać należy, że przyjmując, iż dodatkowe oznakowanie metrologiczne nie może być uznane za rok produkcji (jest ono wg certyfikatu MID wymogiem odrębnym od podania roku produkcji), informacja o roku produkcji została na licznikach zaoferowanych przez Przystępującego podana w 16-cyfrowym kodzie kreskowym, którą to okoliczność Odwołujący całkowicie pominął przy formułowaniu zarzutów.

Dalej z powyższego pisma Głównego Urzędu Miar wynika, że zakodowanie roku produkcji w ciągu cyfr wraz z innymi informacjami wymagałoby klucza pozwalającego na rozkodowanie informacji. Zauważyć jednak należy, że klucz ten został opisany wprost w SIWZ, gdzie Zamawiający określił znaczenie poszczególnych cyfr w kodzie, w związku z czym podanie w taki sposób roku produkcji jest zgodne z SIWZ, a jednocześnie z pisma GUM nie wynika, aby ten sposób podania informacji był niezgodny z jakimikolwiek przepisami.

W piśmie Głównego Urzędu Miar z 3 listopada 2020 r. stwierdza się w natomiast, że jednoznaczne rozstrzygnięcie sposobu oznaczania licznika wymaga odniesienia się do zakresu i sposobu oznaczania przyrządu przewidzianego przez jego producenta i potwierdzonego przez jednostkę notyfikowaną w procesie oceny zgodności. Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że oznakowanie liczników Przystępującego nie zostało zakwestionowane przez jednostkę certyfikującą. Niezależnie jednak od tego zauważenia wymaga, że ww. pismo GUM odnosi się do dodatkowego oznakowania metrologicznego, podczas gdy w rozpoznawanej sprawie rok produkcji został podany w 16-cyfrowym kodzie kreskowym.

Odnosząc się natomiast do przedłożonego przez Odwołującego pisma jednostki certyfikującej MNI, zauważyć należy, że również ono odnosi się do dodatkowego oznakowania metrologicznego, a ponadto – nie wyklucza dopuszczalności oznaczania roku produkcji w ciągu cyfr zawierających numer seryjny.

Podsumowując należy stwierdzić, że rok produkcji został zamieszczony na zaoferowanych przez

Przystępującego licznikach, a podanie tej informacji w 16-cyfrowym kodzie kreskowym było zgodne z SIWZ i nie naruszało wymagań wynikających z przepisów powszechnie obowiązujących ani z właściwej normy.

Odnosząc się na koniec do twierdzeń Odwołującego, jakoby oznaczenie roku produkcji w kodzie kreskowym było dopuszczalne pod warunkiem jego *odseparowania*, wskazać należy, że okoliczność ta nie została wskazana w odwołaniu jako podstawa faktyczna zarzutu. Odwołujący formułując zarzuty odwołania całkowicie pominął kwestię oznaczenia roku produkcji w kodzie kreskowym i w żaden sposób nie odniósł się do prawidłowości takiego oznakowania ani nie zakwestionował sposobu prezentacji cyfr w tym kodzie. Wobec tego należy stwierdzić, że kwestionując oznakowanie liczników w tym zakresie dopiero na rozprawie Odwołujący próbował rozszerzyć podstawę faktyczną zarzutu, co jest niedopuszczalne.

Ad II

Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu dotyczącego możliwości odkształcenia osłony skrzynki zaciskowej liczników zaoferowanych przez Przystępującego.

Po pierwsze zaważenia wymaga, że w świetle postanowień SIWZ nie każde odkształcenie osłony skrzynki zaciskowej stanowi niezgodność z wymaganiami Zamawiającego. Dotyczy to tylko takich odkształceń, które nie powodują uszkodzeń. Punkt 12 załącznika nr 1 do SIWZ wyraźnie odnosi się do chwilowych odkształceń niepowodujących uszkodzenia obudowy licznika i osłony skrzynki zaciskowej. Podobnie w punkcie 15 ww. załącznika do SIWZ jednoznacznie wskazano, że plombowanie licznika ma uniemożliwić dostęp do jego wewnętrznych elementów oraz skrzynki zaciskowej bez uszkodzenia plombowania. W świetle powyższych postanowień jednoznaczną intencją Zamawiającego było wyeliminowanie nieuprawnionego dostępu do urządzeń, który nie pozostawi śladów takich działań i będą one mogły pozostać niezauważone. Oznacza to, że takie odkształcenie osłony skrzynki zaciskowej, które pozostawia dostrzegalny ślad na urządzeniu, nie świadczy o niezgodności urządzeń z wymaganiami SIWZ.

Przeprowadzone na rozprawie oględziny próbki złożonej przez Przystępującego potwierdzają, że naciśnięcie osłony listwy zaciskowej powoduje jej odkształcenie, a wygięcie krawędzi osłony tworzy szczelinę umożliwiającą wsunięcie kabla do listwy zaciskowej. Jednocześnie w wyniku przeprowadzonych oględzin Izba ustaliła, że odkształcenie takie pozostawia na osłonie listwy trwały widoczny ślad (nierówność na powierzchni osłony i odbarwienie w miejscu wygięcia). W świetle przywołanych wyżej postanowień załącznika nr 1 do SIWZ nie może to być uznane za niezgodność z SIWZ, ingerencja taka pozostawia bowiem widoczne ślady. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu przeciwnego.

Podsumowując należy stwierdzić, że nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ. W konsekwencji skierowanie do wykonawców zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej było zasadne, sama aukcja została natomiast wstrzymana po wniesieniu odwołania.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:.....