

WYROK
z dnia 23 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 15 października 2020 r., 26 października 2020 r., 6 listopada 2020 r. i 18 listopada 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą**

w Trutnowie (sygn. akt KIO 2371/20);

B. w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu** (sygn. akt KIO 2381/20);
w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**;
przy udziale:

A. wykonawcy **FOXYTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2371/20 i KIO 2381/20 po stronie zamawiającego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESMETRIC Sp. z o.o., UAB "Elgama Elektronika" z siedzibą lidera w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2371/20 i KIO 2381/20 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie wniesione przez wykonawcę: **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnowie** (w sprawie o sygn. akt KIO 2371/20) i nakazuje zamawiającemu:

1.1. w zakresie zadania nr 2:

1.1.1. unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszej;

1.1.2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

1.1.3. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESMETRIC Sp. z o.o., UAB "Elgama-Elektronika" z siedzibą lidera w Warszawie**, gdyż zaistniały wobec tego wykonawcy podstawy wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

1.1.4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego

1.2. w zakresie zadania nr 3 i 4:

1.2.1. unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszej;

1.2.2. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESMETRIC Sp. z o.o., UAB "Elgama-Elektronika" z siedzibą lidera w Warszawie**, gdyż zaistniały wobec tego wykonawcy podstawy wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

1.2.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddać (sprawa o sygn. akt KIO 2371/20);

3. uwzględnić odwołanie wniesione przez wykonawcę: **APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu** (w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20) i nakazuje zamawiającemu:

3.1. w zakresie zadania nr 1 i 2:

3.1.1. unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej;

3.1.2. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESMETRIC Sp. z o.o., UAB "Elgama-Elektronika" z siedzibą lidera w Warszawie**, gdyż zaistniały wobec tego wykonawcy podstawy wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

3.1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

3.2. w zakresie zadania nr 3 i 4:

3.2.1. unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszej;

3.2.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3.2.3. odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESMETRIC Sp. z o.o., UAB "Elgama-Elektronika" z siedzibą lidera w Warszawie**, gdyż zaistniały wobec tego wykonawcy podstawy wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 7b i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

3.2.4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

4. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddać (sprawa o sygn. akt KIO 2381/20);

5. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku nadrukowania na liczniku wymaganych w certyfikacie MID licznika Gama100 sumy kontrolnej (checksum) z powodu wycofania tego zarzutu przez odwołującego (sprawa o sygn. akt KIO 2381/20);

6. kosztami postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 2371/20 obciąża zamawiającego; kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20 obciąża zamawiającego, i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę

30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnowie** tytułem wpisu

od dowołania o sygnaturze KIO 2371/20 oraz uiszczoną przez wykonawcę **APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu**, tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 2381/20;

6.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy: **ZPA Smart Energy a.s.**

z siedzibą w Trutnowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 2371/20)

6.3. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy: **APATOR S.A z siedzibą**

w Toruniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 2381/20).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2371/20
KIO 2381/20

UZASADNIENIE

TAURON Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie(dalej „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej”; nr postępowania 2019/TD-CN/TD-CN/03649/S (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. W dniu 11 grudnia 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 239-587652.

W dniu 21 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

1. wykonawcę: **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnowie** w sprawie o sygn. akt KIO 2371/20 (dalej „odwołujący” lub „ZPA”), który wniósł odwołanie, podnosząc niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

(1) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego w zakresie zadania 2, 3 i 4; (2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Foxytech Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy (dalej „Foxytech”)

w zakresie zadania 2; (3) odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania 2; (4) nie odrzuceniu oferty wykonawcy Foxytech w zakresie zadania 2; (5) zaniechaniu wykluczenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. (w trakcie rejestracji zmiany statutu przewidującego zmianę firmy na Esmetric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. i UAB Elgama Elektronika (dalej również: „Konsorcjum”)

w zakresie zadania 2; (6) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum w zakresie zadania 2, 3 i 4; (7) wyborze oferty wykonawcy Foxytech w zakresie zadania 2; (8) wyborze oferty Konsorcjum w zakresie zadania 3 i 4.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp w zakresie zadania 2:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez błędne nie wykluczenie wykonawcy Foxytech, który to w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd dostarczając błędne tłumaczenie certyfikatu, które to tłumaczenie skutkowało powstaniem

u zamawiającego mylnego przeświadczenia, że oferowany produkt spełniał wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe potwierdzone certyfikatem MID pomimo, że oferowany przez ww. wykonawcę licznik SX300-B7D32TEFOP4 posiada sposób podłączenia według normy BS, a nie według normy DIN, co oznacza niezgodność z certyfikatem MID, co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnego uznania przez zamawiającego, że zaoferowany licznik spełniał wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe; Konsorcjum, który to wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził zamawiającego w błąd dostarczając błędne tłumaczenie certyfikatu, które to tłumaczenie skutkowało powstaniem u zamawiającego mylnego przeświadczenia, że oferowany produkt spełniał wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SIWZ, tj. wymagania certyfikatu MID (pkt nr 5 MID) w zakresie obowiązku umieszczenia na tabliczce licznika numeru sumy kontrolnej, co doprowadziło do niezasadnego uznania przez zamawiającego,

że zaoferowany licznik spełniał wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe;

ewentualnie, w przypadku gdyby Izba nie podzieliła poglądu, że działanie, o którym mowa powyżej, było zamierzone;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez błędne nie wykluczenie wykonawcy: Foxytech, który w wyniku niedbalstwa przedstawił tłumaczenie certyfikatu wprowadzające zamawiającego w błąd, a które miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu; Konsorcjum, który w wyniku niedbalstwa przedstawił tłumaczenie certyfikatu wprowadzające zamawiającego w błąd, a które miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez błędne nie odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo, że: wadium zostało wystawione jedynie na jednego z konsorcjantów (UAB Elgama Elektronika), a więc brak jest zabezpieczenia oferty wadium po stronie wykonawcy występującego jako konsorcjum, a zatem wadium nie zabezpiecza oferty złożonej w tym postępowaniu przez wykonawcę, co implikuje stwierdzenie, że zostało wniesione w sposób nieprawidłowy; wadium nie zostało złożone w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, a jedynie w postaci skanu dokumentu wadialnego, który to dokument został pierwotnie wytworzony przez wystawcę (Luminor Bank AS) w formie pisemnej, następnie podpisanego elektronicznym podpisem przez notariusza, a zatem w tym zakresie wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne: odrzucenie oferty odwołującego, ze wskazaniem na nie spełnienie przez odwołującego wymogu określonego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w pkt 1.11 załącznika nr 1 do umowy stanowiącego, że: „dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) muszą być przyporządkowane odpowiednie kody OBIS (jeżeli takie istnieją)” pomimo, że oferta odwołującego spełnia powyższy wymóg, a ewentualna wada oferty dotyczy jedynie całkowicie irrelevantnej z punktu widzenia postępowania kwestii wyświetlania poprawnej

wartości dla parametru, który nie tylko nie był wymagany przez zamawiającego, ale nie jest też parametrem standardowym dla zaoferowanego przez odwołującego przedmiotu zamówienia (1 -fazowy licznik energii elektrycznej); zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez: (1) Konsorcjum, pomimo, że oferta ww. wykonawcy nie spełniała wymagań SIWZ w zakresie wymagań określonych dla tabliczki znamionowej zaoferowanego licznika, tj. tabliczka znamionowa licznika jest niezgodna z dyrektywą MID i certyfikatem MID, wystawionym przez jednostkę notyfikowaną SLM, co wyraża się w tym, że tabliczka znamionowa licznika GAMA 100 G1M różni się od wzoru tabliczki zawartego w Certyfikacie Badania Projektu MID nr SK-09-001 HD Rev 16, oraz w braku na tabliczce licznika roku produkcji licznika oraz sumy kontrolnej, a zatem w tym zakresie oferta ww. wykonawcy nie spełnia wymogów określonych w pkt 1.2 (wymaganie dla liczników

1-fazowych) załącznika nr 1 do umowy, będącego integralną częścią SIWZ, który w tych fragmentach stanowi, że „liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami Dyrektywy MID”; niezgodności protokołu badania energii biernej z normą PN-EN 62053-23 oraz wymaganiami SIWZ (pkt 1.42), a zatem w tym zakresie oferta ww. wykonawcy nie spełnia wymogów określonych w pkt 1.42 załącznika nr 1 do umowy będącego integralną częścią SIWZ, który w tym fragmencie stanowi, że „Informacja o tym, że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został poddany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym, pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej musi być zawarta w Raporcie z badań wystawionym przez jednostkę akredytowaną (laboratorium) PCA lub równoważną, potwierdzającym spełnienie przez licznik wymagań normy EN 6205323”, natomiast powyższe nie znajduje potwierdzenia w dostarczonych przez ww. wykonawcę raportach; (2) Foxytech pomimo, że oferowany przez ww. wykonawcę licznik SX300-B7D32-TEFOP4 posiada sposób podłączenia według normy BS, a nie według normy DIN co oznacza niezgodność z certyfikatem MID, a zatem w tym zakresie oferta wykonawcy Foxytech nie spełnia wymogów określonych w pkt 1.3 (wymaganie dla liczników

1-fazowych) załącznika nr 1 do umowy, będącego integralną częścią SIWZ, który w tym fragmencie stanowi, że „liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami Dyrektywy MID” pomimo, że jednostka badawcza SGS-CST nie mogła wykonać i wystawić akredytowanego badania na zgodność z normą EN62052-21; pomimo niespełniania wymagań zawartych w certyfikacie MID dotyczących konieczności umieszczenia schematu podłączeń na liczniku;

5.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez: (1) dokonanie wyboru oferty wykonawcy Foxytech; (2) zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp w zakresie zadania 3:

1.art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez błędne nie odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo, że: (1) wadium zostało wystawione jedynie na jednego z konsorcjantów (UAB Elgama Elektronika), a więc brak jest zabezpieczenia oferty wadium po stronie wykonawcy występującego jako konsorcjum, a zatem wadium nie zabezpiecza oferty wykonawcy złożonej w tym postępowaniu, co implikuje stwierdzenie, że zostało wniesione w sposób nieprawidłowy; (2) wadium nie zostało złożone w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, a jedynie w postaci skanu dokumentu wadialnego, który to dokument został pierwotnie wytworzony przez wystawcę (Luminor Bank AS) w formie pisemnej, następnie podpisanego elektronicznym podpisem przez notariusza, a zatem w tym zakresie wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne nie odrzucenie oferty Konsorcjum, pomimo, że oferta ww. wykonawcy nie spełniała wymagań SIWZ w zakresie: (1) wymagań określonych dla tabliczki znamionowej zaoferowanego licznika, tj. tabliczka znamionowa licznika jest niezgodna z dyrektywą MID i certyfikatem MID wystawionym przez jednostkę notyfikowaną SLM, która to niezgodność polega na braku na tabliczce licznika roku produkcji licznika, a zatem w tym zakresie oferta ww. wykonawcy nie spełnia wymogów określonych w pkt 2.2 (wymaganie dla liczników 3-fazowych) załącznika nr 1 do umowy, będącego integralną częścią SIWZ, który w tych fragmentach stanowi, że „liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami Dyrektywy MID”; (2) niezgodności protokołu badania energii biernej z normą PN EN 62053-23 oraz wymaganiami SIWZ, w tym w szczególności pkt 2.2 i 2.42 załącznika nr 1 do umowy;

3.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez: (1) dokonanie wyboru oferty Konsorcjum; (2) zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z kolei, w ocenie odwołującego, czynności zamawiającego dokonane w zadaniu 4, zostały wykonane z naruszeniem następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez błędne nie odrzucenie oferty Konsorcjum pomimo, że: (1) wadium zostało wystawione jedynie na jednego z konsorcjantów (UAB Elgama Elektronika), a więc brak jest zabezpieczenia oferty wadium po stronie wykonawcy występującego jako Konsorcjum, a zatem wadium nie zabezpiecza oferty wykonawcy złożonej w tym postępowaniu, co implikuje stwierdzenie, że zostało wniesione w sposób nieprawidłowy; (2) wadium nie zostało złożone w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, a jedynie w postaci skanu dokumentu wadialnego, który to dokument został pierwotnie wytworzony przez wystawcę (Luminor Bank AS) w formie pisemnej, następnie podpisanego elektronicznym podpisem przez notariusza, a zatem w tym zakresie wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne nie odrzucenie oferty Konsorcjum, pomimo, że oferta ww. wykonawcy nie spełniała wymagań SIWZ w zakresie: (1) wymagań określonych dla tabliczki znamionowej zaoferowanego licznika, tj. tabliczka znamionowa licznika jest niezgodna z dyrektywą MID i certyfikatem MID wystawionym przez jednostkę notyfikowaną SLM, która to niezgodność polega na braku na tabliczce licznika roku produkcji licznika, a zatem w tym zakresie oferta

ww. wykonawcy nie spełnia wymogów określonych w pkt 2.2 (wymaganie dla liczników

3-fazowych) załącznika nr 1 do umowy, będącego integralną częścią SIWZ, który w tych fragmentach stanowi, że „liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami Dyrektywy MID;

(2) niezgodności protokołu badania energii biernej z normą PN EN 62053-23 oraz wymaganiami SIWZ;

3.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez: (1) dokonanie wyboru oferty Konsorcjum;

(2) zaniechanie dokonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1.w zakresie zadania 2: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty wykonawcy Foxytech; wykluczenia wykonawcy Foxytech ewentualnie, na wypadek nie podzielenia przez Izbę zarzutów dotyczących wykluczenia, odrzucenia oferty tego wykonawcy; wykluczenia Konsorcjum z postępowania ewentualnie, na wypadek nie podzielenia przez Izbę zarzutów dotyczących wykluczenia, odrzucenia oferty tego wykonawcy; powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 2.w zakresie zadania 3 i 4: unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty Konsorcjum; odrzucenia oferty Konsorcjum; powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Podnosząc zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Foxytech w zakresie zadania 2 podnosił, że wykonawca Foxytech w tym zadaniu zaoferował licznik 1-fazowy z serii SX300, wyposażony według określonego i potwierdzonego przez jednostkę certyfikującą opisu. Na opis ten składa się z ciąg znaków literowo cyfrowych, służący m.in. do rozróżnienia istotnych oraz mniej istotnych elementów jego wyposażenia, ważnych tak z punktu widzenia jego zastosowania jak i zgodności z wymaganiami zasadniczymi (pkt 1.2 Załącznik nr 1 do Umowy). Opis wykonania licznika, stosowany jest w celu jednoznacznej interpretacji jego parametrów, a co za tym idzie przydatności do konkretnego zastosowania (np. pomiar 1-fazowy lub 3-fazowy). Opis taki nazywany jest również modelem urządzenia, w celu wyróżnienia jego konkretnych typów lub inaczej mówiąc konkretnego sposobu jego wykonania. W przypadku Foxytech typem jest SX300 natomiast dokładnym jego modelem jest SX300-B7D32-TEFOP4. W tak dokładnym opisie wykonania urządzenia SX300, zawarte zostały wszystkie istotne elementy składające się na jego wyposażenie. Co więcej, taki usystematyzowany opis dostępnych wariantów (modeli) został zawarty w dołączonym do oferty Certyfikacie Badania Typu WE, potwierdzającym możliwość realizacji konkretnych modeli (konkretnego wyposażenia) licznika.

Z Załączonego Formularza Ofertowego oraz ze zdjęć dostarczonych wraz z ofertą próbek wiemy, że Foxytech w Zadaniach nr 1 i nr 2 zaoferował zamawiającemu następujące różne modele urządzeń: SX300-D7D32-TEFOP4 dla zadania 1 oraz SX300-B7D32-TEFOP4 dla zadania 2, co potwierdzają informacje zawarte w ofercie tego wykonawcy. Oba urządzenia nie są identycznymi modelami, a co za tym idzie nie mają identycznego wyposażenia. Różnicę w opisie stanowi litera „B” (dla zadania 2) w opisie typu odnosząca się do konkretnego sposobu podłączenia tego licznika do przewodów elektrycznych (ang. connection standard).

Ten sposób podłączenia opisany został w certyfikacie MID jako (oryg.) Connection Standard, tłumaczony na język Polski jako Norma Podłączenia. Z certyfikatu MID (str. 9) wynika,

że producent wyróżnił dwa sposoby podłączenia: według Normy DIN (dla literki D) oraz według Normy BS (dla literki B).

Dodatkowo odwołujący wyjaśnił jakie jest podstawowe kryterium stosowalności, wynikające z obu sposobów podłączenia. Otóż Norma podłączenia BS, jest skrótem od słów British Standard, które odnoszą się do sposobu realizacji podłączenia urządzeń pomiarowych występujących na terenie Wielkiej Brytanii Walii, Irlandii, na Malcie czy w krajach afrykańskich. Natomiast standard podłączenia według Normy DIN, stosowany jest w krajach Europy kontynentalnej, w tym w szczególności w Polsce. Przy czym istotne jest, że w obu tych sposobach podłączenia istnieją znaczące różnice techniczne eliminujące możliwość ich uniwersalnego czy zamiennego zastosowania. I tak modeli liczników o standardzie podłączenia według Normy BS, nie stosuje się dla sieci elektroenergetycznej w Polsce. Potwierdzeniem tego faktu jest właśnie wyróżnienie obu dostępnych wariantów w certyfikacie MID dostarczonym przez wykonawcę Foxytech.

Dalej zaznaczył, że liczniki w obu wariantach wykonania (BS vs DIN) różnią się jeszcze co do rodzaju zastosowanych zacisków czyli elementów, które fizycznie „odpowiadają” za mocowanie w nim przewodów elektrycznych. Różnica ta jest niezmiernie istotna w punktu widzenia kryteriów oceny stosowanych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający określił w tym zakresie wymagania dodatkowe, za spełnienie których przyznał dodatkowo 2 pkt oferentowi. W przypadku rozwiązań oferowanych przez Foxytech jedynie model licznika wykonany według Normy British Standard, czyli ten oznaczony jako SX300-B7D32-TEFOP4 (zadanie nr 2) posiada zaciski typu klatkowego, które stanowią dodatkowy walor techniczny dla zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że liczniki wykonane według Normy podłączenia DIN, mają zaciski „śrubowe”, natomiast liczniki wykonane według Normy podłączenia BS mają nowsze i preferowane przez zamawiającego zaciski w wykonaniu „klatkowym”. Potwierdzeniem jest rysunek obu modeli, wraz ze sposobem podłączenia według obu Norm (na podstawie Certyfikatu MID załączonego do oferty). Zatem możliwość zastosowania konkretnego rodzaju zacisków w licznikach serii SX300 oferowanych przez wykonawcę Foxytech, jest ściśle związana z konkretną normą podłączenia (DIN albo BS). Bezsprzecznie stanowi o tym załączony do oferty certyfikat MID o numerze 0120/SGS0253 w wersji angielskojęzycznej. Dodatkowym dowodem są zdjęcia liczników serii SX300 w obu wariantach: skrzynka zaciskowa według normy DIN (zadanie 1) oraz skrzynka zaciskowa według normy BS (zadanie 2), które prezentował w treści odwołania.

Opisując niezgodności w modelu licznika SX300-B7D32-TEFOP4, oferowanym w zadaniu nr 2 wskazywał, że został on wykonany niezgodnie z certyfikatem MID, a tym samym nie spełnia wymagania pkt 1.2 Załącznika nr 1 do Umowy. Urządzenie złożone jako próbka do oferty posiada oznaczenie na tabliczce znamionowej jak dla normy podłączenia BS, podczas gdy w rzeczywistości posiada schemat podłączeń oraz opis jak dla wariantu podłączenia zgodnie z normą DIN. Widać to wyraźnie na podstawie powyższych zdjęć oraz poprzedzającego je opisu. Ze względu na chęć uzyskania przez oferenta dodatkowych

2 punktów w kryterium walory techniczne, wykorzystany został jedynie ten „fragment” wariantu skrzynki zaciskowej który „pasował” oferentowi w świetle postawionych przez zamawiającego Wymagań dodatkowych. W proponowanym rozwiązaniu zaadoptowana została więc jedynie część dozwolonego (według treści certyfikatu MID wariantu (wersji wykonania) licznika,

a część „niepasująca” do polskich standardów podłączeniowych (i wymagań zamawiającego) - pominięta.

Nadto odwołujący zwrócił uwagę na fakt zamierzonego i celowego działania Foxytech, zmierzającego do ukrycia przed zamawiającym oraz innymi uczestnikami postępowania tego faktu poprzez próbę udowodnienia dopuszczalności

takiego „podejścia” i niejako dowolności w jego interpretacji poprzez złożenie błędnego i rażącego tłumaczenia na język polski cytowanego wcześniej certyfikatu MID. Otóż w wersji oryginalnej (wydawca SGS) certyfikatu znajduje się następujący opis: „Termina arrangement(s) - DIN or BS”, co bezpośrednio odnosi się do powyżej opisywanego elementu licznika. Tłumaczenie oferenta wygląda w sposób następujący: „Układ zacisku/ zacisków – DIN i BS”. Poprzez zastosowanie spójnika „i” oferent stara się uwiarygodnić dowolność wykonania obu wariantów tego elementu licznika, podczas gdy jedyna i właściwa interpretacja to alternatywne i warunkowe zarazem zastosowanie jednego układu albo drugiego układu zacisków tj. według normy DIN albo według normy BS. Poprzez takie, niezgodne z posiadanym certyfikatem MID wykonanie licznika, a zarazem poprzez błędne złożenie jego tłumaczenia, zamawiający w sposób niewłaściwy przyznaje oferentowi, w toku badania próbki i oceny oferty złożonej w zadaniu 2, dodatkowe punkty, które wpływają na końcową klasyfikację ofert w tym zadaniu, podczas gdy powinny prowadzić do odrzucenia takiej oferty jako niespełniającej wymagania pkt 1.2 Załącznika nr 1 do Umowy. Powyższe, celowe działanie wykonawcy Foxytech, skutkowało powstaniem u zamawiającego mylnego przeświadczenia, że zaoferowany licznik jest zgodny z wymaganiami dyrektywy MID. Nadmienię ponadto, że sam oferent zdawał się być świadomy podejmowanego ryzyka, mogącego skutkować ewentualnym odrzuceniem jego oferty, w przypadku właściwej interpretacji zapisów Certyfikatu, bowiem w identycznym pod względem wymagań zadaniu nr 1, Foxytech złożył próbkę w wykonaniu według normy DIN i nie uzyskał przez to dodatkowych punktów za kryterium techniczne. Jak znaczące jest to w postępowaniu, pokazuje końcowa klasyfikacja oferentów dla zadania nr 1, gdzie Foxytech zajmuje ostatnie, 3 miejsce wśród sklasyfikowanych wykonawców. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku o celowym i zamierzonym działaniu Foxytech, mającym doprowadzić do uzyskania konkretnych korzyści wynikających z niego, poprzez działanie niezgodne z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Na marginesie odwołujący wskazał, że opisane działanie wykonawcy nie jest przypadkiem jednostkowym. W wyroku o sygn. akt KIO 1942/16, KIO 1952/16 Izba orzekła, że „co najmniej w wyniku niedbalstwa (choć brak tłumaczenia istotnego, zdaniem składu orzekającego, fragmentu dokumentu, korespondująca z argumentacją Konsorcjum F o możliwości wprowadzania zmian w treści tabliczki znamionowej przekraczających zakres wynikający z treści nieprzetłumaczonego pouczenia, wskazywać może na działanie intencjonalne), wyrażającego się nieprzetłumaczeniem Certyfikatu MID w pełnym zakresie (...), zamawiający został wprowadzony w błąd co do właściwości oferowanych przez Konsorcjum F liczników (zgodności próbki oferowanego licznika z Certyfikatem MID)”.

W przypadku, gdyby Izba nie podzieliła zarzutów odwołującego co do zamierzonego ww. działania wykonawcy Foxytech, odwołujący wniósł o wykluczenie tego wykonawcy w zakresie zadania 2 z tego powodu, że wykonawca przedstawił ww. informacje, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (w tym przypadku - w postaci wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej) w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa.

Dalej, uzasadniając zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum w zakresie zadania 2 odwołujący wskazał, że wymaganie umieszczenia na liczniku 1-fazowym sumy kontrolnej nie wynika z polskiej wersji certyfikatu, dostarczonego przez Konsorcjum. Jednak analiza wersji oryginalnej (angielskiej) wskazuje, że takie wymaganie istnieje. Powyższe świadczy o możliwości intencjonalnego działania Konsorcjum, polegającego na próbie wprowadzenia zamawiającego w błąd co do okoliczności stanowiącej podstawę oceny oferty.

Prezentując różnice w tłumaczeniu Certyfikatu Badania Projektu MID w zakresie oznaczeń na Tabliczce znamionowej licznika GAMA 100 G1M 152 odwołujący wskazywał, że zapisy w Certyfikacie Badania Projektu MID dla licznika 1- fazowego GAMA 100 GIM 152 są następujące (Wersja angielska: strona certyfikatu nr 12 z 35, 5. Marking and inscriptions): The following data shall be marked on the meter (Fig. 5a - 5): (lit. o) software version and checksum (section 2.2 of this descriptive annex, if relevant. Z kolei zapis w oryginalnym tekście Certyfikatu Badania Projektu MID licznika GAMA 100 GIM 152 w punkcie „o” stanowi o wymaganiu, aby na tabliczce był nadrukowany numer Firmware i numer sumy kontrolnej (checksum). Jak wynika z tłumaczenia dostarczonego przez wykonawcę, w tłumaczeniu tej strony Certyfikatu Badania Projektu MID na język polski nie ujęto numeru sumy kontrolnej „checksum”, co może być powodem tego, iż na tabliczce numeru sumy kontrolnej (checksum) nie nadrukowano: 5. Znakowanie i napisy. Na liczniku powinny być naniesione niżej wymienione dane: (Rys. 5a - 51), lit. o) wersja oprogramowania (rozdział 2.2 niniejszego aneksu), jeśli dotyczy. Tymczasem wersja angielska stanowi wyrażnie o wymogu naniesienia nadruku wersji oprogramowania (software version) i sumy kontrolnej (checksum).

Powyższe, w ocenie odwołującego, świadczy o celowym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Treść tłumaczenia przedstawionego przez wykonawcę sugeruje bowiem, że oferowany produkt (licznik 1-fazowy) spełniał wymagane parametry techniczno-użytkowe, określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2. SIWZ, tj. wymagania MID (pkt 5 MID) w zakresie obowiązku umieszczenia na tabliczce licznika numeru sumy kontrolnej. Tym samym stwierdzić należy, że swoim działaniem Konsorcjum wypełniło dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym

z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”.

W przypadku, gdyby Izba nie podzieliła zarzutów odwołującego co do zamierzonego ww. działania Konsorcjum, odwołujący wniósł o wykluczenie tego wykonawcy w zakresie zadania 2 z tego powodu, że wykonawca przedstawił ww. informacje, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (w tym przypadku - w postaci nie odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu powstania mylnego przeświadczenia, że złożona przez niego oferta spełnia wymogi SIWZ, w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa.

W dalszej części odwołujący wskazał, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, gdyż zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że wykonawca złożył w postępowaniu (dla zadania 2, 3 i 4) wadium wystawione na jednego z konsorcjantów, tj. UAB Elgama Elektronika. W treści gwarancji brak jest odniesienia do lidera Konsorcjum, tj. ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. Odwołujący przywoływał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sprawach analogicznych

do przedmiotowej, Izba uznawała, że w przypadku, gdy w treści gwarancji brak jest jakiegokolwiek wzmianki o tym, że wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia wspólnie z innymi podmiotami, czy też, że przez "wykonawcę" należy rozumieć również inne podmioty niż jej zleceniodawca - wadium takie nie zabezpiecza interesów zamawiającego (tak w wyroku KIO z 23 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2503/19; w wyroku KIO z 22 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2262/19; w wyroku KIO z 9 marca 2020 r., sygn. akt KIO 364/20).

Odwolujący stwierdził, że wadium w formie gwarancji (niezależnie od wystawcy takiej gwarancji, ponieważ cel wadium jest zawsze taki sam) wtedy tylko jest prawidłowo wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy jej treść sugeruje wielość podmiotów występujących po "stronie wykonawczej", np. przez wymienienie wszystkich członków konsorcjum, bądź wskazanie, że wykonawca wskazany w treści gwarancji działa jako pełnomocnik, lider konsorcjum, etc. Względnie, omawianą poprawność wadium można również osiągnąć przez wskazanie na szerszy zakres odpowiedzialności gwaranta, niż tylko dotyczący stricte działań/ zaniechań podmiotu wymienionego w treści gwarancji. Tak też między innymi orzekła Izba w wyroku o sygn. KIO 662/20, przy czym odwołujący podkreślił, że wyrok ten został wydany przez skład trzyosobowy Izby, o co wnosił zamawiający biorąc pod uwagę charakter i doniosłość problemu wniesienia gwarancji wystawionej na jednego tylko członka konsorcjum. Z uwagi na powyższe, wyrok ten należy uznać za przesądzający ostatecznie kwestie prawidłowości wadium złożonego w tym postępowaniu.

Analizując treść gwarancji wadialnej wystawionej na członka konsorcjum - UAB Elgama Elektronika próżno szukać któregośkolwiek z ww. elementów. Przeciwnie nie pozostawia ona wątpliwości, że mianem wykonawcy określono wyłącznie jednego z dwóch wykonawców wchodzących w skład odwołującego się konsorcjum (UAB Elgama Elektronika - członka konsorcjum) oraz, że Luminor Bank AS przyjął odpowiedzialność gwarancyjną jedynie za ziszczenie się przesłanek zatrzymania wadium względem tak oznaczonego wykonawcy. Tym samym nie sposób twierdzić, że udzielając gwarancji, Luminor Bank AS zobowiązał się względem zamawiającego do spełnienia wynikającego z niej świadczenia również w przypadku, w którym podstawa odpowiedzialności gwaranta związana będzie z innym niż UAB Elgama Elektronika podmiotem (tu - ADD Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k.). Z uwagi na powyższe, wadium wniesione przez jednego

z konsorcjantów, w treści którego nie wymieniono drugiego konsorcjanta, skutkować powinno uznaniem, że wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy,

a tym samym, że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Odwolujący kwestionował również formę złożenia wadium, tj. wskazał na okoliczność, że wadium nie zostało złożone w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, a jedynie w postaci skanu dokumentu wadialnego, który to dokument został pierwotnie wytworzony przez wystawcę w formie pisemnej, następnie podpisanego elektronicznym podpisem przez notariusza. Spółka UAB Elgama Elektronika złożyła za pośrednictwem elektronicznej platformy zamawiającego, notarialne poświadczenie za zgodność z oryginałem odpisu gwarancji wadialnej, wraz z jej tłumaczeniem na język polski. Przedłożone poświadczenie zostało podpisane przez notariusza podpisem elektronicznym. Wadium zostało zatem sporządzone w formie pisemnej przez wystawcę dokumentu (Luminor Bank AS) a następnie zeskanowane, podpisane elektronicznie przez notariusza oraz złożone poprzez platformę zamawiającego.

Z treści gwarancji wynika bezsprzecznie, że gwarancja wygaśnie jeśli „oryginał gwarancji (z uwagą, iż (i) Beneficjent zrzeka się swoich praw z tytułu niniejszej gwarancji lub (ii) Wykonawca wypełnił swoje zobowiązania określone w niniejszej gwarancji) zostanie do nas zwrócony przed końcem okresu ważności niniejszej gwarancji”. Powyższe jednoznacznie przesądza, że oryginalny dokument gwarancji wadialnej został wystawiony w formie pisemnej, a zatem zamawiający otrzymał od wykonawcy kopię dokumentu wadialnego. Zamawiający, oceniając złożone przez UAB Elgama Elektronika wadium jako spełniające wymogi formalne, w istocie dokonał oceny niezgodnie z warunkami SIWZ.

Tym samym naruszył on zasadę transparentności. Reguły ustanowione przez zamawiającego były bowiem znane od dnia wszczęcia postępowania, natomiast ostatecznie zamawiający dopuścił w postępowaniu wadium wystawione niezgodnie z wymaganiami SIWZ. Okoliczność, że zamawiający wymagał dostarczenia wadium opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, niewątpliwie miała wpływ na krąg wykonawców. Skoro zamawiający sformułował taki warunek, to niezależnie od jego późniejszych, niewyartykułowanych przez niego ustaleń co do jego zasadności (warunek ten nie został bowiem zmieniony), powinien oceniać złożone dokumenty zgodnie z tym warunkiem. Jak wynika jednak z oceny zamawiającego, dopuścił on w postępowaniu wadium wystawione niezgodnie z wymaganiami SIWZ, co świadczy o rażącym naruszeniu ustawy Pzp, a dokładnie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Odwolujący wniósł wadium w formie elektronicznej, tj. wszystkie dostarczone przez niego gwarancje zostały opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez uprawnione do tego osoby. W ich treści z kolei brak jest postanowień o wygaśnięciu automatycznie gwarancji w przypadku jej zwrotu wystawcy. Zgodnie z art. 97 §2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 540 z późn. zm.) - dalej: „Prawo o notariacie”: elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast zgodnie z art. 98 Prawa o notariacie, notariusz stwierdza zgodność odpisu, wyciągu lub kopii

z okazanym dokumentem. Z tych, ani z żadnych innych przepisów prawa nie wynika,

że złożony dokument mający formę pisemną (a takim jest dokument gwarancji wadialnej wystawionej na rzecz UAB Elgama Elektronika), „uzyskuje” formę elektroniczną po opatrzeniu odpisu tego dokumentu podpisem elektronicznym notariusza. Tym samym, nawet gdyby założyć, że wadium zostało wniesione przez UAB Elgama Elektronika za pomocą środków komunikacji elektronicznej, to i tak nie spełnia ono zasadniczego wymogu zamawiającego wyrażonego w pkt 4.3.2.2. SIWZ, tj. nie zostało ono opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy (w tym przypadku: banku Luminor Bank AS). Innymi słowy, czynność notarialna dokonana w formie elektronicznej nie miała wpływu na formę, w której dokonano czynności prawnej będącej przedmiotem poświadczenia. Czynność notarialna poświadczenia zgodności odpisu dokumentu ma bowiem charakter wyłącznie deklaratoryjny a nie konstytutywny (nie może ingerować w

treść i cechy poświadczanego dokumentu). Ponieważ zamawiający w pkt 4.3.22. SIWZ wymagał, aby gwarancja została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy (w tym przypadku: banku Luminor Bank AS), należy stwierdzić, że wadium złożone w formie pisemnej, a następnie poświadczone za zgodność z oryginałem przez notariusza, takiego wymogu nie spełnia. Odwołujący przywoływał ponownie wyrok o sygn. akt KIO 899/19, w którym Izba odniosła się również do kwestii formy w jakiej winno być złożone wadium uznając, że wadium wnoszone w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, winno mieć formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób uprawnionych do ich wystawienia. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w przywoływanej sprawie, że zapis ten jest jedynie instrukcją dla wykonawców, którzy wybiorą formę elektroniczną gwarancji. Stanowisku takiemu przeczy wykładnia literalna cytowanego postanowienia SIWZ oraz zasady składni w języku polskim.

Nie można zatem bagatelizować postanowień SIWZ, pomijając jak istotne znaczenie dla zabezpieczenia interesów zamawiającego miał pkt 4.3.22. SIWZ stanowiący de facto, że wadium powinno zostać złożone w formie elektronicznej z podpisem elektronicznym wystawcy dokumentu wadialnego. UAB Elgama Elektronika nie kwestionował na odpowiednim etapie treści SIWZ w powyższym zakresie ani nie wykazywał, że nie był w stanie pozyskać dokumentu gwarancji w wymaganej formie. Podkreślić trzeba, iż UAB Elgama Elektronika jako podmiot profesjonalny, zobowiązany był do działania z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 §2 kodeksu cywilnego), która uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności. Nie dochował on zatem należytej staranności i nie złożył wadium w postaci wymaganej w świetle postanowień SIWZ, przez co pozbawił zamawiającego pewności co do skuteczności zabezpieczenia oferty wadium. Gwarancje w wymaganej formie (elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym gwaranta) złożył wykonawca ZPA Smart Energy.

Wykonawca, wykonując obowiązek dostarczenia zamawiającemu dokumentu wadialnego, obowiązany był posłużyć się komunikacją elektroniczną. Natomiast składając gwarancję wadialną wystawioną w formie pisemnej zamiast elektronicznej, naruszył wymóg złożenia gwarancji we właściwej formie, wskazany w sposób niebudzący wątpliwości w pkt 4.3.22 SIWZ. Określenie „postać elektroniczna, opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy”, dotyczy z całą pewnością formy czynności prawnej, na podstawie której wadium jest ustanawiane.

Odwołujący w tym miejscu podkreślił, że zamawiający był uprawniony do ustanowienia w SIWZ przesłanki odrzucenia oferty, która *expressis verbis*, nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Wniosek taki wynika z postanowienia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex. Postanowienie to dotyczy co prawda wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przesłanki niezawartej w ustawie Pzp, niemniej jednak ze względu na fakt, iż wykluczenie wykonawcy ma analogiczny skutek jak odrzucenie oferty (ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą - art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), znajduje ono również zastosowanie

do czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego. Z przedmiotowego postanowienia wynika, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania winny wynikać bądź z ustawy, bądź z dokumentacji przetargowej (patrz: motyw 25 i 27 postanowienia). W tej sytuacji podkreślić należy, iż zamawiający był nie tylko uprawniony, lecz obowiązany odrzucić ofertę wykonawcy UAB Elgama Elektronika na podstawie przesłanki, którą sam ustanowił w SIWZ. Przemawia za tym obowiązek przestrzegania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Odwołujący w tym miejscu przywoływał treść uzasadnienia postanowienia TS C35/17, motywy 18, 19 i 21, w których Trybunał zwracał uwagę na znaczenie zasad równego traktowania i przejrzystości, obowiązujących we wszystkich przetargach publicznych.

Odwołujący w dalszej części wskazał również na prawny aspekt tej sytuacji. W zakresie dopuszczalności złożenia kopii wadium w postępowaniu prowadzonym przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, Urząd Zamówień Publicznych wydał opinię pt. „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.” Zgodnie z ww. opinią, wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy wszelkiej komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

w tym również komunikacji w zakresie przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Tym samym wniesione w formie niepieniężnej, wystawione na potrzeby postępowań wszczętych po dniu 17 października

2018 r. powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej, a zatem dokument winien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez umocowanego przedstawiciela instytucji wystawiającej. Z uwagi na fakt, iż gwarancja wadialna dostarczona przez wykonawcę została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę, dokument ten nie jest oryginałem, a jedynie kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem, a więc nie została zachowana forma dokumentu wskazana w pkt 4.3.2.2 SIWZ, gdzie zamawiający określił, iż „Gwarancja lub poręczenie winny być w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem wystawcy”. Zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach wszczętych od dnia 18 października 2018 r. o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej

z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym również dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Zamknięty katalog wyjątków

od stosowania zasady elektronicznej komunikacji zawarty w art. 10c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, potwierdza, iż intencją ustawodawcy było objęcie formą elektroniczną komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku z powyższym dokument wniesienia wadium, tj. gwarancja bankowa, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych

do złożenia skutecznej i ważnej oferty, również powinien być wniesiony w postaci elektronicznej. Zatem wystawca gwarancji bankowej winien podpisać się pod nią podpisem kwalifikowanym (tożsamą argumentację zaaprobowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku

o sygn. akt KIO 899/19 czy też w wyroku z 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1573/18).

Odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z

art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty złożonej w zadaniu 2, przywoływał zapisy pkt 1.11 SIWZ załącznika nr 1 do umowy. Zamawiający wskazał, że „dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) muszą być przyporządkowane odpowiednie kody OBIS (jeżeli takie istnieją)”. Jak wynika z powyższego, zamawiający wymagał, aby licznik dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) miał przyporządkowane odpowiednie kody OBIS, pozwalające na jednoznaczną interpretację wskazywanych wartości pomiarowych. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający poinformował, iż w trakcie przeprowadzonych badań technicznych stwierdził, że oprogramowanie narzędziowe pozwalało na przygotowanie pliku konfiguracyjnego dla licznika jednofazowego z wielkościami pomiarowymi dostępnymi wyłącznie dla licznika trójfazowego, takimi jak prądy faz i napięcia faz L1, L2 i L3. Równocześnie w trakcie badań zamawiający zauważył, że wprowadzenie do zbioru wyświetlanych wartości pomiarowych prądu fazy L1 w liczniku jednofazowym, powoduje prezentację na wyświetlaczu licznika wielkości niezgodnych z nastawami wzorcowymi środowiska testowego. Ustawienie pomiaru prądu jest dostępne w menu konfiguracyjnym oprogramowania narzędziowego oraz prezentowane w podręczniku użytkownika.

Z powyższego wynika, że zamawiający w istocie nałożył na odwołującego nowy obowiązek, nie wynikający z treści SIWZ. Odnosząc się do powyższego odwołujący oświadczył, że oprogramowanie narzędziowe, dostarczone jako uniwersalne dla liczników jedno i trójfazowych, pozwala na konfigurację wszystkich wymaganych wartości na wyświetlaczu licznika, a tym samym spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego. Ponadto, licznik posiada zabezpieczenie przed nieprawidłową konfiguracją, czego dowodem jest prawidłowa praca licznika po wprowadzeniu niewłaściwego, nietypowego dla danego licznika oraz nadmiarowego względem wymagań SIWZ, parametru. Wszak licznik pomimo wprowadzenia nieprawidłowego parametru nadal prezentował (zgodnie z pkt 1.11 załącznika nr 1 do umowy) odpowiednie kody OBIS, przyporządkowane do wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu pozycji. Zamawiający w wymaganiu pkt. 1.11 załącznika nr 1 do umowy wymagał, aby licznik „dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) miał przyporządkowane odpowiednie kody OBIS (jeżeli takie istnieją)”. Oznacza to, że wszystkie mierzone parametry prezentowane na LCD muszą posiadać oznaczenie w formie odpowiednich kodów tzw. OBIS pozwalające na jednoznaczną identyfikację prezentowanych wartości pomiarowych. Wymaganie to zostało przez odwołującego spełnione.

Mimo spełnienia ww. wymagań, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, powołując się na nieprawidłowości stwierdzone w trakcie badań, które zostały przeprowadzone w zakresie przekraczającym zakres badania wynikający z SIWZ. Tym samym badanie techniczne polegające na, po pierwsze, próbie wgrania parametrów nadmiarowych, nie wymaganych w SIWZ, po drugie na przygotowaniu pliku konfiguracyjnego dla licznika jednofazowego z wielkościami pomiarowymi dostępnymi wyłącznie dla licznika trójfazowego, takimi jak prądy faz i napięcia faz L1, L2 i L3, w ogóle nie powinno być elementem testów, a tym bardziej, podstawą do wysuwania przez zamawiającego też o rzekomej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Należy jednak zauważyć, że próbka była badana przez zespół specjalistów, który powinien znać wielkości pomiarowe dostępne dla danego licznika (w tym przypadku licznika jednofazowego) i na tej podstawie wprowadzić właściwe obiekty z odpowiadającymi im kodami do oprogramowania. Mimo to, zespół zamawiającego wprowadził takie parametry do oprogramowania, które nie powinny się tam znaleźć (nadmiarowe względem SIWZ oraz nieprawidłowe względem wykonania licznika). SIWZ nie zobowiązywała wykonawców, aby przygotowali licznik do wprowadzenia parametrów dla niego nietypowych. Jednak nawet w tym przypadku licznik spełniał wymóg z pkt 1.11 załącznika nr 1 do niniejszej umowy, tj. dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) były przyporządkowane odpowiednie kody OBIS (jeżeli takie istniały).

Odwołujący wskazywał, że wyciąganie z błędnie przeprowadzonego badania negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który złożył badaną próbkę, jest niezgodne nie tylko z rudymmentarną zasadą obowiązującą w prawie zamówień publicznych, zgodnie z którą w trakcie badania ofert zamawiający nie może wymagać parametrów, cech, funkcjonalności przedmiotu zamówienia nie sprecyzowanych uprzednio w SIWZ. Skoro zamawiający w części 2 wymagał złożenia oferty dotyczącej licznika jednofazowego, to niecelowe było badanie dostarczonej przez wykonawcę próbki pod kątem prawidłowości wielkości pomiarowych dostępnych wyłącznie dla licznika trójfazowego, a więc takiego, którego oferta w ogóle nie dotyczyła. Na marginesie tylko odwołujący wskazał, iż pomimo wprowadzenia nieprawidłowych parametrów licznik w pełni spełnił wymagania SIWZ, prawidłowe były bowiem błędy wskazań w zakresie pomiarów energii czynnej i biernej oraz prawidłowo była mierzona moc. Działanie oprogramowania licznika nie uległo zakłóceniu w całym procesie testowania próbek.

Reasumując odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez niego oprogramowanie spełnia wszystkie, sprecyzowane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, wymogi. Z kolei dokonana przez zamawiającego interpretacja wymagania z pkt. 1.11 załącznika nr 1 do umowy, nie dotyczy wymagań do oprogramowania narzędziowego i wykracza poza zakres wymogów sformułowanych w SIWZ a w konsekwencji zamawiający nieprawidłowo przeprowadził proces badania próbki, wprowadzając do oprogramowania parametry, które w tego rodzaju licznikach nie mają zastosowania.

W dalszej części odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z tego powodu, że zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum w zakresie zadania 2, 3 i 4, pomimo, że oferta ww. wykonawcy nie spełniała wymagań SIWZ w zakresie wymagań określonych dla tabliczki znamionowej zaoferowanego licznika, tj. jej niezgodności z dyrektywą MID i samym certyfikatem MID wystawionym przez jednostkę notyfikowaną SLM, dla licznika GAMA 100 G1M poprzez brak naniesienia na nią niezbędnych informacji takich jak: sumy kontrolnej (dotyczy zadania 2, a więc licznika 1-fazowego); roku produkcji licznika.

Brak nadrukowanej na tabliczce licznika sumy kontrolnej stanowi niezgodność z zapisem MID w punkcie nr 5 dotyczącym wymagania dla oznaczeń i nadruków na liczniku. Zamawiający w SIWZ, w punkcie 1.2 (wymagania techniczne liczników 1-fazowych) oraz 2.2 (wymagania techniczne liczników 3-fazowych) załącznika nr 1 do umowy zawarł wymaganie, aby liczniki posiadały aktualny Certyfikat badania typu lub Certyfikat badania projektu (MID) wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną zgodny z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady. Powyższe jest tożsame z tym, że liczniki muszą wypełniać wymagania określone w tej dyrektywie. Odwołujący w tym miejscu ponownie przywoływał zapisy w pkt 5, lit. o w wersji angielskiej oraz tłumaczenie zapisów na język polski. Wskazywał, że wymaganie umieszczenia sumy kontrolnej nie wynika z polskiej wersji certyfikatu, dostarczonego przez Konsorcjum. Jednak analiza wersji oryginalnej (angielskiej) wskazuje,

że takie wymaganie istnieje. Tym samym uznać należy, że w stosunku do oferty Konsorcjum zachodziła przesłanka odrzucenia określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniającego zamawiającego do poprawienia w ofercie innej omyłki, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Ponieważ w rozpatrywanej sytuacji poprawienie różnicy w tłumaczeniu stanowiłoby istotną zmianę w treści oferty, ofertę Konsorcjum należało odrzucić.

W zakresie w jakim uzasadniał niezgodność treści oferty Konsorcjum z treścią SIWZ w zakresie w jakim brak jest nadrukowanego na tabliczce licznika roku produkcji przywoływał zapisy w pkt 5 Certyfikatu MID licznika -Znakowanie i napisy, lit. d zgodnie z którym na liczniku powinny być naniesione dane w postaci: numer seryjny i rok produkcji. Na tabliczce znamionowej nie umieszczono roku produkcji, stąd brak realizacji wymagania Certyfikatu MID stanowi niezgodność próbki licznika z zasadniczymi wymaganiami dla badanego projektu i tym samym liczników dostarczanych zgodnie z zatwierdzonym projektem. Niespełnienie powyższego wymogu stanowi o niezgodności zaferowanego licznika z dyrektywą MID, a zatem pozostaje w sprzeczności z pkt 1.2 i 2.2 załącznika nr 1 do umowy, zgodnie z którym liczniki muszą posiadać „aktualny Certyfikat badania typu lub Certyfikat badania projektu (MID) wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną zgodny z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady”, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kolejna, stwierdzona przez odwołującego niezgodność treści oferty Konsorcjum z treścią SIWZ polega na niezgodności protokołu badania energii biernej z normą PN-EN 62053-23 oraz wymaganiami SIWZ opisywanych dla zadania 2. Zamawiający w pkt. 1.42 załącznika nr 1 do umowy określił, że „Informacja o tym, że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został poddany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym, pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej, musi być zawarta w Raporcie z badań wystawionym przez jednostkę akredytowaną Laboratorium (PCA) lub równoważną, potwierdzający spełnienie przez licznik normy PN-EN 62053-23”. Badanie takie powinno być badaniem dodatkowym dla liczników złożonych w ofercie. Cechą określającą właściwości licznika jest jego oprogramowanie układowe, tzw. firmware. Złożony w ofercie licznik GAMA 100 typu G1M.152 posiada numer firmware 180615v1.

Konsorcjum przedstawiło protokoły z wykonanych badań energii biernej przeprowadzone w następujących laboratoriach:

(1) Szanghajskiego Instytutu Pomiarów i Badań Technologii (numer raportu 2017F14-30-1255677001 z 4 września 2017 r., nr akredytacji jednostki badawczej - CNAS LO 134).

Dostarczony do badań licznik w ogóle nie mierzy energii biernej. Oznacza to brak podstawowej wymaganej przez zamawiającego zdolności metrologicznej. Ponadto, brak jest zgodności numeru firmware licznika dostarczonego do badań z numerem firmware licznika złożonego w postępowaniu przetargowym. Na liczniku brak jest numeru certyfikatu MID oraz numeru jednostki wykonującej ocenę zgodności MID. Wynika z tego wniosek, że licznik na którym wykonano badania pod kątem spełnienia normy PN-EN 62053-23, był zupełnie innym urządzeniem, tak funkcjonalnie jak i konstrukcyjnie, od próbki złożonej w postępowaniu. Posiadał zdolność pomiaru wyłącznie energii czynnej (nie biernej), co oznacza również, że nie spełniał wymagań SIWZ określonego w pkt 1.2 załącznika nr 1 do umowy.

(2) UAB Elgama - Elektronika, laboratorium kalibracji i weryfikacji (numer raportu 1198 z 23 marca 2016 r., numer akredytacji jednostki badawczej - LA.01.086).

Z raportu wynika, że brak jest zgodności numeru oprogramowania firmware badanego licznika z numerem oprogramowania firmware licznika złożonego w postępowaniu. Na liczniku brak jest również numeru MID i numeru jednostki wykonującej ocenę zgodności MID. Oprogramowanie licznika 160229v1 nie znajduje się na liście software certyfikatu MID dla licznika GAMA 100. Wynika z tego wniosek, że licznik na którym wykonano badania, był licznikiem próbnym i nawet nie poddano go procedurze oceny zgodności. Wyniki testów nie obejmują również wszystkich wymagań normy i nie można ich uznać za przydatne

do potwierdzenia spełnienia wymagań normy PN-EN 62053-23. Zdaniem odwołującego należy szczególnie zwrócić uwagę na fakt, że licznik poddany badaniu nie posiada firmware (tj. podstawowego wewnętrznego oprogramowania systemowego) z listy certyfikatu MID (badania projektu UE), czyli nigdy nie został poddany procedurze oceny zgodności według dyrektywy MID lub ocena ta była negatywna. Oznacza to, że licznik z takim oprogramowaniem nigdy nie został dopuszczony do użytkowania i obrotu na terenie Unii Europejskiej. Podstawowe wewnętrzne oprogramowanie systemowe (firmware) decyduje o wszystkich parametrach licznika. Jeżeli oprogramowanie takie było w liczniku nie dopuszczonym

do obrotu, nie można uznać jakichkolwiek badań wykonanych na takim liczniku za ważne i przydatne do oceny liczników dopuszczonych do stosowania.

(3) Test Sp. z o.o. Jednostka Opiniująca, Atestująca i Certyfikująca Wyroby (numer raportu LT/069/2018 z 22 marca 2018 r., numer akredytacji jednostki badawczej - AB1552).

Należy zauważyć, że dla ww. badania parametry licznika nie są istotne. Identyczna ma być obudowa, która jest zgodna z obudową licznika złożoną w postępowaniu. Sprawozdanie dotyczy więc jedynie określenia kategorii palności materiałów użytych

do wyprodukowania obudowy i osłony skrzynki zaciskowej licznika. To badanie nie ma zatem związku z pkt. 5.8 normy PN-EN 620052-11, który stanowi, że: 5.8 Odporność na gorąco i ogień. Skrzynka zaciskowa, osłona skrzynki zaciskowej oraz obudowa licznika powinny zapewniać odpowiednie zabezpieczenie przed rozprzestrzenianiem się ognia. Nie powinny one zapalić się wskutek przeciążenia termicznego elementów będących pod napięciem, stykających się z nimi. W związku z tym powinny przejść z wynikiem pozytywnym poniższą próbę. Próba powinna zostać wykonana zgodnie z IEC 60695-2-11, w następujących temperaturach: skrzynka zaciskowa: 960°C ± 15°C; osłona skrzynki zaciskowej i obudowa licznika: 650°C ± 10°C; czas przyłożenia: 30s ± 1s. Kontakt z rozżarzonym drutem może wystąpić w dowolnym miejscu. Jeżeli skrzynka zaciskowa tworzy całość z podstawą licznika, wystarczy wykonanie badania tylko na skrzynce zaciskowej.

(4) UAB Elgama -Elektronika, laboratorium kalibracji i weryfikacji (nr raportu 1389 z 28 stycznia 2020 r., numer akredytacji jednostki badawczej - LA.01.086).

Licznik jest zgodny z licznikiem złożonym w postępowaniu. Badanie jest częściowe, potwierdza spełnienie wymagań normy PN-EN 62053-23 tylko w zakresie wymagań według punktów 8.1, 8.2 (badanie niepełne, ten punkt zawiera 11 pozycji, wykonano 4), 8.3.1, 8.3.2, 8.3.3 i 8.4. Badanie nie zawiera wszystkich testów wymaganych przez normę. Odwołujący zaprezentował dokładne porównanie wersji urządzenia stanowiącego próbkę z postępowania oraz urządzenia z badań na zgodność z normą EN62053-23 z czterech laboratoriów:

	Próbka z postępowania	Licznik z lab. w Szanghaju (1)	Licznik z lab. w UAB Elgama Elektronika (2)	Licznik z lab. Test sp. z o.o. (3)	Licznik z lab UAB Elgama Elektronika (4)
Typ licznika	GIM.152	GIM.152	GIM.163	GIM.152	GIM.152
Napięcie znamionowe	230 V	230 V	230 V	230 V	230 V
Prąd odniesienia	5 A	5 A	5 A	5 A	5 A
Prąd maksymalny	60 A	60 A	60 A	60 A	60 A
Klasa pomiaru energii czynnej	B	B	B	B	B
Klasa pomiaru energii biernej	2	Brak	2	2	2
Stała licznika	2000 imp.	2000 imp.	2000 imp.	2000 imp.	2000 imp.
Sposób pomiaru	Modułowy i dwukierunkowy	Modułowy	Dwukierunkowy	Modułowy i dwukierunkowy	Modułowy i dwukierunkowy
Stopień ochrony obudowy	IP54	IP53	IP53	IP53	IP54
Wersja firmware	180615v1	170804	160229v1	Nieczytelna	180615v1
Norma podłączenia	DIN	BS	BS	DIN	DIN
Nr raportu		2017F14-30-125567700-1	1198	LT/069/2018	1389

W dalszej części odwołujący sformułował następujące uwagi ogólne. Podnosił, że zamawiający wymagał spełnienia normy PN-EN 62053-23. Zgodnie z tą normą (zakres normy), norma dotyczy tylko badań typu. Wprowadzenie, znajdujące się na stronie 5 normy, stanowi, że „norma jest przewidziana do stosowania łącznie z IEC 62052-11. Jeżeli którekolwiek wymagania w niniejszej normie dotyczy wymagania już wymienionego w IEC 62052-11, to wymagania według niniejszej normy są nadrzędne w stosunku do wymagań wg IEC 62052-11”. Zgodnie z definicją zawartą w pkt. 3.7.1 normy IEC 62052-11: „3.7.1 badanie typu to procedura, zgodnie z którą wykonuje się serię prób na pojedynczym liczniku lub na niewielkiej liczbie liczników tego samego typu, mających identyczne parametry charakterystyczne, wybranych przez wytwórcę, w celu sprawdzenia, czy licznik danego typu spełnia wszystkie wymagania według niniejszej normy dotyczące liczników danej klasy.”

Konsorcjum przedstawiło trzy raporty badań metrologii licznika przeprowadzone na różnych licznikach, w trzech badaniach o różnych parametrach i w znacznie różniących się datach. Licznik badany w Szanghaju w ogóle nie mierzył energii biernej. Żadne badanie nie obejmowało wszystkich badań wymaganych normą. Zespołu przedstawionych badań nie można uznać za badanie typu - zgodnie z definicją badania typu.

Oprócz tego badanie UAB Elgama -Elektronika, laboratorium kalibracji i weryfikacji, nr raportu 1198 z 23 marca 2016 r., na str. 30, 32 i 35 zawiera informację o wykonaniu badań przez jednostkę współpracującą, laboratorium VMC, a na stronie 30 przez laboratorium RRT. Raport VMC nr 269 i dokument PB-48 wydany przez podwykonawcę RRT nie zostały dołączone do raportu 1198. Oprócz tego wskazane laboratorium RRT nie posiada akredytacji w zakresie którykolwiek wymagań normy PN-EN 62052-11.

Odwołujący stwierdził, że po analizie dokumentów jednostek badawczych nasuwa się wniosek, że przedstawione raporty z badań nie potwierdzają spełnienia wymagań pkt. 1.42 SIWZ.

Odwołujący wskazał również na niezgodności treści oferty Konsorcjum z treścią SIWZ w zakresie zadania 3 i 4. Zamawiający w pkt. 2.42 SIWZ określił, że „Informacja o tym, że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został podany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym, pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej musi być zawarta w Raporcie z badań wystawionym przez jednostkę akredytowaną Laboratorium (PCA) lub równoważną, potwierdzający spełnienie przez licznik normy PN-EN 6205323.” Badanie takie powinno być badaniem dodatkowym dla liczników złożonych w ofercie. Cechą określającą właściwości licznika jest jego oprogramowanie układowe, tzw. software (firmware). Złożony w ofercie licznik GAMA300 typu G3M.144 posiada firmware (oprogramowanie sprzętowe) numer 180622v1.

Konsorcjum przedstawiło protokoły z wykonanych badań energii biernej przeprowadzone w następujących laboratoriach:

(1) Szanghajskiego Instytutu Pomiarów i Badań Technologii (numer raportu 2017F14-30-1255677001 z 4 września 2017 r., nr akredytacji jednostki badawczej - CNAS LO 134).

Z protokołu wynika, że brak jest zgodności numeru firmware badanego licznika z numerem firmware licznika złożonego w postępowaniu przetargowym. Na liczniku brak jest numeru MID i numeru jednostki wykonującej ocenę zgodności MID. Należy z tego wnioskować, że licznik na którym wykonano badania był zupełnie innym urządzeniem tak funkcjonalnie jak i konstrukcyjnie od próbki złożonej w postępowaniu. Brak certyfikatu MID oznacza również, że licznik że nie spełniał wymagania SIWZ w pkt 2.2 Załącznika nr 1 do umowy. Ponadto przedstawione wyniki testów nie obejmują wszystkich wymagań z normy i nie można ich uznać za wystarczające do potwierdzenia spełnienia wymagań normy PN-EN 62053-23.

(2) UAB Elgama -Elektronika, laboratorium kalibracji i weryfikacji (nr raportu 1389 z 28 stycznia 2020 r., numer akredytacji jednostki badawczej - LA.01.086).

Z protokołu wynika, że licznik jest zgodny z licznikiem złożonym w postępowaniu. Samo badanie jest jednak częściowe, potwierdza spełnienie wymagań normy PN-EN 62053-23 tylko w zakresie wymagań według punktów 8.1, 8.2 (badanie częściowe, z 11 testów wykonano 3, 8.3.1, 8.3.2, 8.3.3 i 8.4. Badanie nie zawiera wszystkich testów wymaganych przez normę. Nie można zatem uznać go za kompletny.

(3) UAB Elgama -Elektronika, laboratorium kalibracji i weryfikacji (nr raportu 1215 z 15 lipca 2016 r., numer akredytacji jednostki badawczej - LA.01.086).

Z protokołu wynika brak zgodności numeru oprogramowania firmware z numerem oprogramowania firmware licznika złożonego w postępowaniu przetargowym. Na liczniku brak jest numeru MID i numeru jednostki wykonującej ocenę zgodności MID (badania projektu UE). Oprogramowanie firmware licznika 160513v0 nie znajduje się na liście numerów firmware certyfikatu MID dla licznika GAMA300 typu G3M.144. Wynika z tego wniosek, że licznik na którym wykonano badania, był zupełnie innym urządzeniem tak funkcjonalnie jak i konstrukcyjnie od próbki złożonej w postępowaniu, którego nie poddano procedurze oceny zgodności. Wyniki testów nie obejmują wszystkich wymagań i nie można ich uznać za przydatne do potwierdzenia spełnienia wymagań normy PN-EN 62053-23. Odwołujący podkreślił, że licznik poddany badaniu nie posiada firmware z listy certyfikatu MID, czyli nigdy nie został poddany procedurze oceny zgodności wg dyrektywy MID lub ocena była negatywna. Oznacza to, że licznik z takim oprogramowaniem nigdy nie został dopuszczony do użytkowania i obrotu na terenie Unii Europejskiej. Podstawowe wewnętrzne oprogramowanie systemowe (firmware) decyduje o wszystkich parametrach licznika. Jeżeli oprogramowanie takie było w liczniku nie dopuszczonym do obrotu, nie można uznać jakichkolwiek badań wykonanych na takim liczniku za ważne i przydatne do oceny liczników dopuszczonych do stosowania.

(4) Test Sp. z o.o. Jednostka Opiniująca, Atestująca i Certyfikująca Wyroby (numer raportu LT/069/2018 z 22 marca 2018 r., numer akredytacji jednostki badawczej - AB1552).

Dla tego badania nie są istotne parametry licznika. Identyczna ma być obudowa, która jest zgodna z obudową licznika złożoną w postępowaniu. Sprawozdanie dotyczy określenia kategorii palności materiałów użytych do wyprodukowania obudowy i osłony skrzynki zaciskowej licznika. To badanie nie ma związku z pkt. 5.8 normy PN-EN 62052-11. Zgodnie z pkt. 5.8 normy PN-EN 62052-11: „5.8. Odporność na gorąco i ogień. Skrzynka zaciskowa, osłona skrzynki zaciskowej oraz obudowa licznika powinny zapewniać odpowiednie zabezpieczenie przed rozprzestrzenianiem się ognia. Nie powinny one zapalić się wskutek przeciążenia termicznego elementów będących pod napięciem, stykających się z nimi.

W związku z tym powinny przejść z wynikiem pozytywnym poniższą próbę. Próba powinna zostać wykonana zgodnie z IEC 60695-2-11, w następujących temperaturach: skrzynka zaciskowa $960^{\circ}\text{C} \pm 15^{\circ}\text{C}$; osłona skrzynki zaciskowej i obudowa licznika: $650^{\circ}\text{C} \pm 10^{\circ}\text{C}$; czas przyłożenia: $30\text{s} \pm 1\text{s}$. Kontakt z rozżarzonym drutem może wystąpić w dowolnym miejscu. Jeżeli skrzynka zaciskowa tworzy całość z podstawą licznika, wystarczy wykonanie badania tylko na skrzynce zaciskowej.

Dokładne porównanie wersji urządzenia stanowiącego próbkę z postępowania oraz urządzenia z badań na zgodność z normą EN62053-23 z czterech laboratoriów odwołujący przedstawił, zestawiając dane w poniższej tabeli:

	Próbka z postępowania	Licznik z lab. w Szanghaju (1)	Licznik z lab. w UAB Elgama Elektronika (2)	Licznik z lab. UAB Elgama Elektronika (3)	Licznik z lab. Test sp. z o.o. (4)
Napięcie znamionowe	3x230/400 V	3x230/400 V	3x230/400 V	3x230/400 V	3x230/400 V
Prąd odniesienia	5 A	5 A	5 A	5 A	5 A
Prąd maksymalny	100 A	100 A	100 A	100 A	100 A
Klasa pomiaru energii czynnej	B	B	B	B	B

Klasa pomiaru energii biernej	2	Brak	2	2	2
Stała licznika	500 imp.	500 imp.	500 imp.	500 imp.	500 imp.
Sposób pomiaru	Modułowy i dwukierunkowy	Modułowy	Modułowy i dwukierunkowy	Dwukierunkowy	Modułowy i dwukierunkowy
Stopień ochrony obudowy	IP54	IP53	IP54	IP53	IP53
Wersja firmware	180622v1	170806	180622v1	160513v0	nieczytelna
Norma podłączenia	DIN	BS	DIN	DIN	?
Nr raportu		2017F14-30-1255686001	1390	1215	LT/069/2018

Odwołujący dalej stwierdził, że zamawiający wymagał spełnienia normy PN-EN 62053-23. Zgodnie z tą normą (Zakres normy), norma dotyczy tylko badań typu. Wprowadzenie zawarte na stronie 5 normy stanowi, że „norma jest przewidziana do stosowania łącznie z IEC 62052-11. Jeżeli którekolwiek wymaganie w niniejszej normie dotyczy wymagania już wymienionego w IEC 62052-11, to wymagania według niniejszej normy są nadrzędne w stosunku do wymagań wg IEC 62052-11”. Zgodnie z definicją zawartą w pkt. 3.7.1 normy IEC 62052-11: „3.7.1 badanie typu to procedura, zgodnie z którą wykonuje się serię prób na pojedynczym liczniku lub na niewielkiej liczbie liczników tego samego typu, mających identyczne parametry charakterystyczne, wybranych przez wytwórcę, w celu sprawdzenia, czy licznik danego typu spełnia wszystkie wymagania według niniejszej normy dotyczące liczników danej klasy”.

Konsorcjum przedstawiło trzy raporty badań metrologii licznika przeprowadzone na różnych licznikach, w trzech badaniach o różnych parametrach i w znacznie różniących się datach. Żadne badanie nie obejmowało wszystkich badań wymaganych normą. Zespołu przedstawionych badań nie można uznać za badanie typu. Oprócz tego badanie UAB Elgama-Elektronika, laboratorium kalibracji i weryfikacji (numer raportu 1215 z dnia 15 lipca 2016 r.), na stronie 40 zawiera informację o wykonaniu badań przez jednostki współpracujące, laboratorium VMC i RRT. Raport VMC numer 271 i dokument PB-101, wydany przez podwykonawcę RRT nie zostały dołączone do raportu 1390 (brak ten nie został uzupełniony przez wykonawcę). Oprócz tego wskazane laboratorium RRT nie posiada akredytacji

w zakresie którychkolwiek wymagań normy PN-EN 62052-11.

Stąd, w ocenie odwołującego, po analizie dokumentów jednostek badawczych należy wyciągnąć wniosek, że przedstawione raporty z badań nie potwierdzają spełnienia wymagań z pkt. 2.42 załącznika nr 1 do umowy. Jak wynika z powyższego (uzasadnienie dla zadania 2, 3 i 4), zamawiający popełnił kardynalne błędy w procesie weryfikacji raportów z badań próbek. Świadczy o tym pośrednio również fakt wezwania Konsorcjum o uzupełnienie brakujących dokumentów dopiero po otrzymaniu wniosku od odwołującego o udostępnienie raportów. Wskazuje to na wyjątkową wręcz niedbałość zamawiającego, który o brakach w dokumentacji dowiedział się dopiero w momencie, gdy był zmuszony przesłać tę dokumentację podmiotowi występującemu z odpowiednim wnioskiem. Powyższe świadczy o wadliwie przeprowadzonym badaniu i ocenie oferty Konsorcjum. Ponadto, mimo wezwania o uzupełnienie ww. dokumentów, wciąż istnieją braki w dokumentacji, o czym była mowa powyżej.

Mając na uwadze powyższe, w przypadku potwierdzenia się zarzutu dotyczącego niezgodności protokołu badania energii biernej z normą PN-EN 62053-23 oraz wymaganiami SIWZ, nie będzie możliwe nakazanie zamawiającemu ponownego wezwania do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Foxytech w zakresie zadania 2 pomimo, że oferta ww. wykonawcy nie spełniała wymagań SIWZ ze względu na brak akredytacji dla jednostki SGS wystawiającej certyfikat.

Jednym z podstawowych wymagań zamawiającego w zakresie norm, jakie mają spełniać oferowane wyroby jest potwierdzenie spełnienia normy EN 62052-21 i zawartych w niej punktów. Warunkiem uzyskania takiego potwierdzenia jest przedstawienie pozytywnych badań z akredytowanego laboratorium badawczego, posiadającego akredytację do wykonywania tych czynności badawczo pomiarowych które wymaga norma. W załączonym do oferty w części niejawnego badania na zgodność z normą EN 62052-21, widnieje jednostka akredytowana SGS-CTS oznaczona numerem 0599, która nie posiada akredytacji do wykonania pomiarów zgodnie z punktem 7.5 przedmiotowej normy, a co za tym idzie nie mogła przeprowadzić w pełni badania na zgodność według akredytowanych procedur. Na dowód przedstawił informację z oficjalnej bazy danych internetowej SNAS dla jednostek akredytowanych republiki chińskiej.

Ponadto niezgodność treści oferty Foxytech z treścią SIWZ dotyczącym schematu podłączeń niezgodnie z MID.

Zamawiający wymagał w SIWZ konieczności naniesienia schematu podłączeń na osłonie skrzynki zaciskowej lub tabliczce znamionowej licznika (wymaganie pkt 1.10 Załącznika nr 1 do Umowy). Jednocześnie zamawiający sformułował wymóg konieczności dostarczenia licznika posiadającego aktualny certyfikat badania typu: Certyfikat MID (pkt. 1.2 Załącznik nr 1 do Umowy) oraz samego certyfikatu wraz z załącznikami i aneksami.

Analiza tego dokumentu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną SGS, nie pozostawia wątpliwości, że schemat podłączeniowy (rozdz. 5 pkt 13) podobnie jak pozostałe opisy niezbędne do poprawnej identyfikacji licznika muszą znaleźć się na jego obudowie, czyli elementach widocznych i dostępnych dla każdego zainteresowanego. Zgodnie z pkt 5. Opis na liczniku musi zawierać przynajmniej następujące informacje (ppkt 13) Schemat połączeń lub jego numer.

Wykonawca Foxytech, umieszczając schemat pod osłoną skrzynki zaciskowej, uczynił go niedostępnym dla zainteresowanego, uniemożliwiając poprawną identyfikację jego wykonania, a co za tym idzie nie spełnił wymagania zawartego we własnym certyfikacie MID. W tym przypadku działanie takie może mieć bezpośredni związek z zarzutem dotyczącym Foxytech, opisanym wcześniej w odwołaniu. Jako dowód odwołujący przedstawił zdjęcie próbki licznika Foxytech dla zadania 2.

Odwołujący podniósł również, że zamawiający dokonując oceny złożonych w postępowaniu ofert, naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania 2 spowodowało, że zamawiający dokonał wyboru kolejnej oferty złożonej w postępowaniu. Gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, natomiast odrzucił ofertę Konsorcjum a także wykonawcy Foxytech, w związku z faktem, że oferta odwołującego stanowiła najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, to jego oferta zostałaby, na mocy ww. przepisu, wybrana przez zamawiającego.

Z kolei, w przypadku zadania 3 i 4, odrzucenie oferty Konsorcjum, również spowodowałoby sytuację, w której oferta odwołującego stanowiłaby najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, co implikuje twierdzenie, że jego oferta zostałaby, na mocy ww. przepisu, wybrana przez zamawiającego.

2.wykonawcę **APATOR S.A z siedzibą w Toruniu** w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20 (dalej „odwołujący” lub „Apator”).

Odwołujący podniósł niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na: (1) czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4; czynności odrzucenia oferty Apator w zadaniu nr 3 i 4; czynności badania i oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4; czynności wyboru w zadaniu nr 1, 3 i 4 jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum; zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4; zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów.

Wnosząc odwołanie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Apator w zadaniu nr 3 i 4 pomimo, że w pełni odpowiada ona treści SIWZ;
 - 2.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofercie Apator punktów w kryterium oceny ofert „Walory techniczne” za wymagania opisane w Lp. 1 tabeli na stronie 27 SIWZ (pkt 3.1 i 3.2 załącznika nr 1 do umowy) w zadaniu 1, 2, 3 i 4, choć oferta Apatora bezwzględnie powinna otrzymać w tym kryterium punkty;
 - 3.art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie punktacji przyznanej ofertom w kryterium oceny ofert „Walory techniczne” w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4, a w szczególności w zakresie tych dodatkowych walorów technicznych za które zamawiający nie przyznał Apatorowi punktów;
 - 4.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
 - 5.art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm., dalej jako „k.c.”) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 pomimo, że wykonawca ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom SIWZ nie wniósł wadium oraz nie wniósł go w sposób prawidłowy tj. gwarantujący zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp, na co wskazuje wykładnia gwarancji wadium w sposób uwzględniający całokształt okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli, zasady współzycia społecznego oraz ustalone zwyczaje - w związku z zabezpieczaniem gwarancjami bankowymi pozyskanymi przez tego wykonawcę oferty złożonej wyłącznie przez jednego z członków tego Konsorcjum;
 - 6.art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 pomimo, że wykonawca ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom SIWZ nie wniósł wadium w formie elektronicznej - co dotyczy zarówno dokumentów wadium złożonych wraz z ofertą, jak i późniejszych aneksów do tych dokumentów;
 - 7.art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 pomimo, że wykonawca ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom SIWZ nie wniósł wadium przed terminem składania ofert oraz nie przedłużył ważności wadium w terminie, przez co nastąpiło przerwanie zabezpieczenia oferty wadium w zakresie poszczególnych zadań;
 - 8.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum w zadaniu nr 1, 3 i 4 pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza w tych zadaniach na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
 - 9.art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum:
 - a)w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4 do uzupełnienia raportów z badań wystawionych przez jednostkę akredytowaną (laboratorium) PCA lub równoważną, potwierdzających spełnienie przez liczniki 1-fazowe i 3-fazowe wymagań normy EN 62053-23 (zarzut ewentualny);
 - b)w zadaniu nr 1 i 2 do uzupełnienia certyfikatu MID w związku z niezgodnością treści tego certyfikatu z próbką w zakresie numeru sumy kontrolnej (Checksum), która zgodnie z pkt 5 (str. 12) Certyfikatu MID nr SK 09-001HD powinna być podana obok numeru Firmware, a nie jest;
 - 10.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- Odwołujący, wskazując powyższe, wniósł o nakazanie zamawiającemu:
- 1.powtórzenia czynności badania i oceny oferty w zadaniu nr 1,2,3 i 4 oraz unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniu nr 1, 3 i 4;
 - 2.unieważnienia odrzucenia oferty Apatora w zadaniu nr 3 i 4;
 - 3.ponowną ocenę ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w tym przyznanie Apator punktów w kryterium „Walory techniczne” za wymagania opisane w Lp. 1 tabeli na stronie 27 SIWZ (pkt 3.1 i 3.2 załącznika nr 1 do umowy) w zadaniu 1, 2, 3 i 4;
 - 4.odrzucenia oferty Konsorcjum w zadaniu nr 1, 2, 3 i 4;

5. wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia raportów z badań wystawionych przez jednostkę akredytowaną (laboratorium) PCA lub równoważną, potwierdzających spełnienie przez liczniki 1-fazowe i 3-fazowe wymagań normy EN 62053-23.

Uzasadniając podnoszone zarzuty odwołujący wskazał, że 9 września 2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu jego oferty w zadaniu 3 i 4 z powodu niespełniania wymagania określonego w pkt 2.6 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń) o treści: „Liczniki muszą posiadać plomby wykonane z tworzywa sztucznego, na których są nałożone cechy zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Przez pojęcie plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające. W przypadku oferowania licznika w obudowie monolitycznej dopuszcza się zastosowanie plomb hologramowych, gdy takie rozwiązanie przewiduje Certyfikat badania typu/projektu (MID) dla tego licznika. Miejsce nałożenia cech zabezpieczających musi być określone przez producenta w Certyfikacie badania typu/ projektu (MID). Nie dopuszcza się dostarczenia liczników bez nałożonych plomb zabezpieczających”.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego w następujący sposób: Wzory liczników trójfazowych złożonych z ofertami na zadanie 3 i 4 posiadają w osłonach skrzynki zaciskowej tych liczników, po obu stronach dolnej śruby otwory, przez które możliwe jest włożenie przewodu, umożliwiając tym samym dostęp do czynnych części zacisków będących pod napięciem, co może skutkować świadomym działaniem, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika oraz stworzeniem możliwości porażenia prądem elektrycznym dla personelu OSD, jak i osób postronnych. Mając powyższe na uwadze, oferta wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.6 Załącznika nr 1 do umowy

- „Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń)” i z tej przyczyny podlega odrzuceniu.

Zdaniem odwołującego powyższe stanowisko zamawiającego pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych. Już na wstępie należy zauważyć, że część uzasadnienia zamawiającego w ogóle nie koreluje z treścią wymagania, którego niespełnienie zrzucił,

a zamawiający kreuje nowe wymagania na etapie badania i oceny ofert. Istotny dla niniejszego zarzutu jest następujący fragment wymagania: „zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej”. Wynikają z niego następujące przesłanki, które muszą być spełnione łącznie: (1) wymagane jest zabezpieczenie wnętrza licznika (a nie jakiegokolwiek jego innego elementu) oraz (2) zabezpieczenie ma chronić przed ingerencją - taką, która umożliwia nielegalny pobór energii elektrycznej, a nie jakąkolwiek ingerencją.

Zamawiający nie wykazał, że wskazane okoliczności wystąpiły podczas badania liczników Apator, ponieważ:

- 1) nie wykazał, a nawet nie podniósł twierdzenia, że możliwy jest dostęp do wnętrza licznika. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że „możliwe jest włożenie przewodu, umożliwiając tym samym dostęp do czynnych części zacisków będących pod napięciem” tymczasem zaciski nie są elementem wnętrza licznika, więc badanie zostało przeprowadzone wbrew wymaganiu.
- 2) zamawiający sam ocenia dostęp do czynnych części zacisków jako możliwość, a nie zdarzenie pewne stwierdzając „możliwe jest”. Jeśli zamawiający decyduje się na tak daleką sankcję jak odrzucenie oferty, to powinien mieć pewność, że taki dostęp istnieje, a nie tylko, że jest możliwy.
- 3) Zamawiający nie wykazał, a nawet nie podniósł twierdzenia, że wystąpiła „ingerencja umożliwiająca nielegalny pobór energii elektrycznej” - bowiem zamawiający wskazał w sposób następujący: „co może skutkować świadomym działaniem, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej z pominięciem licznika”. Świadome działanie osoby to aspekt niezwiązany z konstrukcją licznika oraz jego cechami technicznymi, i jest okolicznością na którą żaden producent nie ma wpływu. Poza tym to działanie pozostaje w sferze przypuszczeń, ponieważ sam zamawiający opatrzył je sformułowaniem „może”. Kwestie te nie są elementem wymagania zamawiającego i zostały arbitralnie wprowadzone na etapie badania licznika. Dalej zamawiający wskazuje na „próbę pobierania energii elektrycznej” - choć kwestionowane wymaganie takiej przesłanki przecież nie zawiera. Stanowisko zamawiającego zasadza się na stwierdzeniu, że jakaś osoba może mieć zamiar podjęcia próby nielegalnego poboru energii elektrycznej. Ale wymaganie zamawiającego takich elementów nie przewiduje, a wykonawca nie może za czyjeś zamiary odpowiadać. Wymaganie zamawiającego nie daje podstaw do kwestionowania licznika, z powodu czyjegoś zamiaru kradzieży energii elektrycznej, co zresztą byłoby pozbawione jakichkolwiek podstaw.
- 4) Sformułowanie „oraz stworzeniem możliwości porażenia prądem elektrycznym dla personelu OSD, jak i osób postronnych” również nie jest elementem wymagania zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że kwestia spełniania przedmiotowego wymagania była przedmiotem wyjaśnień odwołującego. Jednakże zamawiający zupełnie pominął złożone wyjaśnienia, jak również w żaden sposób nie ustosunkował się do nich w uzasadnieniu swojej decyzji. Niezależnie od tego, że uzasadnienie decyzji zamawiającego nie koreluje z treścią wymagania, odwołujący z ostrożności procesowej przedstawił argumenty mające potwierdzać, że decyzja zamawiającego została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Po pierwsze zaciski nie stanowią wewnętrznej części licznika. Odwołujący przypomniał stanowisko zamawiającego dotyczące przedmiotowego wymogu w postępowaniu nr 2016/TD-CN/CNUZA/02780/S z 2016 r., zaprezentowane w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1942/16 KIO 1952/11 z odwołań wniesionych przez Apator i Elgama, a dotyczących możliwości kradzieży energii w konkurencyjnym liczniku. Zarzut dotyczył analogicznej kwestii, ponieważ wskazywał na możliwość kradzieży energii poprzez wprowadzenie przewodu od dołu osłonki po jej lekkim podniesieniu i przez fakt, iż jest ona przezroczysta, nakierowanie go i wsunięcie do zacisku obok oryginalnego przewodu, bez potrzeby manipulowania, wyginania i trafiania na „chybił trafił” jak to ma miejsce w przypadku licznika zaofiarowanego przez odwołującego w niniejszym postępowaniu, gdzie osłonka nie jest przezroczysta. Stanowisko zamawiającego w tej sprawie było jednoznaczne, że zarzut jest niezasadny, gdyż wymagania SIWZ w pkt 1.16 o treści: „Liczniki muszą posiadać plomby wykonane z tworzywa sztucznego, na których są założone cechy zabezpieczające w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej” dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej, a skrzynka zaciskowa i listwa zaciskowa są elementami zewnętrznymi licznika zgodnie z normą 50470-1 (przywołując definicje normy w tym zakresie).

Izba uznała stanowisko zamawiającego i nie uwzględniła zarzutu podnosząc, że zarzut skupia się na wadach osłony listwy zaciskowej, która zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego (jest elementem zewnętrznym licznika) i nie ma związku z wymogiem SIWZ pkt 1.16, który dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika.

Odwolujący przytaczał te argumenty, przyjmując jako własne na uzasadnienie niniejszego zarzutu. Przenosząc rozważania z powyższego wyroku sygn. akt KIO 1942/16

i 1952/16 na grunt naszej sprawy należy stwierdzić, że: (1) odrzucenie oferty Apator jest niezasadne, gdyż opisane w uzasadnieniu przez zamawiającego zarzuty możliwości kradzieży energii i możliwości porażenia prądem personelu OSD i osób postronnych skupiają się

na wadach osłony listwy zaciskowej, która zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej,

w ślad za stanowiskiem zamawiającego, jest elementem zewnętrznym licznika i nie ma związku z wymogiem określonym w pkt 2.6 załącznika 1 do umowy, który dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika; (2) podkreślał, iż licznik zaoferowany przez Apator w postępowaniu w zadaniu 3 i 4, spełnia wymagania określone w pkt 2.6 załącznika nr 1 do umowy, a mianowicie posiada proste i skuteczne plombowanie obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej.

Odwolujący zauważył także, że badania wzorów liczników zostały przeprowadzone

11 marca 2020 r. przy udziale przedstawicieli wykonawcy Apator. Badania wzorów

na zgodność z wymaganiami załącznika 1 do umowy powinny być przeprowadzone

na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika, będącego w pozycji pionowej i zasilonego napięciem. Wymaganie dotyczy licznika pracującego na sieci, bo przecież tylko z takiego można nielegalnie pobierać energię elektryczną, więc badanie powinno odwzorowywać warunki pracy licznika. I badania liczników w postępowaniu tak były wykonywane przez zamawiającego, za wyjątkiem tego konkretnego badania spełniania wymagania pkt 2.6 załącznika nr 1 do umowy, którego niespełnienie zarzucono odwołującemu. Zatem już sam sposób tego badania dyskwalifikuje decyzję zamawiającego. Badanie przez zamawiającego nie zostało przeprowadzone na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika pod napięciem, a tylko na liczniku trzymanym w rękach w pozycji poziomej i polegało na wprowadzeniu drutu plombowego w otwory przy plombowanej śrubie w sposób maksymalnie wygodny dla osoby przeprowadzającej badanie - możliwość manewrowania i ustawiania licznika w sposób ułatwiający osiągnięcie zamierzonego celu. Na podstawie takiego badania zamawiający domniemywa, że jest możliwość wpięcia się w zaciski, kradzież energii, porażenie prądem pracowników OSD i osób postronnych.

W kwestii zabezpieczenia zacisków przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór, odwołujący zwrócił uwagę, że samo wprowadzenie drutu plombowego w otwór osłonki skrzynki zaciskowej niezasilonego licznika, nie świadczy o możliwości wpięcia przewodu elektrycznego w zacisk i kradzież energii, ponieważ należy zauważyć szereg następujących okoliczności: licznik jest zainstalowany na sieci w skrzynce licznikowej w pozycji pionowej, co znacznie utrudnia dostęp do licznika; otworki są bardzo małe, co powoduje, że zakres ruchów jest niezwykle ograniczony; osłona skrzynki zaciskowej licznika nie jest transparentna (przezroczysta), wszelkie próby wpięcia drutu podczas pracy licznika na sieci poprzez otwór technologiczny mogą być wykonywane tylko na „chybił-trafił”; otworek w pokrywie skrzynki zaciskowej jest poniżej zacisków i nie jest na wprost wlotu do zacisków, a przestrzeń pomiędzy osłonką a zaciskami jest tak wąska, że tym bardziej nie ma możliwości pójścia „wyżej” od otworu ku zaciskom (ponownie pamiętając o tym, że nie ma możliwości obserwowania poczynąń ze względu na nieprzezroczystą osłonkę, a otworek jest tak mały, że nie ma możliwości manipulacji); licznik jest pod napięciem, a więc każda taka nielegalna ingerencja powodowałaby zwarcie, iskrzenie, opalenie elementów, a przede wszystkim zadziałanie zabezpieczeń co spowodowałoby wyłączenie dopływu napięcia do licznika itp. skutki, co zostaje odnotowane w pamięci licznika; ze względu na bardzo mały otwór technologiczny w osłonce w kształcie prostokąta, ewentualne próby mogą być wykonywane jedynie cienkim giętym drutem o średnicy do 1 mm, co dodatkowo niezależnie od wskazanych powyżej okoliczności uniemożliwia skuteczne sztywne wpięcie się w zacisk roboczy bądź stały zestyk z częścią odizolowanego przewodu oryginalnego; długość odizolowanego przewodu oryginalnego jest przewidziana optymalnie (patrz instrukcja licznika) w celu m.in. uniemożliwienia wpięcia się w żyłę odizolowanego przewodu fazowego pomiędzy krawędzią zacisku w skrzynce zaciskowej, a początkiem powierzchni izolowanego przewodu. Wskazane aspekty konstrukcyjne zaoferowanych liczników powodują, że nie jest możliwy nielegalny pobór energii przez otworki technologiczne. Liczniki zostały tak zaprojektowane, aby uniemożliwiać nielegalny pobór energii elektrycznej. Kwestia ta była przedmiotem szczegółowych badań na etapie projektowania licznika i licznych testów. Najważniejszy test dla licznika, jak dla każdego produktu, to jego codzienne użytkowanie. Liczniki zaoferowane przez Apator zostały zweryfikowane poprzez kilkuletnią pracę na sieci w wolumenie ponad

2,5 mln sztuk, nie pozostawiając jakichkolwiek wątpliwości, że kwestionowane przez zamawiającego wymaganie z powodzeniem spełniają, zbierając bardzo pochlebne opinie.

Odwolujący podkreślił, że niezrozumiałe jest stwierdzenie zamawiającego: „oraz stworzeniem możliwości porażenia prądem elektrycznym dla personelu OSD, jak i osób postronnych”. Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób technologiczny otworek w osłonce może zagrażać porażeniem prądem dla personelu OSD. Przecież personel OSD to przeszkoleni profesjonalści z uprawnieniami, którzy doskonale znają procedury podłączania liczników, jak i procedury postępowania w przypadku nielegalnego poboru energii.

Jest to niczym nieuzasadnione twierdzenie zamawiającego. Zwrócił uwagę na fakt, że na terenie Tauron Dystrybucja S.A. obowiązują instrukcje stanowiskowe w postaci Załącznika

do Zarządzenia nr 13/2017IK-012/TD zatwierdzone przez Członka Zarządu Tauron Dystrybucja S.A. i uzgodnione z Dyrektorem Departamentu Sprzedaży Usług Dystrybucyjnych, które w sposób dokładny opisują przebieg pracy elektromontera OSD (operatora systemu przesyłowego) przy układzie pomiarowym. Personel OSD, znając i przestrzegając przepisy oraz obowiązujące instrukcje Tauron Dystrybucja S.A., oraz producenta licznika (w zakresie długości odizolowania przewodów), nie ma możliwości, aby został przypadkowo porażony prądem elektrycznym poprzez przewód NPEE (nielegalnego poboru energii elektrycznej) wychodzący np. z przedmiotowego otworu technologicznego czy z innego miejsca osłonki. Nie można obciążać winą wykonawcy licznika za możliwość porażenia prądem pracowników OSD nie stosujących się do obowiązujących przepisów i zasad pracy. Nie ma też możliwości przypadkowego włożenia w otwór technologiczny osłonki prostego drutu plombowego, jakiego używa zamawiający, ponieważ przy plombowanej śrubie w osłonce jest specjalnie wyprofilowane wgłębienie (korytko) do prowadzenia drutu plombowego zapobiegające przypadkowemu włożeniu go w otwór technologiczny. Licznik zaoferowany zamawiającemu spełnia wymagania, jest bezpieczny i zabezpieczony przed dostępem do zacisków przez osoby nieupoważnione.

Liczniki typu NORAX 3 w wykonaniu osłonki, jak w niniejszym postępowaniu, odwołujący oferuje zamawiającemu

w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Tauron od 2016 roku. W postępowaniach tych zawsze był stawiany następujący wymóg: „prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej”. We wszystkich tych postępowaniach w latach (2016 - 2018) oferta Apatora na licznik 3 fazowy NORAX 3 była wybrana jako najkorzystniejsza bez żadnych zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Odwołujący na chwilę obecną dostarczył do Tauron ponad milion liczników w takim wykonaniu i ponad 1,5 mln sztuk do pozostałych koncernów energetycznych PGE, INNOGY, ENERGAApator, jako polski producent z ponad 20-dziesięcioletnim doświadczeniem jest producentem uznanych i bezpiecznych liczników.

Podkreślił także, że nie miał ani jednego zgłoszenia (reklamacji) ze strony zamawiającego, ani ze strony PGE, INNOGY, czy ENERGAA odnośnie prób kradzieży energii poprzez plombowany otwór w osłonce. Żaden z w/w koncernów nie zgłaszał uwag co do skuteczności plombowania, ani tym bardziej otworu technologicznego przy wkręcie plombującym. Nie były także zgłaszane uwagi podczas szkoleń bezpośrednich, na których obecni byli elektromonterzy układów pomiarowych. Firmy zewnętrzne świadczące na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. usługi instalacji liczników, nie mają żadnych zastrzeżeń co do sposobu plombowania i jego bezpieczeństwa. Powyższe świadczy o tym, że obawy zamawiającego w niniejszym postępowaniu są nieuzasadnione, gdyż opierają się tylko na przypuszczeniach, w żaden sposób nie potwierdzonych w ponad 2,5 milionach liczników zainstalowanych na sieci na rynku polskim.

Podsumowując stwierdził, że liczniki zaoferowane przez Apator: spełniają wymóg określony w pkt 1.6 i 2.6 załącznika 1 do umowy, nie ma możliwości kradzieży energii ani porażenia prądem pracowników OSD lub osób postronnych, zamawiający powinien być konsekwentny w ocenie spełniania przedmiotowego wymogu.

Jednocześnie zwrócił uwagę, iż w drodze analizy dostępnych liczników firmy Ningbo Sanxing oferowanych przez wykonawcę Foxytech stwierdził, że w licznikach tych jest identyczne rozwiązanie w osłonce skrzynki zaciskowej w zakresie otworu technologicznego przy wkręcie plombowym, jak w liczniku NORAX3 oferowanym przez odwołującego. Wykonał próbę i stwierdził, że drut plombowy stosowany przez zamawiającego również przechodzi przez w/w otwór technologiczny przy wkręcie plombowym i wychodzi przy otworach wejściowych zacisków skrzynki. Przy czym dość duża przestrzeń (wysokość) pomiędzy płaską powierzchnią skrzynki zaciskowej na której mieszczą się łby śrub, a górną wewnętrzną powierzchnią osłonki skrzynki zaciskowej mogłaby tym bardziej sprzyjać nielegalnej ingerencji. Nie zgłaszał w przypadku licznika 1-fazowego SX300 niezgodności z SIWZ, ale zwrócił uwagę, że licznik ten został dostarczony do Tauron Dystrybucja w ilości ponad 300 000 sztuk

i w przypadku tego licznika również nie było żadnych zastrzeżeń ze strony zamawiającego, tak jak i nie było żadnych zastrzeżeń w przypadku liczników NORAX3. Powyższe świadczy tylko o tym, że takie rozwiązanie plombowania osłonki skrzynki zaciskowej jest stosowane nie tylko przez Apator, ale i przez innych znanych producentów i jest powszechnie stosowane zarówno na rynku krajowym, jak i na rynkach zagranicznych, co oznacza że spełnia swoją rolę bez zastrzeżeń. Odwołujący, na zdjęciu zaprezentował zauważone otwory technologiczne oraz możliwość wprowadzenia drutu plombowego w liczniku 1-fazowym SX 300 zaoferowanym przez firmę Foxytech.

W świetle powyższego decyzja zamawiającego jest bezpodstawna i krzywdząca dla odwołującego, którego liczniki nigdy nie były przez samego zamawiającego kwestionowane ze wskazanego powodu, choć takie wymaganie od lat w stosunku do zakupowanych liczników stawia. Tym samym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący kwestionował także ocenę ofert w kryterium „Walory techniczne” stojąc na stanowisku, że zamawiający powinien przyznać odwołującemu w tym kryterium punkty, zgodnie z opisem zawartym w SIWZ. Zamawiający w pkt 4.5 SIWZ przewidział bowiem kryterium „Walory techniczne”. Zostały one także opisane w załączniku nr 1 do umowy w pkt 3 - Funkcjonalności licznika dodatkowo punktowane (opcjonalnie) w ramach kryterium „Walory techniczne”. Zarzutem niniejszego odwołania jest zaniechanie przyznania punktów za wymagania opisane w Lp. 1 tabeli na stronie 27 SIWZ (pkt 3.1 i 3.2 załącznika nr 1 do umowy).

Zgodnie z pismem z 16 września 2020 r. zamawiający nie przyznał Apator dodatkowych 2 punktów w ramach kryterium „Walory techniczne” za funkcjonalności wskazane powyżej, w zadaniu 1 i 2 dotyczącym liczników 1 fazowych. W zadaniu 3 i 4 oferta odwołującego została odrzucona z innych względów i w zestawieniu w ogóle nie przyznawano jej żadnych punktów w ramach kryterium „Walory techniczne”, tym niemniej odwołujący skarży decyzję Zamawiającego także w tym zakresie, ponieważ funkcjonalności te w licznikach zaoferowanych przez Apator we wszystkich zadaniach spełniane są tak samo.

Kluczowe w niniejszej sprawie jest, że ocena w zakresie walorów technicznych nie posiada żadnego uzasadnienia i nie wskazuje, w jakim zakresie i dlaczego zamawiający uznał, że oferta Apatora nie spełnia przedmiotowego waloru technicznego (mimo, że odwołujący zwracał się o takie uzasadnienie po wyborze ofert, to zamawiający wniosek ten zignorował). Zamawiający poinformował odwołującego pismem z 16 września 2020 r., że Apatorowi udostępnione zostały wszystkie żądane materiały, które zamawiający zobowiązany jest udostępnić zgodnie z wymogami ustawy Pzp. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Konieczność podania uzasadnienia ma swój głęboki cel także w zakresie przyznanej punktacji, ponieważ tylko wówczas możliwa jest weryfikacja decyzji zamawiającego, zbadanie jej poprawności oraz zaskarżenie. Zamawiający zaniechał podania tego uzasadnienia, co znacznie utrudnia zaskarżenie czynności przyznania punktów w kryterium Walory techniczne, a w zasadzie zmusza do domniemywania motywów stanowiska zamawiającego.

W dniu 11 marca 2020 r., podczas badania próbek liczników złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez Apator, przy udziale przedstawiciela odwołującego, zamawiający poddał w wątpliwość spełnianie przez liczniki 1 i 3 fazowe odwołującego, wymagania dodatkowo punktowanego określonego w punkcie 3.1 i 3.2 załącznika nr 1

do umowy, w zakresie: „budowa listwy zaciskowej musi uniemożliwiać przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń „za zaciskiem”, stwierdzając, że taka możliwość istnieje, dlatego domniemyamy, że z tego powodu oferta Apatora nie otrzymała 2 punktów za wskazane walory techniczne. Co istotne, przyznanie tych 2 punktów powodowałoby, że oferta Apatora zostałaby uznana za najkorzystniejsza w kryteriach oceny ofert w zadaniu nr 1.

Niezależnie od powyższego odwołujący wyjaśnił, że celem wymagania jest to, aby podczas podłączania licznika zawieszono go na sieci nie było możliwości przypadkowego włożenia przewodu podłączeniowego poza zacisk, a zacisk po odkręceniu śrub musi być cały czas otwarty niezależnie od położenia/ nachylenia licznika. Zaoferowane przez Apator liczniki 1-fazowe typu NORAX1 posiadają takie samo rozwiązanie zacisków kłatkowych, jak liczniki 3-fazowe typu NORAX3 i w 100% spełniają przedmiotowe wymaganie, ponieważ posiadają zabezpieczenie uniemożliwiające „opadanie” odkręconej dolnej części zacisku, tak że zacisk jest cały czas otwarty po odkręceniu śrub listwy zaciskowej, niezależnie od położenia/ nachylenia licznika i to nie było kwestionowane przez zamawiającego, a zaciski posiadają zabezpieczenie przed włożeniem przewodu poza zacisk w postaci specjalnie wyprofilowanej płetwy. Płetwy dolnego ruchomego zacisku mają taką konstrukcję, że uniemożliwiają w jakikolwiek sposób podłączenie licznika poza zaciskiem (nie ma możliwości włożenia przewodu poza zacisk). Otworki technologiczne po bokach płetwy w rogach zacisku dolnego, które kwestionuje zamawiający, jako niespełnianie przedmiotowego wymagania, nie dają żadnej możliwości przypadkowego włożenia do nich przewodu podczas podłączania licznika do sieci.

Odwołujący podkreślił, iż podłączanie licznika do sieci odbywa się zawsze po zainstalowaniu go na tablicy licznikowej w pozycji pionowej. Przewody zasilające najczęściej umieszczane są na „wycucie” w otworach zacisków (bo monter nie widzi spodu licznika z wejściem do zacisków), stąd wymaganie Zamawiającego odnośnie zabezpieczenia uniemożliwiającego przypadkowe włożenie przewodu za zacisk. Po zawieszeniu licznika na tablicy, przewody zasilające muszą być wprowadzane do zacisków pionowo od dołu licznika. Zaciski licznika NORAX1 i NORAX3 posiadają specjalnie wyprofilowany owalny dół zacisku, który powoduje podczas wkładania przewodu do zacisku samoczynne naprowadzanie (wślizgiwanie się po jego owalnej powierzchni) końcówki przewodu zasilającego w środek zacisku. Właśnie ten kształt zacisku w postaci zaokrąglonej litery V i wyprofilowana płetwa wypukłona na zewnątrz wzdłuż krawędzi zacisku naprowadza przewód wprost w otwór zacisku, uniemożliwiając przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń poza zaciskiem. Odwołujący przedstawił zdjęcie obrazujące sposób wykonania zacisków i podłączenia przewodów zasilających w liczniku NORAX1.

Jednocześnie wniósł o dopuszczenie dowodu z oględzin i badania licznika złożonego przez Apator w postępowaniu jako próbka, w celu weryfikacji spełnienia przedmiotowego wymagania (podłączania przewodów zasilających na liczniku NORAX1 umieszczonym pionowo na tablicy licznikowej). Małe otworki technologiczne po bokach płetwy, kwestionowane przez zamawiającego, nie znajdują się na wprost prowadzonego przewodu zasilającego. Dlatego włożenie w nie przewodu zasilającego wymagałoby od montera celowego takiego działania i odpowiedniego manipulowania przewodem - w sposób nie mający nic wspólnego z podłączaniem licznika, aby w nie trafić. Takie intencjonalne, nienaturalne dla montera działanie nie ma żadnych cech „przypadkowości” - a przecież nie o to chodzi w wymaganiu w brzmieniu: „budowa listwy zaciskowej musi uniemożliwić przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń za zaciskiem”.

Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający najczęściej stosuje przewody zasilające, które w ogóle nie mieszczą się w przedmiotowych otworkach technologicznych. Rozwiązanie zacisków w licznikach Apator sprawdza się podczas fizycznej instalacji przewodów zasilających w zaciskach licznika zainstalowanego na sieci. Świadczy o tym bardzo dobra opinia monterów (pracowników Tauron Dystrybucja S.A.) oraz firm zewnętrznych świadczących na rzecz zamawiającego usługę instalowania liczników na sieci. Rozwiązanie zapewnia prosty, wygodny i bezpieczny sposób podłączania liczników na sieci, ponieważ okrągły przewód umieszczany w takiej konstrukcji zacisku, idealnie układa się w środkowej części zacisku po dokręceniu jego śruby. Specjalne uprofilowanie dolnej części zacisku, zapewnia stabilne ułożenie przewodu bez możliwości przemieszczania się go na boki, a w konsekwencji jego wysunięcie, czego nie można powiedzieć o zaciskach zaoferowanego licznika Gama 100 firmy Elgama, w którym dolna ruchoma część zacisku na której opiera się przewód jest całkowicie płaska wewnątrz częściowo radełkowana i po jego przykręceniu, przewód może przesunąć się na boki a z czasem wysunąć i np. spowodować pożar, lub uszkodzenie urządzeń elektrycznych odbiorcy.

Odwołujący wskazał również na wadliwe badanie próbki, gdyż zamawiający nie przeprowadził badań spełnienia przedmiotowego wymogu pod kątem celu, jaki przyświeca postawionemu wymaganiu tzn. nie sprawdził czy istnieje możliwość przypadkowego włożenia przewodu zasilającego poza zacisk w kwestionowane otworki, na liczniku zainstalowanym na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika, będącego w pozycji pionowej w okolicznościach typowych czynności podłączeniowych. Zamawiający przeprowadził badanie licznika „na kolanach” - w pozycji nie pionowej (jak w rzeczywistości podczas czynności podłączeniowych), cienki, zaostrozony przewód włożył w otworek technologiczny z boku płetwy zacisku i na tej podstawie stwierdził, iż wymóg nie jest spełniony, bo są otworki i może włożyć w ten otworek przewód na nie zainstalowanym liczniku. Już sam sposób badania wskazuje na brak przypadkowości, lecz intencjonalne działanie w celu wykazania niespełnienia wymagania, podczas gdy metoda badania nie miała nic wspólnego z okolicznościami podłączenia licznika przez montera. Przeprowadzone badanie jest wadliwe i nie może być podstawą decyzji o przyznaniu bądź nie punktów.

Odwołujący przypomniał, że zamawiający po raz pierwszy wprowadził przedmiotowy wymóg w postępowaniu nr 2018/TD-CN/TD-CN/02317/S z 2018 roku. Apator zaoferował w niniejszym postępowaniu liczniki 1 i 3 fazowe w wykonaniu skrzynki zaciskowej identycznym, jak w postępowaniu z 2018 roku nr 2018/TD-CN/TD-CN/02317/S, gdzie w postępowaniu w roku 2018 członkowie Komisji stwierdzili jednogłośnie, po przeprowadzeniu badań przewodami podłączeniowymi, że ten wymóg jest w 100% spełniony, potwierdzając to podpisem bez uwag w protokole badań. Odwołujący zamieścił w treści odwołania wyciąg z protokołu badania z roku 2018 nr post. 2018/TD-CN/TD-CN/02317/S potwierdzający powyższą okoliczność (dla liczników Norax1 i Norax3). Co więcej, zamawiający, po przeprowadzeniu badań w roku 2018 wręcz stawiał za przykład wykonania skrzynek zaciskowych w tych licznikach, które jako jedyne spełniały wymagania zamawiającego i jako jedyne za spełnianie tego wymogu otrzymały punkty dodatkowe, natomiast na dzień dzisiejszy twierdzi, że już tych wymagań nie spełniają i nie jest możliwe przyznanie punktów dodatkowych.

W badaniach wzorów liczników z bieżącego postępowania w dniu 11 marca 2020 r. brały udział 2 osoby, które brały udział również w badaniach w roku 2018. Obecnie osoby te stwierdziły, iż liczniki Norax nie spełniają wymagań w tym punkcie, badając licznik „na kolanach” cienkim, zaostrozonym przewodem, natomiast w analogicznym postępowaniu w roku 2018 ci sami członkowie Komisji stwierdzili jednogłośnie,

po przeprowadzeniu badań przewodami zasilającymi, że ten wymóg w 100% jest spełniony, potwierdzając to podpisem i brakiem jakichkolwiek uwag w protokole badań. Dlatego postępowanie zamawiającego jest niezrozumiałe i bardzo krzywdzące, gdyż ocena tego samego rozwiązania przez zamawiającego (w tym przez 2 te same osoby) diametralnie się różni. Decyzja jest też nieuzasadniona w żaden sposób, co ze względu na całokształt okoliczności skłania do zasadniczego pytania o motyw takiego działania. Zaś konkurencja, która otrzymała punkty w tym postępowaniu, posiada rozwiązania na pewno nie lepsze, a raczej gorsze od odwołującego.

W ramach kontraktu zawartego w wyniku postępowania 2018/TD-CN/TD-CN/02317/S z 2018 roku, odwołujący dostarcza do zamawiającego liczniki 3-fazowe Norax3 posiadające identyczne rozwiązanie zacisków, jak w liczniku 1-fazowym Norax1 i w liczniku 3-fazowym Norax3 zaoferowanym w niniejszym postępowaniu, bez żadnych uwag i sugestii ze strony zamawiającego oraz jego pracowników eksploatacyjnych (monterzy Tauron Dystrybucja Pomiar i monterzy firm zewnętrznych). Nadmieniamy również, że członkowie komisji, którzy są w randze specjalistów w Biurze Pomiarów oraz Przewodniczący Komisji w randze Dyrektora, nie zgłosili do tej pory żadnych uwag, co do spełniania wymagania w realizowanych dostawach w latach 2019 i 2020. Nagle, w sposób zaskakujący dla odwołującego, na etapie badań ofert w niniejszym postępowaniu, to wymaganie w ocenie komisji przetargowej nie jest już spełniane, a co więcej, w zakresie zadania nr 1 ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Tutaj niezbędne i konieczne jest również przytoczenie okoliczności, które przyczyniły się do wprowadzenia przedmiotowego wymogu przez zamawiającego, a mianowicie liczniki typu Gama100 dostarczane przez firmę Elgama w roku 2017 (w wyniku postępowania z roku 2016) posiadały zaciski, w których dolna część zacisku była luźna i opadała podczas przechylenia licznika. Skutkiem takiej sytuacji było to, że monter niejednokrotnie umieszczał przewód pod zaciskiem dokręcając śruby. Dopiero weryfikacja poprawności przykręcenia wykazywała, że przewód pomimo dokręcenia śruby jest nadal luźny i wymaga ponownego montażu w zacisku. Dlatego zamawiający wprowadził przedmiotowy wymóg, po to, aby wyeliminować takie przypadki, jakie występowały w licznikach Elgama. Z licznikami dostarczonymi przez Apator zamawiający nigdy nie miał takich problemów.

Ponadto wskazał, że licznik Norax1 posiada identyczny sposób bocznego zagięcia pletwy w zacisku, jak zaoferowany licznik typu Gama100 firmy Elgama. Przy czym podkreślił, że to Apator jako jeden z pierwszych wprowadził na rynek to rozwiązanie, zaś konkurencja wzorowała się na nim wprowadzając porównywalne rozwiązanie w swoich produktach. Odwołujący przedstawił porównanie wejścia do zacisku licznika Norax1 i licznika Gama 100, prezentując wyprofilowaną pletwę zabezpieczającą przed włożeniem przewodu w przestrzeń za zaciskiem. Zauważył również, że stosowane najczęściej przewody o przekroju 6 mm² nie mogą dać się umieścić za zaciskiem, nawet przy intencjonalnym działaniu i badaniu przeprowadzonym z naruszeniem reguł, w tym na kolanach. Rozwiązanie w postaci zagięcia pletwy jest identyczne w obu licznikach, z tą tylko różnicą, że dolna część zacisku Apator jest w postaci rozwartej litery V a więc lepiej trzyma przewód w jednej stabilnej pozycji, aniżeli rozwiązanie w liczniku Gama 100, gdzie dolna część zaciska na której opiera się przewód jest całkowicie płaska i po jego przykręceniu przewód może się przesunąć na boki, a z czasem wysunąć, co może spowodować pożar, lub uszkodzenie urządzeń elektrycznych odbiorcy.

W świetle powyższego oferta Apator powinna otrzymać punkty za wymagania opisane w Lp. 1 tabeli na stronie 27 SIWZ (pkt 3.1 i 3.2 załącznika nr 1 do umowy).

Dalej odwołujący uzasadniał zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 7b oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jego oferta nie została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy. Konsorcjum wniosło, dla każdego z zadań, wadium w formie gwarancji bankowej - wystawionej przez Bank LUMINOR z siedzibą w Litwie. Gwarancje te zostały jednak wystawione jedynie na jednego z członków Konsorcjum - UAB „Elgama Elektronika”, tymczasem wykonawcą składającym ofertę w postępowaniu jest konsorcjum, a nie pojedynczy wykonawca.

W tym miejscu przywołał orzeczenie Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej, gdzie w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17 uznano, że jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceńodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano

w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp). Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego

w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Ponadto Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 lutego 2019 roku sygn. akt XII Ga 555/18, rozpoznając sprawę, którą przekazał mu do ponownego rozpoznania Sąd Najwyższy - Izba Cywilna w przytaczanym powyżej wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17, finalnie uznał za wadliwą gwarancję wadliwą, w której wskazano tylko jednego członka konsorcjum.

Analizując treść gwarancji wadliwych złożonych przez Konsorcjum trzeba podnieść, że w każdej z nich jednoznacznie zdefiniowano „Wykonawcę” - UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA”. Z treści tych gwarancji wynika, że gwarancja zabezpiecza ofertę złożoną przez „Wykonawcę” - zdefiniowanego jako: UAB „ELGAMA ELEKTRONIK”, czym świadczą m.in. następujące sformułowania: UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA” [...] (firma zwana dalej Wykonawcą [...] „UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA” [...] złożyła swoją ofertę zgodnie z SIWZ”, „jeżeli Wykonawca: (1) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy [...] (2) Jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana [...] Zobowiązujemy się zapłacić Beneficjentowi kwotę, nieprzekraczającą kwoty wspomnianej powyżej w ciągu 7 (siedmiu) dni roboczych, po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania Beneficjenta o zapłatę (w oryginale) na nasz adres siedziby, z nawiązaniem do tej gwarancji, podając przy tym, że kwota żądana przez Beneficjenta jest mu należna z powodu działań lub zaniechań Wykonawcy zgodnie z warunkami przytoczonymi powyżej”. Zatem każda z gwarancji bankowych, a w tym treść wszystkich przesłanek płatności, które odnoszą się wyłącznie do „Wykonawcy” - UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA”.

Załączone do oferty Konsorcjum dokumenty gwarancji bankowych nie określają w sposób właściwy wykonawcy, którego działania lub zaniechania mogą stanowić podstawę roszczeń zamawiającego o wypłatę kwot z tychże gwarancji. Niezmiernie istotny jest fakt,

że w treści gwarancji wadialnych załączonych do oferty Konsorcjum nie wskazano przy zdefiniowanym „Wykonawcy”, że działa on jako lider, pełnomocnik czy w imieniu własnym i na rzecz innego podmiotu. Zresztą pełnomocnictwo konsorcjalne załączone do oferty Konsorcjum zostało udzielone później, niż data wystawienia gwarancji bankowych (3 luty 2020 r. - data wystawienia każdej z gwarancji bankowych; 5 luty 2020 r. - data udzielenia pełnomocnictwa konsorcjalnego). Także z treści tego pełnomocnictwa nie wynika, aby lider miał uzyskać wadium, lecz wynika z niego jedynie, że lider miał je wnieść zamawiającemu (choć treść tego pełnomocnictwa nie ma znaczenia, o czym dalej). W treści gwarancji bankowej oferent musi być wskazany prawidłowo, co oznacza, że muszą być w niej wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia a przynajmniej być zachowana „wersja minimum”, tj. jeśli wymieniony jest jeden z tych wykonawców, to powinno być zaznaczone, że składa on ofertę wspólną wraz z innymi podmiotami i ta właśnie oferta jest zabezpieczona gwarancją. Rolą wadium - gwarancji bankowej jest zabezpieczenie oferty.

W tym kontekście należy zauważyć, że oferta złożona przez konsorcjum nie jest tym samym, co oferta złożona przez konsorcjanta - co do tego poglądy w praktyce zamówień publicznych są jednolite. Nie powinno też budzić wątpliwości, że oferent zarówno w treści oferty, jak i w treści gwarancji wadialnej tę ofertę zabezpieczającą powinien być ten sam. Jeśli więc nie jest to ten sam oferent, nie można przypisać danej gwarancji do danej oferty - tym samym z jednej strony nie ma więc oferty zabezpieczonej gwarancją wadialną, a z drugiej - gwarancją nie została zabezpieczona złożona oferta. Tym samym nie ma znaczenia, że w danej gwarancji została podana prawidłowa nazwa postępowania, kwota wadium, bezwzględne i nieodwołalne zobowiązanie do wypłaty - jeśli nie ma „tylko” oferty, którą owa gwarancja zabezpiecza (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1222/17, KIO 1224/17).

Rozszerzająca interpretacja treści gwarancji bankowych polegająca na przyjęciu, że wskazanie jednego z konsorcjantów w treści przedmiotowych dokumentów zabezpiecza interes zamawiającego w toku postępowania jest niedopuszczalna, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, ani w obowiązujących przepisach prawa, ani tym bardziej w istocie i charakterze przedmiotowego dokumentu. Należy wziąć pod uwagę, że konsorcjum nie jest osobnym podmiotem prawnym, lecz grupą podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Nie jest też uważane z mocy prawa za podmiot prawa, mogący we własnym imieniu zaciągać prawa i obowiązki. Wobec powyższego istotne znaczenie może mieć okoliczność, który z członków konsorcjum np. odmówił zawarcia umowy, co powinno skutkować zatrzymaniem wadium. W samych dokumentach gwarancji wadialnych złożonych przez Konsorcjum wskazano, że LUMINOR zobowiązuje się zapłacić, ale zamawiający występując z żądaniem zapłaty musi: „podając przy tym, że kwota żądana przez Beneficjenta jest mu należna z powodu działań lub zaniechań wykonawcy zgodnie z warunkami przytoczonymi powyżej”. Zatem oświadczenie złożone przez zamawiającego zawierające wskazanie, że jest ono składane w związku z udziałem UAB „Elgama Elektronika” w postępowaniu w ramach konsorcjum lub w związku z działaniem innego wykonawcy wchodzącego w skład Konsorcjum dawałoby wystawcy gwarancji możliwość uchylecia się od zapłaty. Zważając, że liderem tego konsorcjum jest Esmetric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. i to ten podmiot reprezentuje konsorcjum, jako upoważniony zgodnie z pełnomocnictwem konsorcjalnym i to przede wszystkim działania i zaniechania tego podmiotu będą ewentualnie powodować zatrzymanie wadium. Takie oświadczenie byłoby bowiem sprzeczne z treścią przedmiotowych gwarancji, które jako wykonawcę definiują wyłącznie UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA”. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji. Gwarancje bankowe Konsorcjum wymagały tych nie spełniając.

Podkreślił również, że udzielenie przez ubezpieczyciela gwarancji ubezpieczeniowej jest czynnością odpłatną. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy. Z kolei wynik tego badania przesądza o akceptacji gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest też ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, może być inne niż gdyby jego wystąpienie mogło być wynikiem działań lub zaniechań większej liczby podmiotów (tak w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18). Dlatego nie ma tym bardziej podstaw do domniemywania, że gwarant treścią gwarancji objął działania innego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum zawiązanego przez podmiot, który pozyskał dla siebie gwarancję. Zakres zobowiązania gwaranta określa wyłącznie treść dokumentu gwarancji bankowej. Gwarancja to zobowiązanie o charakterze abstrakcyjnym, „oderwane” i niezależne od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji, bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tj. między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią gwarancji - tylko i wyłącznie. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 37/96, istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji. W takiej sytuacji gwarancja bankowa jest zobowiązaniem całkowicie abstrakcyjnym.

Niezależnie od powyższego należy również wziąć pod uwagę, że treść gwarancji bankowych złożonych przez Konsorcjum budzi zasadnicze wątpliwości również z tego powodu, że stanowią one o ofercie złożonej - „UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA” [...]” złożyła swoją ofertę zgodnie z SIWZ -” podczas, gdy na dzień wystawienia gwarancji oferta Konsorcjum złożona jeszcze nie została. Natomiast sformułowanie „zgodnie z SIWZ” tylko potęguje te wątpliwości, bowiem może zamykać zamawiającemu drogę do dochodzenia roszczeń w niektórych przypadkach (związanych z

wadliwością oferty - nieuzupełnienie dokumentów, np. JEDZ), skoro sam wystawca gwarancji uznaje, że oferta jest zgodna z SIWZ. Abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej powoduje, że powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Nawet uznając, że członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to jest to cecha stosunku podstawowego (zamawiający - wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji - jako odrębnego stosunku prawnego. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści listu gwarancyjnego np. przez wskazanie, że przez wykonawcę należy rozumieć nie tylko oznaczonego wykonawcę, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje się on złożyć ofertę. Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta. Treść gwarancji bankowej wnoszonej jako wadium musi ściśle korelować z tożsamością podmiotu zobowiązanego w gwarancji,

a będącego jednocześnie wykonawcą zamówienia. Istotą gwarancji jest to, że gwarant ma pełną wiedzę co do tego, kogo ubezpiecza i od czego ubezpiecza. Spełnienie się jakiegokolwiek innego zdarzenia, niż to co jest zawarte w treści gwarancji (zarówno w sferze przedmiotowej, jak i podmiotowej) pozwoliłoby gwarantowi na uchylenie się od wypełnienia zobowiązania gwarancyjnego. Każda forma wniesienia wadium musi być tak samo łatwo egzekwowalna jak gotówka. Natomiast bezwarunkowość gwarancji bankowej nie oznacza, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji.

Nadmienić również, że zgodnie z jednolitymi poglądami wyrażanymi w orzecznictwie i piśmiennictwie, żadne oświadczenia ani inne czynności dokonane po terminie składania ofert będącego jednocześnie terminem, do którego należało wnieść wadium (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp), nie mogą uzupełnić ani korygować wniesionego wadium, a więc również zmieniać treści gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Wynika to z art. 45 ust. 3 w zw.

z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, z których połączenia wynika norma prawna, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a jeśli wadium nie zostanie wniesione

do upływu terminu składania ofert, ofertę odrzuca się (tak w wyroku KIO z 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1222/17, 1224/17).

Abstrakcyjny charakter gwarancji i jego oderwanie od stosunku podstawowego jakim jest wniosek zleceńodawcy gwarancji, a także fakt, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie nie tworzą bytu mającego odrębną osobowość prawną, działają w celu realizacji określonego przedsięwzięcia i najczęściej nie wnoszą wkładów czy udziałów tak aby powstało wspólne ich mienie rodzące solidarną odpowiedzialność, przepisy ustawy Pzp normują stosunki pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, a nie pomiędzy zamawiającym, a podmiotami trzecimi, a takim podmiotem trzecim jest bank gwarant oraz okoliczność, że przepis art. 23 ust. 3 ustawy Pzp nie ma skutku dla banku jako wystawcy gwarancji, wskazują na nieprawidłowość wniesienia wadium przez Konsorcjum.

Podobne stanowisko odnośnie nieprawidłowości gwarancji bankowej (ubezpieczeniowej) wystawionej tylko na jednego z członków konsorcjum zostało wyrażone w wyrokach KIO: z 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1785/14; z 7 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2694/14; z 5 maja 2015 r., sygn. akt KIO 813/15; z 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 974/15; z 1 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1251/15; z 17 września 2015 r., sygn. akt KIO 1936/15;

z 8 października 2015 r. sygn. akt KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15; z 21 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1211/16; z 4 kwietnia 2017, sygn. akt KIO 1177/17; z 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1417/17; oraz sądów powszechnych: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r., sygn. akt III Ca 39/05; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1041/15.; wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt: XII G697/15. Należy podkreślić, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w swojej istocie jest powtórzoną częścią dawnego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (częścią dotyczącą wadium), zatem aktualne są poglądy odnoszące się do tego przepisu z tym, że obecnie kwestia wniesienia wadium została uznana za kwestię dotyczącą samej oferty i skutkującą jej odrzuceniem, a nie podmiotu ją składającego - skutkującą jego wykluczeniem z postępowania. Odwołujący przytaczał również niektóre tezy z wyroków KIO: z 24 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 662/20; z 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 970/20, potwierdzające jego stanowisko w sprawie.

Kwestionował również formę, w jakiej zostało złożone wadium. Przywoływał zapisy pkt 4.2.1.8 SIWZ w których zamawiający ustanowił wymóg, że oferta musi zawierać „Dowód wniesienia wadium, zgodnie z postanowieniami pkt 4.3.3.2 i 4.3.33 SIWZ”. Zaś w pkt 4.3.3.3 SIWZ uregulował: „Za termin wniesienia wadium uważa się: (i) w przypadku wadium w formie pieniężnej - dzień i godzinę uznania wskazanego rachunku bankowego (tj. datę faktycznego wpływu środków finansowych na konto zamawiającego) lub (ii) w przypadku wadium w innej formie niż pieniężna - złożenie innej ważnej formy wadium w formie elektronicznej wraz z ofertą”. Konieczność złożenia wadium w formie elektronicznej została dodatkowo, dobitnie, pogrubionym tekstem, wyartykułowana w pkt 4.3.2.2 SIWZ: „Uwaga: Gwarancja lub poręczenie winny być w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy”.

Konsorcjum złożyło wraz z ofertą elektroniczne kopie dokumentów gwarancji wystawionych w formie pisemnej (papierowej), poświadczane przez notariusza. Dokumenty te nie są podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym ich wystawcy. Takie dokumenty są jedynie kopiami, zaś dokument wadium nie posiada formy elektronicznej. Konsorcjum, w celu przedłużenia ważności wadium w ramach każdego z zadań, złożyło jednocześnie aneks nr 1 i 2, wszystkie przedłużające ważność wadium do tej samej daty, tj. 3 sierpnia 2020 r. Wszystkie przedłożone aneksy również stanowią jedynie notarialne elektroniczne kopie dokumentów sporządzonych w wersji pisemnej (papierowej). Dalej, w celu kolejnego przedłużenia ważności wadium w ramach każdego z zadań złożyło aneks nr 3, przedłużające ważność wadium do tej samej daty, tj. 26 września 2020 r. Wszystkie przedłożone aneksy również stanowią jedynie notarialne elektroniczne kopie dokumentów sporządzonych w wersji pisemnej (papierowej).

Wobec powyższego zamawiający nie dysponował dokumentem elektronicznym, ani w zakresie pierwotnych dokumentów wadialnych załączonych do oferty, ani w zakresie ich aneksów. Konsorcjum zupełnie zlekceważyło żądanie zamawiającego co do formy dokumentu wadium, przy czym nie sygnalizowało, aby miało jakikolwiek problem z pozyskaniem dokumentu wadium. Odwołujący przytoczył w tym miejscu wyrok KIO z 16 grudnia

2019 r., sygn. akt KIO 2464/19 zwracając uwagę na konieczność złożenia dokumentu wadialnego w formie, która została w treści SIWZ wskazana.

W przypadku przedłużenia ważności wadium, przedłużenie to powinno nastąpić w takiej formie, w jakiej gwarancja powinna zostać wniesiona. Do złożenia dokumentu przedłużającego ważność gwarancji wadialnej, mają zastosowanie te same reguły, które obowiązują wykonawcę w przypadku wnoszenia wadium przed terminem składania ofert.

Z tego wynika, że wykonawca powinien przekazać dokument przedłużający ważność gwarancji przed upływem jej ważności i dokument ten powinien być wniesiony w formie elektronicznej. Wobec powyższego wadium zostało wniesione przez Konsorcjum

w nieprawidłowej formie, co skutkuje uznaniem, że nie zostało wniesione lub też zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.

Gwarancje wadialne pozyskane przez Konsorcjum, jak i aneksy do tych dokumentów, miały zatem formę pisemną. Odwołujący nie otrzymał skanu tych dokumentów i nie posiada wiedzy, aby takie dokumenty zostały zamawiającemu dostarczone. Zamawiający nie przekazał Apator skanów tych dokumentów, w odpowiedzi na wniosek o wgląd

do dokumentacji postępowania (oferty i pozostałe załączniki do protokołu zostały udostępnione w wersji elektronicznej). Wobec tego dysponentem tych dokumentów lub ich części jest inny podmiot niż zamawiający.

Niezależnie od zarzutu dotyczącego nieprawidłowej formy dokumentu, odwołujący podniósł, że w każdym z zadań brak któregośkolwiek dokumentu w formie pisemnej (w oryginale), czy to pierwotnej gwarancji wadialnej, wystawionej przez Bank LUMINOR, czy późniejszych do niej aneksów powoduje, że jeśli uznać, że nie jest konieczne złożenie wadium w formie elektronicznej (podpisanej podpisem elektronicznym przez wystawcę gwarancji bankowej), to Konsorcjum i tak nie wniosło wadium, bowiem nie przekazano zamawiającemu kompletu wskazanych dokumentów w formie pisemnej. Należy dodatkowo podnieść, że brak kompletu oryginałów wskazanych dokumentów powoduje, że zamawiający może zostać pozbawiony możliwości zaspokojenia swoich roszczeń. Co istotne, w treści każdej z gwarancji bankowych złożonych wraz z ofertą Konsorcjum wskazano, że: „Niniejsza gwarancja również wygaśnie wcześniej, jeśli oryginał gwarancji (z uwagą, iż (i) Beneficjent zrzuca się swoich praw z tytułu niniejszej gwarancji lub (ii) wykonawca wypełnił swoje zobowiązania określone w niniejszej gwarancji) zostanie do nas zwrócony przed końcem okresu ważności niniejszej gwarancji”. Należy zwrócić uwagę, że: nie zostało wskazane, kto może dokonać zwrotu gwarancji, czyli może dokonać go każdy, kto dysponuje dokumentem (brak wskazania podmiotu), wskazane postanowienie nie przesądza kto może oświadczyć na temat okoliczności wskazanych w pkt (i) oraz (ii). Ponadto nie można wykluczyć, że takie oświadczenie może złożyć również sama UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA”. Nie jest tutaj wymagane, aby to Beneficjent złożył oświadczenie (nie używa się ogóle pojęcia oświadczenie) o zrzeczeniu - wówczas nie byłoby wątpliwości, że to Beneficjent powinien wyrazić swoją wolę, bo oświadczyć o zrzeczeniu może ten, kto dysponuje prawem. Tutaj zwrot dokumentu ma być połączony z „uwagą”, a uwagę poczynić może każdy, również wykonawca. Co więcej przy przesłance (ii) nie ulega wątpliwości, że oświadczenie może złożyć sam wykonawca, ponieważ tutaj dodatkowo w jej treści nie jest wskazany jakikolwiek podmiot. Podsumowując, całe analizowane postanowienie stanowi połączenie czynności materialno-technicznej (zwrot dokumentu) ze złożeniem oświadczenia wiedzy (uwagi na temat zaistnienia określonych okoliczności). Tym samym każdy podmiot (nawet postronny), jak również UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA” może zwrócić posiadany oryginał dokumentu, doprowadzając do wcześniejszego wygaśnięcia ważności wadium. Wskazane powyżej zagrożenia trafnie zostały ujęte w wyroku KIO z 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1634/17. Wobec powyższego brak posiadania przez zamawiającego któregośkolwiek z oryginałów dokumentów w każdym

z zadań, czy to gwarancji bankowej złożonej wraz z ofertą lub któregośkolwiek z aneksów do niej skutkuje uznaniem, że oferta Konsorcjum w tym zadaniu podlega odrzuceniu z powodu niewniesienia wadium lub wniesienia go w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący zauważył również, że jeśli którykolwiek z dokumentów wadialnych w formie pisemnej lub elektronicznej (oryginał dokumentu), w którymkolwiek z zadań, został wniesiony do zamawiającego po terminie tj.: gwarancja bankowa została złożona po terminie składania ofert w postępowaniu lub którykolwiek z aneksów do gwarancji bankowej został złożony

po upływie terminu ważności wadium (nastąpiło przerwanie zabezpieczenia oferty wadium), to w takiej sytuacji oferta złożona przez Konsorcjum podlega odrzuceniu, ponieważ wykonawca ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom SIWZ nie wniósł wadium

w terminie (gwarancji bankowych lub aneksów do nich), przez co w przypadku aneksów dodatkowo nastąpiło przerwanie zabezpieczenia oferty wadium w zakresie poszczególnych zadań. Wadium niewątpliwie powinno zostać przedłożone zamawiającemu najpóźniej do dnia upływu ważności poprzedniego wadium (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 13 maja 2008 r., sygn. akt XIX Ga 170/08).

Oferta Konsorcjum nie spełnia ponadto wymagań załącznika nr 1 do umowy „wymagania techniczne” w zakresie punktów: 1.1 e), 2.1 e), 1.42 i 2.42 ze względu na brak przedłożenia raportu z badań potwierdzającego spełnianie przez licznik wymagań normy EN 62053-23 wystawionego przez jednostkę akredytowaną.

Zamawiający w pkt 4.2.1.11 SIWZ określił, iż oferta m.in. musi zawierać po jednym egzemplarzu (wzorc) oferowanych liczników, oraz że: „dostarczona próbka zostanie poddana badaniom technicznym przez zamawiającego, w celu potwierdzenia zgodności ich parametrów z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 - wymagania techniczne do projektu umowy stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ. W załączniku nr 1 określono wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń) dla liczników będących przedmiotem zamówienia oraz dokumenty/ czynności na podstawie których nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania. Zamawiający w punktach 1.1 e) i 2.1 e) oraz 1.42 i 2.42 załącznika 1 „wymagania techniczne” postawił wymagania: w pkt 1.1 e) dla liczników 1-fazowych i w pkt 2.1 e) dla liczników 3-fazowych: „Liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami

tj.: PN-EN 62053-23:2006. Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego): Wymagania szczegółowe - Część 23: Liczniki statyczne energii biernej (klasa 2 i 3)” w pkt 1.42 wymagań technicznych dla liczników 1-fazowych i w pkt 2.42 wymagań technicznych dla liczników 3-fazowych: „Liczniki muszą mieć klasę pomiaru energii biernej co najmniej 2 (zgodnie z norm PN-EN 62053-23:2006). Liczniki muszą mieć możliwość rejestracji pomiaru energii biernej w dwóch kwadrantach (Q1Q4). Informacja o tym, że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został poddany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym, pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej musi być zawarta w Raporcie z badań wystawionym przez jednostkę akredytowaną (laboratorium) PC A lub równoważna,

potwierdzający spełnienie przez licznik wymagań normy EN 62053-23. Zgodnie ze zmianą SIWZ pismem z 2 stycznia 2020 r., znak UZ/UZA/2/2020 i zgodnie z zmianą SIWZ pismem z 9 stycznia 2020 r. znak UZA/MZ/7/2020 dla potwierdzenia spełnienia wymagań opisanych w punktach I.I e), 2.1e), 1.42 i 2.42 zamawiający wymaga przedłożenia „Raportu z badania na zgodność z normą EN 62053-23 wydanego przez jednostkę akredytowaną”.

Norma EN 62053-23 (zapis na str. 5) jest przewidziana do stosowania łącznie z IEC 62052-11. Jeżeli którekolwiek wymaganie w normie EN 62053-23 dotyczy wymagania już wymienionego w IEC 62052-11, to wymagania według normy EN 62053-23 są nadrzędne w stosunku do wymagań IEC 62052-11. Norma EN 62053-23 (za wyjątkiem pkt. 7 i 8) we wszystkich punktach wskazuje na wykonanie badań zgodnie z normą IEC 62052-11. Dlatego zakres badań powinien obejmować badania na zgodność z normą IEC 62052-11 plus badania na zgodność z EN 62053-23 według punktów 7 i 8.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ dla zaoferowanego w postępowaniu licznika 1-fazowego i 3-fazowego należało przedstawić protokół z badań na zgodność z normą EN 62053-23:2006, potwierdzający że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został poddany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej. Konsorcjum w zadaniu nr 1 i 2 zaoferowało 1-fazowy licznik Gama 100 typu G1M.152 do pomiaru energii czynnej i biernej, z oprogramowaniem wewnętrznym firmware o nr 180615v1, a w zadaniu nr 3 i 4 - 3-fazowy licznik GAMA300 typu G3M.144 do pomiaru energii czynnej i biernej, z oprogramowaniem wewnętrznym firmware o nr 180622v1 i jednocześnie takie liczniki powinny przetestować na zgodność z normą EN 62053-23 w jednostce akredytowanej, a raporty z badań przedłożyć w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Tymczasem Konsorcjum zarówno dla licznika 1-fazowego zaoferowanego w zadaniu nr 1 i 2, jak i dla licznika 3-fazowego zaoferowanego w zadaniu nr 3 i 4 przedstawiło po 5 różnych protokołów badań, wykonanych na przestrzeni lat 2016 - 2020, przez 4 różne instytucje, na różnych próbkach liczników, często innych niż liczniki zaoferowane w postępowaniu, każdy protokół obejmuje inną serię badanych próbek z różnych okresów produkcji i różniących się oprogramowaniem pomiarowym firmware. Poszczególne protokoły zostały przedłożone dla potwierdzenia częściowego spełnienia normy EN 62053-23:2006, każdy w innym zakresie. Zakres spełnienia normy EN 62053-23:2006 objęty danym protokołem, jest wskazany w dokumencie wykonawcy „Ocena zgodności licznika G1M / G3M z normą IEC 62053-23”, w którym to Konsorcjum wywodzi, że przedstawione protokoły łącznie potwierdzają spełnianie normy EN 62053-23:2006 przez zaoferowany licznik. Konsorcjum w ogóle nie przedstawiło protokołu badań na zgodność z normą EN 62053-23, ani dla licznika 1-fazowego ani dla licznika 3-fazowego, ponieważ nie zostały one wykonane tak, jak definiuje to przedmiotowa norma, a mianowicie: (1) norma EN 62053 CZĘŚĆ 23 - Liczniki statyczne energii biernej (klas 2 i 3) w punkcie 1 definiuje, że ta część normy dotyczy tylko nowo wyprodukowanych liczników statycznych o klasie dokładności 2 i 3 do pomiaru energii biernej i dotyczy tylko badań typu; (2) zgodnie z pkt 3 normy EN 62053-23 stosuje się terminy i definicje podane w IEC 62052-11 - a w IEC 62052-11 w pkt 3.7.1 została podana definicja badań typu, jako: „procedura, zgodnie z którą wykonuje się szereg prób na pojedynczym liczniku lub na niewielkiej liczbie liczników tego samego typu, mających identyczne parametry charakterystyczne, wybranych przez wytwórcę, w celu sprawdzenia, czy licznik danego typu spełnia wszystkie wymagania według niniejszej normy dotyczące liczników danej klasy”.

Konsorcjum nie przedstawiło protokołu z badań wykonanych zgodnie z procedurą określoną w normie. Badanie należało wykonać na jednej lub niewielkiej liczbie próbek tego samego typu, posiadających identyczne parametry charakterystyczne, wytypowanych przez wytwórcę, w pełnym zakresie normy „od a do z” na tych wytypowanych próbkach. Częściowe protokoły przedłożone przez Konsorcjum nie obejmują tych samych próbek - w każdym protokole wytypowano do badania inną serię próbek, z innego okresu produkcji, a badane serie próbek w poszczególnych protokołach nie mają identycznych parametrów charakterystycznych dla licznika, a oprócz tego w wielu punktach są niezgodne

z charakterystycznymi parametrami liczników zaoferowanych. Tak, że przedstawione protokoły, ani łącznie ani pojedynczo nie wykazują spełniania normy na energię bierną przez liczniki zaoferowane.

Konsorcjum przedstawiło następujące protokoły dla licznika 1-fazowego:

1) Test Raport nr 2017F14-30-1255677001 z dnia 04.09.2017 r. wykonany przez SIMT

- Instytut pomiarów i technologii badawczych w Szanghaju.

Raport obejmuje liczniki typu GAMA 100 G1M.152 z roku produkcji 2017, próbki liczników o nr: 1 - 00000005, 2 - 00000013, 3 - 00000001, 4 - 00000010.

Charakterystyczne parametry badanych liczników GAMA 100 (tabela str. 3) m.in.: energia czynna kl. B firmware nr 170804.

Zdjęcie badanego licznika (str. 4)

- licznik GAMA 100 typ G1M.152, nr fabryczny 00000005 (próbka 1)

- Norma Cl.B EN 50470 - 3 (energia czynna)

- stała impulsowa dla energii czynnej 2000imp/kWh

Odwolujący sprecyzował następujące uwagi do raportu nr 2017F14-30-1255677001

z dnia 04.09.2017 r.:

a) badaniem objęty jest licznik z roku produkcji 2017 GAMA 100 typ G1M.152 do pomiaru energii czynnej, licznik nie realizuje pomiaru energii biernej, o czym świadczą: parametry badanych liczników zestawione w tabeli na str. 3 - „energia czynna kl. B”, norma naniesiona na liczniku Cl.B EN 50470 - 3, oznacza że licznik przeznaczony jest do pomiaru tylko energii czynnej, brak stałej impulsowej dla energii biernej, pomimo że licznik GAMA 100 posiada drugą diodę, brak jej oznaczenia stałą impulsowania imp/kvarh świadczy o braku jej wykorzystywania w tym wariancie licznika, co oznacza że licznik nie mierzy energii biernej.

Badany licznik (brak pomiaru energii biernej) jest niezgodny z licznikiem zaoferowanym dla którego należało wykonać badania,

b) brak zgodności numeru firmware badanego licznika w chińskim laboratorium z nr firmware próbek licznika złożonej w postępowaniu przetargowym w TAURON: firmware badanej próbki to nr 170804, firmware próbek złożonej w postępowaniu to nr 180615v1. Numer firmware (180615v1) próbki złożonej w postępowaniu jest wyższy, a więc wskazuje to na zmianę funkcjonalności licznika zaoferowanego w stosunku do badanej próbki, dlatego też nie

można uznać, iż wykonane badanie jest adekwatne do badania zaoferowanego licznika. Szczególnie, że oprogramowanie pomiarowe firmware produkcyjnie zaszyte w liczniku jest bardzo ważnym, charakterystycznym parametrem identyfikującym licznik. Oprogramowanie to decyduje o funkcjonalności licznika, rodzaju pomiarach realizowanych przez licznik i innych parametrach. Dlatego każda nowa wersja oprogramowania firmware zawsze jest zatwierdzana przez jednostkę notyfikującą i wskazywana w certyfikacie MID. Sam zamawiający w pkt 1.5 dla licznika 1-fazowego i w pkt 2.5 dla licznika 3-fazowego załącznika nr 1 do umowy, obligatoryjnie wymaga, aby zaoferowany licznik posiadał zgodność numeru wersji firmware z wersją zawartą w certyfikacie badania typu/ projektu (MID), co potwierdza, że oprogramowanie to jest bardzo ważnym i charakterystycznym parametrem licznika,

- c)w parametrach badanych liczników na stronie 3 jest jasno wypunktowane, iż badaniu poddany został licznik posiadający skrzynkę zaciskową w standardzie BS (British Standard). Jest to zupełnie inaczej zorganizowana skrzynka zaciskowa w porównaniu do oferowanej w postępowaniu (skrzynka zaciskowa DIN). Oznacza to, że wykonane testy w ramach niniejszego raportu zostały wykonane dla innej konstrukcji licznika, niż konstrukcja jaką posiada licznik przedłożony w postępowaniu. Badanie próbki wykonanej wg normy BS zamiast wg DIN oraz brak pomiaru energii biernej przez badaną próbkę i różniące się wersje oprogramowania badanej próbki i oferowanej w postępowaniu świadczą o tym, że próbki badane i oferowane nie mają identycznych parametrów charakterystycznych dla licznika, dlatego wykonane badanie nie potwierdza spełniania normy przez zaoferowany licznik we wskazanym zakresie tj.

w punktach normy EN 62052-11:5.2.2.1, 5.2.2.2, 5.9, 7.3.2, 7.1.2, 7.5.2, 7.5.4, 7.5.6, 7.5.8.

- 2)Protokół nr 1198 z 11 maja 2016 r. wykonany przez Elgama - Elektronika laboratorium kalibracji i weryfikacji w Wilnie
Protokół obejmuje liczniki GAMA 100 typu G1M.163, z roku produkcji 2016, próbki o nr (str. 1): 01593787, 01593788, 01593789, 01593790, 01593791.

Charakterystyczne parametry (tabela str. 4): typ GAMA100 (G1M.163), energia czynna i bierna kl. 2, firmware nr 160229v1.

Zdjęcie próbki nr 01593787 (str. 4):

- naniesiona norma CL.2 IEC 62053-23 (pomiar energii biernej),

- brak stałej impulsowej dla pomiaru energii biernej, jest tylko 1 dioda opisana 2000 imp/kWh (stała impulsowa dla energii czynnej).

Uwagi odwołującego do protokołu nr 1198 z 11 maja 2016 r.:

a)badaniem objęty jest licznik z roku produkcji 2016 GAMA 100 typ G1M.163, który jest niezgodny z zaoferowanym typem licznika G1M.152 w postępowaniu,

b)badana próbka nie posiada stałej impulsowej dla energii biernej,

c)badana próbka ma oprogramowanie firmware o nr 160229v1 a próbka zaoferowana w postępowaniu ma firmware o nr 180615v1,

d)brak zatwierdzenia w MID oprogramowania firmware nr 160229v1 badanej próbki,

co oznacza że licznik z takim oprogramowaniem nie może być oferowany, a tym bardziej być przedstawicielem zaoferowanego licznika wybranym do badań na zgodność z normą energii biernej. W MID złożonym przez Konsorcjum w tym postępowaniu (str. 9 oryginału i tłumaczenia) w pkt 2.2.4 „Firmware (wersja oprogramowania) i suma kontrolna licznika GAMA 100 - licznik G1M” wymienione są zrealizowane wersje firmwery licznika G1M - brak firmware badanej próbki,

- e)w ramach tego raportu badany był licznik ze skrzynką zaciskową w standardzie BS, świadczą o tym: informacja w tabeli: Current sensor - shunt (zacisk numer 1 i 6), nadruk schematu podłączenia licznika naniesiony na tabliczce znamionowej. Zgodnie z nim przewód fazowy powinien zostać podłączony do zacisku nr 1 a przewód neutralny do zacisku nr 3. Natomiast obciążenie powinno być podłączone pomiędzy zaciski 4 i 6. Zaoferowany w postępowaniu licznik miał zupełnie inne wyprowadzenia zacisków, zgodne ze standardem DIN. To jednoznacznie wskazuje, iż wykonane testy w ramach niniejszego raportu zostały wykonane dla innego typu licznika, niż ten przedłożony w postępowaniu.

Reasumując, przedmiotowy protokół przedstawia badania licznika, który niewiele ma wspólnego z licznikiem będącym przedmiotem oferty Konsorcjum dlatego nie potwierdza spełniania normy przez zaoferowany licznik we wskazanym zakresie tj.

w punktach normy EN 62052-11:5.2.2.3, 6.3.1, 6.3.2, 6.3.3, 7.2, 7.3, 7.3.3, 7.5.3, 7.5.5.

- 3)Raport nr 1389 z 28 stycznia 2020 r. wykonany przez Elgama - Elektronika laboratorium kalibracji i weryfikacji w Wilnie.
Raport obejmuje liczniki GAMA 100 typu G1M.152, z roku produkcji 2020, próbki o nr (str. 1): 02473046, 02473047.

Charakterystyczne parametry (tabela str. 3): typ GAMA100 G1M.152, energia bierna kl. 2, firmware nr 180615v1.

Zdjęcie próbki nr 02473046 (str. 4):

- naniesiona norma KL.2 PN-EN 62053-23 (pomiar energii biernej),

- dioda energii biernej, stała impulsowa 2000 imp/kvarh

Uwagi do raportu nr 1389 z 28 stycznia 2020 r.:

a)badaniem objęty jest licznik z roku produkcji 2020 GAMA 100 typ G1M.152, który jest zgodny z zaoferowanym typem licznika G1M.152 w postępowaniu (liczniki 1-fazowe),

b)badana próbka posiada pomiar energii biernej,

c)badana próbka ma oprogramowanie firmware o nr 180615v1 zgodne z firmware próbki zaoferowanej w postępowaniu,

d)zakres testów (str. 4) - jest to badanie częściowe, wykonane na zgodność z normą IEC 62053-23 tylko w zakresie punktów: 8.1, 8.2, 8.3.1, 8.3.2, 8.3.3, 8.4. Przedmiotowy protokół badań nie obejmuje pełnych testów na zgodność z normą EN 62053-23, dlatego też nie spełnia wymagań zamawiającego, opisanych w punktach I.I e), 1.42 zał. 1 do umowy dla zadań 1 i 2 na liczniki jednofazowe.

- 4)Protokoły nr 15841-1 i 15841 -2 z 27 stycznia 2020 r. wykonane przez Wileńskie Centrum Metrologiczne
Badaniem objęte są te same próbki jak w punkcie 3) powyżej, posiadające parametry charakterystyczne zgodne z licznikiem zaoferowanym, ale protokoły te dotyczą tylko badania poboru mocy przez tory prądowe i tory napięciowe według punktów 7.1.1 i 7.1.2 normy EN 62053-23. Punkt 7 normy EN 62053-23 obejmuje jeszcze podpunkty 7.2, 7.3., 7.4 dla których badania nie wykonano. A więc badaniem nie został objęty nawet jeden pełny punkt normy EN 62053-23.

- 5)Sprawozdanie z badań nr LT/069/2018 z dnia 23.03.2018 wykonane przez TEST

Sp. z o.o. Laboratorium Badawcze w Siemianowicach Śląskich

Sprawozdanie dotyczy oznaczenia palności materiałów stosowanych na obudowy i osłony skrzynki zaciskowej liczników oraz obudowy wyświetlacza i nie ma związku z badaniami na zgodność z normą EN 62052-11 w zakresie pkt. 5.8.

Reasumując, Konsorcjum nie przedłożyło Raportu z badania na zgodność z normą EN 62053-23 wydanego przez jednostkę akredytowaną dla potwierdzenia wymagania zamawiającego opisanego w punktach 1.1 e), 1.42 załącznika nr 1 do umowy, dla zadań 1 i 2 na liczniki jednofazowe.

W świetle powyższego powinno zostać wezwane do uzupełnienia tych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei dla licznika 3-fazowego Konsorcjum przedstawiło następujące protokoły:

- 1) Test Report nr 2017F14-30-1255686001 z 4 września 2017 r. wykonany przez SIMT - Instytut pomiarów i technologii badawczych w Szanghaju (uzupełniony na wezwanie zamawiającego).
Raport obejmuje liczniki typu GAMA 300 G3M.144 z roku produkcji 2017, próbki liczników o nr: 1 - 00000005, 2 - 00000006, 3 - 00000007, 4 - 00000009.
Charakterystyczne parametry badanych liczników GAMA 300 (tabela str. 3) m.in.: energia czynna kl. B, brak klasy pomiaru energii biernej, jest tylko stała impulsowa dla energii biernej, firmware nr 170806.
Zdjęcie badanego licznika (str. 4)
- licznik GAMA 300 typ G3M.144, nr fabryczny 00000007 (próbka 3)
- norma Cl.B EN 50470 - 3 (energia czynna, kl B)
brak normy i klasy pomiaru energii biernej, są tylko diody opisane stałą impulsową dla energii biernej.
Uwagi do raportu nr 2017F14-30-1255686001 z 4 września 2017 r.:
 - a) badaniem objęty jest licznik z roku produkcji 2017 GAMA 300 typ G3M.144, który ma zdefiniowane parametry tylko dla pomiaru energii czynnej, o czym świadczą: parametry badanych liczników zestawione w tabeli na str. 3 - „energia czynna kl. B”, norma naniesiona na liczniku Cl.B EN 50470 - 3, co oznacza, że licznik przeznaczony jest do pomiaru energii czynnej w klasie B, brak normy i klasy pomiaru energii biernej na badanym liczniku,
 - b) przebadany licznik nie jest przedstawicielem zaoferowanego licznika, ponieważ nie posiada zdefiniowanej klasy dokładności pomiaru energii biernej, ani w parametrach charakterystycznych dla licznika, ani na tabliczce znamionowej, a przedmiotem zamówienia są liczniki min. klasy 2 dla energii biernej,
 - c) zgodnie z punktem 3.7.1 normy EN 62052-11 badanie wykonuje się na liczniku lub kilku licznikach tego samego typu o identycznych parametrach charakterystycznych, w celu sprawdzenia czy licznik spełnia wszystkie wymagania według tej normy dotyczące liczników danej klasy. **A**więc badany licznik musi mieć określoną klasę. Wymóg ten też wynika z następnych zapisów normy i tak pkt. 5.12 normy EN 62052-11 - „znakowanie licznika” - podpunkt 5.12.1 i) określa, że na każdym liczniku powinien być naniesiony wskaźnik klasy dokładności licznika,
 - d) protokół badania na zgodność z normą energii biernej musi obejmować skonkretyzowany licznik poprzez jego parametry charakterystyczne i zgodne z zaoferowanym licznikiem w postępowaniu, ponieważ jest dokumentem potwierdzającym prawidłowy pomiar energii biernej w określonej klasie przez ten licznik, a w konsekwencji dopuszczającym ten skonkretyzowany licznik do rozliczeń odbiorcy z energii biernej,
 - e) zachodzi brak zgodności numeru firmware badanego licznika w chińskim Laboratorium z nr firmware próbki licznika złożonej w postępowaniu: firmware badanej próbki to nr 170806, firmware próbki złożonej w postępowaniu to nr 180622v1. Numer firmware (180622v1) próbki złożonej w postępowaniu jest wyższy, a więc wskazuje to na zmianę funkcjonalności licznika zaoferowanego w stosunku do badanej próbki, dlatego też nie można uznać, iż wykonane badanie jest adekwatne do badania zaoferowanego licznika. Szczególnie, że oprogramowanie pomiarowe (firmware) produkcyjnie zaszyte w liczniku, jest tym bardzo ważnym, charakterystycznym parametrem identyfikującym licznik. Oprogramowanie to decyduje o funkcjonalności licznika, rodzaju i pomiarach realizowanych przez licznik i innych parametrach. Dlatego każda nowa wersja oprogramowania firmware zawsze jest zatwierdzana przez jednostkę notyfikującą i wskazywana w certyfikacie MID.
Brak klasy pomiaru energii biernej przez badaną próbkę i różniące się wersje oprogramowania badanej próbki i próbki zaoferowanej w postępowaniu świadczą o tym, że próbki badane i oferowane nie mają identycznych parametrów charakterystycznych dla licznika, dlatego wykonane badanie nie potwierdza spełniania normy przez zaoferowany licznik we wskazanym zakresie tj. w punktach normy EN 62052-11: 5.2.2.1, 5.2.2.2, 5.9, 7.3.2, 7.1.2, 7.5.2, 7.5.4, 7.5.6, 7.5.8.
- Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum pismem zamawiającego DU/UZAMZ/163/2020 z 21 sierpnia 2020 r. zostało wezwane do uzupełnienia protokołu badania na zgodność z normą energii biernej dla licznika 3 fazowego w zakresie „Raport dla licznika trójfazowego, oznaczony jako Załącznik 36 - Raport z badania na zgodność z normą EN 62053-23 licznika 3f wraz z tłumaczeniem Część2.pdf” przedstawia część wyników z badań urządzenia jednofazowego, przez co nie zawiera kompletnego raportu z badań licznika trójfazowego na zgodność z przywołaną powyżej normą. Wnosimy o uzupełnienie brakujących dokumentów. Dokumenty należało doręczyć zamawiającemu do 26 sierpnia 2020 r. do godziny 12:00 zgodnie ze sposobem określonym w punkcie 1.4 SIWZ.
- Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie przedłożyło protokół, który nie spełnia wymagań zamawiającego - nie potwierdza spełniania normy na energię bierną przez zaoferowany licznik w zadaniu nr 3 i 4, zaś uwagi do niego zostały przedstawione powyżej. Z racji wyczerpania możliwości uzupełnienia oferty w przedmiotowym zakresie (jednokrotność wezwania) oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona.
- 2) Protokół nr 1215 z 15 lipca 2016 r. wykonany przez Elgama - Elektronika laboratorium kalibracji i weryfikacji w Wilnie
Protokół obejmuje liczniki GAMA 300 typu G3M.144, z roku produkcji 2016, próbki o nr (str. 1): 01674344, 01674345, 01674346, 01674347, 01674348, 01674349, 01674350, 01674351, 01674352.
Charakterystyczne parametry (tabela str. 4)
- typ GAMA300 (G3M.144)
- energia czynna i bierna kl2
- firm ware nr 160513v0
Uwagi odwołującego do protokołu nr 1215 z dnia 15 lipca 2016 r.:

- badaniem objęty jest licznik z roku produkcji 2016 GAMA 300 typ G3M.144,
- badana próbka ma oprogramowanie firmware o nr 160513v0 a próbka zaoferowana w postępowaniu ma firmware o nr 180622v1,
- brak zatwierdzenia w MID oprogramowania firmware nr 160513v0 badanej próbki, co oznacza że licznik z takim oprogramowaniem nie może być oferowany, a tym bardziej być przedstawicielem zaoferowanego licznika wybranym do badań na zgodność z normą energii biernej. W MID złożonym w postępowaniu (str. 10 oryginału i tłumaczenia) w pkt 2.2.4 - „Firmware (wersja oprogramowania) i suma kontrolna licznika GAMA 300 - licznik G3M” wymienione są wydane wersje firmware-y dla licznika G3M - brak firmware badanej próbki. Reasumując przedmiotowy protokół przedstawia badania licznika, który z racji oprogramowania pomiarowego firmware nie jest reprezentantem zaoferowanego licznika i dlatego nie potwierdza spełniania normy przez zaoferowany licznik we wskazanym zakresie tj. w punktach normy EN 62052-11:5.2.2.3,6.3.1,6.3.2,6.3.3, 7.2, 7.3, 7.3.3, 7.5.3, 7.5.5.

- 3) Raport nr 1390 z 28 stycznia 2020 r. wykonany przez Elgama - Elektronika laboratorium kalibracji i weryfikacji w Wilnie. Raport obejmuje liczniki GAMA 300 typu G3M.144, z roku produkcji 2020, próbki o nr (str. 1): 02473044, 02473045. Charakterystyczne parametry (tabela str. 3): typ GAMA300 G3M.144, energia bierna kl2, firmware nr 180622v1.
Zdjęcie próbki nr 02473045 (str 3)
- naniesiona norma Kl.2 PN-EN 62053-23 (pomiar energii biernej),
- dioda energii biernej, stała impulsowa 2000 imp/kvarh.
Uwagi do raportu nr 1390 z 28 stycznia 2020 r.:
a) badaniem objęty jest licznik z roku produkcji 2020 GAMA 300 typ G3M.144, który jest zgodny z zaoferowanym typem licznika G3M.144 w postępowaniu,
b) badana próbka posiada pomiar energii biernej,
c) badana próbka ma oprogramowanie firmware o nr 180622v1 zgodne z firmware próbki zaoferowanej w postępowaniu,
d) zakres testów (str. 4) - jest to badanie częściowe, wykonane na zgodność z normą IEC 62053-23 tylko w zakresie punktów: 8.1, 8.2, 8.3.1, 8.3.2, 8.3.3, 8.4. Przedmiotowy protokół badań nie obejmuje pełnych testów na zgodność z normą EN 62053-23, dlatego też nie spełnia wymagania zamawiającego opisanego w punktach 2.1 e), 2.42 załącznika nr 1 do umowy dla zadań 3 i 4 na liczniki trójfazowe.
- 4) Protokoły nr 15841-3 i 15841-4 z 27 stycznia 2020 r. wykonane przez Wileńskie Centrum Metrologiczne.
Badaniem objęte są te same próbki jak w pkt 3) powyżej, posiadające parametry charakterystyczne zgodne z licznikiem zaoferowanym, ale protokoły te dotyczą tylko badania poboru mocy przez tory prądowe i tory napięciowe według punktów 7.1.1 i 7.1.2 normy EN 62053-23. Punkt 7 normy EN 62053-23 obejmuje jeszcze podpunkty 7.2, 7.3, 7.4 dla których badania nie wykonano. A więc badaniem nie został objęty nawet jeden pełny punkt normy EN 62053-23.
- 5) Sprawozdanie z badań nr LT/069/2018 z 23 marca 2018 r. wykonane przez TEST
Sp. z o.o. Laboratorium Badawcze w Siemianowicach Śląskich.
Sprawozdanie dotyczy oznaczenia palności materiałów stosowanych na obudowy i osłony skrzynki zaciskowej liczników oraz obudowy wyświetlacza i nie ma związku z badaniami na zgodność z normą EN 62052-11 w zakresie pkt. 5.8.
Reasumując Konsorcjum nie przedłożyło Raportu z badania na zgodność z normą EN 62053-23 wydanego przez jednostkę akredytowaną dla potwierdzenia wymagania zamawiającego opisanego w punktach 2.1 e), 2.42 załącznika nr 1 do SIWZ, dla zadań 3 i 4 na liczniki trójfazowe. W związku z powyższym, że jeden z protokołów był już uzupełniany i nie został skutecznie uzupełniony oferta wskazanego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ. **Z daleko posuniętej ostrożności, odwołujący wniósł o uzupełnienie wskazanych dokumentów.**
Kolejna, stwierdzona przez odwołującego niezgodność treści oferty Konsorcjum
z treścią SIWZ polegała na braku nadrukowanych na liczniku wymaganych w Certyfikacie MID licznika GAMA 100 oznaczeń sumy kontrolnej (checksum) obok numeru Firmware, co stanowi niezgodność z pkt 5 (str. 12) Certyfikatu MID nr SK 09-001HD tego licznika, dotyczącym wymagania dla oznaczeń i nadruków na liczniku. Odwołujący zamieścił zdjęcie próbki licznika 1-fazowego GAMA 100 z zaznaczonym numerem Firmware nadrukowanym pod kodem kreskowym i numerem fabrycznym licznika.
Przywoływał zapis pkt 1.2 załącznika nr 1 do umowy, zgodnie z którym liczniki muszą posiadać aktualny Certyfikat badania typu lub certyfikat badania projektu. Wymaganie w Certyfikacie MID licznika SK 09-001 HD GAMA 100 G1M 152 opisane w oryginalnej wersji certyfikatu opisane w języku angielskim - wersja angielska: strona Certyfikatu nr 12 z 35, którego nie spełnia oferta Konsorcjum ESMETRIC brzmi: „5. Marking and inscriptions. The following data shall be marked on the meter (Fig. 5a - 51): (...) lit. o) software version and checksum (section 2.2 of this descriptive annex), if relevant” Poniżej przedstawił tłumaczenie na język polski: “ 5. Oznaczenia i opisy. Następujące dane powinny być oznaczone na liczniku (Fig. 5a-5): (...) o) wersja oprogramowania i suma kontrolnej (sekcja 2.2 tego aneksu opisowego), jeśli dotyczy”.
Seksja 2.2. podpunkt 2.2.4: opisuje w tabeli numery Firmware i oznaczenie sumy kontrolnej licznika: 22.4 Firmware (wersja oprogramowania) i suma kontrolna licznika GAMA 100- licznik G1M. W ocenie odwołującego zachodzi zasadnicza niezgodność z przedłożonym Certyfikatem MID licznika: brak nadrukowanej obok numeru Firmware licznika także numeru sumy kontrolnej, tak jak wymaga tego MID licznika GAMA 100. W związku z faktem, że próbka licznika jest nieuzupełniana, zgodnie z pkt 4.2.1.11 SIWZ, to jedynym sposobem jest uzupełnienie certyfikatu MID, wymaganego przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp min. pkt. 3.7.2.1 SIWZ oraz pkt 1.2 i 1.3 załącznika nr 1 do umowy. Tym samym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
Odwołujący zauważył również, że przedłożone przez Konsorcjum tłumaczenie Certyfikatu MID licznika GAMA 100 zawiera nieprawidłowe tłumaczenie litery „o”, które mogło wprowadzić zamawiającego w błąd podczas oceny próbek i dokumentacji złożonej z ofertą

w postaci nie przetłumaczenia słowa „checksum” (suma kontrolna) i tym samym pominięcia obowiązku nadrukowania obok numeru Firmware licznika także oznaczenia sumy kontrolnej (checksum) licznika. **Tłumaczenie Certyfikatu MID SK 009 001 HD licznika GAMA 100 zawarte na stronie 12 z 35**;5. Znakowanie i napisy. Na liczniku powinny być naniesione niżej wymienione dane: (Rys. 5a - 5i): lit. o) wersja oprogramowania (rozdział 2.2 niniejszego aneksu), jeśli dotyczy”.

Zaznaczył również istotną kwestię, która może być tłumaczona przez Konsorcjum, że pod w/w tabelą Nr 10 która zawiera dostępne numery Firmware i sum kontrolnych licznika GAMA 100 G1M, znajduje się objaśnienie dotyczące wyświetlania na wyświetlaczu LCD licznika numeru oprogramowania (Firmware) i sumy kontrolnej (checksum) po naciśnięciu przycisku do przewijania umieszczonego na obudowie licznika. Taki wymóg bezpośrednio i niezależnie opisał zamawiający w punkcie 1.5 załącznika nr 1 do umowy jako obligatoryjny w zakresie wyświetlania numeru firmware oraz sumy kontrolnej odczytywanej przy pomocy oprogramowania, dlatego też nie może on zastąpić wymagania MID dotyczącego konieczności nadruków numerów numeru Firmware i sumy kontrolnej (checksum) na liczniku i być użyty w celu obrony zarzutu niezgodności nadruków na tabliczce z przedłożonym Certyfikatem Badania Projektu MID.

Zamawiający w SIWZ (pkt 1.5 załącznika nr 1 do umowy) zawarł wymaganie: liczniki muszą posiadać zgodność numeru wersji firmware prezentowanej na wyświetlaczu LCD, odczytywanej programem serwisowym (narzędziowym) oraz zawartej w Certyfikacie badania typu/ projektu (MID). Uzasadnieniem dla takiego wymagania jest, że w przypadku uszkodzenia licznika w sposób taki, że nie będzie on mógł wyświetlać na wyświetlaczu LCD licznika numeru Firmware ani sumy kontrolnej (checksum), Jednostka Notyfikowana celowo nakazuje nadrukowanie tych danych na tabliczce znamionowej, aby uszkodzony licznik był także identyfikowalny pod względem numeru Firmware i numeru sumy kontrolnej (checksum).

Kolejna stwierdzona przez odwołującego niezgodność treści oferty Konsorcjum z treścią SIWZ polega na braku nadrukowanego na tabliczce roku produkcji licznika. Przywoływał punkt 5 lit. d) na stronie 12 z 35 certyfikatu MID złożonego przez Konsorcjum, który przewiduje obowiązek naniesienia na liczniku numeru seryjnego i roku produkcji licznika: „5. Znakowanie i napisy. Na liczniku powinny być naniesione niżej wymienione dane: (Rys. 5a – 5i): lit. d) numer seryjny i rok produkcji”. Na tabliczce znamionowej próbki licznika GAMA 100 G1M 152 nie umieszczono roku produkcji, czego wymaga wskazane powyżej postanowienie certyfikatu MID. Brak realizacji wymagania certyfikatu MID stanowi niezgodność próbki licznika z certyfikatem MID (Zasadniczymi Wymaganiami) dla badanego projektu i tym samym liczników dostarczanych zgodnie z zatwierdzonym projektem. Ponadto wymóg wyposażenia licznika w oznakowanie dotyczące roku produkcji jest obligowany Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r., w sprawie wymagań jakim powinny odpowiadać liczniki energii czynnej prądu przemiennego, oraz szczegółowego zakresu sprawżeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz.U. Nr 11, poz. 63). Zgodnie z § 5 ust. 5 wskazanego rozporządzenia wymagane jest umieszczenie na liczniku,

w sposób trwały i czytelny roku produkcji licznika. Zgodnie z pkt 1.1 załącznika nr 1 do umowy liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami.

Zaś zgodnie z pkt 1.2 tego załącznika liczniki muszą posiadać aktualny Certyfikat badania typu lub certyfikat badania projektu. O ile uzupełnienie certyfikatu MID jest hipotetycznie możliwe, o tyle nie jest możliwe uzupełnienie próbki. Wobec braku możliwości uzupełnienia próbki (zgodnie z pkt 4.2.1.11 SIWZ) oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ w wskazanym powyżej zakresie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dla zaoferowanych liczników 1-fazowych i 3-fazowych brak jest również wyświetlanego na wyświetlaczu LCD w stanie pod napięciem - w sposób ciągły znacznika wskazania strefy, w której w danym momencie realizowany jest pomiar energii podczas realizacji zmiany parametrów przyciskiem zabezpieczonym plombą. Zgodnie z wymaganiem: 1.24 i 2.24 załącznika nr 1 do umowy liczniki 1- fazowe i 3- fazowe: „**Liczniki muszą prezentować wskazanie strefy, w której w danym momencie realizowany jest pomiar energii, prezentowane na wyświetlaczu w stanie pod napięciem - w sposób ciągły**”. Wymaganie to nie jest spełnione przez liczniki zaoferowane przez Konsorcjum: liczniki 1-fazowe GAMA 100 (G1M.152) i 3 faz GAMA 300 (G3M144). Odwołujący zaprezentował na zdjęciu, iż brak jest wyświetlania na LCD w trybie ciągłym znacznika aktywnej strefy czasowej (T1, T2, lub T3) podczas przepływu energii, w momencie wejścia w tryb ustawień wg pkt 1.52 i 2.53 załącznika nr 1 do umowy i aktywacji jednej z 10 taryf zdefiniowanych przez zamawiającego. Kolejne zdjęcia prezentowały z kolei brak wyświetlania aktywnej strefy czasowej podczas pomiaru energii i dokonywanej korekty czasu i daty przy pomocy plombowanego przycisku (wg pkt 1.38 i 2.38 załącznika nr 1 do umowy). Na następnym zdjęciu odwołujący przedstawił, iż brak jest wyświetlania aktywnej strefy czasowej podczas pomiaru energii i aktywacji trybu testowego (test-on), wymaganie 1.27 i 2.27 załącznika nr 1 do umowy. Ponadto, kolejne dwa zdjęcia prezentowały brak wyświetlania aktywnej strefy czasowej podczas pomiaru energii i dokonywania kasowania alarmu dotyczącego zdjęcia osłonki listwy zaciskowej. Na ostatnim zdjęciu zaprezentowano, że liczniki GAMA 100 i 300 realizują wymaganie 1.24 i 2.24 tylko w przypadku wyświetlania stanów liczydeł. Zdjęcie przedstawiało również sposób, w jaki powinien być wyświetlany znacznik aktywnej strefy czasowej w stanie ciągłym.

Reasumując, odwołujący zaznaczył, że podczas realizacji zmiany parametrów z przycisku plombowanego, takich jak: czas, data, rodzaj taryfy, kasowanie znacznika zdjęcia osłonki listwy zaciskowej, aktywacja i dezaktywacja trybu testowego - pod napięciem, podczas pomiaru energii, liczniki serii GAMA 100 i GAMA 300 nie mają wyświetlanego w sposób ciągły, tak jak wymaga zamawiający, znacznika aktualnej strefy czasowej w postaci T1, lub T2 lub T3.

W konsekwencji, wobec braku możliwości uzupełnienia próbki (zgodnie z pkt 4.2.1.11 SIWZ) oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający, w dniu 22 września 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 2371/20 oraz KIO 2381/20, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu

25 września 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2371/20 i KIO 2381/20 po stronie zamawiającego zgłosili: (1) wykonawca: **FOXYTECH**

Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **ESMETRIC Sp. z o.o., UAB "Elgama-Elektronika" z siedzibą lidera w Warszawie.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył, w formie pisemnej, odpowiedź na odwołanie w połączonych sprawach KIO 2371/20, 2381/20, wnosząc o ich oddalenie w całości, jako bezzasadnych.

Przystępujący Foxytech, zaprezentował swoje stanowisko w sprawie o sygn. akt KIO 2371/20 w piśmie procesowym z 15 października 2020 r. W niniejszej sprawie pismo procesowe złożyło również Konsorcjum (pismo z 14 października 2020 r.).

Odwolujący ZPA (sprawa o sygn. akt KIO 2371/20), złożył w dniu 23 października 2020 r. pismo procesowe, będące polemiką ze stanowiskiem zamawiającego oraz przystępujących.

W sprawie o sygn. akt KIO 2381/20 Konsorcjum zaprezentowało swoje stanowisko w piśmie procesowym z 14 października 2020 r.

W niniejszej sprawie pismo procesowe złożył również odwołujący Apator, polemizując ze stanowiskiem zamawiającego i Konsorcjum, zawartym w złożonych pismach procesowych (pismo z 25 października 2020 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, w tym treścią gwarancji wadialnych oraz aneksów złożonych przez Konsorcjum, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w toku postępowania, treścią protokołów z badania próbek złożonych przez wykonawców w postępowaniu, po zapoznaniu się z treścią odwołań, odpowiedzią zamawiającego na odwołania, pismami procesowymi złożonymi przez uczestników postępowania odwoławczego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący w sprawach KIO 2371/20 i 2381/20, wnoszący przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu i ubiegają się o zamówienie. W przypadku odwołującego ZPA, w razie potwierdzenia się podniesionych przez niego zarzutów w zakresie zadania 2 wykonawca Foxytech zostałby wykluczony z postępowania albo oferta tego wykonawcy zostałaby odrzucona. Jednocześnie Konsorcjum zostałoby wykluczone

z postępowania, natomiast oferta odwołującego nie zostałaby odrzucona, a następnie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto w zakresie zadania 3 i 4 odrzucona zostałaby oferta Konsorcjum, a następnie wybrana jako najkorzystniejsza zostałaby oferta złożona przez ZPA, co w konsekwencji doprowadziłoby do uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że odwołujący w postępowaniu o sygn. akt 2371/20 może ponieść szkodę, co niezbicie dowodzi spełnienia okoliczności, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.

Także odwołujący Apator jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, złożył w jego ocenie ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w każdym z zadań. W zakresie zadania 1 oferta Apator została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą Konsorcjum, a zatem odrzucenie oferty tego wykonawcy spowoduje wybór oferty odwołującego. Wybór oferty odwołującego w zadaniu nr 1 spowoduje, niezależnie od odrzucenia oferty Konsorcjum już samo przyznanie punktów w kryterium dodatkowe walory techniczne - oferta Apator otrzyma wówczas łącznie 96,98 punktów, zatem po przyznaniu dodatkowych 2 punktów, bezpodstawnie nie przyznanych, będzie ofertą najwyższej ocenioną. W zakresie zadania nr 2 odwołujący nie podnosił zarzutów do wybranej oferty złożonej przez Foxytech, jednak podniósł zarzuty w tym zadaniu dotyczące badania jego oferty i oferty złożonej przez Konsorcjum, ponieważ w przypadku dopóki umowa z tym wykonawcą nie zostanie podpisana odwołujący ma szansę na pozyskanie zamówienia również w tym zadaniu. Nie można wykluczyć bowiem, że Foxytech nie zawrze jednak umowy lub jego oferta zostanie zakwestionowana w drodze odwołania przez innego jeszcze wykonawcę. Z kolei w zakresie zadania nr 3 i 4 wybór oferty odwołującego wymaga unieważnienia odrzucenia oferty Apator oraz odrzucenia oferty Konsorcjum, do czego zmierzają zarzuty odwołania. Tym samym w niniejszym stanie faktycznym uznać należy, że istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej oraz z treści protokołów z badania złożonych próbek, złożone w postaci elektronicznej na rozprawie. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołujących w sprawach 2371/20 i 2381/20 składane na rozprawie oraz załączone do pism procesowych, zamawiającego oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z Rozdziałem II SIWZ jest dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 4 odrębne zadania, spośród których przedmiotem dwóch pierwszych była dostawa liczników 1-fazowych, natomiast w zadaniu nr 3 i 4 - liczników 3-fazowych.

Dalej Izba ustaliła, że oferty w postępowaniu, dla części 1 i 2 złożyło czterech wykonawców: ZPA, Foxytech, Apator oraz Konsorcjum. Zamawiający w tych zadaniach odrzucił ofertę złożoną przez ZPA i dokonał wyboru w części 1 - oferty złożonej przez Konsorcjum, w części 2 - wybrał ofertę złożoną przez Foxytech. Z kolei dla części 3 i 4 złożone zostały trzy oferty: ZPA, Apator i Konsorcjum. W tych częściach odrzucona została oferta złożona przez Apator, wybrana

z kolei, w obydwu częściach, oferta złożona przez Konsorcjum.

Odwołanie o sygn. akt 2371/20

Odwołanie na czynności zamawiającego, podjęte w postępowaniu, w zakresie dotyczącym badania i oceny ofert dokonanych przez zamawiającego złożył wykonawca ZPA.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje w części na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

Zarzut dotyczący nieprawidłowego badania oferty odwołującego: naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne odrzucenie oferty odwołującego

W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że zamawiający opisał wymagania techniczne (określił specyfikację urządzeń) w załączniku nr 1 do umowy.

W punkcie 1, ppkt 1.11 wskazano, że „dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) muszą być przyporządkowane odpowiednie kody OBIS (jeśli takie istnieją)”. Jako dokumenty/ czynności, na podstawie których miała nastąpić weryfikacja spełnienia tego wymagania, wskazano: badanie techniczne licznika. Przy czym zaznaczyć należy, że zamawiający nie sprecyzował szczegółowo w jaki sposób przeprowadzone zostanie badanie oraz jaki będzie jego zakres.

W pkt 7.3.4 SIWZ znalazł się zapis, że przedstawiciele wykonawcy mogą uczestniczyć (jako obserwatorzy) w badaniach technicznych, mających na celu potwierdzenie zgodności oferowanej próbki urządzenia z wymaganiami określonymi w SIWZ. Obecność przedstawicieli wykonawcy miała zostać odnotowana w protokole z badań.

Ponadto, jak wynika z akt sprawy w toku badania ofert zamawiający wezwał ZPA,

w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

„Czy oprogramowanie narzędziowe, dostarczone jako wspólne dla liczników 1-fazowych

i 3-fazowych, pozwala na konfigurację prezentacji na wyświetlaczu licznika wszystkich, dostępnych w oknie konfiguracyjnym oprogramowania narzędziowego, wartości pomiarowych oraz czy posiada zabezpieczenie przed konfiguracją w licznikach jednofazowych wartości pomiarowych dostępnych wyłącznie dla liczników 3-fazowych ? Jeśli tak, to w jaki sposób wymaganie zostało zrealizowane”. Zamawiający uzasadnił, że w trakcie przeprowadzonych badań technicznych stwierdził, że oprogramowanie narzędziowe pozwalało na przygotowanie pliku konfiguracyjnego dla licznika jednofazowego z wielkościami pomiarowymi dostępnymi wyłącznie dla licznika trójfazowego, takimi jak prądy faz i napięcia faz L1, L2 i L3. Równocześnie w trakcie badań zamawiający zauważył, że wprowadzenie do zbioru wyświetlanych wartości pomiarowych prądu fazy L1 w liczniku jednofazowym, powoduje prezentację na wyświetlaczu licznika wielkości niezgodnych z nastawami wzorcowymi środowiska testowego. Ustawienie pomiaru prądu jest dostępne w menu konfiguracyjnym oprogramowania narzędziowego oraz prezentowane w podręczniku użytkownika. Wykonawca, pismem z 3 kwietnia 2020 r., udzielił wyjaśnień oświadczając,

że oprogramowanie narzędziowe, dostarczone jako uniwersalne dla liczników jedno i trójfazowych, pozwala na konfigurację wszystkich wymaganych wartości na wyświetlaczu licznika, a tym samym

spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego. Ponadto, licznik posiada zabezpieczenie przed nieprawidłową konfiguracją, czego dowodem jest prawidłowa praca licznika po wprowadzeniu niewłaściwego, nietypowego dla danego licznika oraz nadmiarowego względem wymagań SIWZ, parametru. Wszak licznik pomimo wprowadzenia nieprawidłowego parametru nadal prezentował (zgodnie z pkt 1.11 załącznika nr 1 do umowy) odpowiednie kody OBIS, przyporządkowane do wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu pozycji. Zamawiający w wymaganiu pkt. 1.11 załącznika nr 1 do umowy wymagał, aby licznik „dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) miał przyporządkowane odpowiednie kody OBIS (jeżeli takie istnieją)”. Oznacza to, że wszystkie mierzone parametry prezentowane na LCD muszą posiadać oznaczenie w formie odpowiednich kodów tzw. OBIS pozwalające na jednoznaczny identyfikację prezentowanych wartości pomiarowych. Wymaganie to zostało przez odwołującego spełnione. Zwracał również uwagę na nieprawidłowości, które dotyczyły badania złożonej próbki, polegające na przeprowadzeniu badania w zakresie przekraczającym zakres badania opisany w SIWZ.

Pomimo złożonych wyjaśnień zamawiający, pismem z 9 września 2020 r., poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w części 1 i 2, wskazując argumentację podnoszoną w treści skierowanego wezwania.

W tym miejscu należy przypomnieć, na co wielokrotnie Izba zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada m.in. pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona w taki sposób, że nie odpowiada skwantyfikowanym i opisanym w treści dokumentacji wymaganiom. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Tym niemniej, aby można było stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że taka niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w postępowaniu, obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia, określenie jego parametrów, czy jak w tym przypadku określenie takich wymagań dotyczących badanej próbki i zakresu tego badania, aby nie ulegało wątpliwości, jakie rozwiązania zamawiający uznaje za zgodne z wymaganiami, a kiedy oferta będzie podlegała odrzuceniu.

Nie ulega wątpliwości, że w ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Katalog tych dokumentów został określony w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia

(tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282) - dalej również: „rozporządzenie ws. dokumentów”. Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w szczególności

w postaci: próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (§ 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws. dokumentów). W konsekwencji również brak spełnienia wymagań

opisanych w odniesieniu do takiego kwalifikowanego potwierdzenia, może być co do zasady podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Tym niemniej podkreślić należy, że badanie tych dodatkowych dokumentów, w tym w odniesieniu do badanych próbek również opierać się musi na wskazaniu konkretnych, jasno wyartykułowanych wymagań. Żeby można było wykazać niezgodność oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego należy wskazać parametry, które miały znaleźć potwierdzenie w złożonych dokumentach czy próbkach. Innymi słowy, aby mówić o niezgodności badanej próbki z treścią SIWZ zamawiający musi wskazać z którymi, wyartykułowanymi w SIWZ wymaganiami - jest ona niezgodna.

Podsumowując, niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne

z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ.

W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający opisał wymaganie w pkt 1.11 załącznika nr 1 do umowy w następujący sposób: „dla wszystkich prezentowanych na wyświetlaczu licznika pozycji (wielkości) muszą być przyporządkowane odpowiednie kody OBIS (jeśli takie istnieją)”.

Niesporne w niniejszej sprawie było, gdyż potwierdził tą okoliczność zamawiający w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, że w związku z tym, że odwołujący zastosował wspólne oprogramowanie dla liczników jednofazowych i trójfazowych przeprowadził badanie testowe, weryfikując pełną funkcjonalność oferowanych liczników, w celu wyeliminowania rozwiązań niestabilnych w pracy na sieci lub mogących działać niepoprawnie w sytuacji przypadkowego oprogramowania niewłaściwym szablonem konfiguracyjnym spowodowanego np. błędem ludzkim. Innymi słowy w trakcie badania technicznego przygotował plik konfiguracyjny dla licznika 1-fazowego z wielkościami pomiarowymi przeznaczonymi, zgodnie z normą OBIS dla licznika 3-fazowego, takimi jak prądy faz i napięcia faz L1, L2, L3.

Zdaniem zamawiającego w takiej sytuacji odwołujący powinien tak zaprojektować zabezpieczenia liczników i oprogramowania narzędziowego, aby nie było w ogóle możliwe wprowadzenie wielkości pomiarowych, które nie są dostępne dla danego licznika.

Z przeprowadzonych badań licznika jednofazowego, oferowanego przez odwołującego, wynika jego zdaniem, że oferowane urządzenia nie posiadają takiego zabezpieczenia lub działa ono niepoprawnie, pozwalając na wgranie szablonu licznika trójfazowego do urządzenia jednofazowego. Ponieważ zamawiający nie jest w stanie ocenić, jak może to wpłynąć

na długotrwałą pracę licznika i czy nie będzie ona skutkować wnoszeniem reklamacji na pracę licznika rozliczeniowego - uznał, że oferowany licznik nie został zaprojektowany i wykonany w sposób dający rękojmię pełnej zgodności z dostarczoną dokumentacją techniczną i wymogami SIWZ.

Skład orzekający uznał, że w omawianym przypadku nie sposób stwierdzić, aby wystąpiła taka niezgodność oferowanej próbki, która nie odpowiada wymaganiom, sprecyzowanym i opisanym w treści SIWZ. Należy zgodzić się z odwołującym, że wymaganie zamawiającego dotyczyło wyłącznie tego, aby wszystkie mierzone parametry, wyświetlane na wyświetlaczu posiadały oznaczenie w formie odpowiednich kodów OBIS w taki sposób, aby pozwalały na jednoznaczną interpretację prezentowanych wartości pomiarowych. Zakres badania zamawiającego przekraczał zakres badania wynikający z treści SIWZ. Jak zauważono wcześniej zamawiający nie opisał w jaki sposób przeprowadzona zostanie procedura badania próbek, należało zatem opierać się ściśle na wymaganiach, które zostały zawarte w tym zakresie w opisie przedmiotu zamówienia i wyłącznie pod tym kątem weryfikować zgodność badanej próbki z treścią SIWZ. Zamawiający, wprowadzając wielkości pomiarowe niedostępne dla właściwego licznika przekroczył zakres badania opisany w treści SIWZ, gdyż w toku oceny próbki wgrał dane, które nie powinny się tam znaleźć. Zamawiający w istocie wymagał bowiem od odwołującego spełniania wymagań, których w treści SIWZ nie sprecyzował tj. dodatkowego zabezpieczenia liczników jednofazowych uważając, że winny one posiadać takie zabezpieczenie przed konfiguracją, aby możliwe było wgranie wartości pomiarowych dostępnych tylko dla tych liczników.

Jeśli intencją zamawiającego było przeprowadzenie badania próbek w tym zakresie

– winien swoje wymagania wyartykułować w treści SIWZ i opisać szczegółowo zakres badania, które zostanie przeprowadzone. Zamawiający tego nie uczynił. Ponadto z treści samego protokołu nie wynikało również z jakich powodów zamawiający uznał, że złożona

w tej części próbka nie spełnia wymagań SIWZ. Opis przeprowadzonego badania dokonywany był wyłącznie na zasadach „spełnia - nie spełnia”, a tym samym nie sposób wywieść z treści dokumentu przyczyn stwierdzonych niezgodności.

Izba uznała zatem powyższy zarzut za zasadny z tego powodu, że z opisu zamieszczonego w tabeli w pkt 1.11 nie wynika zakres badania, które zostało przez zamawiającego przeprowadzone w odniesieniu do próbki złożonej przez odwołującego. Jeśli zamawiający w części drugiej wymagał złożenia próbki, dotyczącej licznika jednofazowego, to nieuzasadnione było badanie dostarczonej przez wykonawcę próbki pod kątem prawidłowości wielkości pomiarowych dostępnych wyłącznie dla licznika trójfazowego, a więc takiego, którego oferta w ogóle nie dotyczyła. Stąd za uzasadniony należało uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w części drugiej zamówienia.

Zarzuty formułowane wobec wykonawcy Foxytech:

I. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez błędne nie wykluczenie tego wykonawcy z postępowania pomimo, że w wyniku zamierzonego działania, ewentualnie w wyniku niedbalstwa przedstawił tłumaczenie certyfikatu wprowadzające zamawiającego w błąd, a które miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu

Izba ustaliła, że w zadaniu nr 1 i 2 Foxytech zaofertował licznik 1-fazowy z serii SX300. Jak zauważył odwołujący, dla zadania drugiego, objętego przedmiotowym odwołaniem oferowany typ/ model urządzenia, zgodnie ze złożonym formularzem oferty to SX300-B7D32-TEFOP4. Z oznaczenia tego odwołujący wywodził, że litera „B” w opisie odnosi się do konkretnego sposobu podłączenia tego licznika do przewodów elektrycznych (ang. „connection standard”), którą tłumaczył na język polski jako „norma podłączenia”.

Przedstawiając wyciąg z certyfikatu MID (str. 9) odwołujący prezentował, że producent wyróżnił dwa sposoby podłączenia, określając je jako: według normy DIN (dla literki D) oraz według normy BS (w przypadku litery B). Dalej odwołujący wskazywał z jednej strony, że modeli liczników o standardzie podłączenia wg normy BS nie stosuje się dla

sieci elektroenergetycznych w Polsce, a następnie stwierdził, że „model licznika wykonany według Normy British Standard (...) posiada zaciski typu kłatkowego, które stanowią dodatkowy walor techniczny dla zamawiającego”. W ten sposób przejawia się w tym, że zgodnie z dodatkowo punktowym wymaganiem, opisanym w pkt 3.1. lit a) listwa zaciskowa umożliwiająca podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 2,5 mm² - 25 mm² (minimalna średnica otworu 6 mm), w konstrukcji której wszystkie zaciski są typu kłatkowego.

W omawianym powyżej zakresie Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę, że oferowany przez odwołującego w części drugiej zamówienia licznik 1-fazowy z serii SX300, wyposażony został według opisu określonego i potwierdzonego przez jednostkę certyfikującą. Opis, który znajduje się na str. 9 certyfikatu MID nr 012/SGS0253 referuje do dwóch możliwych standardów połączenia, a nie jak twierdzi odwołujący norm podłączenia. Zauważyć należy, że zamawiający w treści SIWZ nie żądał, aby oferowane produkty spełniały normy BS czy też DIN, w żadnym miejscu nie określił także dodatkowych wymagań dotyczących tych standardów. Nie sposób zatem wywieść, że model licznika zaofiarowany w zadaniu drugim nie został wykonany zgodnie z certyfikatem MID, a w konsekwencji nie spełnia wymagania pkt 1.2 Załącznika nr 1 do umowy.

Standardy BS czy DIN w rzeczywistości oznaczają określony sposób podłączenia do skrzynek zaciskowych. Litera B lub D, użyte w nazwie licznika zostały wprowadzone w celu rozróżnienia wykonania licznika z konkretną skrzynką zaciskową, nie zaś wprowadzone w tym celu, aby pokazać, że dokonane połączenie nastąpiło według określonego standardu, czy też konkretnej normy, której odwołujący w tym przypadku nie wskazał.

Izba orzekając wzięła pod uwagę dowód załączony przez Foxytech do pisma procesowego, w którym wystawca certyfikatu - SGS UK Ltd. Jednostka Notyfikowana nr 120 (oświadczenie z 30 września 2020 r.) stwierdziła, że w odniesieniu do opisu BS lub DIN mówimy nie o normach, ale o rodzaju złącza wewnętrznego. Ponadto z oświadczenia producenta z 24 października 2020 r. - Ningbo Sanxing Smart Electric Co. Ltd. (dowód złożony przez przystępującego na rozprawie) wynika, że użyte w certyfikacie określenia BS oraz DIN zostały użyte jedynie w celu rozróżnienia możliwych rozwiązań technicznych w zakresie konstrukcji skrzynek zaciskowych licznika.

Dalszy wywód odwołującego, dotyczy tego, że Foxytech naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, gdyż celowo wprowadził w błąd zamawiającego dokonując tłumaczenia certyfikatu MID w taki sposób, aby wywołać u zamawiającego mylne przeświadczenie, że możliwe jest wykonanie tego licznika w obu wariantach, gdy tymczasem zdaniem odwołującego, jedyna i właściwa interpretacja to alternatywne i warunkowe zarazem zastosowanie jednego lub drugiego układu zacisków tj. według normy BS lub DIN. Z kolei rozwiązanie Foxytech, co pokazuje próbka złożona w postępowaniu dla części drugiej posiada oznaczenie na tabliczce znamionowej jak dla normy podłączenia BS, podczas gdy posiada schemat podłączeń i opis jak dla wariantu podłączeń zgodnie z normą DIN. To w konsekwencji miało powodować, że zamawiający przyznał Foxytech punkty w kryterium, a tymczasem powinien ofertę tę odrzucić.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów z następujących powodów.

Pierwsza przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, zawarta w ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, dotyczy wprowadzenia w błąd zamawiającego przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji. Dotyczy więc ściśle informacji odnoszących się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Przepis ma o tyle istotne znaczenie, że właśnie ten zakres informacji badany jest w postępowaniu na podstawie oświadczeń w postaci JEDZ lub zwykłego oświadczenia (w postępowaniach poniżej progu unijnego). Z tej perspektywy bardzo istotne jest nałożenie na wykonawców odpowiedniej sankcji za złożenie nieprawdziwych oświadczeń, na podstawie których zamawiający będzie dokonywał weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców. Nie ma ona jednak zastosowania do sytuacji, którą opisuje odwołujący w treści złożonego odwołania, albowiem ta ma związek z przedmiotem zamówienia, oferowanym w zadaniu drugim.

Kolejna przesłanka, którą odwołujący wymienia, określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp dotyczy wprowadzenia innych przypadków, niż związane ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i brakiem podstaw do wykluczenia. Chodzi zatem o te sytuacje, kiedy złożenie nieprawdziwych informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czyli może dotyczyć także oferowanego przedmiotu zamówienia lub kwestii formalnych, dotyczących oferty lub dokumentów. Nie można jednak pominąć, że treść przepisu znajdzie zastosowanie wyłącznie, w razie kumulatywnego spełnienia się okoliczności wymienionych

w tym przepisie: (i) lekkomyślność lub niedbalstwo wykonawcy; (ii) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; w końcu (iii) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Sytuacja taka nie miała miejsca w analizowanej sprawie. Nie ulega wątpliwości, że z treści certyfikatu wynikała możliwość wykonania wariantów licznika, zgodnie ze standardem BS lub DIN. Każdy z wymienionych wariantów był zatem dopuszczalny i prawidłowy, a w konsekwencji każde z rozwiązań spełnia warunki opisane w certyfikacie, a tym samym wymagania Dyrektywy MID.

Izba wzięła również pod uwagę stanowisko lingwistyczne, które złożył wykonawca Foxytech jako dowód, z którego wynikało, że spójnik „or” nie posiada jednej i stałej wersji tłumaczenia na język polski. Stąd może oznaczać alternatywę łączną „lub” bądź alternatywę rozłączną „albo”. Tłumacz przysięgły w prezentowanym stanowisku zwrócił uwagę, że wybór poprawnej wersji tłumaczenia uzależniony jest od szeregu czynników, głównie o charakterze kontekstowym i celowościowym. Po analizie treści certyfikatu, przetłumaczonego przez wykonawcę w postępowaniu, tłumacz doszedł do wniosku, że właściwym tłumaczeniem w tym przypadku jest „lub”, przy czym nadmieniał też, że zgodnie z zasadami logiki spójnik „lub” może również zakładać koniunkcję „i”. Oznacza to, że dokonane tłumaczenie (użycie spójnika „i”) można w okolicznościach niniejszej sprawy również uznać za poprawne, chociaż właściwym jest w tym przypadku użycie spójnika „lub”.

Zauważyć należy ponadto, że nawet stwierdzając, że tłumaczenie zostało dokonane w sposób niewłaściwy, aby zastosowanie znalazł przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zawsze należy jeszcze rozważyć kwestię wpływu tłumaczenia użytego w certyfikacie spójnika „or” jako „i” na możliwość wprowadzenia w błąd zamawiającego. Izba doszła do przekonania, że nie została spełniona w tym wypadku przesłanka polegająca na zamiarze wprowadzenia

w błąd zamawiającego przy prezentowaniu tych informacji. Jeśli nawet uznać, że tłumaczenie certyfikatu było błędne, nie sposób pominąć, że do oferty załączone zostały ponadto: oryginalna treść certyfikatu oraz próbka. Ewentualny błąd w tłumaczeniu w sposób łatwy można było stwierdzić i zidentyfikować. Jak stwierdził sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potraktował błędne tłumaczenie certyfikatu jako oczywistą omyłkę pisarską.

II.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo niespełniania wymagań SIWZ ze względu na brak akredytacji dla jednostki certyfikującej SGS
Odwolujący twierdził, że w załączonym do oferty Foxytech, w części niejawniej, badaniu na zgodność z normą EN 62052-21 widnieje laboratorium, które nie posiada statusu certyfikowanego laboratorium badawczego, posiadającego akredytację do wykonywania odpowiednich czynności badawczo-pomiarowych. Swoje twierdzenie oparł na informacjach pozyskanych z jak stwierdził oficjalnej bazy danych internetowych SNAS dla jednostek akredytowanych republiki chińskiej (strona ta nie została przez odwołującego przetłumaczona na język polski).
W toku postępowania odwoławczego odwołujący potwierdził (stanowisko zawarte w piśmie procesowym z 23 października 2020 r., że popełnił omyłkę pisarską, a norma do której się odnosił w treści odwołania to EN 62052-11. Odwołujący przywołał zatem w treści odwołania błędny numer normy EN62052-21, według której należałoby wykonywać sprawdzenie licznika we wskazanym zakresie. W ramach badań zgodności urządzenia z normą wskazaną dla pomiaru energii biernej jest to norma EN 62052-11.

Należy zauważyć, że odwołujący uzasadniając przedmiotowy zarzut posłużył się informacją zamieszczoną na stronie internetowej. Pomijając nawet okoliczność, że informacje zawarte na tej stronie nie zostały przetłumaczone na język polski to powoływanie się wyłącznie na dane zamieszczone w internecie, nie mogło w tym przypadku stanowić wystarczającej podstawy do kwestionowania uprawnień posiadania akredytacji przez laboratorium badawcze. Konsekwencją bowiem takich twierdzeń miała być decyzja o odrzuceniu oferty Foxytech z postępowania.

Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie zwracała uwagę, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest kontradyktoryjne czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przechodząc z kolei do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 KC 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. W niniejszym postępowaniu to na odwołującym ciążył zatem obowiązek wykazania, iż badanie za zgodność z normą EN 62052-21 zostało przeprowadzone przez laboratorium, które nie posiada statusu certyfikowanego laboratorium badawczego, posiadającego akredytację do wykonywania odpowiednich czynności badawczo-pomiarowych. Tymczasem odwołujący opierał się jedynie na informacjach ze stron internetowych, które co do zasady nie podlegają żadnej weryfikacji i nie można zamieszczonych tam informacji traktować jako wyłączne źródło wiedzy, przekazujące prawdziwe i aktualne dane.

Ponadto zaznaczyć w tym miejscu należy, że odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut nie miał wiedzy odnośnie tego jakie dokumenty przedłożył Foxytech, gdyż zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie odnosił się zatem do treści tych dokumentów. Odwołujący nie podniósł także zarzutu nieprawidłowego zastrzeżenia tych informacji, kwestionując dokumenty, z którymi nie miał możliwości się zapoznać.

Odwolujący nie sprostował zatem ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że przedstawione przez Foxytech dokumenty nie spełniają wymagań w zakresie, w jakim zamawiający wymagał przedstawienia raportu z badań z laboratorium akredytowanego, stąd zarzut podlegał oddaleniu.

III.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z tego powodu, że oferowany licznik posiada sposób podłączenia według normy BS, a nie według normy DIN, co oznacza niezgodność z certyfikatem MID

Odwolujący stwierdził, że oferowany w zadaniu nr 2 model licznika SX300-B7D32-TEFOP4 został wykonany niezgodnie z certyfikatem MID, nie spełnia więc wymagań opisanych w pkt 1.2 Załącznika nr 1 do Umowy. Podnosił, że urządzenie złożone jako próbka do oferty posiada oznaczenie na tabliczce znamionowej jak dla normy podłączenia BS, podczas gdy w rzeczywistości posiada schemat podłączeń oraz opis jak dla wariantu podłączenia zgodnie z normą DIN. W proponowanym rozwiązaniu zaadoptowana została więc jedynie część dozwolonego, według treści certyfikatu MID wariantu (wersji wykonania) licznika, a część „niepasująca” do polskich standardów podłączeniowych (i wymagań zamawiającego) pominięta.

W ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się. Należy w pierwszej kolejności dostrzec, że odwołujący nie uzasadnił na czym polega dostrzeżona przez niego niezgodność próbki z treścią złożonego certyfikatu MID. Jeśli upatrywać tej niezgodności w argumentacji odwołującego to stwierdzić należy, że zarówno próbka, jak też schemat podłączeń dotyczą podłączenia typu BS, co potwierdzają dokumenty złożone przez Foxytech.

IV.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy z tego powodu, że wymagany schemat podłączeń nie spełnia wymagań zawartych w certyfikacie MID, dotyczących konieczności umieszczenia schematu podłączeń na liczniku

W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 1.10 załącznika nr 1 do umowy liczniki muszą posiadać schemat podłączeń umieszczony w sposób trwały na osłonie listwy zaciskowej licznika lub tabliczce znamionowej licznika. Ponadto zamawiający sformułował wymóg konieczności dostarczenia licznika posiadającego aktualny certyfikat badania typu: Certyfikat MID (pkt. 1.2 załącznik nr 1 do umowy) oraz samego certyfikatu wraz z załącznikami i aneksami.

Zgodnie z certyfikatem wystawionym przez jednostkę notyfikowaną SGS opis na licznik musi zawierać przynajmniej następujące informacje: schemat połączeń lub jego numer (pkt 5 lit. ppkt 13).

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się z tego powodu, że z żadnego z przywołanych wyżej zapisów nie wynika wymaganie, które formułował w treści odwołania odwołujący, że schemat podłączeniowy musi znajdować się na elementach widocznych i dostępnych dla każdego zainteresowanego. Foxytech umieścił schemat pod osłoną skrzynki zaciskowej, a zarówno skrzynka zaciskowa, jak też jej pokrywa stanowią część składową licznika. Tym samym warunki certyfikatu i wskazywane zapisy - zostały spełnione.

Mając zatem na uwadze, że ani z treści SIWZ, ani też z przywoływanych punktów certyfikatu nie wynika konieczność, aby informacja o schemacie połączeń była widoczna

i dostępna dla każdego zainteresowanego, nie zaistniała przesłanka do uznania, że treść złożonej przez Foxytech oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

W konsekwencji uznać należało, że nie potwierdziły się zarzuty formułowane przez ZPA w stosunku do oferty Foxytech. Z powyższych powodów uznać należy, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania, z przyczyn opisywanych przez odwołującego,

a złożona przez tego wykonawcę oferta jest zgodna z treścią SIWZ.

Zarzuty formułowane wobec Konsorcjum:

l.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum i wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z powodu braku nadrukowanej na tabliczce licznika sumy kontrolnej

Odwołujący, podnosząc przedmiotowy zarzut zwracał uwagę, że z angielskiej wersji certyfikatu MID dla licznika GAMA 100, zaoferowanego przez Konsorcjum w postępowaniu

w części drugiej wynika, że wymagane jest umieszczenie na liczniku 1-fazowym sumy kontrolnej (checksum). Z kolei w tłumaczeniu certyfikatu na język polski Konsorcjum nie ujęło wymagania odnoszącego się do sumy kontrolnej. Odwołujący dopatrywał się intencjonalnego działania wykonawcy w tym zakresie stwierdzając, że Konsorcjum pominęło to wymaganie

w sposób celowy, gdyż na tabliczce numeru sumy kontrolnej nie nadrukowano. To z kolei świadczy o tym, że oferowany licznik jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia w pkt 2.1.2 SIWZ tj. wymagania MID (pkt 5 MID) odnośnie obowiązku umieszczenia na tabliczce licznika numeru sumy kontrolnej.

Izba ustaliła w tym zakresie, że w sekcji 5, w pozycji oznaczonej literą o) na stronie 12 Certyfikatu Badania Projektu MID dla licznika 1-fazowego w oryginalnej wersji użyto sformułowania „and checksum”, które pominęło w tłumaczeniu certyfikatu na język polski. Dostrzec jednak należy również, że punkt ten nawiązuje w swej treści do sekcji 2.2. Z kolei z opisu tej sekcji wynika, że wersja firmware i suma kontrolna dla licznika czynnej energii elektrycznej G1M są prezentowane na wyświetlaczu LCD.

Z powyższych powodów uznać należy, że prezentowany w ten sposób, niepełny opis tłumaczenia nie ma wpływu na kompletność i poprawność prezentowanych informacji na płycie znamionowej licznika. Przywołany wymóg prezentowania wersji oprogramowania z sumą kontrolną został sformułowany w formie opcjonalnej (ang. „if relevant” - tłumaczenie na polski „jeśli dotyczy”). Jak zauważył zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wersja oprogramowania oraz odpowiednia suma kontrolna jest dostępna w liczniku na kilka sposobów: wyświetlaczu LCD licznika jako odpowiednia pozycja sekwencji wyświetlania danych identyfikacyjnych i pomiarowych licznika, a także poprzez oprogramowanie narzędziowe, wykorzystywane w trakcie prac instalacyjnych, które w trakcie odczytu licznika prezentuje odpowiednie informacje identyfikacyjne wersji firmware i sumy kontrolnej.

Z tego powodu nieuprawnione jest twierdzenie o niezgodności urządzenia oferowanego przez Konsorcjum z przywołanymi wymaganiami SIWZ. Nie może zatem być mowy o tym, że niedokładne tłumaczenie wprowadza zamawiającego w błąd w zakresie spełniania przez oferowany produkt parametrów techniczno-użytkowych określonych w SIWZ.

Stanowisko to potwierdza dodatkowo oświadczenie z 2 października 2020 r., złożone przez Jednostkę Notyfikowaną Slovak Legal Metrology (SLM), która jest wystawcą certyfikatów MID dla liczników Gama 100 i Gama 300 (dowód załączony do pisma procesowego Konsorcjum z 14 października 2020 r.).

Z powyższych powodów zarzut ten Izba uznała za niezasadny.

l.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne nie odrzucenie oferty Konsorcjum, pomimo, że oferta ww. wykonawcy nie spełniała wymagań SIWZ w zakresie dotyczącym braku nadrukowanego na tabliczce roku produkcji licznika

Zarzut powyższy został również sformułowany w odwołaniu o sygn. akt KIO 2381/20, z tych też powodów argumentacja dotycząca tego zarzutu pozostaje aktualna w obydwu sprawach. Jednocześnie, z uwagi na to, że odwołujący Apator przedłożył również dowody

na potwierdzenie okoliczności opisywanych w treści zarzutu - Izba odnieść się także w tej części do dowodów przedstawionych przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20.

Odwołujący podnosili, że oferowany przez Konsorcjum produkt nie spełnia wymagań określonych dla tabliczki znamionowej zaoferowanego licznika, tj. tabliczka znamionowa licznika jest niezgodna z dyrektywą MID i certyfikatem MID wystawionym przez jednostkę notyfikowaną SLM. Stwierdzona niezgodność polega na braku na tabliczce licznika roku produkcji licznika, a zatem w tym zakresie oferta ww. wykonawcy nie spełnia wymogów określonych w pkt 2.2 (wymaganie dla liczników 3-fazowych) załącznika nr 1 do umowy, będącego integralną częścią SIWZ, który w tych fragmentach stanowi, że „liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami Dyrektywy MID”.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający w załączniku nr 1 do umowy

- wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń) dla liczników 1-fazowych i 3-fazowych zażądał, aby na potwierdzenie, że liczniki zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi

w Polsce normami i przepisami: Certyfikatu badania typu (moduł B)/ projektu (moduł H1) MID wraz z aneksami i załącznikami wydanymi do certyfikatu. Konsorcjum przedstawiło certyfikat MID dla liczników 1-fazowych i 3-fazowych, wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

Izba ustaliła, że z treści certyfikatu MID Nr SK 09-001 HD rew. 16 dla licznika

1-fazowego (str. 12 - wersja w języku polskim), pkt 5 lit. d wynika, że na liczniku winny być naniesione dane w postaci: „numer seryjny i rok produkcji”. Ponadto na str. 25 certyfikatu przedstawiono wzór tabliczki znamionowej dla licznika oferowanego w postępowaniu

tj. Gama 100 G1M, gdzie widoczny jest rok produkcji licznika. Analogiczne zapisy i wzory tabliczek zostały przedstawione w certyfikacie MID dla liczników 3-fazowych Nr SK 09-002 HD.

Ze stanowiska zamawiającego i Konsorcjum wynikało z kolei, że rok produkcji licznika jest w przypadku liczników Gama 100 i Gama 300 tożsamy z rokiem naniesienia na tabliczce licznika dodatkowego oznaczenia metrologicznego, które składa się z dużej litery M oraz dwóch ostatnich cyfr tego roku. Stąd, wbrew twierdzeniom odwołujących, tabliczki znamionowe liczników mają nadrukowany rok wyprodukowania licznika - jest on bowiem zawarty w oznaczeniu metrologicznym umieszczonym na tej tabliczce.

Przedmiotem sporu była zatem okoliczność czy, mając na uwadze obowiązujące przepisy, jak też wymagania zawarte przez zamawiającego w SIWZ, konieczne było naniesienie na liczniku, niezależnie od informacji, która w tym przypadku znajdowała się

w oznaczeniu metrologicznym, również roku produkcji licznika.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że rok produkcji i dodatkowe oznaczenie metrologiczne to dwie niezależne informacje. Rok w którym licznik jest wyprodukowany

- zawarty jest w informacji o roku jego produkcji, z kolei dodatkowe oznaczenie metrologiczne to rok w którym wyprodukowany licznik został przebadany za zgodność z wymaganiami

i w wyniku tej oceny naniesione zostały dodatkowe oznaczenia metrologiczne potwierdzające: spełnianie przez licznik wymagań i rok w którym takie badanie się odbyło. Istotą zatem oznaczenia metrologicznego jest zamieszczenie na liczniku informacji kiedy licznik został przebadany. Zdarza się, że badanie takie odbywa się w tym samym roku, w którym licznik został wyprodukowany, jednakże nie jest to zasadą.

Zamawiający w SIWZ, w zakresie tego wymagania nie sprecyzował w jaki sposób należy umieścić na liczniku rok produkcji, jednakże w załączniku nr 1 do umowy - wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń dla liczników 1-fazowych i 3-fazowych) znalazł się zapis, że liczniki muszą zostać wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami.

Oznacza to, że zastosowanie znajdują następujące przepisy, z których wynikają poniższe wymagania:

1. Ustawa z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2016 r., poz. 815), art. 12:

„Minister kierujący działem administracji rządowej właściwym ze względu na przedmiot oceny zgodności określi, w drodze rozporządzenia: 1) wymagania dla wyrobów podlegających ocenie zgodności określonych w dyrektywach nowego podejścia, 2) procedury oceny zgodności, 3) zakres dokumentacji technicznej wyrobów, 4) sposób oznakowania wyrobów, 5) elementy deklaracji zgodności, 6) dodatkowe warunki udzielania autoryzacji jednostkom oceniającym zgodność, jeśli takie warunki są określone w dyrektywach nowego podejścia - biorąc pod uwagę rodzaje wyrobów oraz stopień stwarzanych przez nie zagrożeń, a także inne wymagania zawarte w dyrektywach nowego podejścia”.

2. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z 2 czerwca 2016 r. sprawie wymagań dla przyrządów pomiarowych (wydane na podstawie art. 12 ustawy wymienionej w pkt 1), §41 ust. 1: „Wszystkie oznakowania i oznaczenia wynikające z wymagań określonych

w rozporządzeniu są umieszczane w taki sposób, aby były widoczne, czytelne, trwałe, jednoznaczne i niemożliwe do przeniesienia na inny wyrób”; §44: „W uzasadnionych przypadkach oznakowanie CE i dodatkowe oznakowanie metrologiczne mogą być umieszczane podczas procesu wytwarzania przyrządów pomiarowych”

Z treści cytowanego rozporządzenia wynika zatem, że oznaczenia na liczniku mają być jednoznaczne. Oznacza to, że w przypadku gdy rok produkcji zamieszczony jest

w oznaczeniu metrologicznym, które co do zasady jest nośnikiem innej informacji - nie może być mowy o takiej jednoznaczności. Ponadto przepis przewiduje, że możliwe jest w procesie produkcji umieszczenie oznaczenia metrologicznego w tym samym czasie, ale oznacza to wyłączenie, że takie oznaczenie jest możliwe a nie, że dopuszczalne jest rozwiązanie polegające na tym, że informacje te zostaną zagregowane w jedno i podane w dodatkowym oznaczeniu metrologicznym.

Wnioski powyższe znajdują dodatkowo potwierdzenie w piśmie Głównego Urzędu Miar (dalej „GUM”) z 20 października 2020 r., skierowanym w odpowiedzi na pytanie odwołującego Apator (dowód: treść pytań i odpowiedź GUM z 20 października 2020 r.). W swoim stanowisku, odnosząc się do treści powyższego przepisu GUM zauważył:

„Wszystkie oznakowania

i oznaczenia wynikające z wymagań określonych w rozporządzeniu są umieszczane w taki sposób, aby były widoczne, czytelne, trwałe, jednoznaczne i niemożliwe do przeniesienia na inny wyrób. Pod pojęciem <<czytelności>> należy rozumieć zarówno możliwość odczytania oznaczenia (wynikającą z np. wielkości znaków, ich koloru, koloru tła itp.), jak również możliwość jego łatwej interpretacji i zrozumienia”. GUM potwierdził okoliczność, że w ogólnym przypadku rok produkcji nie musi być taki sam jak rok umieszczenia oznakowania zgodności, wraz z dodatkowym oznakowaniem metrologicznym.

Zamawiający wymagał również, aby liczniki zostały wykonane zgodnie z normą PN-EN 50470-1:2008 (pkt 1.1. lit a dla liczników 1-fazowych i pkt 2.1. lit. a dla liczników 3-fazowych - załącznik nr 1 do umowy). Pkt 5.12.1 lit e) przywołanej normy stwierdza: „oznakowanie powinno być trwałe, niemożliwe do przeniesienia na inny obiekt, wyraźne i czytelne z zewnątrz”. Wymaganie to należy czytać analogicznie, jak treść wymagania opisanego w przywoływanym powyżej rozporządzeniu.

Treść powyższej normy przywołana jest w kolejnym piśmie GUM z 3 listopada 2020 r. (złożone jako dowód przez odwołującego Apator), w którym stwierdzono, że norma ta określa szersze wymagania niż Dyrektywa MID i (cyt.) „określa umieszczenie na liczniku roku jego produkcji”. GUM w swoim stanowisku z 3 listopada 2020 r. stwierdził również, że co do zasady oznaczenie roku umieszczone w dodatkowym oznakowaniu metrologicznym nie może być traktowane jako tożsame z rokiem produkcji, nawet jeśli oznaczenia te dotyczą tego samego roku.

Tezy powyższe potwierdza również dowód załączony do pisma procesowego odwołującego ZPA z 23 października 2020 r. w postaci oświadczenia złożonego przez jednostkę notyfikowaną NMI, w którym stwierdza ona, że rok produkcji jest czymś innym niż oznaczenie metrologiczne. Oznacza to, że producent musi oznaczyć rok produkcji oddzielnie. Ponadto NMI stwierdza, że dopuszcza się wprawdzie rozwiązania, w których rok produkcji zawarty jest w numerze seryjnym. Jest to akceptowalne, ale pod warunkiem czytelności takiego rozwiązania dla odbiorcy.

Odnosząc się z kolei do dowodów złożonych przez Konsorcjum, załączonych do pisma procesowego z 14 października 2020 r. - stanowisk Jednostki Notyfikowanej SLM (Slovak Legal Metrology), odrębnie zaprezentowanych dla liczników 1-fazowych i 3-fazowych stwierdzić należy, że w istocie potwierdzają one, że na liczniku powinien być umieszczony rok produkcji. Jednostka notyfikowana stwierdza bowiem w piśmie dotyczącym oznaczenia licznika energii czynnej Gama 100: „Załącznik opisowy wydany do Certyfikatu badania projektu UE nr SK 09-001 HD Rev.16 w rozdziale 5 określa dane jakie zaznaczone na liczniku. Zgodnie z pkt d) ust. 5 na liczniku należy zaznaczyć rok produkcji. Wszelkie wymagane znaki i napisy powinny być wyraźne, nieusuwalne, jednoznaczne i nieprzenoszalne. Decyzja o formacie, miejscu i sposobie oznaczenia roku produkcji zależy od producenta”. Analogiczne stanowisko zawarto w opinii dotyczącej oznaczenia liczników energii czynnej Gama 300. Jednostka notyfikowana odniosła się wprost do postanowień certyfikatu MID, nie potwierdziła jednocześnie tezy o możliwości umieszczenia roku produkcji w oznaczeniu metrologicznym,

a nawet nie odniosła się do takiej możliwości. Przywołany zapis w rozdziale 5 ust. 5 pkt d) stanowi wprost, że na liczniku należy umieścić rok produkcji.

Tezy Konsorcjum o możliwości umieszczenia roku produkcji w dodatkowym oznaczeniu metrologicznym nie potwierdza również kolejny dowód w postaci oświadczenia dotyczącego oznaczenia roku produkcji liczników energii elektrycznej

Gama 100 i Gama 300 producenta liczników - Elgama Elektronika. Stwierdzono w nim jedynie, że „rok oceny zgodności każdego wyprodukowanego licznika jest równy rokowi produkcji i jest wygrawerowany na tabliczce znamionowej licznika w postaci dwóch ostatnich cyfr roku produkcji, umieszczonych w dodatkowym oznaczeniu metrologicznym” oraz, że „moment umieszczania dodatkowego oznaczenia metrologicznego jest równy momentowi produkcji”. Również to oświadczenie nie potwierdza okoliczności, na którą powołuje się Konsorcjum, że nie jest konieczne dodatkowe umieszczenie na tabliczce roku produkcji. Producent stwierdza jedynie, że rok produkcji w tym przypadku jest umieszczony w dodatkowym oznaczeniu metrologicznym, co nie było kwestią sporną w niniejszej sprawie. Nie stwierdza jednak, że oznaczenie roku produkcji w oznaczeniu zwalnia z obowiązku jego umieszczenia na liczniku. Deklaruje jednocześnie, że produkowane liczniki są zgodne z Dyrektywą MID, a to właśnie zapisy tej dyrektywy wprowadzają obowiązek umieszczenia na liczniku roku produkcji.

Z kolei zdjęcia liczników, które Konsorcjum złożyło na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20 dotyczą liczników oferowanych przez odwołującego Apator, co nie było przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie. Okoliczność, że na tych licznikach nie jest umieszczony oddzielnie rok produkcji, lecz podawany jest w kodzie kreskowym, przy tożsamy jak twierdziło Konsorcjum zapisach certyfikatu MID dla tych liczników - pozostaje zatem bez znaczenia dla oceny zarzutu kierowanego wobec liczników oferowanych przez Konsorcjum w tym postępowaniu.

Tym samym stwierdzić należy, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, treścią wskazanej powyżej normy, postanowieniami certyfikatu MID na liczniku należało umieścić oddzielnie rok produkcji, którego to wymagania Konsorcjum nie spełniło. Stanowi

to niezgodność próbki licznika z certyfikatem MID (Zasadniczymi Wymaganiami) dla badanego projektu i tym samym liczników dostarczanych zgodnie z zatwierdzonym projektem. W związku z tym, że nie jest możliwe uzupełnienie próbki (o czym stanowi pkt 4.2.1.11 SIWZ) oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ we wskazanym powyżej zakresie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

III.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne nie odrzucenie oferty wykonawcy pomimo, że oferta nie spełniała wymagań SIWZ w zakresie zgodności protokołu badania energii biernej z normą PN-EN 62053-23 oraz wymaganiami SIWZ, w tym w szczególności pkt 2.2 i 2.42 załącznika nr 1 do umowy

Powyższy zarzut, odnoszący się do przedłożonych przez Konsorcjum protokołów z badań, został również sformułowany przez odwołującego Apator w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20. Z powyższych powodów poniższa argumentacja, odnosząca się do przedstawionych zarzutów, pozostaje wspólna w obydwu sprawach.

Izba ustaliła, na podstawie akt sprawy przekazanych przez zamawiającego, że w pkt 4.2.1.11 SIWZ znalazło się wymaganie, że oferta musi zawierać m.in. po jednym egzemplarzu (wzorcu) oferowanych liczników, oraz że „dostarczona próbka zostanie poddana badaniom technicznym przez zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności ich parametrów

z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 wymagania techniczne do projektu umowy stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ”. W załączniku nr 1 określono wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń) dla liczników będących przedmiotem zamówienia oraz dokumenty

i czynności na podstawie których nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania.

W spornym zakresie zamawiający w punktach 1.1 e) i 2.1 e) oraz 1.42 i 2.42 załącznika 1 „wymagania techniczne” postawił wymagania: w pkt 1.1 e) dla liczników 1-fazowych i w pkt 2.1e) dla liczników 3-fazowych: „Liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi

w Polsce normami i przepisami tj.: PN-EN 62053-23:2006 Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego): Wymagania szczegółowe - Część 23: Liczniki statyczne energii biernej (klasa 2 i 3)” w pkt 1.42 wymagań technicznych dla liczników 1-fazowych

i w pkt 2.42 wymagań technicznych dla liczników 3-fazowych: „Liczniki muszą mieć klasę pomiaru energii biernej co najmniej 2 (zgodnie z norm PN-EN 62053-23:2006). Liczniki muszą mieć możliwość rejestracji pomiaru energii biernej w dwóch kwadrantach (Q1 i Q4). Informacja o tym, że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został poddany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym, pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej musi być zawarta w Raporcie z badań wystawionym przez jednostkę akredytowaną (laboratorium) PCA lub równoważna, potwierdzający spełnienie przez licznik wymagań normy EN 62053-23”. SIWZ w tym zakresie została zmieniona dwukrotnie: pismem z 2 stycznia 2020 r., oraz pismem z 9 stycznia 2020 r. W rezultacie tych zmian zamawiający wymagał, dla potwierdzenia spełniania wymagań opisanych w punktach 1.1 e), 2.1 e), 1.42 i 2.42, przedłożenia „Raportu z badania na zgodność z normą EN 62053-23 wydanej przez jednostkę akredytowaną”.

Dalej Izba ustaliła, że Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia wymagań, zarówno dla licznika 1 -fazowego zaoferowanego w zadaniu nr 1 i 2, jak i dla licznika 3-fazowego zaoferowanego w zadaniu nr 3 i 4 przedstawiło po pięć różnych protokołów badań, wykonanych na przestrzeni lat 2016 - 2020, przez 4 różne instytucje, na różnych próbkach liczników. Każdy z tych protokołów obejmował inną serię badanych próbek z różnych okresów produkcji i różniących się oprogramowaniem pomiarowym firmware. Poszczególne protokoły zostały przedłożone dla potwierdzenia częściowego spełniania normy EN 62053-23:2006, każdy w innym zakresie.

Ponadto zakres spełniania normy EN 62053-23:2006, objęty danym protokołem został wskazany w dokumencie wykonawcy „Ocena zgodności licznika G1M / G3M z normą IEC 62053-23” (również złożone przez odwołującego Apator jako dowody na rozprawie). W ocenie Konsorcjum przedstawione protokoły łącznie potwierdzają spełnianie normy EN 62053-23:2006 przez zaoferowany licznik. Tymczasem Konsorcjum przedstawiło raporty z testów stwierdzając, że jest to raport z testów przeprowadzonych przez akredytowane laboratorium. Dokumenty potwierdzające zgodność oferowanych liczników G1M / G3M z normą IEC 62053-23 zostały podpisane przez dr N. K., Elgama Elektronika Ltd (członek konsorcjum), który stwierdza: „Potwierdzamy poprawność i kompletność podanych deklaracji”.

Pomimo tego, że odwołujący ZPA i Apator w treści odwołania zaprezentowali liczne uwagi do poszczególnych raportów przedłożonych w postępowaniu przez Konsorcjum zamawiający, odnosząc się do przedmiotowego zarzutu stwierdził jedynie, że uznał,

że dokument wystawiony przez jednostkę akredytowaną w zakresie badania licznika

na zgodność z normą PN-EN 62053-23 jest dla zamawiającego wystarczającym potwierdzeniem dopuszczenia licznika do realizacji pomiaru rejestracji energii biernej. Stał

na stanowisku, że nie ma uprawnień do kwestionowania zakresu oraz treści wystawianych przez dane laboratorium dokumentów, gdyż jest to zadanie podmiotów, które nadawały tym laboratorium akredytację. Zdaniem zamawiającego laboratorium notyfikowane, wykonując badania, prowadzą pełną dokumentację realizowanych testów urządzeń znacznie szerszą, niż wynikowe podsumowujące badania raporty końcowe, a zamawiający nie ma dostępu do tych

szczegółowych badań.

W tym miejscu Izba zwraca przede wszystkim uwagę, że zgodnie z brzmieniem pkt 1.42 (wymagania techniczne dla liczników 1-fazowych) i pkt 2.42 (wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych) zamawiający nałożył na wykonawców wymagania, aby informacja

o tym, że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został poddany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym, pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej została zawarta w Raporcie z badań wystawionym przez jednostkę akredytowaną (laboratorium) PCA lub równoważną, potwierdzającą spełnienie przez licznik wymagań normy EN 62053-23. Wymagania SIWZ w tym zakresie są jednoznaczne i obowiązują wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Obowiązkiem zamawiającego było zatem zbadanie,

czy stosowne, wymagane w dokumentacji przetargowej dokumenty zostały przedłożone,

a zatem czy dla wszystkich wymagań opisanych w normie przedstawiono raporty z badań wystawione przez jednostkę akredytowaną. Izba dostrzegła wprawdzie, że w odniesieniu do tego wymogu w kolumnie: „Dokumenty/ czynności, na podstawie której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania” przewidziano także możliwość laboratoryjnego sprawdzenia właściwości, to jednak należy podkreślić należy, że takie badanie nie może zastąpić dokumentów, których przedłożenie było obowiązkiem wykonawcy.

Tymczasem zamawiający na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20, jako dowód mający potwierdzać, że liczniki Gama 100 i Gama 300 spełniają wymagania przedstawił protokoły sprawdzenia liczników 1-fazowych i 3-fazowych energii czynnej i biernej. Sprawdzenia dokonano w laboratorium zamawiającego, który jak zaznaczył zamawiający posiada certyfikat akredytacji, wydany przez Polskie Centrum Akredytacji (zamawiający jako dowód potwierdzający tą okoliczność przedłożył Certyfikat akredytacji laboratorium wzorującego oraz zakres akredytacji. Ponownie należy podkreślić, że badanie zamawiającego nie może zastąpić potwierdzenia wymagań, które miały zostać potwierdzone za pomocą określonych i opisanych w treści SIWZ - dokumentów. Przypomnieć należy, że wymagania opisane w SIWZ są takie same dla wszystkich ubiegających się o zamówienie podmiotów. Postanowień tych zamawiający nie może zmieniać czy interpretować po otwarciu ofert. Nawet, jeśli uznał, że wystarczające w tym przypadku będzie potwierdzenie spełnienia wymagań na podstawie badań przeprowadzonych w jego akredytowanym laboratorium

- to takie działanie na etapie oceny ofert nie może zyskać akceptacji.

W tym miejscu skład orzekający zwraca również uwagę, że zadaniem Izby nie jest zastępowanie zamawiającego w czynnościach oceny ofert, dokonywanych w postępowaniu. Tym samym to zamawiający powinien zweryfikować zasadność zarzutów, które formułowane były w odniesieniu do przedłożonych przez Konsorcjum dokumentów i do nich się ustosunkować, czego zamawiający zaniechał.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ dla zaoferowanego w postępowaniu licznika 1-fazowego i 3-fazowego należało przedstawić protokół z badań na zgodność z normą PN-EN 62053-23 i PN-EN 62052-11, potwierdzający że licznik został zaprojektowany jako licznik energii biernej i został poddany wszystkim niezbędnym sprawdzeniom technicznym pod kątem pomiaru i rejestracji energii biernej. Konsorcjum w zadaniu nr 1 i 2 zaoferowało 1-fazowy licznik Gama100 typu G1M.152 do pomiaru energii czynnej i biernej, z oprogramowaniem wewnętrznym firmware o nr 180615v1, a w zadaniu nr 3 i 4 licznik 3-fazowy GAMA300 typu G3M.144 do pomiaru energii czynnej i biernej, z oprogramowaniem wewnętrznym firmware o nr 180622v1. Oznacza to, że takie liczniki powinno przetestować na zgodność z normami w jednostce akredytowanej, a raporty z badań przedłożyć w niniejszym postępowaniu.

Konsorcjum, jako protokół z badań dla licznika jednofazowego przedłożyło zestawienie: „Ocena zgodności licznika G1M z normą IEC 62053-23” i analogicznie, dla licznika trójfazowego: „Ocena zgodności licznika G1M z normą IEC 62053-23”. Dokument ten nie jest równorzędny raportowi z badań, wydanemu przez laboratorium akredytowane. Dokumenty potwierdzające zgodność oferowanych liczników G1M / G3M z normą IEC 62053-23 zostały podpisane przez dr N. K., Elgama Elektronika Ltd. (członek konsorcjum), który stwierdza: „Potwierdzamy poprawność i kompletność podanych deklaracji”. Jak zauważył odwołujący Apator, Konsorcjum posiada swoje akredytowane laboratorium i w przypadku, gdy badanie na zgodność z normą przeprowadzone zostało przez takie laboratorium ma odmienną postać tj. posiadać godło akredytacji wraz z numerem akredytacji, z dokumentu wynika, że został przeprowadzony raport z testów (jako potwierdzenie przedłożył, jako dowód „Raport z testów nr 1390” dla licznika energii elektrycznej Gama300 UAB Elgama-Elektronika Laboratorium Kalibracyjne i Weryfikacyjne). Tym samym dokument, który przedłożyło Konsorcjum, sporządzony i podpisany przez producenta a nie przez jednostkę akredytowaną nie może być uznany jako zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający powinien, dokonując oceny oferty Konsorcjum wezwać do uzupełnienia brakujących dokumentów, czego zaniechał.

Zamawiający dostrzegł jedynie niezgodność w treści jednego z raportów (jak zauważył odwołujący ZPA wezwanie to zostało wystosowane do Konsorcjum po tym, jak odwołujący ZPA zwrócił zamawiającemu uwagę na wadliwość tego dokumentu) i wezwał Konsorcjum do uzupełnienia protokołu badania na zgodność z normą energii biernej dla licznika 3-fazowego, w odpowiedzi na co Konsorcjum przedłożyło Raport nr 2017F14-30-1255686001z 4 września 2017 r. wykonany przez SIMT - Instytut pomiarów i technologii badawczych w Szanghaju.

W stosunku do treści przedmiotowego raportu odwołujący w obu sprawach formułowali uwagi, wykazując liczne niezgodności treści przedłożonego raportu z wymaganiami SIWZ. Zamawiający również do tych zastrzeżeń nie odniósł się. Dodatkowo odwołujący Apator przedłożył jako dowód w sprawie opracowanie przygotowane przez mgr inż. M. S. (Firma Konsultingowa Kentia) - biegłego wpisanego na listę przy Prezesie Sądu Okręgowego w Gdańsku w przedmiocie „Analiza protokołów badania dołączonych do oferty konsorcjum ESMETRIC w zakresie potwierdzenia zgodności licznika Gama100 typu G1M.152 z normą PN-EN 62053-23:2006 Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) - Wymagania szczegółowe - Część 23: Liczniki statyczne energii biernej (klasa 2 i 3). Analogiczny raport został sporządzony i przedstawiony przez odwołującego dla liczników Gama300 typu G3M.144.

Dostrzec jednak należy, że opinia zlecona przez stronę procesu posiada walor dowodowy jako dokument prywatny i w tym charakterze może zostać zaliczona w poczet materiału postępowania. Oznacza to, że jak każdy dokument prywatny może mieć znaczenie dla oceny innych dowodów zaoferowanych w sprawie. W orzecznictwie zwraca się uwagę,

iż jeśli treść ekspertyzy prywatnej jest kwestionowana, a ustalenia okoliczności sprawy wymagają wiadomości specjalnych, to konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Stanowisko takie przedstawił Sąd

Apelacyjny w Warszawie w wyroku

z dnia 25 stycznia 2013 r. w sprawie I ACa 894/12 stwierdzając, iż "pozasądowa ekspertyza rzeczoznawcy sporządzona na zlecenie strony podlega ocenie sądu jako dowód z dokumentu prywatnego, a nie jako dowód z opinii biegłego." Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia

17 listopada 2010 r. w sprawie I CSK 57/10 (LEX nr 688661) uznał, iż "dowód z opinii biegłego nie może być zastąpiony przez opinię wykonaną przez biegłego na zlecenie prywatnej strony, gdyż nie jest to tryb przewidziany w kodeksie postępowania cywilnego. Opinia taka jest dokumentem prywatnym, a nie jest dowodem z opinii biegłego. Jako dokument prywatny potwierdza jedynie, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 245 k.p.c.)." Podkreśla się również, że gdy o wyborze osoby biegłego rozstrzyga jedna ze stron, która ze względów oczywistych nie może być bezstronna w swojej sprawie w sensie procesowym, to przekłada się to na wątpliwości co do bezstronności biegłego. Tym bardziej, gdy materiał badawczy określa stronę, która swobodnie udostępnia (lub nie) informacje

o okolicznościach faktycznych istotnych dla opiniowania. W takiej sytuacji: "nie można wykluczyć swobodnego "dopasowywania" opinii prywatnej do potrzeb zlecającego, "solidaryzowania się" jej autorów z poglądami zlecającego, obdarzenia go sympatią czy wreszcie motywu finansowego (skoro zlecono komuś wykonanie za wynagrodzeniem stosownego opracowania w określonym celu, zleceńbiorca może czuć się w obowiązku wykonać zamówienie, by cel ten został osiągnięty)" - tak m.in. w wyroku SO w Łodzi z 30 czerwca 2017 r., sygn. akt: III Ca 531/17.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba przeanalizowała treść wskazanej wyżej opinii traktując ją - zgodnie ze wskazanym wyżej orzecznictwem - jako rozszerzenie stanowiska odwołującego (stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń). Tym samym stwierdzić należy, że ocena dokonana przez osobę trzecią nie może w tym przypadku zastąpić badania treści raportów, które przeprowadzić musi sam zamawiający.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie zajmując żadnego stanowiska wobec wspomnianego raportu, który już raz był uzupełniany na jego wezwanie, de facto zaniechał czynności badania ofert w tym zakresie. Tym niemniej czynność ta winna zostać przez zamawiającego wykonana w ramach powtórzonej czynności badania i oceny oferty.

Za przedwczesne należy uznać domaganie się przez wykonawców odrzucenia oferty Konsorcjum z tego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Po dokonaniu takiej czynności przez zamawiającego możliwe będzie ewentualne podnoszenie zastrzeżeń co do badania zgodności treści oferty z treścią SIWZ z uwagi na nieprawidłowości w złożonych raportach.

IV.art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że wadium zostało wystawione jedynie na jednego z konsorcjantów - UAB Elgama Elektronika

Powyższy zarzut został podniesiony również w odwołaniu o sygn. akt KIO 2381/20, tym samym poniższa argumentacja odnosi się także do niniejszej sprawy.

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt 4.3 SIWZ zawarł następujące wymagania dotyczące wadium. 4.3.1 Wysokość wadium. Każdy wykonawca jest zobowiązany

do wniesienia wadium w wysokości: Zadanie nr 1 - 200 000,00 zł.; Zadanie nr 2 - 200 000,00 zł. Zadanie nr 3 - 330 000,00 zł. Zadanie nr 4 - 330 000,00 zł. 4.3.2 Forma wadium 4.3.2.1 Wadium może być wnoszone w jednej lub w kilku formach, określonych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. 4.3.2.2 W przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji lub poręczenia, gwarancja lub poręczenie powinno być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i powinno zawierać m.in. zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłacenia kwoty gwarancji lub poręczenia na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Gwarancja/ poręczenie muszą zawierać postanowienie: „Wierzytelność z tytułu niniejszej gwarancji jest nieodwołalna, bezwarunkowa i płatna na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego” Uwaga: Gwarancja lub poręczenie winny być w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy. 4.3.2.3 Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym i zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę. 4.3.2.4 Oferta wykonawcy, który nie wnieśli wadium lub wnieśli je w sposób nieprawidłowy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. 4.3.2.5

Z wniesionego wadium w pieniądzu oraz z treści gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2 - 5 ustawy Pzp musi wynikać, że wadium zabezpiecza ofertę wykonawcy złożoną w postępowaniu, którego dotyczy niniejsza SIWZ. 4.3.2.6 Wadium może wnieść osoba trzecia. 4.3.3 Termin i miejsce wniesienia wadium. 4.3.3.1 Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. 4.3.3.2 Wadium wnoszone w pieniądzu wykonawca wpłaca przelewem na następujący rachunek bankowy zamawiającego: mBank S.A., nr rachunku 19 1140 1078 0000 4077 5900 1001 z adnotacją: „Dostawa statycznych bezpośrednich

1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej”. Potwierdzenie przelewu należy dołączyć do oferty. 4.3.3.3 Za termin wniesienia wadium uważa się: (i) w przypadku wadium w formie pieniężnej - dzień i godzinę uznania wskazanego powyżej rachunku bankowego

(tj. datę faktycznego wpływu środków finansowych na konto zamawiającego) lub

(ii) w przypadku wadium w innej formie niż pieniężna - złożenie innej ważnej formy wadium

w formie elektronicznej wraz z ofertą. 4.3.3.4 Wadium winno być wniesione na okres związania ofertą wskazany w pkt 4.2.41 SIWZ.

Ponadto Izba ustaliła, że Konsorcjum złożyło w postępowaniu, wraz z ofertą gwarancję bankową (dowód złożenia wadium załączony przez zamawiającego do odpowiedzi

na odwołanie). Z treści gwarancji wynika między innymi, że zabezpiecza ona ofertę złożoną przez „Wykonawcę” - zdefiniowanego jako: UAB „ELGAMA ELEKTRONIK” i czym świadczą m.in. następujące sformułowania: UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA” [...] (firma zwana dalej Wykonawcą) [...] UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA” [...] złożyła ofertę zgodnie z SIWZ”, „jeżeli Wykonawca: (1) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy [...] (2) Jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana [...] Zobowiązujemy się zapłacić Beneficjentowi kwotę, nieprzekraczającą kwoty wspomnianej powyżej w ciągu 7 (siedmiu) dni roboczych, po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania Beneficjenta o zapłatę (w oryginale) na nasz adres siedziby, z nawiązaniem do tej gwarancji, podając przy tym, że kwota żądana przez Beneficjenta jest mu należna z powodu działań lub zaniechań Wykonawcy zgodnie z warunkami przytoczonymi powyżej”. Stwierdzić należy zatem, że treść gwarancji bankowej, w tym treść wszystkich przesłanek płatności, odnoszą się do „Wykonawcy”, którym jest UAB „ELGAMA ELEKTRONIKA”. Przy czym w treści gwarancji wadialnej przy zdefiniowanym „Wykonawcy” nie zaznaczono, że działa on jako lider, pełnomocnik czy w

imieniu własnym
i na rzecz innego podmiotu.

W kolejnych aneksach do gwarancji (których w przypadku Konsorcjum złożono pięć) pojawia się zapis „wydaliśmy na Państwa rzecz gwarancję wadialną o numerze BG150305/72 (...) zabezpieczającą UAB ELGAMA ELEKTRONIKA”. Tym samym również treść aneksów przesądza, że dokumenty złożone w postępowaniu zabezpieczają wykonawcę zdefiniowanego jako UAB ELGAMA ELEKTRONIKA.

W tym miejscu należy wskazać, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych na przestrzeni ostatnich lat można dostrzec przeciwstawne stanowiska dotyczące skuteczności wniesienia przez konsorcjum gwarancji wadialnej, w której treści nie zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum, ale jak to ma miejsce w niniejszej sprawie - jeden z członków konsorcjum. Kwestia stanowiąca istotę sporu zaistniałego w niniejszej sprawie była również przedmiotem wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17). Sąd Najwyższy rozstrzygając spór w przedmiocie wadium, wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia podkreślił, że wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające jedynie wówczas, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do aktualizacji przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Dalej zauważył, że decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta ma całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c. W powołanym wyroku Sąd Najwyższy zaakcentował również, że w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie winna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie”, o którym mowa zarówno w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując: „Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty”.

Jak wynika z powyższego, w powołanym wyroku Sąd Najwyższy nie przesądził ani o prawidłowości, ani o wadliwości wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w treści której wskazany został jedynie jeden z członków konsorcjum, lecz uznał, iż przedmiotowa okoliczność winna być rozstrzygana ad casum, poprzez całościowe badanie treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 k.c. Wniesienie wadium można natomiast uznać za prawidłowe tylko wówczas, jeżeli gwarancja daje zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium, niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się tych przesłanek - tylko wówczas wadium spełnia swoją zabezpieczającą rolę.

Zaznaczyć należy, że chociaż w stanie faktycznym sprawy stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to jednak, jak wynika z uzasadnienia wyroku, stanowisko to może zostać odniesione również do wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej. Sąd Najwyższy wskazał bowiem, że ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej, „należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej” i w uzasadnieniu wyroku odwoływał się do dorobku wypracowanego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe.

Odnosząc argumentację przedstawioną powyżej do okoliczności niniejszej sprawy, Izba uznała, że wadium zostało wniesione przez Konsorcjum w sposób nieprawidłowy

- gwarancja wadialna nie zapewniała zamawiającemu możliwości skutecznej realizacji roszczeń, gdyż nie obejmowała działań lub zaniechań każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, aktualizujących przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest bowiem, że w treści gwarancji jako wykonawcę wskazano jedynie spółkę UAB ELGAMA ELEKTRONIKA. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum również treść kolejnych aneksów stanowi potwierdzenie, że gwarancja wadialna zabezpiecza jedynie tą spółkę.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w powołanym wcześniej wyroku w sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, decydujące znaczenie dla oceny prawidłowości wniesienia wadium winna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie”, o którym mowa zarówno w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak i w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp. Przedmiotowa kwestia wymaga z kolei rozważenia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”, przy czym - jak zaakcentował Sąd Najwyższy - znaczenie decydujące ma w tej kwestii całościowa wykładnia treści gwarancji, zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c.

W okolicznościach niniejszej sprawy zasadnicze znaczenie ma więc wykładnia używanych w treści gwarancji wadialnej pojęcia „Wykonawcy”, a także zwrotu „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Z utrwalonego orzecznictwa dotyczącego reguł wykładni oświadczeń woli, o których mowa w art. 65 k.c. wynika, że przy wykładni woli stron ujętej w pisemnej umowie sens oświadczeń ustala się przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu, a

podstawowe znaczenie należy nadać językowym regułom znaczeniowym. Wykładnia poszczególnych wyrazów winna być dokonywana

z uwzględnieniem całego kontekstu, a także związków treściowych występujących między postanowieniami zawartymi w tekście. Nie można zatem przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, które pozostawałoby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi zawartymi w tekście umowy (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt IV CSK 558/08).

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, wskazać należy, że treść gwarancji wadialnej w sposób precyzyjny i jednoznaczny określała, że pod pojęciem wykonawcy rozumieć należy spółkę UAB ELGAMA ELEKTRONIKA. Świadczą o tym następujące sformułowania: „UAB ELGAMA ELEKTRONIKA (...) firma zwana d

wykonawcą” czy też „UAB ELGAMA ELEKTRONIKA (...) złożyła swoją ofertę zgodnie z SIWZ”. Co istotne, z żadnego innego fragmentu gwarancji wadialnej nie wynikało, ani wprost ani w sposób dorozumiany, że przez „wykonawcę” (oferenta przystępującego do przetargu) należy rozumieć nie tylko podmiot dokładnie oznaczony w dokumencie gwarancji wadialnej, ale również wszystkich wykonawców, z którymi ten podmiot decyduje się ubiegać o udzielenie zamówienia.

Treść gwarancji wadialnej nie tylko nie zawierała jakichkolwiek postanowień lub zwrotów, z których wynikałoby, że gwarant jest świadomy tego, że zlecający (wykonawca) działa lub może działać jako lider (lub partner). Wręcz przeciwnie, z treści gwarancji wadialnej wprost wynikało, że gwarant został poinformowany, że działa na zlecenie spółki UAB ELGAMA ELEKTRONIKA.

Oprócz tego, że w treści gwarancji wyraźnie sprecyzowano któremu podmiotowi przysługiwał status wykonawcy, treść gwarancji wadialnej definiowała także warunki zapłaty, w tym określała, za czyje zachowania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp gwarant ponosi odpowiedzialność. W treści gwarancji wadialnej wskazano, że bank zobowiązuje się zapłacić beneficjentowi żadaną kwotę w przypadku kiedy ta „jest mu należna z powodu działań i zaniechań wykonawcy”. Okoliczności, za które gwarant przyjął odpowiedzialność zostały więc w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości powiązane z określonymi zachowaniami wykonawcy zdefiniowanego jako UAB ELGAMA ELEKTRONIKA. Również w tym fragmencie gwarancji wadialnej, w której gwarant zobowiązuje się dokonać wypłaty należnej kwoty brak jakichkolwiek postanowień, z których wynikałoby, że gwarant przyjął odpowiedzialność za działania i zaniechania podmiotów, które będą ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą, albo też, że pojęcie „z przyczyn leżących pod stroniem wykonawcy” obejmuje również działania i zaniechania podmiotów, które będą ubiegać się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą. Treść gwarancji wadialnej nie zawierała również jakichkolwiek postanowień lub zwrotów, z których chociażby w sposób domniemany wynikałoby, że odpowiedzialność gwaranta została rozszerzona poza przyczyny leżące po stronie wykonawcy rozumianego jako UAB ELGAMA ELEKTRONIKA.

Zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi zawartymi w tekście stanowiącym przedmiot interpretacji, uwzględniając cały kontekst użytego zwrotu oraz związku treściowe występujące między postanowieniami. Skoro treść gwarancji wadialnej w sposób precyzyjny określała, że pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć podmiot zdefiniowany w gwarancji wadialnej UAB ELGAMA ELEKTRONIKA, a z żadnego innego fragmentu gwarancji wadialnej nie wynikało - ani wprost, ani w sposób dorozumiany, że wykonawca działa, zamierza lub może działać jako lider czy też członek konsorcjum, to językowa wykładnia sprzeciwia się uznaniu, iż gwarant przyjął odpowiedzialność nie tylko za działania i zaniechania podmiotu, który w treści gwarancji został wymieniony, ale również za działania i zaniechania innych, nieznanych sobie podmiotów, które będą wspólnie z wykonawcą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Dalej należy również zauważyć, że wykładnia postanowień umowy wymaga wzięcia pod uwagę także celu umowy i zgodnego zamiaru stron. W tym zakresie, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na akcentowany w doktrynie i orzecznictwie abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji. Zakres odpowiedzialności gwaranta jest niezależny od ukształtowania oraz treści stosunku prawnego podstawowego, tj. w okolicznościach niniejszej sprawy zakres odpowiedzialności gwaranta jest niezależny od relacji prawnej istniejącej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji ma z kolei zasadnicze znaczenie dla określenia celu umowy gwarancji i intencji stron, odnośnie osiągnięcia określonego celu. Mając na uwadze szeroki zakres odpowiedzialności ponoszonej przez gwaranta, przejawiający się w braku możliwości formułowania zarzutów ze stosunku podstawowego, gwarant w treści dokumentu gwarancji precyzyjnie określa zarówno zakres podmiotowy gwarancji (tj. za czyje działania i zaniechania odpowiada), jak i zakres przedmiotowy (tj. za jakie działania i zaniechania odpowiada). Odpowiedzialność gwaranta nie ma bowiem nieograniczonego charakteru, ponosi on wyłącznie odpowiedzialność w granicach podmiotowego

i przedmiotowego zakresu gwarancji, czyli w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią dokumentu.

W sytuacji, gdy jak w niniejszej sprawie literalne brzmienie gwarancji wadialnej nie daje żadnych podstaw do przyjęcia, iż gwarant przyjął odpowiedzialność za inne podmioty, niż podmiot określony w treści gwarancji oraz za inne przesłanki niż przyczyny występujące po stronie wykonawcy - UAB ELGAMA ELEKTRONIKA, to zgodnie z samym celem gwarancji bankowej oraz ze standardami ukształtowanymi w praktyce bankowej, wykładnia postanowień gwarancji wadialnej prowadzi do wniosku, że bank nie przyjął odpowiedzialności za działania i zaniechania innych podmiotów, które będą wspólnie z wykonawcą ubiegać się o udzielenie zamówienia. Dokonywanie wykładni treści gwarancji wadialnej w taki sposób jak chce tego Konsorcjum, skutkowałoby bowiem rozszerzeniem odpowiedzialności gwaranta poza podmiotowy oraz przedmiotowy zakres gwarancji, w sposób, na który sam gwarant, pomimo że jest stroną zawartej umowy, nie miałby wpływu.

Przystępujący powoływał się także na okoliczność, że w treści dokumentu wskazane jest, że ta podlega Jednolitym regułom dla gwarancji płatnych na żądanie (URDG), wersja z 2010 r., publikacja ICC nr 758 (publikację tą w całości złożył jako dowód odwołujący Apator). Swoją argumentację w tym zakresie rozszerzył w piśmie procesowym z 18 listopada 2020 r. Nie ulega wątpliwości, gdyż nie było to sporne w niniejszej sprawie, że oceniając skuteczność żądania beneficjenta na podstawie gwarancji należy brać od uwagę jej treść, w kontekście treści prezentacji, gwarancji, jak też zasad wynikających z URDG. Analiza zapisów tych zasad, w świetle zapisów gwarancji wystawionej przez Luminor bank nie wskazuje jednak, jak twierdzi Konsorcjum, że gwarancja

ta, wraz z aneksami zabezpiecza skutecznie jego ofertę.

Przed wszystkim należy odnieść się do następujących zapisów URDG. Zgodnie z art. 5 URDG gwarancja jest ze swojej natury niezależna od źródłowego stosunku umownego oraz od zlecenia, a gwarant nie jest w żaden sposób powiązany lub związany tym stosunkiem. Przesądza to, że gwarancja jest niezależna od źródłowego stosunku tj. umowy konsorcjum łączącej wykonawców. Oznacza to też tyle, że treść gwarancji określa jej przedmiotowy i podmiotowy zakres i nie może on być rozszerzony w oparciu o inne dokumenty, w tym przypadku dodatkowe ustalenia pomiędzy członkami konsorcjum.

Ponadto, art. 19 URDG (lit. a i b) stanowi, że gwarant rozpatrując żądanie ustala, na podstawie samej prezentacji, czy na jej przedniej stronie wydaje się być zgodną prezentacją. Dane zawarte w dokumencie wymaganym przez gwarancję są badane w kontekście tego dokumentu, gwarancji i tych zasad. Tym samym żądanie może zostać uznane za niezgodne również w sytuacji, gdy w treści gwarancji wskazano wyłącznie jeden podmiot, podczas gdy gwarancja zabezpieczać ma działania i zaniechania podmiotów, które wspólnie ubiegają się o zamówienie, a nie zostały w treści gwarancji wymienione. W tym kontekście zapis art. 17 lit. e URDG, wskazujący okoliczności kiedy żądanie może być uznane za niezgodne, nie może być interpretowane w oderwaniu od zapisów wynikających z art. 19 URDG.

Ponadto, Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu zwrócił również uwagę, że wykładając treść gwarancji pod uwagę należy wziąć również ustalone zwyczaje i praktykę. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że do udzielenia gwarancji bankowej nie dochodzi automatycznie. Bank wystawiający taką gwarancję nie ma obowiązku jej udzielania w każdym przypadku. Praktyka rynku bankowego jest bowiem taka, że przed podjęciem decyzji

o udzieleniu gwarancji, bank dokładnie bada ryzyko, z jakim związane jest takie działanie, wymagając od wnioskodawcy przedłożenia szeregu dokumentów, w tym związanych

z sytuacją ekonomiczną oraz zdolnością do wykonania kontraktu przez wykonawcę, którego udział w przetargu ma zostać zabezpieczony gwarancją. To z kolei wpływa na ocenę czy

w danym przypadku bank udzieli gwarancji czy też może zażąda od wnioskodawcy ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia. Wpływa to również na wysokość wynagrodzenia, które z tytułu udzielenia gwarancji pobierze bank. Nie ulega wątpliwości, że ryzyko wstąpienia przesłanek aktualizujących zatrzymanie wadium, przedstawia się odmiennie, zależnie od tego czy bank przejmuje odpowiedzialność za działania i zaniechania jednego podmiotu, czy też większej ilości wspólnie działających podmiotów. Na etapie podejmowania przez bank decyzji, czy gwarancja zostanie udzielona, ma więc znaczenie nie tylko okoliczność za jakie działania i zaniechania bank przejmuje odpowiedzialność, ale także za czyje działania bank będzie odpowiadał. Z tego względu, zgodnie z praktyką bankową wykładnia treści gwarancji winna prowadzić do wniosku, iż treść gwarancji odzwierciedla zarówno przedmiotowy, jak też podmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta.

W ocenie Izby na skuteczność gwarancji zapłaty wadium nie ma natomiast wpływu solidarny charakter obowiązków obciążających wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Okoliczność, że podmiot, za którego działania lub zaniechania przyjął odpowiedzialność gwarant jest w ramach stosunku podstawowego współudziałnikiem solidarnym, nie może stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji (tak: wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku Wydział XII Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII 555118). Zasada odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia ma znaczenie jedynie w stosunku podstawowym,

tj. na płaszczyźnie relacji między wykonawcami a zamawiającym. Nie kształtuje jednak relacji prawnych z podmiotami trzecimi, do których należy bank udzielający gwarancji (gwarant). Okoliczność, iż obydwa podmioty, wspólnie ubiegające się o zamówienie ponoszą względem zamawiającego solidarną odpowiedzialność nie oznacza, iż odpowiedzialność gwaranta automatycznie zostaje rozszerzona na takie sytuacje. Dzieje się tak wyłącznie, gdy z treści gwarancji wadialnej wynika, iż gwarant przyjął odpowiedzialność za takie okoliczności. Z kolei treść gwarancji wadialnej wystawionej przez Luminor Bank nie daje podstaw do przyjęcia,

że odpowiedzialność gwaranta została rozszerzona poza przyczyny leżące po stronie jednego z członków konsorcjum - UAB ELGAMA ELEKTRONIKA.

Ponadto z ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli oraz z utrwalonego orzecznictwa i doktryny wynika, że dla wykładni oświadczenia woli istotne jest ustalenie chwili miarodajnej dla oceny stanu podlegającego wykładni, za którą uznać należy chwilę składania i odbierania oświadczeń woli. Wykładni podlega zatem rzeczywisty zamiar i wola stron w dacie złożenia kwestionowanych oświadczeń woli, a nie to, jak strony rozumiały oświadczenia czy interpretowały je później na skutek zmiany okoliczności, a w szczególności w razie powstania między nimi sporu. Dla wykładni treści gwarancji wadialnej istotny jest więc moment jej udzielenia, a nie składane w późniejszym terminie oświadczenia.

W okolicznościach niniejszej sprawy, gwarancja wadialna została udzielona przez Luminor Bank 3 lutego 2020 r. Samo pełnomocnictwo konsorcjalne, które Konsorcjum złożyło jako dowód w niniejszej sprawie zostało udzielone później - 5 lutego 2020 r. Co więcej treść pełnomocnictwa wskazuje jedynie, że każdy pełnomocnik upoważniony jest do „wniesienia wadium wymaganego przez zamawiającego w postępowaniu”, nie zaś do pozyskania tego wadium. Tym samym w dacie udzielenia gwarancji wadialnej, tj. na dzień 3 lutego 2020 r. spółka UAB ELGAMA ELEKTRONIKA nie był jeszcze prawidłowo umocowana do działania w imieniu i na rzecz drugiego członka konsorcjum, co stanowi kolejną okoliczność wykluczającą rozszerzoną interpretację treści gwarancji wadialnej, a w konsekwencji wykluczającą wywodzenie z gwarancji wadialnej skutków prawnych dla obydwu członków Konsorcjum. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum również z treści samej umowy konsorcjum nr 01/12/2019/ADDPL, zawartej 16 grudnia 2019 r. (§2 ust. 2.1. lit. d) czy też załącznika nr 1 do umowy (pkt 1.2.2 tiret 3) nie wynika, że uczestnik konsorcjum - UAB ELGAMA ELEKTRONIKA zobowiązany został do pozyskania wadium w niniejszym postępowaniu. Po pierwsze zapisy umowy nie odnoszą się do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a ponadto mowa jest w niej nie o pozyskaniu, ale o zobowiązaniu do wniesienia wadium.

W tym kontekście złożone 6 października 2020 r. przez bank Luminor oświadczenie, z którego wynika, że udzielając gwarancji na rzecz UAB ELGAMA ELEKTRONIKA, jak też dokonując przedłużenia ich ważności stosownymi aneksami, zadeklarował realizację wszystkich wskazanych w ich treści zobowiązań wobec beneficjenta

- pozostaje bez znaczenia dla wykładni treści gwarancji, dokonywanych na dzień jej złożenia. Oświadczenie to nie może stanowić dowodu na to, że oferta została zabezpieczona wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, gdyż wykładni podlega wyłącznie treść gwarancji w chwili, kiedy została udzielona na rzecz UAB ELGAMA ELEKTRONIKA.

Argumentacja Konsorcjum, że nie ma wpływu na regulacje prawne i wewnętrzne, które określają zasady funkcjonowania danego banku, stąd nie mógł mieć wpływu na to w jaki sposób określono podmiot w treści gwarancji - jest w tym przypadku w ocenie Izby nietrafiona. Jak wykazał odwołujący Apator praktyką banku Luminor Bank jest, że w przypadku gdy posiada wiedzę odnośnie tego, że po stronie podmiotowej występuje nie jeden, ale kilka podmiotów, wymienia wszystkie te podmioty w treści gwarancji bankowej (dowód odwołującego Apator - gwarancje wadialne z 7 września 2020 r., w której bank Luminor Bank wymienił, jako podmioty na rzecz których udzielono gwarancji: UAB ELGAMA ELEKTRONIKA i Esmetric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa).

Niezależnie od powyższego dostrzec należy, że treść gwarancji wadialnej, złożonej przez Konsorcjum budzi wątpliwości jeszcze z tego powodu, że stanowi ona o ofercie, która została już złożona w postępowaniu. Użyty zwrot „UAB ELGAMA ELEKTRONIKA (...)” złożyła swoją ofertę zgodnie z SIWZ”, świadczy o tym, że bank deklaruje zabezpieczenie oferty, która w dacie wystawienia gwarancji została już złożona, a co więcej jest zgodna z SIWZ. Okoliczność taka nie miała miejsca w niniejszej sprawie. Takie sformułowanie może budzić wątpliwości z tego powodu, że w niektórych przypadkach zamawiający może mieć trudności z zaspokojeniem się z treści przedmiotowej gwarancji. Skoro bowiem oferta, co wynika z treści gwarancji wadialnej jest zgodna z SIWZ, to nie może zaistnieć przesłanka dotycząca wadliwości oferty.

Z powyższych powodów należało uznać, że wadium nie zostało wniesione lub wniesione zostało w sposób nieprawidłowy, co skutkuje uznaniem, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

V.art. 89 ust. 1 pkt 7b poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, że wykonawca ten nie wniósł wadium w formie elektronicznej

Odwołujący Apator podnosił przedmiotowy zarzut, formułując zastrzeżenia co do formy wniesienia wadium zwracając jednocześnie uwagę na dodatkowe okoliczności i naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podnosił dodatkowo, że Konsorcjum nie wniósł wadium przed terminem składania ofert oraz nie przedłużyło ważności wadium w terminie, przez co nastąpiło przerwanie zabezpieczenia oferty wadium w zakresie poszczególnych zadań. Z uwagi na zbieżność zarzutów - Izba odniesie się w tym miejscu także do kwestii podnoszonych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20.

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt 4.2.1.8 SIWZ wymagał aby wraz z ofertą wykonawcy przedstawili „Dowód wniesienia wadium, zgodnie z postanowieniami pkt 4.3.3.2 i 4.3.33 SIWZ”. Natomiast zgodnie z pkt 4.3.3.3 SIWZ: „Za termin wniesienia wadium uważa się: (i) w przypadku wadium w formie pieniężnej - dzień i godzinę uznania wskazanego rachunku bankowego (tj. datę faktycznego wpływu środków finansowych na konto zamawiającego) lub (ii) w przypadku wadium w innej formie niż pieniężna - złożenie innej ważnej formy wadium w formie elektronicznej wraz z ofertą”. Na konieczność złożenia wadium w formie elektronicznej zwrócono również uwagę w pkt 4.3.2.2 SIWZ: „Uwaga: Gwarancja lub poręczenie winny być w postaci elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy”.

Nie jest sporne w niniejszej sprawie, że Konsorcjum wraz z ofertą złożyło gwarancję w postaci elektronicznych kopii dokumentów gwarancji wystawionych w formie pisemnej (papierowej), poświadczonych przez notariusza. Dokumenty te nie zostały podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym ich wystawcy. Ponadto, w celu przedłużenia ważności wadium w ramach każdego z zadań, złożyło jednocześnie aneks nr 1 i 2, wszystkie przedłużające ważność wadium do tej samej daty, tj. 3 sierpnia 2020 r. Wszystkie przedłożone aneksy również stanowią jedynie notarialne elektroniczne kopie dokumentów sporządzonych w wersji pisemnej (papierowej). W celu kolejnego przedłużenia ważności wadium w ramach każdego z zadań Konsorcjum złożyło aneks nr 3, przedłużający ważność wadium do tej samej daty, tj. 26 września 2020 r. Również ten aneks jest jedynie notarialną elektroniczną kopią dokumentu sporządzonego w wersji pisemnej (papierowej). Co do aneksów nr 4 i 5 - sytuacja była analogiczna. Konsorcjum przedłużyło ważność wadium dla wszystkich zadań do tej samej daty, określonej na 26 listopada 2020 r.

Nie ulega wątpliwości, że dokumenty przedłożone jako wadium oraz aneksy przedłużające ważność gwarancji bankowej są jedynie kopiami, zaś dokument wadium nie posiada formy elektronicznej. Konsorcjum nie wypełniło zatem wymagań SIWZ w zakresie, w jakim ta precyzyjnie wskazywała w jakiej formie należy złożyć dokument gwarancji.

W toku postępowania odwoławczego Konsorcjum podniosło, że niedochowanie właściwej formy wynikało z przyczyn niezawinionych przez samego wykonawcę. Bank

- Luminor Bank, który był wystawcą gwarancji poinformował zamawiającego o tym, że z uwagi na regulacje wewnątrz bankowe i przepisy prawa litewskiego nie wystawiane są gwarancje w formie wymaganej w treści SIWZ, na rzecz podmiotów spoza Estonii i Litwy. Przy czym na etapie ubiegania się o zamówienie Konsorcjum nie sygnalizowało zamawiającemu, aby miało jakikolwiek problem z pozyskaniem dokumentu wadium.

Przypomnieć należy, że odwołujący jako podmiot profesjonalny, zobowiązany był do działania z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 §2 kc), która uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności. Wobec trudności w pozyskaniu dokumentu nie zwrócił się do zamawiającego z prośbą o zmianę postanowień SIWZ, uzasadniając wadliwość co do formy złożonego dokumentu trudnościami obiektywnymi, leżącymi po stronie banku

- gwaranta. W końcu nie dochował także należytej staranności i nie złożył gwarancji bankowej w postaci, która była wymagana w świetle postanowień SIWZ.

Zamawiający argumentował w treści odpowiedzi na odwołanie, że Konsorcjum dostarczyło gwarancję wadialną w takiej formie, która zapewniała pełną skuteczność udzielonego zabezpieczenia. Wielokrotnie podkreślał i deklarował w odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie, że zarówno sam oryginał gwarancji, jak też poszczególne aneksy zostały złożone zamawiającemu w terminach, które zapewniały ciągłość udzielanego zabezpieczenia oferty wadium, w każdym z zadań. Zamawiający przedłożył szereg dokumentów, które miały potwierdzać złożenie oryginałów, w tym między innymi w postaci korespondencji mailowej

z której wynikało, że w określonych terminach składane były poszczególne aneksy.

Na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 2381/20 przyznał jednak, że nie jest w stanie wykazać, ani też ustalić kiedy aneks nr 4 został mu przedłożony w oryginale. Niezależnie od powyższego jednak, w jego ocenie, dokumentem który potwierdza fakt przedłużenia ważności gwarancji jest aneks nr 5, gdyż to on przedłuża termin ważności wadium.

Zamawiający stwierdził, że pismo złożone przez Konsorcjum, załączone do aneksu nr 5 stanowiło wyjaśnienie z jakich powodów przygotowane zostały jednocześnie aneksy nr 4 i nr 5 (złożone przez zamawiającego jako dowód). Z treści tych wyjaśnień wynikało, że powodem sporządzenia dwóch, w miejsce jednego, aneksów do gwarancji jest następująca okoliczność: cyt. „Uczestnik Konsorcjum wystąpił do Luminor Bank AS w Tallinie w Estonii (kod firmy: 11315936), reprezentowany przez Luminor Bank AS Oddział Litewski w Wilnie na Litwie o sporządzenie i przekazanie aneksów do pierwotnie wystawionych przez ten Bank gwarancji bankowych zabezpieczających wadium we wszystkich 4 zadaniach w przedmiotowym na wstępie postępowaniu”. Dalej informował, że w treści aneksu nr 4 znalazł się niewłaściwy kod firmy, a że niemożliwe było sprostowanie tego kodu w inny sposób niż sporządzenie kolejnego aneksu - taki został w systemie bankowym wystawiony.

Jakkolwiek w ocenie Izby powyższe pozostaje bez znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu dowodzi jednak dowolności, z jaką zamawiający podchodzi do oceny złożonych ofert, pomimo ustalonych przez siebie w treści SIWZ wymagań. Pomimo, że w treści SIWZ sam ustanowił określone wymagania co do formy, w której wadium powinno zostać złożone, akceptuje sytuację w której jeden wykonawca wymaganej formy nie dochował. Twierdził przy tym, co wynika z odpowiedzi na odwołanie, że zarówno oryginał gwarancji, jak też wszystkie aneksy zostały zamawiającemu przekazane we właściwych terminach.

W efekcie akceptuje sytuację, w której pomimo, że nie potrafi ustalić kiedy wpłynął do zamawiającego aneks nr 4 – twierdzi, że jego treść pozostaje bez wpływu na skuteczność zabezpieczenia oferty Konsorcjum wadium.

Izba zwraca ponownie uwagę, że w sytuacji w której zamawiający określa w treści SIWZ szczegółowe wymagania, jak to miało miejsce w tym przypadku, zobowiązany jest na etapie badania i oceny złożonych ofert przestrzegać ustanowionych przez siebie reguł. Dostrzec należy, że przyjmując jako prawidłowe wadium złożone przez Konsorcjum pominął zupełnie okoliczność, że inni wykonawcy, ubiegający się o to zamówienie spełnili wymagania co do formy. Jej dochowanie niejednokrotnie wiązało się dla nich z dodatkowymi trudnościami w postaci znalezienia takiego podmiotu, który wystawi gwarancję w odpowiedniej formie, jak też ponosząc dodatkowe koszty z tym związane. Działanie zamawiającego narusza zatem wyrażoną w ustawie Pzp zasadę opisaną w art. 7 ust. 1, nakazującą równe traktowanie wykonawców.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty odwołujących ZPA i Apator, odnoszące się do niewłaściwej formy wadium - potwierdziły się. Uznać tym samym należy, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W toku postępowania odwoławczego potwierdziły się zarzuty odwołującego dotyczące nieprawidłowego badania przez zamawiającego ofert we wszystkich częściach, które kwestionował odwołujący. Za nieuprawnione należało uznać odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadania drugiego, co spowodowało, że zamawiający dokonał wyboru kolejnej oferty złożonej w postępowaniu. Gdyby zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez ZPA, natomiast odrzucił ofertę Konsorcjum, wynik oceny ofert, dokonany zgodnie z kryteriami byłby inny. Z kolei, w przypadku zadań trzy i cztery, odrzucenie oferty Konsorcjum, również spowodowałoby sytuację, w której oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a tym samym miałby on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Z powyższych powodów zarzut naruszenia tego przepisu należało uznać za zasadny.

Odwołanie o sygn. akt 2381/20

Odwołanie na czynności zamawiającego, podjęte w postępowaniu, w zakresie dotyczącym badania i oceny ofert dokonanych przez zamawiającego złożył wykonawca Apator.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje w części na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Apator w zadaniu 3 i 4 pomimo, że odpowiadała ona treści SIWZ

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII SIWZ - Informacje uzupełniające zamawiający w pkt 7.3.4 opisał w jaki sposób przebiegała będzie procedura badania próbek (wzorców). Zgodnie z pkt 1 przedstawiciele wykonawcy mogą uczestniczyć (jako obserwatorzy) w badaniach technicznych, mających na celu potwierdzenie zgodności oferowanej próbki urządzenia

z wymaganiami określonymi w SIWZ. 2. Zamawiający dopuszcza możliwość uczestnictwa podczas badań w roli obserwatorów maksymalnie dwóch przedstawicieli wykonawcy, których obecność zostanie odnotowana w protokole z badań. 3. Przedstawiciele wykonawcy powinni przedstawić zamawiającemu w dniu badań stosowne pełnomocnictwo. 4. O terminie i miejscu przeprowadzenia badań próbek zamawiający zawiadomi indywidualnie poszczególnych wykonawców, z co najmniej 7 -dniowym wyprzedzeniem w formie pisemnej lub mailowej

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na rozprawie w dniu

18 listopada 2020 r. Izba ustaliła, że zamawiający sporządził cztery protokoły z badania technicznego próbek liczników złożonych w postępowaniu przez Apator. Jak wynika z ich treści badanie odbyło się 11 marca 2020 r.

W części 3 i 4 badaniu poddany został, zgodnie z informacją w protokole z badania: Licznik statyczny energii elektrycznej czynnej. Typ NORAX 3. Zakres przeprowadzonego badania opisano w następujący sposób: „Zgodnie z wymogami zawartymi w załączniku nr 1 do załącznika nr 5 do SIWZ - Wymagania techniczne dla statycznych bezpośrednich

3-fazowych liczników energii elektrycznej”. W zakresie, w jakim zamawiający oceniał zgodność treści oferty Apator z treścią SIWZ tj. wymagania opisanego w pkt 2.6. załącznika nr 1 do umowy zamawiający w tabeli w kolumnie: Wymagania techniczne liczniki 3-fazowe wpisał: Liczniki muszą posiadać plomby wykonane z tworzywa sztucznego, na których są nałożone cechy zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Przez pojęcie plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające. W przypadku oferowania licznika w obudowie monolitycznej

dopuszcza się zastosowanie plomb hologramowych, gdy takie rozwiązanie przewiduje Certyfikat badania typu/ projektu (MID) dla tego licznika. Miejsce nałożenia cech zabezpieczających musi być określone przez producenta w Certyfikacie badania typu/ projektu (MID). Nie dopuszcza się dostarczenia liczników bez nałożonych plomb zabezpieczających. Z kolei w kolumnie: Dokumenty i czynności, na podstawie której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania zamawiający wpisał: badanie techniczne licznika. W uwagach z kolei wpisano „nie spełnia”, bez wskazania dodatkowego uzasadnienia.

Z treści protokołów wynika również, że podczas badania obecni byli przedstawiciele wykonawcy - dwie osoby posiadające stosowne pełnomocnictwa, co zostało odnotowane poprzez złożenie podpisów.

Odwolujący obecny podczas badania stwierdził, co podniósł następnie w odwołaniu, że badanie wzorców licznika zostało przeprowadzone przez zamawiającego w sposób niewłaściwy. W jego ocenie badanie powinno się odbyć na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika, będącego w pozycji pionowej i zasilanego napięciem. Wymaganie dotyczy bowiem licznika pracującego na sieci, stąd i przeprowadzone badanie powinno odwzorowywać warunki pracy licznika. Tymczasem przeprowadzono je na liczniku trzymanym w rękach, w pozycji poziomej i polegało na wprowadzeniu drutu plombowego w otwory przy plombowanej śrubie w sposób, który umożliwiał możliwość manewrowania i osiągnięcia zamierzonego celu.

Izba uznała zarzuty odwołującego w tym zakresie za zasadne. Aktualne pozostają rozważania Izby w zakresie odnoszącym się do czynności badania złożonych próbek, zawarte w stanowisku odnoszącym się do badania próbki złożonej przez odwołującego ZPA. Ponadto pomimo, co podkreślał zamawiający na rozprawie, że badanie ofert jest czynnością jednostronną, dotyczy bowiem oceny ofert pod względem ich zgodności z treścią SIWZ oraz kryteriami oceny ofert a te czynności zastrzeżone są dla zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że sam przebieg badania, który jak w niniejszej sprawie ma wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu, może być przez odwołującego kwestionowany zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający przewidział obecność przedstawicieli wykonawcy podczas badania. W tym przypadku sam jego przebieg ma bowiem istotne znaczenie dla stwierdzonych przez zamawiającego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z wymaganiem, opisanym w pkt 2.6. załącznika nr 1 do umowy, zabezpieczenie licznika miało chronić przed ingerencją, która umożliwiłaby nielegalny pobór energii elektrycznej. Zamawiający z kolei przeprowadził badanie próbek w sposób, który nie miał nic wspólnego z warunkami, w jakich licznik pracuje. Stąd takie badanie nie mogło prowadzić do twierdzenia, że taki nielegalny pobór energii jest możliwy. Należy zgodzić się z odwołującym, że w warunkach, w jakich badanie się odbywało, z łatwością osoba przeprowadzająca badanie miała możliwość takiego manewrowania przewodem, aby uzyskać dostęp do czynnych części zacisków, dowodząc tezie, że możliwy jest dostęp do czynnych części zacisków.

W analogiczny sposób, okazując próbkę licznika na rozprawie zamawiający, prezentując w jakiś sposób możliwe jest uzyskanie dostępu do czynnych części zacisków używał przygotowanego wcześniej, zagiętego drucika. Izba stwierdziła, że trzymając licznik

w rękach w sposób łatwy można osiągnąć cel. Mając możliwość ustalenia w jaki sposób należy manewrować zagiętym przewodem - można uzyskać dostęp do czynnych części zacisków.

Z tych powodów należało uznać za słuszne zastrzeżenia sformułowane przez odwołującego. Jeśli wymaganie zamawiającego, sprecyzowane w pkt 2.6. załącznika nr 1 dotyczyło zabezpieczenia licznika przed ingerencją, która miała w efekcie umożliwić nielegalny pobór energii to, aby sprawdzić czy zostało ono spełnione, należało badanie przeprowadzić w taki sposób, aby możliwa była jego weryfikacja, a więc na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika, będącego w pozycji pionowej i zasilanego napięciem.

Zamawiający, jako dowód mający potwierdzać, że możliwy jest nielegalny pobór energii, przedstawił film na którym prezentował licznik w warunkach rzeczywistych. Widać na nim, że po włożeniu igły w przestrzeń przy dolnej śrubie, można w sposób nielegalny pobierać energię elektryczną (co potwierdza fakt, że podpięta żarówka świeci). Izba oceniając ten dowód wzięła przede wszystkim pod uwagę, że film, który jak wskazał zamawiający został przygotowany na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego nie został wykonany w procedurze badania próbki. Tym samym jego wartość dowodowa jest znikoma.

Zamawiający winien dokonywać oceny ofert w sposób transparentny i zgodny z zasadami, które sam ustanowił w treści SIWZ. Ponownie wskazania wymaga, że pkt 7.3.4 ppkt 1 SIWZ przewidywał, że przedstawiciele wykonawcy mają prawo uczestniczyć (jako obserwatorzy) w badaniach technicznych, mających na celu potwierdzenie zgodności oferowanej próbki urządzenia z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zatem czynność badania próbki, która prezentowała, że możliwy jest nielegalny pobór energii powinna być dokonana przy udziale wykonawcy. Należy podkreślić ponownie, że pierwotne badanie, z uwagi na warunki w jakich zostało przeprowadzone, tej okoliczności nie potwierdziło.

Ponadto, jak słusznie zauważył odwołujący nie wiadomo w jakich okolicznościach zostało przeprowadzone badanie prezentowane na filmie, w szczególności ile prób zamawiający przeprowadził, aby uzyskać określony efekt. Na filmie nie widać również,

że poprzez takie działanie możliwy jest dostęp do zacisków, ale uzyskuje się dostęp do przewodów. Dostrzec również należy, że w wyniku czynności zamawiającego przewód został wielokrotnie pokłuty, widoczne są również uszkodzenia kołnierza wejścia do zacisku (co pokazuje również zdjęcie złożone przez odwołującego jako dowód i co stwierdził skład orzekający po okazaniu próbki przez zamawiającego na rozprawie). Tym samym stwierdzić należy, że dokonywany w taki sposób nielegalny pobór energii mógłby pozostawić ślady i to nie tylko na przewodach, ale też na liczniku, a w konsekwencji być podstawą dla stwierdzenia, że miała miejsce nieuprawniona ingerencja, a w konsekwencji licznik zostałby poddany badaniom.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że czynności, dokonane przez zamawiającego w toku badania ofert nie potwierdzają okoliczności, którą wskazał zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty, że możliwy jest „dostęp do czynnych zacisków (...) co może skutkować świadomym działaniem, polegającym na próbie pobierania energii elektrycznej”.

Ponadto, jak wynika z dowodów przedstawionych przez odwołującego na rozprawie zamawiający, na podstawie analogicznych zapisów w dokumentacji przetargowej uznawał, że liczniki oferowane przez odwołującego spełniają wymagania opisane w SIWZ. Odwołujący przedłożył między innymi: zestawienie postępowań organizowanych przez zamawiającego od 2016 r. w analogicznym przedmiocie, w których stawiano wymóg o tym samym brzmieniu, który sformułowano w niniejszej SIWZ (5 postępowań, w których termin składania ofert wyznaczono w latach: 2016, 2017 i 2018); protokoły kontroli odbiorczej liczników Norax 3,

w których potwierdzono, że spełnione zostało sporne wymaganie (protokół 69/2020 z 8 lipca 2020 r.); protokołów badania technicznego licznika, w których zamawiający potwierdzał spełnienie wymagań (3 protokoły z września 2018 r.).

Wyjaśnienia zamawiającego, że dostrzeżone wady zostały zauważone dopiero podczas badania próbek w tym postępowaniu stąd uznać należy raczej, że oferta odwołującego już wcześniej powinna zostać odrzucona budząc zdziwienie o tyle, że skoro zamawiający stwierdził wadę w budowie liczników oferowanych przez Apator, która jak sam stwierdził w informacji o odrzuceniu oferty „stwarza możliwości porażenia prądem elektrycznym dla personelu OSD” to taka wada zostałaby zidentyfikowana wcześniej podczas eksploatacji liczników. Tymczasem nic takiego nie miało miejsca, co przyznał sam zamawiający na rozprawie.

Fakt, że odwołujący zaczął modyfikować oferowane liczniki po tym, jak zamawiający skierował do niego pismo w marcu 2020 r. (na dowód przeprowadzonych przez Apator modyfikacji zarówno zamawiający, jak Konsorcjum przedstawili: zdjęcia próbek składanych przez odwołującego w innych postępowaniach, organizowanych przez Innogy Operator i PGE Dystrybucja na których widać modyfikacje licznika Norax1 i Norax 3), w którym to piśmie zwracał uwagę na możliwość włożenia drutu plombowego w otwory świadczący jedynie o tym, że odwołujący udoskonalał swoje rozwiązania w taki sposób, aby jak najlepiej odpowiedzieć na potrzeby rynku, w tym przypadku zamawiającego. Z pewnością nie przesądza to, że sam dostrzegł wady w swoim rozwiązaniu a już z pewnością okoliczność ta nie potwierdza, że zasadne było odrzucenie oferty Apator z tego powodu, że oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań SIWZ, a zatem jest decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była zasadna.

Izba orzekając wzięła również pod uwagę dowody przedłożone przez odwołującego w postaci oświadczeń złożonych przez podmioty, które jak wskazano w ich treści wykonywały na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. usługę instalacji liczników energii elektrycznej, polegającą na zawieszeniu licznika na tablicy licznikowej, połączeniu przewodów zasilających, założeniu plomb OSD na osłonce skrzynki zaciskowej w których podmioty te stwierdzają, że nie występują przypadki wprowadzenia przewodów poza zaciski (wystawione przez Amper Instalatorstwo Elektryczne, Pafal, Tri-Medica, Rostel - Servis). Wprawdzie zamawiający kwestionował ten dowód, składając oświadczenie, że od 2017 r. nie łączy Tauron Dystrybucja S.A. żadne umowy z trzema, spośród czterech podmiotów, Izba przyjęła wyjaśnienia odwołującego, że stroną umowy zlecającą te czynności jest w tym przypadku nie Tauron Dystrybucja S.A. a Tauron Dystrybucja Pomiary Sp. z o.o. Ponadto dowód ten przedłożony został na okoliczność, że nie stwierdzone zostały dotychczas przypadki wprowadzenia przewodów poza zaciski, a zamawiający w tym zakresie nie przedłożył dowodu przeciwnego.

Ponadto z treści opinii sporządzonej przez dr inż. M. W. - Wydział Elektroniki i Automatyki Politechniki Gdańskiej (dowód przedłożony przez odwołującego na rozprawie) wynika, że licznik Norax3 został wykonany zgodnie z normami i nielegalny pobór energii oraz niebezpieczeństwo porażenia prądem elektrycznym, przy założeniu jego montażu i używania zgodnie z instrukcją, jest niemożliwe. Autor opinii stwierdza ponadto, że jakkolwiek możliwe jest włożenie do otworu po obu stronach dolnej śruby mocującej osłonę skrzynki zaciskowej (przy założonej plombie), co teoretycznie może stworzyć warunki do porażenia prądem, to samo wprowadzenie drutu nie jest równoważne z możliwością wpięcia przewodu elektrycznego w zacisk i próbą nielegalnego poboru energii. Z treści opinii wynika również wniosek, że sama konstrukcja licznika i jego zainstalowanie w skrzynce licznikowej w pozycji pionowej, jak też okoliczność, że osłona skrzynki zaciskowej nie jest przezroczysta - utrudniają trafienie we właściwy zacisk. Jeśli już to wymagałoby to wielu prób. Z kolei każda taka manipulacja powodowałaby pozostawienie śladów. Izba uznała ten dowód za wiarygodny, potwierdzający tezę, że badanie przeprowadzone przez zamawiającego odbywające się w warunkach nie mających związku z pracą licznika – zostało przeprowadzone w sposób wadliwy. Ponadto próba polemiki z treścią tej opinii, podejmowana przez zamawiającego i Konsorcjum sprowadzała się do twierdzeń, że Politechnika Gdańska nie posiada akredytacji do przeprowadzania tego typu badań i kwestionowania poszczególnych twierdzeń. Ani jednak zamawiający ani przystępujący nie przedstawili żadnych dowodów, które przeczyłyby wnioskowi w niej zawartym. Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że opinia ta ma taki walor, że potwierdza, iż samo włożenie przewodu w otwór po obu stronach dolnej śruby mocującej osłonę skrzynki zaciskowej (przy założonej plombie), nie powoduje jeszcze możliwości nielegalnego poboru energii, a tak brzmiało uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez Apator.

Mając zatem na uwadze, że badanie próbki, dokonane przez zamawiającego nie potwierdziło, że ingerencja zamawiającego tj. włożenie przewodu w otwór, który widoczny jest po obu stronach dolnej śruby po pierwsze umożliwia dostęp do czynnych części zacisków będących pod napięciem, a ponadto że możliwy jest w ten sposób nielegalny pobór energii elektrycznej, już tylko z tego powodu uznać należało, że zasadny jest zarzut podnoszony przez odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, odnosząc się do wymagania opisanego w pkt 2.6 załącznika nr 1 do umowy odwołujący zwrócił również uwagę, na literalne brzmienie tego wymogu tj. liczniki muszą posiadać plombę wykonaną z tworzywa sztucznego, na których są nałożone cechy zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Z kolei w informacji o odrzuceniu oferty Apator czytamy, że wzory złożonych przez odwołującego liczników posiadają w osłonach skrzynki zaciskowej otwory, przez które jest możliwe włożenie przewodu, a w konsekwencji nielegalny pobór energii. Odwołujący w kontekście tego wymagania przypomniał stanowisko zamawiającego prezentowane w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1942/16, KIO 1952/16, w którym zamawiający twierdził, że wymaganie o analogicznym brzmieniu dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika przed ingerencją. Z kolei skrzynka zaciskowa i listwa zaciskowa są elementami zewnętrznymi licznika (odwołujący, jako dowód przedłożył odpowiedź zamawiającego na odwołanie w sprawach sygn. akt KIO 1942/16, KIO 1952/16).

W przywołanym postępowaniu zamawiający powoływał się na normę PN EN 50470-1 (wyciąg z tej normy odwołujący złożył jako dowód), w której zdefiniowane zostały poszczególne elementy licznika. Na jej podstawie zamawiający twierdził, że skoro skrzynka zaciskowa i listwa zaciskowa są elementami zewnętrznymi licznika, zgodnie z definicją zawartą w cytowanej normie, zaś wymaganie zamawiającego (analogiczne jak w obecnym brzmieniu) dotyczy zabezpieczenia wewnętrznych części licznika, ewentualne wady osłony listwy zaciskowej nie powodują niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba, odnosząc się do tej argumentacji, podziela stanowisko odwołującego w zakresie, w jakim podnosi on, że zamawiający ustanawiając w treści SIWZ wymóg, który dotyczy prostego i skutecznego plombowania, dokonując następnie oceny zgodności treści oferty

z treścią SIWZ musi ograniczyć się do wymagań, które sam w dokumentacji ustanawia. Nie można, jak to zrobił zamawiający, w oparciu o wymaganie dotyczące plombowania formułować zarzuty odnoszące się nie do samego plombowania, ale do osłony listwy zaciskowej. Otwory technologiczne, przez które jak twierdzi zamawiający, można włożyć przewód są elementem osłony listwy zaciskowej. Stwierdzić należy zatem, że ewentualne wady tego elementu urządzenia nie mają związku z literalnym brzmieniem treści pkt 2.6 załącznika nr 1 do umowy, który w istocie odnosi się wyłącznie do kwestii plombowania. Zamawiający, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Apator nie zarzuca, że licznik nie posiada możliwości prostego

i skutecznego plombowania, ale formułuje dodatkowe wymagania, których nie ma w treści wymogu tj. zarzuca wadliwe wykonanie osłony listwy zaciskowej w związku z otworami technologicznymi przy śrubie. Należy podzielić zatem pogląd prezentowany przez odwołującego, że literalna wykładnia tego wymagania wskazuje, że ilekroć licznik będzie posiadał możliwość prostego i skutecznego plombowania, to stanowi to zabezpieczenie przed ingerencją.

Z kolei prezentowane przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty stwierdzenie „co umożliwia porażenie prądem elektrycznym dla personelu OSD, jak i osób postronnych” jest nieuprawnione z tego powodu, że zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób mogłoby dojść do takiego porażenia. Personel OSD, nawet jeśli jak to podnosił zamawiający działa pod presją czasu, ma obowiązek działać zgodnie z obowiązującymi procedurami oraz instrukcjami, przekazanymi przez producenta. Te określają w jaki sposób przebiegać ma praca operatora systemu przesyłowego przy układzie pomiarowym. Fakt, że takie ryzyko praktycznie nie istnieje, potwierdzają również wcześniej przywołane dowody, przedłożone przez odwołującego na rozprawie w postaci: opinii Politechniki Gdańskiej i oświadczeń złożonych przez firmy zewnętrzne, świadczących usługi instalacji liczników dostarczanych przez Apator.

Z powyższych powodów Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny oferty złożonej przez Apator.

naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie punktacji przyznanej ofertom w kryterium oceny ofert „walory techniczne”

Izba ustaliła, że zamawiający w SIWZ, w pkt 4.5. opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Dla wszystkich czterech części zamawiający przewidział dwa kryteria oceny złożonych ofert:

(1) Kryterium A: Cena - ocenę maksymalną (90 pkt.) zdobyć miała oferta z najniższą ceną, a pozostałe oferty zdobywają liczbę punktów wyliczoną według opisanego w SIWZ wzoru; (2) Kryterium B: Walory techniczne - punkty przyznawane były zgodnie z poniższymi kryteriami (maksymalnie 10 pkt).

	Lp.	Opis dodatkowych walorów technicznych 2019	Ilość przyznanych punktów
Opis dodatkowych walorów technicznych dla licznika 1-fazowego	1	a) Listwa zaciskowa umożliwiająca podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 2,5mm ² - 25mm ² (minimalna średnica otworu 6mm), w konstrukcji której wszystkie zaciski są typu kłatkowego oraz b) Budowa listwy zaciskowej musi uniemożliwić przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń „za zaciskiem”. Po odkręceniu śrub listwy zaciskowej zacisk musi być cały czas otwarty niezależnie od położenia/nachylenia licznika. Całkowite otwarcie zacisków musi odbywać się samoczynnie w wyniku odkręcenia śruby.	2
		a) Listwa zaciskowa umożliwiająca podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 4mm ² - 35mm ² (minimalna średnica otworu 7mm), w konstrukcji której wszystkie zaciski są typu kłatkowego oraz b) Budowa listwy zaciskowej musi uniemożliwić przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń „za zaciskiem”. Po odkręceniu śrub listwy zaciskowej zacisk musi być cały czas otwarty niezależnie od położenia/nachylenia licznika. Całkowite otwarcie zacisków musi odbywać się samoczynnie w wyniku odkręcenia śruby.	2
Opis dodatkowych walorów technicznych dla licznika 1-fazowego	2	Obudowa licznika w wykonaniu kompaktowym, z nierozbieralną i nieotwieralną osłoną licznika — zgodne z MID.	2
	3	Możliwość rejestracji pomiaru energii czynnej w strefach, niezależnie w dwóch kierunkach P+ (kod OBIS 1.8.x), P- (kod OBIS 2.8.x) wraz z możliwością prezentacją tych danych na wyświetlaczu oraz energii biernej w czterech kwadrantach (QI, QII, QIII, QIV) (kody OBIS 5.8, 6.8, 7.8, 8.8)	1
	4	Warunki środowiska mechanicznego - M2.	2
	5	Licznik wyposażony w dwa przyciski nawigacyjne umożliwiające przewijanie informacji prezentowanej na wyświetlaczu w dwóch kierunkach „góra” i „dół”.	1

ego i licznika 3-fazowego	6	Możliwość wymiany baterii w liczniku bez konieczności jego demontażu i ingerencji w plombę (zabezpieczenia) legalizacyjne.	1
	7	Dla liczników Wykonawca zapewnia oprogramowanie serwisowe (narzędziowe) do urządzeń mobilnych z systemem operacyjnym ANDROID. Oprogramowanie to musi umożliwiać ustawienie daty, czasu, wczytania pliku taryfowego, przygotowanego w oprogramowaniu serwisowym (narzędziowym) oraz odczytu danych pomiarowych za pośrednictwem głowicy optycznej. Oprogramowanie weryfikowane będzie przez Zamawiającego na urządzeniu typu Point Mobile 45 PM.	1

Zamawiający przewidział w SIWZ, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która spełnia wszystkie wymagania w niej przedstawione oraz otrzymała największą ilość punktów.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej pismem z 9 września 2020 r. informując o wykonawcach, których oferty wybrał, o ofertach odrzuconych a także o przyznanej punktacji: w kryterium cena, w kryterium walory techniczne oraz podając łącznie uzyskane przez wykonawców punkty. Z treści informacji nie wynikało jednak za jakie walory techniczne zostały one wykonawcom przyznane, a jakich dodatkowych wymagań wykonawca nie spełnił.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnoszący się do zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wymaga od zamawiającego podania, oprócz informacji o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, również stosownego uzasadnienia faktycznego i prawnego. W zależności od ustalonych przez zamawiającego kryteriów to jest czy są to kryteria mierzalne, a w konsekwencji każdy wykonawca w sposób łatwy może ustalić, np. na podstawie wzoru zamieszczonego w SIWZ jaką ilość punktów powinien uzyskać, czy też zależy to od indywidualnej, w pewnym zakresie, oceny komisji przetargowej.

Nie ulega jednak wątpliwości, że w każdym przypadku wykonawcy powinni mieć możliwość prześledzenia procesu decyzyjnego zamawiającego, a zatem wiedzieć, na jakiej podstawie ich własna oferta, ale też oferta konkurencji została oceniona w określony sposób i czy sposób ten jest zgodny z tym, co sprecyzował zamawiający w dokumentacji przetargowej. Tym samym naruszając ciążący na nim obowiązek zamawiający narusza zasady przejrzystości, utrudniając wykonawcom zakwestionowanie czynności oceny ofert. Dotyczy to nie tylko oceny oferty wykonawcy, ale też ofert wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne.

W niniejszym postępowaniu uznać należy, że zamawiający zaniechał przekazania takiego uzasadnienia faktycznego. Odwołujący w kryterium „walory techniczne” otrzymał w zadaniu nr 1 i 2 łącznie 7 pkt. (na 10 możliwych). W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający wskazał jednak jedynie liczbę punktów w poszczególnych kryteriach, bez jakiegokolwiek uzasadnienia. W ocenie Izby oznacza to, że nie można dokonać prawidłowej weryfikacji czynności zamawiającego w zakresie oceny ofert, w tym w kryterium walory techniczne, wskazanego przez odwołującego, ponieważ nie wiadomo, które pozycje zamawiający uznał za spełniające wymóg, a których nie. Z kolei w przypadku wymagań, które nie zostały uznane - w jakim zakresie i z jakich powodów.

Bez znaczenia przy tym jest okoliczność, że odwołujący był obecny podczas badania próbek. Nawet jeśli zamawiający wykonując to badanie poddawał w wątpliwość spełnianie któregoś z dodatkowo punktowanych wymagań, nie oznacza to jeszcze, że odwołujący nie otrzymał punktów właśnie z tego powodu.

Ponadto należy zauważyć, że wykonawcy nie uczestniczą we wszystkich badaniach złożonych w postępowaniu próbek, stąd nie mają wiedzy odnośnie przebiegu takiego badania w odniesieniu do innych wykonawców. Mają natomiast prawo zapoznać się z dokonaną oceną ofert, co w świetle opisanych kryteriów oznacza, że powinni zostać poinformowani jaka ilość punktów została przyznana, jakie wymogi zostały spełnione oraz w przypadku, gdy zamawiający uznaje, że niezasadne jest przyznanie dodatkowych punktów – poznać uzasadnienie tej decyzji.

Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp tj. zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert, skutkujące uniemożliwieniem odwołującemu dokonania oceny prawidłowości i weryfikacji czynności oceny ofert przez zamawiającego potwierdził się.

naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przyznania ofercie Apator punktów w kryterium oceny ofert „walory techniczne” za wymagania opisane w Lp. 1 tabeli na stronie 27 SIWZ (pkt 3.1. i 3.2. załącznika nr 1 do umowy)

Na wstępie należy zauważyć, że ocena w zakresie walorów technicznych nie zawierała żadnego uzasadnienia, stąd zarzut ten był przez odwołującego formułowany na podstawie informacji, którą uzyskał od zamawiającego 11 marca 2020 r., podczas badania próbek. Zamawiający poddał wówczas w wątpliwość spełnianie wymogu opisanego w pkt 3.1. i 3.2. załącznika nr 1 do umowy. Zgodnie z nimi: (a) Listwa zaciskowa umożliwiająca podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 2,5mm² - 25mm² (minimalna średnica otworu Φ 6mm), w konstrukcji której wszystkie zaciski są typu klatkowego, oraz (b) Budowa listwy zaciskowej musi uniemożliwić przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń „za zaciskiem”. Po odkręceniu śrub listwy zaciskowej zacisk musi być cały czas otwarty niezależnie od położenia/ nachylenia licznika. Całkowite otwarcie zacisków musi odbywać się samoczynnie w wyniku odkręcenia śruby.

W protokole z badania próbek dla części 1 i 2 badaniu poddany został, zgodnie z informacją w protokole z badania: Licznik statyczny energii elektrycznej czynnej. Typ: NORAX 1. Zakres badania opisano: „Zgodnie z wymogami zawartymi w Załączniku 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ, Wymagania techniczne dla statycznych bezpośrednich 1-fazowych liczników energii elektrycznej”.

W zakresie, w jakim zamawiający oceniał wymagania dodatkowe opisane powyżej w pkt 3.1. i 3.2. w kolumnie: Dokumenty i czynności, na podstawie której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania zamawiający wpisał: badanie techniczne licznika (a i b), certyfikat badania typu/ projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami - a W uwagach z kolei wpisano „nie spełnia”, bez wskazania dodatkowego uzasadnienia. W istocie nie wiadomo zatem z jakich powodów zamawiający uznał na etapie badania próbek z jakich powodów wymagania to nie zostało spełnione,

gdyż nie wynika to ani z protokołu badania, ani też z uzasadnienia faktycznego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty odwołującego oparte są zatem na informacjach uzyskanych w trakcie badania próbek, która to czynność nie znalazła w istocie potwierdzenia w żadnym dokumencie.

Już tylko z tego powodu uznać należy, że czynność ta powinna zostać przez zamawiającego powtórzona a wyniki oceny, wraz z uzasadnieniem przedstawione wykonawcy.

Niezależnie od powyższego Izba odnie się do argumentacji odwołującego zawartej w odwołaniu, a dotyczącej okoliczności w jakich badane były próbki i zarzutów związanych z przebiegiem tego badania.

Odwołujący zwracał uwagę, że celem tego wymagania jest, aby podczas podłączania licznika zawieszonego na sieci nie było możliwości przypadkowego włożenia przewodu podłączeniowego poza zacisk. Opisywał, że podłączanie licznika do sieci odbywa się zawsze po zainstalowaniu go na tablicy licznikowej, w pozycji pionowej. Przewody zasilające najczęściej umieszczane są przez monterów na „wycucie” w otworach zacisków (bo monter nie widzi spodu licznika z wejściem do zacisków), stąd wymaganie zamawiającego odnośnie zabezpieczenia uniemożliwiającego przypadkowe włożenie przewodu za zacisk.

Również zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślał znaczenie przedmiotowego wymagania. Uzasadniał, że wykonywanie czynności montażu, które realizowane są zarówno przez jego własnych pracowników jak również przez monterów firm zewnętrznych odbywa się w systemie akordowym, w różnych warunkach: na zewnątrz budynków w przystawkach pomiarowych, na klatkach schodowych w budynkach, mieszkaniach klientów. Dodatkowo monterzy często pracują pod presją czasu. Stąd niezwykle istotne jest zapewnienie takiej budowy liczników, która umożliwi szybki ich montaż, przy jednoczesnym wyeliminowaniu ryzyka przypadkowego włożenia przewodu w miejsca poza zaciskiem. Sam zamawiający przyznał zatem, że wymaganie to odnosi się do pracy licznika w warunkach rzeczywistych, kiedy to monter nie widzi zacisków licznika, a w konsekwencji włożenie przewodów w zaciski odbywa się „na wycucie”.

Tym samym za zasadne należy uznać zastrzeżenia odwołującego dotyczące sposobu przeprowadzonego badania, które nie zostało dokonane pod kątem celu, jaki temu wymaganiu przyświecał tj. zamawiający nie zweryfikował czy istnieje możliwość przypadkowego włożenia przewodu zasilającego poza zacisk w kwestionowane otworki, na liczniku zainstalowanym

na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika, będącego w pozycji pionowej w okolicznościach typowych czynności podłączeniowych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził z kolei, że definitywne stwierdzenie, że nie jest możliwe przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń otworu montażowego jest możliwe wyłącznie na zdemontowanym liczniku. W przeciwnym razie, jak sam przyznał, wymagałoby to wykonania nieskończonej ilości prób na „chybił-trafił”. Już samo to świadczy o tym, że takie przypadkowe włożenie przewodu w przestrzeń „za zaciskiem” w warunkach normalnej pracy licznika jest mało prawdopodobne.

Tym samym zamawiający w rezultacie potwierdził, że dokonał pewnych ustaleń odnoszących się do pracy licznika na sieci w warunkach, które odbiegały od rzeczywistych. Decydując o tym, że odwołującemu nie zostaną przyznane punkty w kryterium oceny ofert opierał się więc na domniemaniach i przypuszczeniach, że taka sytuacja jest możliwa.

Izba uznała zatem, że sam sposób badania wskazuje raczej na intencjonalne działanie zamawiającego, które miało na celu wykazanie braku spełnienia wymagania, podczas gdy metoda badania nie miała nic wspólnego z okolicznościami podłączenia licznika przez montera. Przeprowadzone badanie było zatem wadliwe i nie powinno być podstawą decyzji

o przyznaniu bądź nie punktów.

Stąd należy uznać, że czynność wadliwą zamawiający winien powtórzyć. Z tego też powodu zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ - podlegał uwzględnieniu.

Niezależnie od powyższego Izba zwróciła również uwagę na rozbieżności stanowisk odwołującego i zamawiającego w trakcie okazania próbek licznika na rozprawie. Odwołujący okazując licznik prezentował, że monter podczas montażu licznika dokręca wszystkie zaciski. W takim przypadku nie ma możliwości włożenia przewodu poza te zaciski. Tymczasem dokonując badania próbek zamawiający odkręcił zaciski jedynie częściowo, przez co włożenie przewodu w przestrzeń za zaciskiem stała się możliwa. Widoczne jest to również na zdjęciu, które zamawiający zamieścił w odpowiedzi na odwołanie. Prezentował możliwość swobodnego włożenia przewodu o przekroju 10mm² w przestrzeń za zaciskiem w liczniku Norax3, w którym ukazano zaciski częściowo odkręcone. Monterzy liczników, co przyznał zamawiający, przed przystąpieniem do instalacji przewodów w listwie zaciskowej powinien je odkręcić, aby uzyskać światło otworu do którego wprowadzany jest następnie przewód.

Zamawiający powtarzając czynność badania ofert winien zatem po pierwsze przeprowadzić je w warunkach rzeczywistych, a także zgodnie z obowiązującymi zasadami. Okoliczność, że monterzy pracują często pod presją czasu i jedynie częściowo odkręcają zaciski, a zatem popełniają błędy - nie może obciążać wykonawcy i skutkować brakiem przyznania punktów w kryterium oceny ofert.

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ewentualnie zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - raporty z badań

Argumentacja w powyższym zakresie została przedstawiona powyżej w sprawie o sygn. akt KIO 2371/20 i pozostaje aktualna.

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ - dotyczy braku wyświetlanego na wyświetlaczu LCD w stanie pod napięciem - w sposób ciągły znacznika wskazania strefy, w której w danym momencie realizowany jest pomiar energii podczas realizacji zmiany parametrów przyciskiem zabezpieczonym plombą (dla liczników 1-fazowych i 3-fazowych)

Izba ustaliła, że w zakresie tego wymagania zamawiający w pkt 1.24 i 2.24 załącznika nr 1 do umowy liczniki 1-fazowe i 3-fazowe: „Liczniki muszą prezentować wskazanie strefy, w której w danym momencie realizowany jest pomiar energii, prezentowane na wyświetlaczu w stanie pod napięciem - w sposób ciągły”.

Odwołujący w treści odwołania zamieścił zdjęcia, na których widoczny jest brak wyświetlania na LCD w trybie ciągłym znacznika aktywnej strefy czasowej (T1, T2, lub T3) podczas: (1) przepływu energii, w momencie wejścia w tryb ustawień wg pkt 1.52 i 2.53 załącznika nr 1 do umowy i aktywacji jednej z 10 taryf zdefiniowanych przez zamawiającego; (2) pomiaru energii i dokonywanej korekty czasu i daty przy pomocy plombowanego przycisku (wg pkt 1.38 i 2.38

złącznika nr 1 do umowy); (3) pomiaru energii i aktywacji trybu testowego (test-on) - wymaganie 1.27 i 2.27 złącznika nr 1 do umowy a także (4) podczas pomiaru energii i dokonywania kasowania alarmu dotyczącego zdjęcia osłonki listwy zaciskowej.

Ponadto podczas okazania próbki licznika złożonego przez Konsorcjum na rozprawie skład orzekający stwierdził, że w momencie wchodzenia w tryb ustawień na wyświetlaczu nie pokazuje się informacja o strefie. W ocenie odwołującego potwierdza to, że nie zostało spełnione wymaganie, zgodnie z którym informacje o strefie mają być prezentowane jak określił zamawiający „w trybie ciągłym”.

Istota sporu sprowadzała się zatem do rozumienia pojęcia „tryb ciągły”. Jak wyjaśniał zamawiający celem tego wymagania było przede wszystkim umożliwienie użytkownikom (klientom) uzyskania informacji odnośnie strefy. Wymaganie to zatem dotyczy sytuacji kiedy licznik działa i jest na sieci. Zdaniem zamawiającego w kontekście brzmienia tego zapisu

i celu, dla którego go wprowadzono bez znaczenia jest okoliczność, że znacznik strefy nie będzie wyświetlany podczas wejścia w ustawienia parametrów.

Oceniając ten zarzut Izba doszła do wniosku, że zapis ten może budzić wątpliwości interpretacyjne. Wymaganie dotyczy prezentowania wskazania strefy, w której w danym momencie realizowany jest pomiar energii, prezentowane na wyświetlaczu w stanie pod napięciem, a więc należy zgodzić się z zamawiającym, że wymaganie dotyczy wyświetlania znacznika strefy podczas pracy licznika. Strony zatem w odmienny sposób interpretują to wymaganie i nadają mu inne znaczenie. Zasadą jest jednak, że w przypadku gdy zapisy SIWZ mogą budzić wątpliwości, a w ocenie Izby przy tak ogólnym sformułowaniu wątpliwości takie mogą się zrodzić, wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji nieprecyzyjnych

czy niedookreślonych wymagań, których niespełnienie ma doprowadzić do ich wyeliminowania z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający uznał, że zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ a oferta Konsorcjum nie jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ.

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ - brak spełniania wymagań SIWZ - pkt 2.6. załącznika nr 1 do umowy

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.6.: „Liczniki muszą posiadać plombę wykonaną z tworzywa sztucznego, na których są nałożone cechy zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Przez pojęcie plomba rozumie się element, na którym nałożone są cechy zabezpieczające. W przypadku oferowania licznika w obudowie monolitycznej dopuszcza się zastosowanie plomb hologramowych, gdy takie rozwiązanie przewiduje Certyfikat badania typu/projektu (MID) dla tego licznika. Miejsce nałożenia cech zabezpieczających musi być określone przez producenta w Certyfikacie badania typu/ projektu (MID). Nie dopuszcza się dostarczenia liczników bez nałożonych plomb zabezpieczających.

Odwołujący podnosił, że wymaganie to nie zostało spełnione przez liczniki oferowane przez Konsorcjum, gdyż ze względu na położenie otworu plombowania i wadliwość zaczepów drzwiczek możliwe jest ich odgięcie w dolnej części i dostęp do ustawień, bez naruszenia plomb OSD. Takie działanie umożliwia z kolei dostęp do przycisku, co w konsekwencji powoduje możliwość zmiany trybu taryfy, korektę czasu i daty, skasowanie z LCD znacznika zdjęcia osłonki listwy zaciskowej. Niektóre z tych działań mogą w konsekwencji powodować nielegalny pobór energii elektrycznej, jak choćby poprzez zmianę czasu, która ma wpływ na zaliczenie energii droższej w strefie pierwszej do strefy drugiej, w której cena energii jest niższa.

Izba dopuściła dowód z prezentacji i badania licznika złożonego jako próbka przez Konsorcjum. Odwołujący, używając małego nożyka prezentował, że pomimo zaplombowania licznika, bez naruszenia samej plombę możliwe było podważenie drzwiczek w taki sposób, aby pojawiła się wystarczająca szczelina pomiędzy drzwiczkami a przyciskiem, która

w konsekwencji dała możliwość wciśnięcia przycisku. Badanie to pokazało jednak także, że operacja taka może pozostawić po sobie co najmniej ślady w postaci widocznego nacięcia na obudowie. Izba zgadza się również z twierdzeniem Konsorcjum, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że odginanie tej klapki kilkakrotnie przez klienta spowodowałoby uszkodzenie klapki, a może nawet samej plombę. Stwierdzenie takiego uszkodzenia powoduje z kolei, że licznik przekazywany jest do laboratorium w celu wydania ekspertyzy. Ponadto taka ingerencja pozostawiłaby również ślady w samym oprogramowaniu licznika, co również świadczy o nieuprawnionej ingerencji.

Izba uznała zatem, że wymóg, odnoszący się do zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, w celu zabezpieczenia wnętrza licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej, został w tym przypadku spełniony, a przedmiotowy zarzut należało uznać za niezasadny.

Izba orzekając w niniejszych sprawach uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę ZPA i Apator i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności w postępowaniu dla wszystkich części zamówienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1). Nie potwierdziły się wprawdzie wszystkie, podnoszone przez odwołujących zarzuty, dotyczące badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawcę Foxytech i Konsorcjum, jednakże w wyniku uwzględnienia odwołania zamawiający zobligowany został do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2371/20 i 2381/20. W konsekwencji błędy zamawiającego i stwierdzone naruszenia spowodowały, że może również ulec zmianie wynik przedmiotowego postępowania.

W niniejszych okolicznościach za zasadne zatem w ocenie Izby należało uznać obciążenie w całości kosztami postępowania zamawiającego.

Przewodniczący:.....