Sygn. akt: KIO 1501/22

KIO 1636/22

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 8 lipca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 i 20 czerwca 2022 r.

przez wykonawcę: ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnovie (Czechy) [„Odwołujący"]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej (nr PZP/TDCN/04246/2021).

prowadzonym przez zamawiającego: Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawcy: FOXYTECH sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

    1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 30000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,

    2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 7200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) - stanowiącą uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. Dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii

elektrycznej (nr PZP/TDCN/04246/2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 października 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_208 pod poz. 545616.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

Odpowiednio 27 maja i 9 czerwca 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej, odpowiednio w części (zadaniu) 2. i 4. zamówienia, oferty złożonej przez FOXYTECH sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy {dalej: „Foxytech" lub „Przystępujący"}.

Odpowiednio 6 i 20 czerwca 2022 r. ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnovie (Czechy) {dalej również: „ZPA" lub „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania od rozstrzygnięcia powyższego postępowania odpowiednio w części 2. [pierwsze odwołanie] i 4. [drugie odwołanie]

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy zaoferowane przez Foxytech modele liczników [M12U02-D7D32-TEFOQ4 w zadaniu 2. i M34U03-D1D32-REFOP4 w zadaniu 4.] - jak wynika z egzemplarzy złożonych jako próbki - nie spełniają określonych w załączniku nr 1 do umowy - Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń) {dalej również: „WT"} wymagań w następującym zakresie:

- pkt 1.1 lit a) i b) [zadanie 2.] albo pkt 2.1 lit a) i b) [zadanie 4.] - zgodności z aktualnymi

  PN-EN 504701:2008 oraz PN-EN 50470-3:2009, wobec braku wymaganego tymi

  normami dodatkowego oznaczenia o spełnianiu normy bezpieczeństwa PN-EN62056-31 [zarzuty „A" w odwołaniach];

- pkt 1.1 lit. a) [zadanie 2.] albo pkt 2.1 lit a) [zadanie 4.] - zgodności z aktualną PN-EN50470-1:2008 w zakresie jej pkt 5.12.1 lit. e), wobec braku naniesienia wymaganego numeru fabrycznego [zarzuty „B" w odwołaniach];

- pkt 1.2 [zadanie 2.], wobec naniesienia innego oznaczenia niż numer aktualnego certyfikatu badania typu lub certyfikatu badania projektu (MID) [zarzut „C" w pierwszym

  odwołaniu].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu w częściach 2. i 4. zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Powtórzenia badania i oceny ofert.

3. Odrzucenia oferty Foxytechu.

W ramach uzasadnienia powyższa lista zarzutów została sprecyzowana przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności wspólne dla zarzutów}

Zgodnie z pkt 3.7 SWZ pn. „Wymagania dla dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania tych wymagań" wymaga się, aby oferowany produkt spełniał wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 2.1.2 SWZ (czyli załączniku nr 1 do Projektu umowy, który jest z kolei załącznikiem nr 8 do SWZ).

Z kolei w pkt 4.2.1.13 SWZ Zamawiający zażądał, aby oferta zawierała po jednym egzemplarzu („Wzorcu") oferowanych w danym zadaniu liczników, wyprodukowanym nie wcześniej niż w 2021 r. Przy czym Zamawiający określił, że dostarczona próbka zostanie poddana przez niego badaniom technicznym w celu potwierdzenia zgodności jej parametrów z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 do projektu umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, ze względu na to, że zarówno licznik,

jak i oprogramowanie serwisowe (narzędziowe) podlegają ocenie, nie będą one podlegały ewentualnemu uzupełnieniu na podstawie art. 107 ust. 2 pzp.

Po zapoznaniu się z okazanymi na wniosek ZPA przez Zamawiającego próbkami liczników dołączonymi do oferty Foxytechu dla zadania 2 i 4., Odwołujący stwierdził, że nie potwierdzają one zgodności oferowanych liczników z niektórymi wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 do projektu umowy - Wymaganiach technicznych (specyfikacji urządzeń).

{Rozwinięcie zarzutu A - brak niezbędnych oznaczeń wg normy PN-EN62052-31}

Integralną częścią wymagań konstrukcyjnych norm PN-EN 50470:1 oraz PN-EN 50470:3, w ich zaktualizowanym w 2018 r. brzmieniu wynikłym z normy PN-EN 62052-31 (która zastąpiła wcześniej obowiązującą normę EN 62053:2003) są zwiększone wymagania, które - wobec upływu 27 sierpnia 2021 r. określonego w tej ostatniej normie okresu

przejściowego - znajdują zastosowanie w tym postępowaniu, gdyż zostało ono wszczęte po tej dacie.

Międzynarodowa Komisja Elektrotechniczna (IEC), podejmując decyzję o aktualizacji zasad bezpieczeństwa dotyczących budowy urządzeń pomiarowych, kierowała się potrzebą zwiększenia bezpieczeństwa osób użytkujących urządzenia pomiarowe (konsumentów energii elektrycznej), głównie ze względu na masowe wdrażanie tak zwanych liczników inteligentnych.

Konieczność zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników końcowych dostrzegł również ustawodawca krajowy, wydając rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z 22 marca 2022 r. w sprawie systemu pomiarowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 788), które weszło

w życie 14 dni po jego opublikowaniu 8 kwietnia 2022 r., gdzie w pkt 8.2.3 załącznika nr 1 - Wymaganiach techniczno-funkcjonalnych dla liczników zdalnego odczytu przewidziano konieczność spełniania normy PN-EN 62052-31.

Oznaczenia, które według normy PN-EN 62052-31 muszą zostać zamieszczone na tabliczce znamionowej na obudowie licznika wynikają z Tabeli 2 - Informacje wymagane, gdzie w szczególności wskazano: rated impuse voltage, czyli znamionowe napięcie impulsowe (np. 4kV), utilization całegory (UC), czyli kategorię wykorzystania UC (np. UC2), refernce to standards, czyli odniesienie się do norm.

W przypadku oferty Foxytechu ani na obudowach złożonych jako próbki egzemplarzy liczników, ani w treści złożonych dla tych liczników certyfikatach MID nie ma odniesienia do tych trzech obligatoryjnych parametrów.

{Rozwinięcie zarzutu B - brak numeru fabrycznego na próbce licznika}

Z lit. e) pkt pkt 5.12.1 Znakowanie licznika. Tabliczki znamionowe normy PN-EN 50470:1 wynika konieczność uwzględnienia na każdym liczniku numeru fabrycznego danego egzemplarza.

Jednocześnie z pkt 1.12 [zadanie 2.] albo pkt 1.12 [zadanie 4.] WT wynika, że liczniki mają posiadać 13-znakowy numer seryjny o strukturze: WXYCDZZZZZZZZ, gdzie: W - litera oznaczająca liczniki producenta licznika (do uzgodnienia przed dostawą liczników), X - cyfra oznaczająca typ licznika: licznik jednofazowy bezpośredni (wartość 1), licznik trójfazowy (wartość 2), Y - cyfra oznaczająca brak transmisji (wartość 0), CD - 2 ostatnie cyfry oznaczające rok produkcji licznika, Z - kolejne 8 cyfr numeru fabrycznego licznika.

Z powyższego wynika, że naniesiony na liczniku 13-znakowy numer seryjny ma zawierać m.in. numer fabryczny.

Ponadto według Odwołującego, skoro Zamawiający wymagał naniesienia na licznik 13-znakowego numeru seryjnego, który nie jest numerem fabrycznym, lecz potencjalnie może się z niego składać, naniesienie wyłącznie numeru seryjnego bez naniesienia numeru fabrycznego uchybia wymaganiom normy.

W przypadku oferty Foxytechu na obudowach złożonych jako próbki egzemplarzach liczników znajduje się jedynie 13-znakowy numer o składni i strukturze odpowiadającej określonemu przez Zamawiającemu numerowi seryjnemu, nie naniesiono natomiast numeru fabrycznego.

{Rozwinięcie zarzutu C - brak na tabliczce znamionowej obligatoryjnego numeru aktualnego Certyfikatu badania typu lub Certyfikatu badania projektu (MID)}

Zgodnie z pkt 1.4 WT [zadanie 2.] liczniki muszą posiadać na tabliczce znamionowej wszystkie oznakowania wymagane certyfikatem badania typu (moduł B) albo projektu (moduł H1) (MID). Ponadto zgodnie z pkt 1.2 WT [zadanie 2.] 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.

Z pkt 9.1 lit g) załącznika nr 1 do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (wersja przekształcona) wynika, że na przyrządzie pomiarowym zamieszcza się numer certyfikatu

badania typu UE lub certyfikatu badania projektu UE.

Podobnie według lit. b) pkt pkt 5.12.1 Znakowanie licznika. Tabliczki znamionowe

normy PN-EN 50470:1 na każdym liczniku powinny być naniesione, jeżeli dotyczą, (...):
b) oznaczenie typu (patrz 3.1.11 i 3.1.12) i, jeżeli jest wymagane, miejsce na znak zatwierdzenia typu: numer certyfikatu badania typu Wspólnoty Europejskiej (WE) lub certyfikatu badania projektu WE.

Przy czym ani dyrektywa, ani norma nie przewidują możliwości zamieszczenia częściowego numeru certyfikatu badania lub jakiejkolwiek innej jego skróconej wersji.

Numer certyfikatu powinien również dawać możliwość sprawdzenia konsumentowi (odbiorcy) energii elektrycznej, czy zainstalowane przez operatora sieci dystrybucyjnej

urządzenie pomiarowe posiada prawne dopuszczenie do rozliczeń mierzonej energii

elektrycznej.

O ile zaoferowany przez Foxytech w zadaniu 2. typ licznika posiada ważny certyfikat badania typu o numerze 0120/SGS0180, o tyle na złożonym jako próbka egzemplarzu naniesiono nr SGS0408, który nie pozwala na stwierdzenie, jakiego typu licznika ta próbka dotyczy.

W odpowiedziach na odwołania z 6 lipca 2022 r. Zamawiający wniósł o ich oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nich zarzutach.

{ad zarzutu A - braku niezbędnych oznaczeń wg normy PN-EN62052-31}

W art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o normalizacji (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1483) norma zdefiniowana została jako dokument przyjęty na zasadzie konsensu i zatwierdzony przez upoważnioną jednostkę organizacyjną, ustalający - do powszechnego i wielokrotnego stosowania - zasady, wytyczne lub charakterystyki odnoszące się do różnych rodzajów działalności lub ich wyników i zmierzający do uzyskania optymalnego stopnia uporządkowania w określonym zakresie. Z kolei stosownie do art. 5 ust. 1 tej ustawy Polska Norma jest normą krajową, przyjętą w drodze konsensu i zatwierdzoną przez krajową jednostkę normalizacyjną, powszechnie dostępną, oznaczoną - na zasadzie wyłączności - symbolem PN. Zgodnie zaś z art. 5 ust. 3 ustawy o normalizacji stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. Wreszcie według art. 5 ust. 4 tej ustawy Polskie Normy mogą być powoływane w przepisach prawnych po ich opublikowaniu w języku polskim.

Powyższe prowadzi do dwóch istotnych wniosków. Po pierwsze, Polskie Normy nie mają charakteru normatywnego. Stanowią dokumenty opisujące sprawdzony stan wiedzy technicznej, świadczące o jego aktualnym poziomie (światowym, regionalnym, krajowym) w danej dziedzinie, jak również służące ułatwieniu i uproszczeniu przepływu towarów i usług pomiędzy rynkami. Pomimo nienormatywnego charakteru mogą być jednak wykorzystane w opiniach biegłych jako źródło porównawcze, stanowiące podstawę pewnej optymalizacji standardów. Dobrowolność stosowania Polskich Norm potwierdzona została także w oficjalnym stanowisku Polskiego Komitetu Normalizacyjnego. Po drugie, skoro normy te nie pełnią roli przepisów prawa, nadanie im takiego waloru wymaga regulacji szczególnej. W konsekwencji do czasu wydania tego rodzaju regulacji nie ma odgórnego obowiązku ich stosowania.

Powyższe uwagi o charakterze ogólnym mają istotne znaczenie w kontekście zarzutu odwołania, gdyż Zamawiający w pkt 1.1 Wymagań technicznych wymagał wyłącznie zgodności liczników z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami, w tym - normą PN-EN 50470-1:2008 (lit. a) oraz normą PN-EN 50470-3:2009 lub nowszą (lit. b). Natomiast wymóg zgodności z normą PN-EN 62052-31 wprost nie został w SWZ wysłowiony.

Wymóg spełniania normy PN-EN 62052-31 wynika dopiero z rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 22 marca 2022 r. w sprawie systemu pomiarowego (Dz. U. poz. 788), które weszło w życie 23 kwietnia 2022 r., realizującego delegację ustawową określoną w art. 11x ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 716 ze zm.) oraz stanowiącego wypełnienie obowiązku określonego w art. 19 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/944 z dnia 5 czerwca 2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniającej dyrektywę 2012/27/UE (Dz. Urz. UE L 158 z 14.06.2019, str. 125), zgodnie z którym Państwa Członkowskie przystępujące do wprowadzania inteligentnych systemów opomiarowania przyjmują i publikują minimalne wymagania funkcjonalne i techniczne dotyczące inteligentnych systemów opomiarowania, które mają zostać wprowadzone na ich terytoriach.

O ile Odwołujący adekwatnie wskazał, że w pkt 8.2.3 i 8.2.6 załącznika nr 1 do powyższego rozporządzenia przedmiotowa norma uznana została za jedno z minimalnych wymagań techniczno-funkcjonalnych dla liczników zdalnego odczytu (jedno- i trójfazowych kategorii C1 z bezpośrednim układem pomiarowym), trójfazowych kategorii B1 z bezpośrednim układem pomiarowym, trójfazowych kategorii B3, B2, B1, C2 z półpośrednim lub pośrednim układem pomiarowym oraz trójfazowym kategorii A z pośrednim układem pomiarowym), o tyle prowadzone postępowanie - zarówno w zadaniu 2., jak i zadaniu 4 - dotyczy liczników konwencjonalnych. W odniesieniu do liczników konwencjonalnych rozporządzenie określa bowiem odmiennie wymagania niż dla liczników zdalnego odczytu.

Brzmienie § 5 ust. 1 rozporządzenia: Liczniki konwencjonalne, liczniki zdalnego odczytu, przekładniki prądowe i przekładniki napięciowe są skonstruowane i działają w sposób zgodny z najlepszą praktyką i aktualnym poziomem wiedzy technicznej opisanym w szczególności w odpowiednich Polskich Normach lub normach wydawanych przez krajowe lub międzynarodowe organizacje oraz spełniają wymagania określone w przepisach odrębnych, z zastrzeżeniem § 8. W tym ostatnim odesłano zaś do wymagań określonych w załączniku nr 1 do rozporządzenia, czyli m.in. do zgodności z PN-EN 62052-31, ale w odniesieniu do liczników zdalnego odczytu [Liczniki zdalnego odczytu spełniają minimalne wymagania techniczno-funkcjonalne określone w załączniku nr 1 do rozporządzenia oraz minimalne wymagania dotyczące wskaźników jakości dostawy energii elektrycznej określone w załączniku nr 3 do rozporządzenia.].

Co więcej, jak wynika z § 21 rozporządzenia:

- jego przepisy stosuje się do układów pomiarowo-rozliczeniowych instalowanych lub modernizowanych po dniu jego wejścia w życie (ust. 1);

- jednocześnie układy pomiarowo-rozliczeniowe: 1) zainstalowane lub zmodernizowane w okresie od 4 lipca 2019 r. do dnia wejścia w życie rozporządzenia oraz 2) instalowane po dniu wejścia w życie rozporządzenia, które zostały zakupione lub były objęte postępowaniem przetargowym wszczętym przed tym dniem - dostosowuje się do wymagań określonych w rozporządzeniu w terminie do 4 lipca 2031 r.

Przedmiotowe postępowanie zostało zaś wszczęte 26 października 2021 r.

Nie ma zatem racji Odwołujący twierdząc, że wszystkie urządzenia po wprowadzeniu aktualizacji norm PN-EN 50470-1 oraz PN-EN 50470-3 muszą być zgodne z normą PN-EN 62052-31, czy to od 2018 r. (jak w jednym miejscu odwołania), czy od 27 sierpnia 2021 r. (jak w innym miejscu odwołania). Co więcej, twierdzenie, że od 8 kwietnia 2022 r. każdy dystrybutor energii elektrycznej w Polsce bezwzględnie musi stosować tylko urządzenia spełniające nową normę bezpieczeństwa PN-EN 62052-31 jest wprost sprzeczne nie tylko z przepisami ustawy o normalizacji, ale także z powyżej omówionymi przepisami przejściowymi rozporządzenia.

Niezależnie od powyższego brak zapewnienia odpowiedniego okresu przejściowego dla wprowadzenia nowych rozwiązań mógłby spowodować wyeliminowanie z rynku znacznej liczby rozwiązań technicznych oraz naraziło producentów na brak stabilności w planowaniu kosztów produkcji oferowanych rozwiązań.

Ponadto według dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (wersja przekształcona) (Dz. U. UE.

L. z 2014 r. Nr 96, str. 149 ze zm.) {dalej: „dyrektywa 2014/32/UE" lub „dyrektywa MID")
cały proces produkcji urządzenia od etapu oceny konstrukcji licznika (MID moduł B)
po proces produkcji seryjnej urządzeń (MID moduł D) jest nadzorowany przez akredytowane
jednostki metrologiczne państw członkowskich, które są zobowiązane do oceny procesu
produkcyjnego liczników pod kątem zgodności z wymaganiami prawnymi Wspólnoty
Europejskiej. Z kolei wystawiane przez akredytowane laboratoria pomiarowe certyfikaty MID
dla poszczególnych konstrukcji liczników są wydawane na okres dziesięcioletni. Certyfikaty
wydawane są przez jednostkę akredytowaną w ramach porządku prawnego obowiązującego
w dacie ich wydawania.

Zgodnie zaś z brzmieniem pkt 7 i 8 załącznika nr II do dyrektywy 2014/32/UE, Moduł
B: Badanie typu UE:

7. Jednostka notyfikowana śledzi wszelkie zmiany w powszechnie uznanym stanie wiedzy
technicznej wskazujące, że zatwierdzony typ może nie spełniać już mających zastosowanie
wymagań niniejszej dyrektywy, oraz ustala, czy zmiany takie wymagają dalszego badania.
Jeżeli wymagają takiego badania, jednostka notyfikowana informuje o tym producenta.

8. Producent informuje jednostkę notyfikowaną, która posiada dokumentację techniczną
dotyczącą certyfikatu badania typu UE, o wszystkich modyfikacjach zatwierdzonego typu
mogących wpływać na zgodność przyrządu z zasadniczymi wymaganiami zawartymi
w niniejszej dyrektywie lub warunkami ważności tego certyfikatu. Takie modyfikacje
wymagają dodatkowego zatwierdzenia w formie aneksu do pierwotnego certyfikatu badania
typu UE.

Zamawiający stoi na stanowisku, że dokumenty wydane w 2020 r. i posiadające
termin ważności pozwalający na produkcję i wprowadzanie urządzeń do obrotu na rynku Unii

Europejskiej do 2030 r. nie mogą zostać uznane za nieważne. Dopiero w sytuacji uznania
przez laboratorium notyfikowane, że producent zmienił konstrukcję urządzenia w sposób
wymagający wykonania pełnej certyfikacji urządzenia lub wprowadzenia nowego typu
licznika, należałoby zastosować aktualne dokumenty normalizacyjne tj. normy techniczne
CENELEC, na które wskazuje Odwołujący.

W konsekwencji dokumenty wydane przez notyfikowane w Unii Europejskiej
laboratoria badawcze winny zostać uznane za wiarygodne i potwierdzające spełnienie
obowiązkowych wymagań przez urządzenie wymienione w opisanym certyfikacie.

Foxytech przedstawił w prowadzonym postępowaniu świadectwa badania typu UE
wystawione już po wprowadzeniu nowej normy PN-EN 62052-31:

- nr 012O/SGS0480 dla zaoferowanego w zadaniu 2. licznika, wydane na okres od 23 grudnia
2020 r. do 22 grudnia 2030 r.

- nr 0120/SGS0450 dla zaoferowanego w zadaniu 4. licznika, wydane na okres od 13 marca
2020 r. do 13 marca 2030 r.

Z powyższego wynika, że jednostka certyfikująca liczniki oferowane przez Foxytech
w świetle obowiązujących w dniu wydania tych certyfikatów norm uznała, że wszystkie
późniejsze modyfikacje urządzenia pomiarowego nie wymagają ponownej certyfikacji. Tym
samym oferowane liczniki dopuszczone są do obrotu na mocy aneksu do certyfikatu
w ramach pełnego badania zakończonego wydaniem certyfikatu MID w 2020 r.

{ad zarzutu B - braku numeru fabrycznego na próbce licznika}

W dalszej (w stosunku do przedstawionej w odwołaniu) części pkt 1.12 (odpowiednio
pkt 2.12) Wymagań technicznych podano, w jaki sposób powinien wyglądać modelowy
numer seryjny spełniający ustanowiony schemat numeru seryjnego:

Przykład numeru seryjnego: A102187654321. Powyższy zapis numeru seryjnego oznacza,
że jest to licznik producenta „A", jednofazowy, bezpośredni, bez transmisji, wyprodukowany
w 2021 r. o [numerze] fabrycznym: 87654321 [pkt 1.12].

Przykład numeru seryjnego: A302187654321. Powyższy zapis numeru seryjnego oznacza,
że jest to licznik producenta „A", trójfazowy, bezpośredni, bez transmisji, wyprodukowany
w 2021 r. o [numerze] fabrycznym: 87654321 [pkt 2.12].

Na tabliczce znamionowej licznika musi być umieszczony w widocznym miejscu kod
paskowy numeru seryjnego w formacie CODE 128. Kod musi zawierać wyłącznie nr seryjny,
zgodny z numerem wpisanym do pamięci licznika, bez możliwości wprowadzenia jego zmian

przez Użytkownika [zarówno w pkt 1.12, jak i w pkt 2.12].

Zatem zgodnie z pkt 1.12 albo 2.12 WT zaoferowany licznik powinien posiadać numer seryjny zawierający w sobie jednocześnie numer fabryczny. Opisany sposób znakowania nie zakładał dowolności jego stosowania, gdyż numer fabryczny stanowił jeden z koniecznych elementów składowych numeru seryjnego. Oprócz tego na potrzeby prowadzonego postępowania Zamawiający dopuścił także, aby na tabliczce znamionowej licznika numer seryjny oraz numer fabryczny urządzenia pomiarowego zostały umieszczone osobno. Na skutek zastosowania któregokolwiek z opisanych sposobów znakowania na tabliczce znamionowej licznika musiał znaleźć się wymagany w pkt 5.12.1 lit. e) PN EN 50470-1:2008 numer fabryczny.

{ad zarzutu C - braku na tabliczce znamionowej obligatoryjnego numeru aktualnego Certyfikatu badania typu lub Certyfikatu badania projektu (MID)}

Złożone przez Foxytech wraz z ofertą świadectwo badania zawiera na pierwszej stronie kilka identyfikatorów, które jednoznacznie przyporządkowują ten dokument do złożonego jako próbka egzemplarza licznika. Oprócz wskazanego „Identyfikacyjnego numeru przyrządu" (oryg. Instrument Traceable Number), dokument ten zawiera jako oznaczenie identyfikacyjne pozycję opisaną w dokumencie jako „Identyfikacja przyrządu" (oryg. Instrument Identification), znajdujący się również na przedniej płycie licznika, bezpośrednio nad wskazanym numerem SGS0480. Na podstawie tak oznaczonego licznika jednostka badawcza jest w stanie jednoznacznie przyporządkować posiadaną dokumentację do wskazanego urządzenia i potwierdzić przejście przez urządzenie procesu certyfikacji.

Zdaniem Zamawiającego oznaczenia zastosowane na próbce licznika przez Foxytech jednoznacznie wskazują na oferowane urządzenie oraz pozwalają na jego jednoznaczną identyfikację oraz powiązanie z wydanymi certyfikatami. Oznaczenia są widoczne, czytelne, trwałe i niemożliwe do przeniesienia na inny wyrób.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia w całości odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Z kolei Przystępujący poparł Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołań, oraz złożył pisma procesowe, w których odniósł do poszczególnych zarzutów w sposób zbieżny z odpowiedziami na odwołania.

W odniesieniu do zarzutów „B" zauważył ponadto, że żadne normy nie określają, czy numer seryjny (fabryczny) powinien składać się wyłącznie z cyfr lub liter ani długości takiego oznaczenia. Decyzję o tym podejmuje producent urządzenia, mając na względzie zapewnienie unikalności danego oznaczenia, która pozwoli na jednoznaczną identyfikację produktu.

W odniesieniu do zarzutu „C" zwrócił dodatkowo uwagę na to, że ze złożonego wraz z ofertą certyfikatu nr 0120/SGS0480 wprost wynika, że dopuszczalnym oznaczeniem na tabliczce znamionowej jest ciąg znaków „SGS0480", co potwierdzają również zawarte w tym dokumencie zdjęcia poglądowe licznika.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w obu częściach, których dotyczą odwołania, gdyż również złożył ofertę na te

zadania. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które dotyczą zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, która w obu tych częściach została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Nie ma potrzeby przytaczania czy przywoływania wszystkich istotnych postanowień SWZ, gdyż treść większości z nich została adekwatnie przedstawiona w odwołaniach lub odpowiedziach na nie, a co najważniejsze - w przeciwieństwie do interpretacji tych postanowień - ich brzmienie nie jest oczywiście sporne. Podobnie nie był przedmiotem sporu stan rzeczy w odniesieniu do zaprezentowanego w odwołaniach opisu zakresu oznaczeń naniesionych na obudowy egzemplarzy liczników złożonych jako próbki, odrębnie dla zadania 2.i 4., przez Foxytech.

Pomimo obszernego i adekwatnego przywołania szeregu okoliczności faktycznych, zarzuty odwołania zasadzają się na pominięciu kluczowych okoliczności, względnie na nadinterpretacji postanowień opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Warunkach technicznych (załącznik nr 1 do Projektu umowy, który z kolei jest załącznikiem nr 8 do SWZ), określających specyfikację techniczną zamawianych liczników energii elektrycznej.

I tak stawiając zarzuty A, Odwołujący przeszedł do porządku dziennego nad tym, że przedmiotem tego zamówienia w zadaniach nr 2 i 4 są konwencjonalne liczniki energii elektrycznej, podczas gdy w pkt 8.2.3 załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 22 marca 2022 r. w sprawie systemu pomiarowego (Dz. U. poz. 788) odesłano do Części 31 pn. „Wymagania i badania bezpieczeństwa wyrobu" normy PN-EN 62052-31 - „Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) - Wymagania ogólne, badania i warunki badań" dla określenia obowiązujących wymagań techniczno-funkcjonalnych dla liczników zdalnego odczytu (na o wskazuje już sama nazwa tego załącznika).

Zarzuty B sprowadza się do prowadzonej ad absurdum interpretacji wymagania dotyczącego numeru seryjnego z pkt 1.12. i 2.12. Wymagań technicznych, wbrew treści tych postanowień i celowi ustanowienia tego wymagania.

Zarzut C polega zinterpretowaniu wymagania z pkt 1.4. Wymagań technicznych wręcz wbrew jego treści.

Jednocześnie w odwołaniach skrzętnie pominięto dokładne brzmienie pierwszego zdania tabeli wymagań technicznych, identyczne dla liczników jednofazowych z zadania 2. [pkt 1.1. tabeli] i liczników trzyfazowych z zadania 4. [pkt 2.1. tabeli]: Liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami tj.:

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

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

c) PN-EN 62056-21:2003 - Pomiary elektryczne - Wymiana danych w celu odczytu

liczników, sterowania taryfami i obciążeniem - Część 21: Lokalna bezpośrednia

wymiana danych

d) PN-EN 62056-6-1:2018-02 -Wymiana danych w pomiarach energii elektrycznej - Zespół DLMS/COSEM -- Część 6-1: System identyfikacji obiektów (OBIS)

e) PN-EN 62053-23:2021-05 lub nowszą - Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego): Wymagania szczegółowe - Część 23: Liczniki statyczne energii

biernej (klas 2 i 3).

Przy czym w sąsiedniej kolumnie tabeli następująco określono dokumenty i czynności, na podstawie których nastąpi weryfikacja spełnienia powyższych wymagań:

1. Certyfikat badania typu (moduł B)/projektu (moduł H1) (MID) wraz z aneksami

i załącznikami wydanymi do certyfikatu w zakresie punktów a) i b)

2. Dokumentacja techniczna w zakresie punktów a), b), c), d), e)

3. Raport potwierdzający zgodność parametrów metrologicznych dla energii biernej z normą EN 62053-23, wydany przez jednostkę akredytowaną w zakresie punktu e.

Kolejne wymaganie z tabeli wymagań technicznych również jest identyczne dla liczników jednofazowych z zadania 2. [pkt 1.3. tabeli] i liczników trzyfazowych z zadania

4. [pkt 2.2. tabeli], i brzmi następująco: 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.

Przy czym w sąsiedniej kolumnie tabeli następująco określono dokumenty i czynności, na podstawie których nastąpi weryfikacja spełnienia tego wymagania: Certyfikat badania typu (moduł B)/projektu (moduł H1) (MID) wraz z aneksami i załącznikami wydanymi do certyfikatu.

Ponadto tabela wymagań technicznych zawiera również następujące wymagania, które jest identyczne dla liczników jednofazowych z zadania 2. [pkt 1.4. tabeli] i liczników trzyfazowych z zadania 4. [pkt 2.4. tabeli]: Liczniki muszą posiadać na tabliczce znamionowej wszystkie oznakowania, wymaganie Certyfikatem badania typu (moduł B)/projektu (moduł H1) (MID). Liczniki (próbki w postępowaniu przetargowym oraz liczniki z dostaw) przed dostarczeniem do Zamawiającego muszą być poddane ocenie zgodności (posiadać na tabliczce znamionowej oznakowanie CE oraz dodatkowe oznakowanie metrologiczne składające się z symbolu M i dwóch ostatnich cyfr roku wykonania certyfikacji.

Przy czym w sąsiedniej kolumnie tabeli następująco określono dokumenty i czynności, na podstawie których nastąpi weryfikacja spełnienia tych wymagań:

Badanie techniczne licznika

Certyfikat badania typu (moduł B)/projektu (moduł H1) (MID) wraz z aneksami i załącznikami wydanymi do certyfikatu
Deklaracja zgodności CE

Z przywołanych powyżej postanowień Warunków technicznych wynikają w kontekście zarzutów zawartych w odwołaniach następujące wnioski:

Po pierwsze, skoro odwołano się do zgodności liczników z obowiązującymi normami, których zamknięty katalog podano, ale jednocześnie z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, te ostatnie należy uznać za przesądzające o zakresie wymagań technicznych wynikających z tych norm, które wchodzą w zakres specyfikacji liczników objętych tym zamówieniem.

W tym zakresie - jak to już powyżej ustalono - z obowiązujących przepisów nie wynika obowiązek spełnienia normy PN-EN 62052-31 w zakresie określonych w niej wymagań i badania bezpieczeństwa wyrobu przez liczniki konwencjonalne, które są objęte

tym zamówieniem.

Po drugie, spełnienie wymagań norm PN-EN 50470-1:2008 i PN-EN 50470-3:2009 ma być zbadane i ocenione na podstawie certyfikatu badania typu (moduł B) lub projektu (moduł H1) wraz z aneksami i załącznikami, czyli na podstawie tzw. certyfikatu MID, oraz dokumentacji technicznej, a nie w wyniku przeprowadzenia badania technicznego wzorów liczników złożonych wraz z ofertą.

Tymczasem w odwołaniu nie zakwestionowano prawidłowości złożonych przez Foxytech dla oferowanych liczników certyfikatów MID czy pozostałej dokumentacji technicznej [wyszczególnionej w pkt 3.7. SWZ] pod żadnym względem - ani formalnym, ani merytorycznym.

Nie ma zatem podstaw, aby nie przyjąć, że certyfikaty te, których ważność i obowiązywanie w okresie w nich wskazanym nie zostały zakwestionowane, za potwierdzające spełnianie przez liczniki zaoferowane przez Foxytech wymagań, których niespełnienie było przedmiotem zarzutów A.

Co więcej, ponieważ w certyfikacie MID złożonym dla licznika zaoferowanego przez Foxytech w zadaniu 2. wprost określono jako prawidłowy taki sposób oznaczania identyfikowalnym numerem przyrządu, jaki znajduje się na wzorcowym egzemplarzu licznika złożonym wraz z ofertą, zarzut C pozbawiony jest podstaw faktycznych.

Wreszcie zarzuty B polegają wyłącznie na niezwykłym zawikłaniu tego, co w istocie jest proste. Z treści wymagania wprost wynika, która część numeru seryjnego stanowi numer fabryczny, a poza wszelkim sporem jest fakt, że numery uwidocznione na wzorcach liczników złożonych wraz z ofertą przez Foxytech odpowiadają schematowi określonemu w ramach tego wymagania. Przy czym nie zostało zaprzeczone, ani że norma wskazana w odwołaniu nie formułuje żadnego szczególnego wymagania co do schematu numeru fabrycznego, ani że numery naniesione na wzorcowe egzemplarze liczników jako numery seryjne zawierające w sobie numery fabryczne cechują się unikalnością.

Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które - według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp - należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższy przepis jest odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych {dalej: „popzp”}, który stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie budzi wątpliwości, że na podstawie - zarówno obecnie obowiązującego, jak i poprzednio - tak sformułowanego przepisu odrzuceniu powinna podlegać oferta, której treść - rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) - nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych - na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp [przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popz] - przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę - co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) - przedmiotowych środkach dowodowych.

W szczególności stosownie do art. 105 ust. 1 pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Z kolei według art. 106 ust. 1 zd. 1 pzp zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym - niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym - niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Reasumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty odnośnie przedmiotu świadczenia, jest konieczność odrzucenia na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 5 ustawy pzp oferty jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury uzupełniania z art. 107 ust. 2 pzp, jeżeli zamawiający przewidział to w dokumentach zamówienia. Niezależenie od tego zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 pzp może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych.

Skoro żadna ze wskazywanych w odwołaniu niezgodności liczników oferowanych przez Foxytech z wymaganiami określonymi w ramach warunków technicznych SWZ w rzeczywistości nie zachodzi, w tym złożone jako próbki egzemplarze liczników oraz wystawione dla nich certyfikaty potwierdzają spełnienie tych wymagań, wszystkie zarzuty należało uznać za bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Ponieważ Odwołujący w całości przegrał obie sprawy, stosownie do tego wyniku został obciążony kosztami postępowania odwoławczego, na które w każdej ze spraw złożyły się uiszczone przez niego wpisy oraz wynagrodzenie pełnomocnika poniesione przez Zamawiającego. Stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.