

WYROK
z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 września 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 września 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: 1) ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (Lider Konsorcjum), 2) „ADD-Production” S.R.L., ul. 36 Dragonima street, MD-2008, Kiszyniów, Mołdawia (Uczestnik Konsorcjum), 3) ADD-Bulgaria OOD, Blvd. Vasil Aprilov 141V, 4003 Płowdiw, Bulgaria (Uczestnik Konsorcjum)** z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: **ul. Słomińskiego 15 lok. 504, 00-195 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) UAB „ELGAMA – ELEKTRONIKA” (Uczestnik Konsorcjum)** z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Plac Kombatantów 2, 58-100 Świdnica** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1

-
1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 26.08.2015 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty Przystępującego w ramach której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231) z uwagi na to, że: a) umowa obejmująca dostawę wskazaną w wykazie przez Przystępującego nie została zakończona (jest nadal świadczona przez Przystępującego na rzecz ENERGA-OPERTOR S.A.), a nie jest dostawa będąca elementem umowy świadczeniem o charakterze ciągłym lub okresowym należy uznać, iż nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tym bardziej, że w pkt 7.1.2.2.1 jednoznacznie definiuje się konieczność wykonania co najmniej 1 zamówienia jako 1 umowy obejmującej dostawę; b) nie zaszły okoliczności uzasadniające posłużenie się własnym oświadczeniem Przystępującego z uwagi na nie zakończenie umowy obejmującej dostawę; c) został wyczerpany tryb sanacyjny wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp, który Zamawiający przedsięwziął pismem z 6.08.2015 r., a z którego Przystępujący nie skorzystał.
 2. W pozostałym zakresie Izba oddala zarzuty i uznaje żądania Odwołującego za niezasadne.
 3. kosztami postępowania obciąża **PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (Lider Konsorcjum), 2) „ADD-Production” S.R.L., ul. 36 Dragonima street, MD-2008, Kiszyniów, Mołdawia (Uczestnik Konsorcjum), 3) ADD-Bulgaria OOD, Blvd. Vasil Aprilov 141V, 4003 Płowdiw, Bulgaria (Uczestnik Konsorcjum)**

z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Słomińskiego 15 lok. 504, 00-195 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2

3.2. zasądza od PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin na rzecz Konsorcjum Firm: 1) ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (Lider Konsorcjum), 2) „ADD-Production” S.R.L., ul. 36 Dragomima street, MD-2008, Kiszyniów, Mołdawia (Uczestnik Konsorcjum), 3) ADD-Bulgaria OOD, Blvd. Vasil Aprilov 141V, 4003 Płowdiw, Bulgaria (Uczestnik Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Słomińskiego 15 lok. 504, 00-195 Warszawa kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

3

Sygn. akt KIO 1933/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Dostawa liczników energii elektrycznej i koncentratorów dla potrzeb budowy i wdrożenia inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź-Miasto*” - nr 02/PN/KZ/2015, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 086 -156442 z 05.05.2015 r., przez PGE Dystrybucja S.A., ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 26.08.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum ELGAMA. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło: Konsorcjum Firm: 1) ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (Lider Konsorcjum), 2) „ADD-Production” S.R.L., ul. 36 Dragomima street, MD-2008, Kiszyniów, Mołdawia (Uczestnik Konsorcjum), 3) ADD-Bulgaria OOD, Blvd. Vasil Aprilov 141V, 4003 Płowdiw, Bulgaria (Uczestnik Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Słomińskiego 15 lok. 504, 00-195 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum ADD*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 04.09.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum ADD wniosło odwołanie na w/w czynność z 26.08.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.09.2015 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2) Ustawy oraz art. 24 ust. 4 *Pzp* w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231, ze zm.) (dalej: „*Rozporządzenie*”) poprzez zaniechanie wykluczenia Elgama i uznania oferty Elgama za odrzuconą z mocy prawa w związku niespełnieniem wymogów udziału w postępowaniu określonych w pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ oraz pkt 8.1.2. SIWZ, w przypadku gdy Elgama nie złożyła poświadczenia spełniania wymogów (referencji) wystawionego przez klienta Energa-Operator S.A., ani nie wskazała uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze uniemożliwiających przedstawienie referencji, gdyż odmowa poświadczenia należytego wykonania projektu

poczytana jako informacja od klienta Energa-Operator S.A. o nienależytym wykonaniu.

2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elgama i uznania oferty Elgama za odrzuconą z mocy prawa w związku niespełnieniem wymogów udziału w postępowaniu określonych w pkt.

7.1.1.2.2.1. SIWZ oraz pkt 8.1.2. SIWZ z powodu niewykazania należytego wykonania dostaw zgodnie z wymaganiem SIWZ, podczas gdy faktycznie Elgama nie wykonała należycie zamówienia referencyjnego, gdyż między innymi: (i) jest w trakcie realizacji projektu dla Energa-Operator S.A. wskazanego jako projekt referencyjny i w toku realizacji projektu (ii) istniały opóźnienia w realizacji dostaw, (iii) okoliczność dostawy urządzeń do magazynu Energa-Operator S.A. nie jest jednoznaczna z zawieszeniem urządzeń na sieci, a tym bardziej nie świadczy o uruchomieniu komunikacji pomiędzy licznikami a koncentratorami w technologii PRIME, co stanowi wymóg określony w pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ,

3. Art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Elgama i uznania oferty Elgama za odrzuconą z mocy prawa w związku niespełnieniem wymogów udziału w postępowaniu określonych w pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ oraz pkt 8.1.2. SIWZ z powodu niewykazania należytego wykonania dostaw zgodnie z wymaganiem SIWZ, podczas gdy Elgama dostarczyła do Energa-Operator S.A. „Zestawy Koncentratorowo-Bilansujące” co nie spełnia wymogów pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ, gdyż w niniejszym postępowaniu wymagano przedstawienia dowodów dostawy i uruchomienia koncentratorów, z pominięciem jakichkolwiek innych urządzeń równoważnych, w tym z pominięciem Zestawów Koncentratorowo-Bilansujących, co powoduje że nie Elgama nie wykazała posiadania zasobów wiedzy i doświadczenia wymaganych w SIWZ; a ewentualnie zarzucam naruszenie: Art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy konsorcjum Elgama do złożenia wyjaśnienia w czy Zestaw Koncentratorowo-Bilansujący dostarczony przez Elgama do Energa-Operator S.A. jest koncentrATOREM i jakie funkcjonalności Zestawu Koncentratorowo-Bilansującego o tym świadczą.

Ze względu na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia oceny ofert i wyboru oferty Elgama jako najkorzystniejszej dokonanych przez Zamawiającego w dniu 26.08.2015 r.;
2. Wykluczenia wykonawcy Elgama;
3. Dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert po uprzednim wykluczeniu wykonawcy Elgama i uznaniu jego oferty za odrzuconą z mocy prawa. Jednocześnie wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

Odnośnie zarzutu nr 1 - brak obiektywnych przyczyn dla nieprzedstawienia referencji. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia, w pkt 8.1.2.1. SIWZ, Zamawiający żądał

przedstawienia dokumentu poświadczenia wstawionego przez podmiot na rzecz którego dostawy były wykonane, czyli w przypadku oferty Elgama - poświadczenia wystawionego przez Energa-Operator S.A. a w pkt 8.1.2.2. SIWZ, dopuścił przedstawienie oświadczenia wykonawcy, wyłącznie w przypadku gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie można przedstawić poświadczenia wystawionego przez Energa-Operator S.A. Zgodnie z pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ Zamawiający wymagał wykazania, że Wykonawca: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje co najmniej 1 zamówienie (1 umowę) obejmujące dostawę koncentratorów w liczbie co najmniej 100 szt. oraz co najmniej 1 zamówienie (1 umowę) obejmujące dostawę liczników energii elektrycznej w liczbie co najmniej 40 000 szt. Wskazane powyżej koncentratory i liczniki muszą realizować dwukierunkową transmisję danych między licznikiem a koncentrATOREM w technologii PLC (pasmo CENELEC A) w oparciu o specyfikację IDIS lub OSGP lub PRIME lub G3 PLC. Powyższe dostawy koncentratorów i liczników mogą być zrealizowane w ramach jednego zamówienia (umowy). Liczniki energii elektrycznej, dostarczane w ramach ww. dostaw, muszą spełniać wymagania Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/22/WE z dnia

31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych (MID)." Elgama w piśmie do Zamawiającego z 14.08.2015 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia przyczyn złożenia oświadczenia własnego wykonawcy zamiast poświadczenia z Energa-Operator S.A., wskazywała że Energa-Operator S.A. odmówiła Elgamie wystawienia takiego poświadczenia oraz że Energa-Operator stwierdziła iż Elgama może wykazać należyte wykonanie dostaw protokołami odbioru urządzeń z wynikiem pozytywnym. Nie sposób się zgodzić z tezą, że odmowa wystawienia poświadczenia przez Energa-Operator stanowi uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze dla braku przedstawienia poświadczenia należytego wykonania dostaw. Przede wszystkim Elgama nadal tylko oświadcza co do stanowiska Energa-Operator S.A., w szczególności nie przedstawiła jakichkolwiek przyczyn odmowy wskazanych przez Energa-Operator w formie oświadczenia. Z samego stwierdzenia Elgamy w piśmie z 14.08.2015 r. wynika, że umowa jest w trakcie realizacji i Energa-Operator S.A. nie ma prawa wystawić poświadczenia w formie referencji. Z takim stwierdzeniem należy się zgodzić o tyle, że do czasu wypełnienia wymogu SIWZ w niniejszym postępowaniu i sprawdzenia należytego wykonania dostaw w tym zakresie Energa-Operator S.A. nie może zaświadczyć o tym że urządzenia należycie realizują komunikację pomiędzy koncentratorami a licznikami w protokole PRIME, gdyż Energa-Operator S.A. po prostu tego nie wie. Wskazane przez Elgama dowody pozytywnego wykonania dostaw do magazynu zamawiającego nie świadczą o zamontowaniu liczników na sieci a tym bardziej o uruchomieniu komunikacji w protokole PRIME. Odmowa wystawienia

6

referencji poświadczających należyte wykonanie projektu, z tego powodu że podmiot je wystawiający nie jest w stanie zweryfikować należytego wykonania dostaw, lub innymi słowy, prawdziwości poświadczanych informacji, nie jest uzasadnioną przyczyną dla której można skorzystać z samodzielnego oświadczenia Wykonawcy. Jednocześnie na marginesie wskazał, że Energa-Operator S.A. bez żadnych dodatkowych zastrzeżeń wystawia prawdziwe i możliwe do stwierdzenia informacje w formie referencji. Przykładem niech będą referencje wystawione w dniu 11.12.2013 r. dla T-matic Systems S.A. (które były poprzednio złożone do PGE Dystrybucja S.A. przez jednego z wykonawców w przetargu nr 3/PN/U/2014 ogłoszonym 10.06.2014 r.). T-matic w konsorcjum z firmą Arcus S.A. (dalej: „T-matic”) jest stroną tej samej umowy ramowej z Energa-Operator S.A. której stroną jest Elgama. T-matic na podstawie umowy ramowej zawarła z Energa-Operator S.A. umowę z 1.02.2013 r. nr W/II/AZU/00071/12 (dalej: „Umowa EOP-TMS”) w ramach II etapu dostaw (tej umowy dotyczą załączone referencje), natomiast umowa na którą powołuje się Elgama została zawarta z Energa-Operator S.A. w dniu 8.01.2014 r. i miała numer W/II/AZU/00082/13 (dalej: „Umowa EOP-Elgama”). Zgodnie z Umową EOP-TMS, ostatnie T-matic dostarczył ostatnie urządzenia zgodnie z umową do magazynów Energa-Operator S.A. w dniu 20.12.2013 r. Nie przeszkodziło to Energa-Operator S.A. zaświadczyć, że dostawy częściowe zostały wykonane zgodnie z prawdą. Brak wystawienia przez Energa-Operator S.A. referencji w kontekście wyżej wskazanej praktyki wskazuje że zachowanie Energa-Operator S.A. musi mieć swoją przyczynę i odmowie wystawienia referencji należy nadać znaczenie odmienne. Odmowa wystawienia referencji jest uzasadniona niemożliwością poświadczenia informacji zawartych w dokumencie poświadczenia. Odmowa wystawienia referencji nie jest przyczyną obiektywną, tylko właśnie subiektywną, gdyż zależy od sytuacji danego Wykonawcy i między innymi stanu realizacji projektu. Przyjmując odmienne stanowisko już podpisanie umowy o realizację zamówienia publicznego dawałaby podstawy do powoływania się na jego wykonanie, tymczasem do czasu protokołu odbioru końcowego (weryfikacji końcowej zgodnie z Umową EOP-Elgama) nie powstają dokumenty, które zaświadczałyby należyte uruchomienie komunikacji. Dlatego właśnie wymaga się poświadczenia zamawiającego, że ta komunikacja funkcjonuje. Skoro komunikacja nie funkcjonuje, to zamawiający nie może o tym zaświadczyć i odmawia wystawienia referencji - dlatego też umożliwienie przedstawienia oświadczenia w takim przypadku należy uznać również za nieuzasadnione. Dodatkowo, wskazał że oświadczenie Elgama zawarte na stronie 69 oferty wskazuje, że dostarczone do Energa-Operator S.A. liczniki „realizują dwukierunkową transmisję danych między licznikiem a koncentratorom w technologii PLC (pasmo CENELEC A) w oparciu o specyfikację PRIME". W związku z tym gdyby się okazało, że dostarczone do Energa-Operator S.A. liczniki nie zostały zamontowane na sieci, lub nie została uruchomiona komunikacja na tych licznikach, to mamy do czynienia ze składaniem nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust 2

7

pkt 3 Pzp. Nawiasem mówiąc konstrukcja Umowy EOP-Elgama przewiduje że to Energa-Operator S.A. samodzielnie realizuje montaż i uruchamia komunikację bez udziału Elgama, co powoduje, że Elgama nie wie czy ta komunikacja została przez Energa Operator S.A. uruchomiona, a mimo to oświadcza w tym zakresie. Jednocześnie gdyby uznać za prawdziwą wypowiedź Energa-Operator S.A., o której mowa w piśmie Elgama z 14.08.2015 r., to jak rozumiemy Energa-Operator S.A. potwierdza że liczniki są w magazynie i nie ma potrzeby wystawiania dodatkowych dokumentów aby to wykazać. Natomiast Energa-Operator S.A. odmawia potwierdzenia, że urządzenia te realizują wymaganą komunikację. Z tych przyczyn Elgama powinna być wykluczona z uwagi na niezłożenie wymaganych referencji.

Odnosnie zarzutu nr 2 - nienależyte wykonanie projektu referencyjnego. Elgama nie wykonuje należycie Umowy EOP-Elgama. Również w zakresie tego zarzutu powołuję się na argumentację dotyczącą odmowy wystawienia referencji przez Energa-Operator S.A., którą należy odczytywać jako informację o nienależytym wykonaniu Umowy. Niezależnie od powyższego, Umowa EOP-Elgama została zawarta w dniu 8.01.2014 r., a montaż miały rozpocząć się w II kwartale 2014 r. Zatem protokoły odbioru dostaw przedstawione przez Elgama (nie starsze niż 3 miesiące) zaświadcza że dostawy były wykonane po terminie wynikającym z kontraktu, zatem wykonane nienależyte, gdyż nieterminowo. Energa-Operator S.A. najprawdopodobniej naliczy kary z powodu opóźnień w dostawie, jednak oczywiście nie ma to wpływu na protokół odbioru i jego treść. Ma natomiast zasadniczy wpływ i uzasadnia odmowę wystawienia przez Energa-Operator S.A. poświadczenia należytego wykonania dostaw przez Elgama. (Informacja ze strony internetowej EOP o zawarciu Umowy i terminach montażu - <http://media.enerfia.pl/PressOffice/PressRelease.264375.poPprint version=true/>) Ponadto, dostawy urządzeń do magazynu Energa-Operator S.A. nie świadczą o uruchomieniu komunikacji liczników i odczytywania tych liczników w technologii PRIME, gdyż taka komunikacja może zaistnieć dopiero po dokonaniu montażu tych liczników. Niezależnie od tego wstępna weryfikacja komunikacji liczników i koncentratorów w Umowie EOP-Elgama ma miejsce przy odbiorze produktu „Makieta” zgodnie z pkt. 13.11 i następne Umowy EOP-Elgama. Zatem aby wykazać, że liczniki koncentratory należycie realizują wymaganą komunikację w protokole PRIME należałoby przedstawić pozytywny protokół odbioru Makiety. Gdyby taki pozytywny odbiór Makiety miał miejsce, to wówczas Energa-Operator S.A. nie miałaby żadnych podstaw do odmowy wystawienia referencji, gdyż wiedziałaby że urządzenia komunikują się należycie co do zasady. Poświadczenie należytego wykonania powinno dotyczyć Makiety i być później zweryfikowane w odniesieniu do 450 tys liczników jakie Elgama dostarcza na podstawie Umowy EOP-Elgama.

Odnosnie zarzutu nr 3 - przedmiot projektu referencyjnego nie spełnia wymogów

SIWZ. Zgodnie z pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ zacytowanym powyżej w treści odwołania, Zamawiający wymagał wykazania się dostawą między innymi koncentratorów. Tymczasem Elgama oświadczyła że dostarczyła inne niż koncentratory urządzenia, a mianowicie Zestawy Koncentratorowo-Bilansujące, co potwierdzają protokoły załączone do pisma Elgama z 14.08.2015 r. Nie przeszkodziło to Elgama oświadczyć w oświadczeniu na stronie 69 oferty że dostarczyła koncentratory, gdyż tak naprawdę dostarczyła zestawy koncentratorowo-bilansujące. Znamienne jest, że wymaganie pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ nie używa żadnych dodatkowych pojęć o charakterze rozszerzającym pojęcie koncentratorów na inne równoważne lub - jak się spotyka w specyfikacjach „urządzenia pełniące funkcje koncentratora lub koncentrujące dane”, co formalnie rzecz biorąc powoduje, że wykazanie dostawy Zestawu Koncentratorowo-Bilansującego nie jest wykazaniem dostawy koncentratora, gdyż są to urządzenia od siebie różne. W tego względu doświadczenie Elgamy nie pozwala uznać, że warunek określony w SIWZ został spełniony. Z daleko posuniętej ostrożności, to jest gdyby nawet uznać, że badanie funkcjonalności Zestawu Koncentratorowo-Bilansującego ma znaczenie dla stwierdzenia czy można uznać go za koncentrator, wskazuję że takie wyjaśnianie nie powinno mieć miejsca przed Izbą, a wezwanie do wyjaśnień powinno być skierowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w wyniku orzeczenia Izby nakładającego taki obowiązek na Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 04.09.2015 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185

ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.09.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Konsorcjum Firm: 1) Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) UAB „ELGAMA – ELEKTRONIKA” (Uczestnik Konsorcjum) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Plac Kombatantów 2, 58-100 Świdnica zwana dalej: „Konsorcjum ELGAMA” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

9

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z po oświadczeń, jak przedstawionymi poniżej dowodami, wysłuchaniu i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku uwzględnienia odwołania, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, oferta Przystępującego - „Wykaz zrealizowanych zamówień – wraz z oświadczeniem i protokołami” str. 67-98, wezwanie do uzupełnienia z 06.08.2015 r., pisemne wyjaśnienia Przystępującego do oferty z 14.08.2015 r.

Nadto dopuszczono złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem załączniki:

- 1) referencje T-matic z 11.12.2013 r.;
- 2) informacja ze strony internetowej EOP o zawarciu Umowy i terminach montażu z 13.01.2014 r.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie załączniki:

- 1) Dowód nr 1 - Prezentacja „Techniczne aspekty wdrożenia AMI w ENERGA-OPERATOR SA” P. B., konferencja Baltic Smart Grid Meeting, 12 czerwca 2014, slajd nr 11;
- 2) Dowód nr 2 - Artykuł „Energa Operator: inteligentne liczniki za 87 min zł” opublikowany na portalu gospodarczym www.wnp.pl w dniu 13.01.2014r.;
- 3) Dowód nr 3 -Wykaz wykonanych zamówień wraz z oświadczeniem i protokołami odbioru przedłożony w ofercie Przystępującego;
- 4) Dowód nr 4 - Prezentacja „Logistyka instalacji infrastruktury AMI” M. P. EOP, Warsztat AMI, 5-6 luty 2014);
- 5) Dowód nr 5 - wyciąg z kart katalogowych urządzeń dostarczonych przez Elgamę do EOP wraz z tłumaczeniem;
- 6) Dowód nr 6.1. - Komunikat prasowy Biura prasowego EOP z dnia 12.06.2015 „Energa-Operator kupi 6,6 tys. zestawów koncentratorowo-bilansujących”;
- 7) Dowód nr 6.2 - karta katalogowa „Zintegrowany układ AMI i Smart Grid szafka typu AMI/SG”;

10

-
- 8) Dowód nr 7.1. Załącznik nr 2 do Ogłoszenia EOP oprowadzeniu dialogu technicznego (Numer sprawy: DT/3/14) - Wymagania funkcjonalne;
 - 9) Dowód nr 7.2. - Prezentacja projektu „Budowa i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź-Miasto” opracowana dla potrzeb prezentacji projektu AMI PGE Dystrybucja S.A. w Urzędzie regulacji Energetyki,

22.04.2014r.;

- 10) Dowód nr 7.3. - projekt Wzorcowej Specyfikacji Technicznej - część D wymagania dla koncentratora;
- 11) Dowód nr 8 SIWZ EOP Postępowanie nr W/1/AZL/00082/13;
- 12) Dowód nr 9 - Załącznik nr 4 do SIWZ EOP zamówienie nr W//AZL/00082/13;
- 13) Dowód nr 10 - Załącznik nr 13 do SIWZ EOP zamówienie nr ZP/48/RZU/2010;
- 14) Dowód nr 11 - Załącznik nr 11 do SIWZ EOP zamówienie nr ZP/48/RZU/2010.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym załączniki:

- 1) dowód nr 1: certyfikat PRIME ALLIANCE dla licznika jednofazowego;
- 2) dowód nr 2: certyfikat PRIME ALLIANCE dla licznika trójfazowego;
- 3) dowód nr 3: wyciąg z certyfikatu PRIME ALLIANCE dla koncentratora danych;
- 4) dowód nr 4: Stowarzyszenie PRIME Alliance powstało w celu stworzenia, rozwijania i propagowania otwartego protokołu PRIME;
- 5) dowód nr 5: pismo koordynatora Wiodącego Zamawiającego z 18.03.2015 r.
- 6) dowód nr 6: wyciąg ze oficjalnej strony internetowej PRIME Alliance z wymienionymi certyfikowanymi koncentratorami danych.

Izba dopuściła dodatkowo jako dowody w sprawie złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- Kopie pismo z 11.09.2015 r. ENERGIA-OPERATOR S.A.

Izba dopuściła dodatkowo jako dowody w sprawie złożone przez Przystępującego na rozprawie:

- 1) Wydruk e- maila z 12.05.2015 r. wystosowany do ENERGIA-OPERATOR S.A.;
- 2) Drugi ze złożonych wydruków został dopuszczony jako załącznik złożony przez Zamawiającego (dowód nr 6.1).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

11

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego postanowienia SIWZ - pkt 7.1.2.2.1: „Wykonawca (...) musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje co najmniej 1 zamówienie (1 umowę) obejmujące dostawę koncentratorów w liczbie co najmniej 100 szt. oraz co najmniej 1 zamówienie (1 umowę) obejmujące dostawę liczników energii elektrycznej w liczbie co najmniej 40 000 szt. Wskazane powyżej koncentratory i liczniki muszą realizować dwukierunkową transmisję danych między licznikiem a koncentratorom w technologii PLC (pasmo CENELEC A) w oparciu o specyfikację IDIS lub OSGP lub PRIME lub G3 PLC. Powyższe dostawy koncentratorów i liczników mogą być zrealizowane w ramach jednego zamówienia (umowy).

Liczniki energii elektrycznej, dostarczane w ramach ww. dostaw, muszą spełniać wymagania Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/22/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych (MID).”, jak i – pkt 8.1.2, 8.1.2.1, 8.1.2.2.:

„8.1.2. Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw (w zakresie, w jakim towary zostały już odebrane przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane), w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie lub są wykonywane, sporządzony zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ. Wykaz musi obejmować główne dostawy, tj. dostawy niezbędne do wykazania spełniania warunku doświadczenia określonego w pkt 7.1.2.2.1 SIWZ i musi zawierać informacje niezbędne do stwierdzenia,

czy Wykonawca spełnia warunki określone w tym punkcie. Dowodami, o których mowa powyżej mogą być:

- 8.1.2.1. Poświadczenie (podmiotu, na rzecz którego dostawy były wykonane), z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
- 8.1.2.2. Oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w

12

pkt 8.1.2.1. przy czym obiektywne przyczyny, o których mowa powyżej należy opisać w ofercie. W przypadku złożenia oświadczenia, Wykonawca przedstawi dodatkowo dane kontaktowe do osób reprezentujących podmiot, na rzecz którego Wykonawca realizował lub realizuje dostawy, celem umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji i potwierdzenia informacji przedstawianych przez Wykonawcę w oświadczeniu.”.

Nadto adekwatne fragmenty oferty Przystępującego tam przywołane (wykaz prac, do którego załączyło zarówno stosowne oświadczenie własne, jak i protokoły odbioru poszczególnych dostaw), nadto postępowanie uzupełniające prowadzone pomiędzy Przystępującym oraz Zamawiającym (wyjaśnienia Przystępującego z dnia 14.08.2015 r.). Nadto, wskazując, że okazało się, iż de facto przedstawione doświadczenie nie było przedmiotem sporu, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa i dopuszczalność takiego działania, tj. wykazania doświadczenia w oparciu o zamówienie, które nie zostało jeszcze zakończone, tudzież obejmujące Zestawy koncentratorowo – bilansujące, w kontekście obowiązujących postanowień SIWZ. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 rozporządzenia poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego i uznania oferty Przystępującego za odrzuconą z mocy prawa w związku niespełnieniem wymogów udziału w postępowaniu określonych w pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ oraz pkt 8.1.2. SIWZ, w przypadku gdy Przystępującego nie złożyła poświadczenia spełniania wymogów (referencji) wystawionego przez klienta Energa-Operator S.A., ani nie wskazała uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze uniemożliwiających przedstawienie referencji, gdyż odmowa poświadczenia należytego wykonania projektu nie stanowi uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze i powinna być poczytana jako informacja od klienta Energa-Operator S.A. o nienależytym wykonaniu – Izba uwzględnia – uzasadniając poniżej.

W zakresie 1 zarzutu. Izba podziela stanowisko, że poświadczenia nie muszą zawierać tożsamy z wykazem zamówień określeń, a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. Prawdą jest także, że co do zasady Wykonawca nie ma wpływu na treść potwierdzenia. Należy jednak zaznaczyć, że kwestie te nie są kluczowe w przedmiotowym stanie albowiem odmowa poświadczenia (dowód faktycznym, Przystępującego złożony na rozprawie nic nie wnosi do sprawy - Wydruk e- maila z 12.05.2015 r. wystosowany do ENERGIA-OPERATOR S.A) wynika, nie z nienależytego

13

wykonania zamówienia – ale z tego, że jest ono w trakcie realizacji (czemu ostatecznie nikt podczas rozprawy nie zaprzeczał, a co także wynikało ze zgromadzonego materiału dowodowego – przykładowo: Kopie pismo z 11.09.2015 r. ENERGIA-OPERATOR S.A.). W tym zakresie należy zgodzić się z Odwołującym, że wobec faktu, że nie mamy do czynienia ze świadczeniem ciągłym lub okresowym, ale dostawą jednorazową, która przebiega w częściach, partiach, które są wynikiem uzgodnienia z odbiorcą, a nie wynikają z charakteru stosunku prawnego – nie można honorować zamówienia będącego w trakcie realizacji, a ściśle przedstawionych protokołów odbioru, a tym bardziej samego oświadczenia Przystępującego.

Powyższa ocena przedstawionego w ofercie doświadczenia jest oparta o stanowisko

wynikające z orzecznictwa – przykładowo (wyrok KIO z 28.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1083/10, sygn. akt: KIO 1085/10: „Ustawodawca w przepisach ustawy nie zdefiniował pojęcia usług „ciągłych lub powtarzających się okresowo”. W celu wyjaśnienia tych pojęć należy posłużyć się przepisami prawa cywilnego. W takim przypadku zgodnie z art. 14 ustawy w zakresie nie uregulowanym przepisami ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Wprawdzie doktryna prawa cywilnego również nie rozstrzyga, czym są usługi ciągłe lub powtarzające się okresowo, jednakże definiuje pojęcia „świadczeń jednorazowych, okresowych i ciągłych”.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny w przypadku świadczeń ciągłych wyznacznikiem zarówno rozmiaru jak i treści świadczenia jest czas. Świadczenie ciągłe polega bowiem na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez czas trwania stosunku prawnego. Z istoty rzeczy spełnienie takiego świadczenia musi więc trwać przez pewien czas. Świadczenie ciągłe ma to do siebie, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo partie świadczenia. Charakter ciągły mają świadczenia wynajmującego, wdzierżawiającego, dającego w użyczenie, udzielającego pożyczki, przechowawcy, pracownika w stosunku pracy, zarządzającego, banku w umowie rachunku bankowego, świadczenia przedsiębiorstw dostarczających wodę, gaz, elektryczność (W. Czachórski Zobowiązania – Zarys wykładu, Warszawa 1994, rozdział III).

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych przez zamówienia na usługi powtarzające się okresowo należałoby rozumieć takie zamówienia, których przedmiotem są powtarzające się w określonych regularnych odstępach czasu świadczenia inne niż dostawy i roboty budowlane. Przykładowo, zamówieniem na usługi powtarzające się okresowo może być, np. usługa cateringu (codzienne dostarczanie posiłków), sprzątanie biura lub konwojowanie pieniędzy (pod warunkiem, że odbywa się regularnie). Świadczenia takie nie mogłyby być skumulowane i wykonane jednorazowo, bez

14

uszczerbku dla realizacji celu, któremu służą. (Opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 03.02.2009 r.).

Celem usług powtarzających się okresowo jest zaspokojenie interesu Zamawiającego w ciągu pewnego czasu, poprzez dokonywanie określonych czynności w sposób powtarzalny, co wynika ze stałego zapotrzebowania Zamawiającego na dane usługi, które musi być regularnie zaspokajane poprzez udzielanie zamówień. W takiej sytuacji Zamawiający przewiduje, że w określonych odstępach czasu będzie udzielał zamówień na dane usługi. Natomiast, jednorazowe wykonanie takiej usługi sprzeciwiać się będzie zamierzonemu celowi. Generalnie wszystkie umowy, których przedmiotem są usługi świadczone wedle zapotrzebowania, tzn. uruchamiane są na podstawie indywidualnego zlecenia konkretnej usługi w ramach stałej umowy, nie mogą być kwalifikowane jako usługi powtarzające się okresowo. To samo odnosi się do udzielanych oddzielnie zamówień na usługi, które powtarzają się kilka razy do roku, w zależności od potrzeb (Z. Radwański, Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 1999, Rozdział II). (...). Podobnie w wyroku KIO z 11.05.2011 r., sygn. akt: KIO 942/11: „Samo rozróżnienie pomiędzy świadczeniami ciągłymi, okresowymi i jednorazowymi o złożonej strukturze nie zawsze jest proste, pomimo nawet odwołania się do wypracowanych przez doktrynę opisów cech charakterystycznych, często zresztą nie do końca jednolitych. Przykładowo publikacja „Prawo zobowiązań – część ogólna, System Prawa Prywatnego, tom 5., pod red. prof. dr hab. Ewy Łętowskiej, rok wyd. 2006, wyd. C.H. Beck, str. 198 i nast.” wskazuje, że świadczenie jest jednorazowe, jeżeli jego treść i rozmiar są oznaczone wyczerpująco wyłącznie przez wskazanie zachowania się dłużnika, do którego jest on obowiązany, bez odwoływania się do czynnika czasu, co jednak nie oznacza, że musi się ono zamknąć w jednym działaniu i w krótkim przedziale czasu, może ono obejmować bardzo złożony łańcuch działań i czynności prawnych, a jeśli przedmiot świadczenia jest podzielny, świadczenie może być spełniane częściowo i bez względu na czas trwania, doprowadza do jednego wyniku osiąganego w oznaczonej chwili. Istotną cechą tak ukształtowanego świadczenia jest to, że rozmiar świadczenia jest od razu z góry określony i to bez odwołania się do elementu czasu, wobec czego skutek w postaci jego spełnienia może zostać osiągnięty jednorazowo.

W przypadku świadczenia ciągłego czas jest wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia, polega bowiem na określonym, stałym zachowaniu się dłużnika przez

czas trwania stosunku prawnego. Jego cechą charakterystyczną jest to, że nie da się w nim wyodrębnić poszczególnych zachowań się dłużnika, które mogłyby być potraktowane jako samoistne świadczenia albo części świadczenia. Przykładowo to świadczenia wynajmującego, wydierżawiającego, dającego w użyczenie, przechowawcy, pracownika w stosunku pracy, zarządzającego, banku w umowie rachunku bankowego, współnika, świadczenia przedsiębiorstw dostarczających wodę, gaz, elektryczność, z reguły też

15

świadczenia polegające na zaniechaniu, chociaż nie jest konieczne, aby zachowanie się dłużnika stanowiące treść świadczenia trwało nieprzerwanie w ciągu istnienia stosunku prawnego. Do uznania świadczenia za ciągłe wystarcza, jeżeli składa się ono z pewnych powtarzających się stale, następujących po sobie psychofizycznych aktów dłużnika tworzących razem funkcjonalną całość, a interes wierzyciela jest zaspokajany dlatego właśnie, że odpowiednie zachowanie się dłużnika ma charakter trwały.

Świadczenia okresowe (periodyczne, powrotne) polegają na stałym dawaniu przez czas trwania stosunku prawnego, w określonych regularnych odstępach czasu, pewnej ilości pieniędzy lub innych rzeczy zamiennych, jak renty i świadczenia alimentacyjne, czynsze, odsetki od kapitału, wynagrodzenie w stosunku pracy. Niekiedy za cechę charakterystyczną świadczeń okresowych uznaje się to, iż świadczenia te nie składają się na całość określoną z góry co do wielkości, przynajmniej przy umowach zawartych na czas nieoznaczony. Ze względu na następstwo w czasie świadczenia okresowe mogą być podobne do świadczeń ratalnych, jednakże w przeciwieństwie do rat świadczenie okresowe jest samodzielnym świadczeniem, a nie częścią jednego większego świadczenia, którego wielkość została oznaczona bez udziału czynnika czasu. Samoistny charakter poszczególnego świadczenia okresowego nie oznacza jednak, że jest ono świadczeniem jednorazowym. Świadczenia okresowe są bowiem usytuowane względem siebie w swoistym układzie strukturalnym, wyznaczonym przez czynnik czasu. Obowiązek spełniania powtarzających się świadczeń jest rozłożony w czasie i istnieje przez okres trwania stosunku zobowiązaniowego. To z kolei sprawia, że ostateczny rozmiar świadczeń otrzymanych przez wierzyciela zależy od długości okresu, częstotliwości spełniania świadczeń w tym okresie oraz wysokości poszczególnych świadczeń. Czas jest więc wyznacznikiem tej sumy, i to w dwojaki sposób – decyduje bowiem zarówno o długości trwania obowiązku powtarzających się świadczeń, jak i o ich częstotliwości. Z charakteru świadczeń okresowych wynika, że celem ich jest zaspokajanie interesu wierzyciela w ciągu pewnego czasu. Pomimo owych dość skomplikowanych opisów i niejednorodnych kryteriów podziału, co przynajmniej autorzy powyższej publikacji wskazując też na występującą w poszczególnych przypadkach trudność w rozróżnieniu danego rodzaju świadczeń, można wyróżnić pewne cechy owych świadczeń, przy tym dla kwalifikacji danej usługi do jednej z grup bardziej pomocne niż ww. opisy jest porównanie spornych usług ze świadczeniami bezspornie należącymi do danej grupy. W uproszczeniu świadczenia ciągłe (choć nie we wszystkich przypadkach) polegają na pewnym zachowaniu dłużnika przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, jak np. ochrona obiektów, dostawa wody i energii elektrycznej, stała piecza i dostęp do środków zgromadzonych na rachunku bankowym, wydanie rzeczy wynajmującemu dla jej używania itd. i dla osiągnięcia zamierzonego efektu nie mogą być przerywane – zaprzestanie na pewien czas ochrony obiektu, przerwa w dostawie wody itp. stanowią nienależyte wykonanie umowy. Nie da się

16

ich także wykonać przez jednorazowe działanie, bardziej lub mniej długotrwałe, np. jednorazowo dostarczyć ilości energii elektrycznej potrzebnej zamawiającemu na cały rok. Podobną cechą, tj. niemożność jednorazowego wykonania, miałyby również usługi powtarzające się okresowo – chociaż tu należy zauważyć, że zgodnie z powyższymi definicjami sztandarowy przykład usługi powtarzającej się okresowo, które to pojęcie pojawia się w art. 34 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jakim jest usługa sprzątnia czy zapewnienia codziennego żywienia, nie byłyby świadczeniami okresowymi, lecz ciągłymi. Zgodnie bowiem z powyższymi definicjami świadczenie okresowe odnosi się zasadniczo do pieniędzy lub innych rzeczy zamiennych, jak renty i świadczenia alimentacyjne, czynsze, odsetki od kapitału, czy wynagrodzenie w stosunku pracy, więc co do zasady nie dotyczy tego rodzaju usług i dostaw, które są przedmiotem zamówień publicznych. Oczywiście, zgodnie z wolą stron w niektórych wypadkach można te świadczenia spełnić jednorazowo

(np. zapłacić czynsz za dany okres „z góry”), lecz nie jest to ich „normalne” spełnienie, zgodne z ich naturą, stosownie do której powinny być spełniane w określonych, regularnych odstępach czasu. Jednak wydaje się, że w przypadku zamówień publicznych definicja świadczenia okresowego powinna być rozpatrywana raczej podobnie do „dostaw i usług powtarzających się okresowo” i usługi / dostawy powtarzające się stale, lecz z przerwami (np. 3 godziny dziennie od poniedziałku do piątku), należałoby nadal nazywać okresowymi, a trwające nieprzerwanie – ciągłymi. Nie ma to jednak zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, gdyż kwestionowane usługi nie zaliczają się do żadnej z tych grup, lecz stanowią, jak już stwierdzono powyżej, skomplikowane świadczenie jednorazowe, realizowane w częściach poprzez wykonanie szeregu określonych działań. Cechą wyróżniającą świadczenie jednorazowe jest osiągnięcie pewnego efektu, nawet jeśli przyjęty sposób wykonania, czy to wynikający z procesu technologicznego, czy woli stron umowy, wymaga długotrwałego zaangażowania dłużnika. (...).”

Odnosnie realizacji dwukierunkowej transmisji danych między licznikami, a koncentratorami, Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym chociażby w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, że „realizować”, to nie znaczy, że miały świadczyć o uruchomieniu komunikacji, nie musiały być użytkowane. W zakresie określonym wymogiem – pkt 7.1.2.2.1 SIWZ – Przystępujący (dowód nr 1: certyfikat PRIME ALLIANCE dla licznika jednofazowego; dowód nr 2: certyfikat PRIME ALLIANCE dla licznika trójfazowego; dowód nr 3: wyciąg z certyfikatu PRIME ALLIANCE dla koncentratora danych; dowód nr 4: Stowarzyszenie PRIME Alliance powstało w celu stworzenia, rozwijania i propagowania otwartego protokołu PRIME) i Zamawiający (Dowód nr 5 - wyciąg z kart katalogowych urządzeń dostarczonych przez Elgamę do EOP wraz z tłumaczeniem; Dowód nr 6.1. - Komunikat prasowy Biura prasowego EOP z dnia 12.06.2015 „Energia-Operator kupi

17

6,6 tys. zestawów koncentratorowo-bilansujących”) wykazali m.in. poprzez załączone dowody do swoich pism procesowych spełnienie literalnego wymogu SIWZ. Izba uznała także, że wykazano nawet spełnienie wymogu w tym zakresie – w interpretacji przyjętej przez Odwołującego, czyniąc to w sposób pośredni poprzez załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody (Dowód nr 1 - Prezentacja „Techniczne aspekty wdrożenia AMI w ENERGIA-OPERATOR SA” P. B., konferencja Baltic Smart Grid Meeting, 12 czerwca 2014, slajd nr 11; Dowód nr 2 - Artykuł „Energia Operator: inteligentne liczniki za 87 min zł” opublikowany na portalu gospodarczym www.wnp.pl w dniu 13.01.2014r.; Dowód nr 3 - Wykaz wykonanych zamówień wraz z oświadczeniem i protokołami odbioru przedłożony w ofercie Przystępującego; Dowód nr 8 SIWZ EOP Postępowanie nr W/II/AZL/00082/13; Dowód nr 9 - Załącznik nr 4 do SIWZ EOP zamówienie nr W/II/AZL/00082/13; Dowód nr 10 - Załącznik nr 13 do SIWZ EOP zamówienie nr ZP/48/RZU/2010 {pkt 2.4}; Dowód nr 11 - Załącznik nr 11 do SIWZ EOP zamówienie nr ZP/48/RZU/2010 {pkt 6.2}) oraz do oferty. Należy przy tym zastrzec, że Izba odniosła się do tych kwestii abstrahując od kwestii głównej, która skutkowałą uwzględnieniem odwołania.

W konsekwencji nie może być także mowy o złożeniu nieprawdziwej informacji w tym zakresie, czyli naruszeniu - art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez Zamawiającego.

W zakresie umowy ramowej, Izba wskazuje, że rzeczywiście protokoły odbioru dotyczą umowy realizacyjnej („Wykaz zrealizowanych zamówień – wraz z oświadczeniem i protokołami” str. 67-98 {postępowanie nr W/II/AZL/00082/13}) w ramach umowy ramowej – jednakże chodzi o 1-na i tą samą umowę realizacyjną, a nie kilka. Izba podkreśla, że wymóg stanowi wyrażnie o wykonaniu 1 zamówienia (1 umowy) obejmującej dostawę. Ten jednoznaczny zapis nie daje możliwości jakiegokolwiek interpretacji w „w duchu” Zamawiającego, czy też Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego i uznania oferty Przystępującego za odrzuconą z mocy prawa w związku niespełnieniem wymogów udziału w postępowaniu określonych w pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ oraz pkt 8.1.2. SIWZ z powodu niewykazania należytego wykonania dostaw zgodnie z wymaganiem SIWZ, podczas gdy faktycznie Przystępującego nie wykonała należycie zamówienia referencyjnego, gdyż między innymi: (i) jest w trakcie realizacji projektu dla Energia-Operator S.A. wskazanego jako projekt referencyjny i w toku realizacji projektu (ii) istniały opóźnienia

w realizacji dostaw, (iii) okoliczność dostawy urządzeń do magazynu Energa-Operator S.A. nie jest jednoznaczna z zawieszeniem urządzeń na sieci, a tym bardziej nie świadczy

18

o uruchomieniu komunikacji pomiędzy licznikami a koncentratorami w technologii PRIME, co stanowi wymóg określony w pkt 7.1.1.2.2.1. SIWZ, Izba oddaliła zarzut – uzasadnienie poniżej.

Względem drugiego zarzutu (kwestii spornej). Niewątpliwie dostawy częściowe, na które powoływał się Przystępujący miały miejsce w terminach uzgodnionych z odbiorcą, co nie zmienia, a nawet potwierdza zasadność stanowiska Izby względem pierwszego zarzutu. Także w tym kontekście nie potwierdził się zarzut art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez Zamawiającego. Powyższa potwierdzają dowody złożone do pisma procesowego przez Przystępującego (dowód nr 5: pismo koordynatora Wiodącego Zamawiającego z 18.03.2015 r.). Niewątpliwie także zostały należycie zrealizowane o czym świadczą same protokoły załączone do „Wykazu zrealizowanych zamówień – wraz z oświadczeniem i protokołami” str. 67-98).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2) Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego i uznania oferty Przystępującego za odrzuconą z mocy prawa w związku niespełnieniem wymogów udziału w postępowaniu określonych w pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ oraz pkt 8.1.2. SIWZ z powodu niewykazania należytego wykonania dostaw zgodnie z wymaganiem SIWZ, podczas gdy Przystępującego dostarczyła do Energa-Operator S.A. „Zestawy Koncentratorowo-Bilansujące” co nie spełnia wymogów pkt. 7.1.1.2.2.1. SIWZ, gdyż w niniejszym postępowaniu wymagano przedstawienia dowodów dostawy i uruchomienia koncentratorów, z pominięciem jakichkolwiek innych urządzeń równoważnych, w tym z pominięciem Zestawów Koncentratorowo-Bilansujących, co powoduje że nie Przystępującego nie wykazała posiadania zasobów wiedzy i doświadczenia wymaganych w SIWZ, Izba oddaliła zarzut – uzasadnienie poniżej.

Izba uznała, że co do zasady, abstrahując od uwzględnienia pierwszego zarzutu, że Wykonawca mógł wykazywać „Zestawy Koncentratorowo-Bilansujące” w ramach sformułowanego przez Zamawiającego wymogu w SIWZ. W tym wypadku, Izba uznała za rozstrzygającą definicję koncentratorów ze str. 11 SIWZ. Koncentrator zdefiniowano tam jako „Urządzenie wraz z oprogramowaniem (Firmware) przeznaczone do komunikowania się z Licznikami, w tym do zbierania danych z Liczników i przekazywania ich do Aplikacji Centralnej”. Opisane powyżej właściwości techniczne potwierdzają wypełnienie przesłanek z przedmiotowej definicji także przez „Zestawy Koncentratorowo-Bilansujące”. Przedstawione i załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody przez Zamawiającego to potwierdzają (Dowód nr 6.1. - Komunikat prasowy Biura prasowego EOP z dnia 12.06.2015

19

„Energa-Operator kupi 6,6 tys. zestawów koncentratorowo-bilansujących”; Dowód nr 6.2 - karta katalogowa „Zintegrowany układ AMI i Smart Grid szafka typu AMI/SG”; Dowód nr 7.1. Załącznik nr 2 do Ogłoszenia EOP oprowadzeniu dialogu technicznego (Numer sprawy: DT/3/14) - Wymagania funkcjonalne; Dowód nr 7.2. - Prezentacja projektu „Budowa i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź-Miasto” opracowana dla potrzeb prezentacji projektu AMI PGE Dystrybucja S.A. w Urzędzie regulacji Energetyki, 22.04.2014r.; Dowód nr 7.3. - projekt Wzorcowej Specyfikacji Technicznej - część D wymagania dla koncentratora; Dowód nr 8 SIWZ EOP Postępowanie nr W/1/AZL/00082/13). Podobnie dowody Przystępującego do jego pisma procesowego (dowód nr 6: wyciąg ze oficjalnej strony internetowej PRIME Alliance z wymienionymi certyfikowanymi koncentratorami danych).

W konsekwencji nie może być także mowy o naruszeniu - art. 26 ust. 4 Pzp przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....