**Sygn. akt: KIO 1336/23**

**WYROK**

**z dnia 25 maja 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Ewa Sikorska**

**Protokolant:Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2023 r. przez wykonawcę **Elmess Metering Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **PGE Dystrybucja Spółka akcyjna Oddział Lublin w Lublinie**

przy udziale:

A. wykonawcy **Landis+Gyr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego,**

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ESMETRIC Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UAB "Elgama-Elektronika" w Wilnie,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Elmess Metering Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Elmess Metering Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Elmess Metering Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu** na rzecz zamawiającego – **PGE Dystrybucja Spółka akcyjna Oddział Lublin w Lublinie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

……..

**Sygn. akt: KIO 1336/23**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – PGE Dystrybucja Spółka akcyjna Oddział Lublin w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa sukcesywna liczników zdalnego odczytu bilansowo - kontrolnych z modemami komunikacyjnymi dla stacji SN/nN.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2023 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 maja 2023 roku wykonawca Elmess Metering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zgierzu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. w związku ze wskazanymi niżej przepisami:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 107 ust. 4 ustawy P.z.p. oraz § 6 ust. 5 i § 9 ust. 7 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji poprzez bezprawne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 223 ust. 1 w związku z art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum: Esmetric Group Sp. z o.o (Lider) z siedzibą w Warszawie oraz UAB Elgama-Elektronika (Członek) z siedzibą w Winie (dalej zwane: „Konsorcjum" lub „przystępujący Esmetric"), której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a która w sposób naruszający przepisy prawa została zmieniona w toku

badania i oceny ofert;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

4. art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, która to oferta podlega odrzuceniu;

z ostrożności:

5. art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w związku z brakiem złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

4) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum,

5) ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,

ewentualnie:

6) unieważnienie postępowania, ze względu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu, w razie stwierdzenia przez Izbę braku zasadności zarzutu 1, przy stwierdzeniu zasadności zarzutów 2 - 4 i związanego z nimi zarzutu 5.

Odwołujący podniósł, że powodem wniesienia odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie zamawiającego polegające na bezprawnym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego oraz wskazanych wyżej zaniechaniach dotyczących oferty złożonej przez Konsorcjum, które w konsekwencji doprowadziły do wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej. Powyższe w istotny sposób narusza interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie przez niego szkody z uwagi na brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji możliwą utratę korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, co umożliwi uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku stwierdzenia przez Izbę braku zasadności zarzutu 1, przy stwierdzeniu zasadności zarzutów 2-4 i związanego z nimi zarzutu 5, oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, co doprowadziłoby do unieważnienia postępowania i umożliwienia odwołującemu się złożenia prawidłowej oferty i uzyskania zamówienia. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty Konsorcjum, narażają odwołującego się na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia. Odwołujący przywołał wyrok TSUE z 5.4.2016 r. w sprawie C-689/1 3, Puligienica Facility Esco SPA (PFE) v. Airgest SPA 199, wyrok TSUE z 11.5 2017 r. w sprawie C-131/16, Archus sp. z o.o. i Gama J. L. v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (EU:C:2017:358) oraz wyrok KIO z dnia 1 marca 2018 r., sygn. KIO 171/18 i wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. KIO 2141/21.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego odwołujący podniósł, że dokumenty o nazwie „deklaracja zgodności MID", jak i „certyfikat oceny zgodności" nie istnieją. Na rynku przyrządów pomiarowych, w domniemanym zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego funkcjonują następujące dokumenty: Certyfikat Badania Typu UE lub Certyfikat Badania Projektu UE. Żaden z tych rodzajów dokumentów nie został wprost wskazany w SWZ przez Zamawiającego. Nie istnieje również „Deklaracja zgodności CE" a jedynie znak CE nanoszony na urządzenie będące przedmiotem oceny zgodności. W języku potocznym często zamiast prawidłowej nazwy „Deklaracji zgodności UE/WE" stosuje się określenie ogólne „Deklaracja zgodności", oraz czasami niepoprawne „Deklaracja zgodności CE". Odwołujący, przy braku pewności, jakich dokumentów oczekuje zamawiający, musiał założyć, że przekazane dokumenty powinny potwierdzać zgodność oferowanych urządzeń z przepisami zawartymi w dyrektywie 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 (dalej też „dyrektywa MID"), zaimplementowanych do przepisów prawa polskiego w ustawie z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2022 r. poz. 1854) oraz rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 815).

Odwołujący stwierdził, że złożył w powyższym zakresie Deklarację zgodności wystawioną zgodnie z przepisami prawa. W takiej Deklaracji znajdują się informacje o nazwie i adresie producenta, informacje pozwalające na

zidentyfikowanie danego wyrobu (np. nazwa, numer typu, pochodzenie), dyrektywie, z którymi wyrób jest zgodny, nazwie adresie i numerze identyfikacyjnym jednostki notyfikowanej, jeśli brała udział w procesie wystawienia deklaracji zgodności WE. Co więcej w Deklaracji tej znajdują się także informację o Certyfikacie badania projektu nr 13MID001 wraz z potwierdzeniem, że certyfikacja ta została przeprowadzona zgodnie z MID moduł H1. Dokument ten zawiera więc wszystkie informacje, których potwierdzenia żądał Zamawiający. Niezależnie od powyższego z ostrożności odwołujący złożył także dokument Certyfikat Badania Projektu UE nr 13MID001, który to dokument, jak wspomniano, nie był wymagany przez zamawiającego w treści SWZ, lecz także potwierdzał wymagania, do których prawdopodobnie odwoływał się zamawiający w pkt 5.1.8 i 5.1.9 SWZ.

W kontekście wymagań wskazanych w pkt 5.1.8 SWZ odwołujący wskazał, że złożone z ofertą dokumenty (Certyfikat Badania Projektu UE nr 13MID001 oraz Deklaracja zgodności), stanowią podstawę do umieszczenia na produkcie oznakowania CE, który stanowi swego rodzaju deklarację producenta zgodności wyrobu z wymaganiami dyrektyw UE. Ustawa o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku w art. 4 pkt 18 definiując pojęcie oznakowania CE odesłała do rozumienia art. 2 pkt 20 rozporządzenia (WE) nr 765/2008. Zgodnie ze wskazanym przepisem „oznakowanie CE" oznacza oznakowanie, za pomocą którego producent wskazuje, że produkt spełnia mające zastosowanie wymagania określone we wspólnotowym prawodawstwie harmonizacyjnym przewidującym jego umieszczanie". Oznacza to, że oznakowanie CE może być zamieszczone wyłącznie na produkcie, który przeszedł odpowiednią procedurę oceny zgodności wyrobu z właściwymi dla niego regulacjami UE. Na urządzeniu pomiarowym umieszcza się oznakowanie CE oraz dodatkowe oznakowanie metrologiczne (składające się z litery „M" i dwóch ostatnich cyfr roku jego naniesienia, tj. roku dokonania oceny zgodności, otoczonych prostokątem) oraz numer jednostki notyfikowanej, jeśli wynika to z procedury oceny zgodności.

Odwołujący wskazał, że na złożonej próbce oferowanego licznika zostało umieszczone przez producenta oznakowanie CE. Oznakowanie to jest jednocześnie deklaracją producenta, którą zgodnie z przepisami prawa należy odczytywać w następujący sposób:

• symbol CE – oznacza zgodność CE (Conformité Européenne), czyli urządzenie spełnia wymagania Unii Europejskiej (UE),

• symbol M22 – oznacza, że oznakowanie dotyczy urządzenia pomiarowego i zostało zamieszczone w roku 2022,

• liczba 1304 - numer jednostki notyfikowanej dokonującej procedury oceny zgodności UE,

• symbol 13MID001 – numer aktualnego certyfikatu badania typu, który jest jednocześnie deklaracją zgodności z wymaganiami dyrektywy MID.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 9 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku „domniemywa się, że wyrób, na którym umieszczono oznakowanie CE, a przypadku przyrządów pomiarowych także dodatkowe oznakowanie metrologiczne, i dla którego sporządzono dokumentację potwierdzającą spełnienie wymagań, jest zgodny z wymaganiami określonymi w obowiązujących przepisach".

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący przekazał przed terminem składania ofert 2 zestawy urządzeń zawierających powyżej opisane oznaczenia potwierdzające, że urządzenie spełnia wszystkie wymagania dotyczące jego oceny zgodności jak i certyfikatów to także w tym zakresie potwierdził, że jego oferta spełnia wymagania SWZ.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nieprawidłowo uznał, że złożona deklaracja zgodności to tłumaczenie dokumentu. Zdaniem Odwołującego potwierdza to właśnie forma i treść złożonego dokumentu. Złożony dokument stanowi elektroniczne odwzorowywanie właściwego dokumentu. Zgodnie z przyjętym zwyczajem, zawierają w swej treści informacje jednocześnie w kilku wersjach językowych. Nie można zatem mówić o tłumaczeniu, skoro właściwy dokument w swojej treści zawiera informacje również w języku polskim. Podkreślił, że deklaracja zgodności UE jest wystawiana przez producenta i ma on w tym zakresie pełną dowolność co do ilości wydanych przez siebie różnych wersji językowych dokumentu., Odwołujący składał inne wielojęzyczne dokumenty pochodzące od słoweńskiego producenta w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego oraz innych zamawiających na rynku polskim.

Odwołujący stwierdził, że złożony dokument stanowi cyfrowe odwzorowanie dokumentu. Podniósł, że zgodnie z § 6 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r., poz. 2452; dalej też „Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji") cyfrowe odwzorowanie to „dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału". Ustawodawca nie określił metody stworzenia kopii elektronicznej, zamawiający także nie wykluczył żadnej metody. Zatem skoro nie było szczególnych wymagań w tym zakresie, to po stronie wykonawcy był wybór sposobu uzyskania cyfrowego odwzorowania dokumentu, którym mógł być, zarówno skan dokumentu, jego fotografia, jak również dokument powstały przy użyciu oprogramowania

OCR (Optyczne rozpoznawanie znaków). Zgodnie z przytoczoną wyżej definicją cyfrowego odwzorowania, elektroniczna kopia treści ma umożliwiać zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału. W przypadku dokumentów (ich cyfrowych odwzorowań) złożonych przez odwołującego, należy uznać, że umożliwiają zapoznanie się z ich treścią.

Ponadto należy wskazać, że dostęp do certyfikatów dotyczących badania i oceny zgodności urządzeń pomiarowych z przepisami UE (z dyrektywą MID), jest powszechny i ogólnodostępny w publicznej bazie danych, gdzie można zweryfikować istnienie, treść czy aktualność interesujących nas certyfikatów. Taki dostęp jest możliwy przez stronę internetową organizacji WELMEC e.V. https://www.welmec.org/legal-metrology-information/mid-and-nawid-certificates, a jej adres jest łatwo wyszukiwalny np. w ogólnodostępnej przeglądarce Google. Tym samym Zamawiający, jako profesjonalista a zarazem największy podmiot w Polsce działający na tym rynku, mógł w prosty i szybki sposób zweryfikować przekazane dokumenty.

W zakresie zarzutu drugiego odwołania, odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 5.1.4 SWZ wykonawca był zobowiązany do złożenia w terminie składania ofert „dokumentację techniczną programów – sterowników do obsługi Modułu komunikacyjnego opisującą sposób odczytu i interpretacji odczytanych parametrów Modułu oraz metody wywołania restartu Modułu i zmiany portu do komunikacji. Dostarczona dokumentacja musi umożliwić zamawiającemu wykonanie ww. operacji bez użycia oprogramowania producenta.”. zamawiający w trakcie badania ofert wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia oferty. Z treści tego wezwania wynika, że zamawiający nie mógł dokonać prawidłowej konfiguracji modemu do pracy z protokołem TR-069, zgodnie z dołączoną instrukcją obsługi. W wezwaniu zamawiający nakreślił zaistniały problem w sposób następujący: „W efekcie konfiguracji urządzenie zarejestrowało się w systemie i przekazało podstawowe informacje o urządzeniu zaszyte w bloku XML „Inform”. Urządzenie nie przekazuje jednak do systemu żadnych innych danych wymaganych w OPZ, oraz nie pozwala na zmianę parametrów urządzenia i zmianę jego firmware”. W tym też zakresie oczekiwał od Konsorcjum wyjaśnień. W ramach udzielonej odpowiedzi Konsorcjum przekazało zamawiającemu załącznik nr 1 (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), w którym – jak wynika z treści wyjaśnień - został opisany sposób poprawnej konfiguracji urządzenia dla pracy w protokole TR-069 za pomocą niezależnego, nieodpłatnego oprogramowania, które wspiera protokół TR-069, a ponadto, że przekazane dokumenty zawierają opis funkcjonalności i zaimplementowanych mechanizmów składanych próbek, modemów komunikacyjnych oraz aplikacji. W ocenie odwołującego treść przedłożonego Załącznika nr 1 do pisma Konsorcjum swoim zakresem odpowiada wymaganiom dotyczącym przedmiotowych środków dowodowych wskazanym w pkt 5.1.4 SWZ, które zgodnie z pkt 5.2 SWZ nie podlegają uzupełnieniu.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum zmieniło treść złożonej oferty. Skoro konieczne było przekazanie dodatkowego załącznika, zamiast odesłanie do konkretnych treści dokumentów przekazanych w terminie składania ofert, to należy uznać, że złożone przedmiotowe środki dowodowe były niekompletne, ich treść nie była wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast przekazanie kolejnego, dodatkowego dokumentu stanowi niedopuszczalną w świetle art. 223 ust. 1 zd. drugie ustawy P.z.p. zmianę treści oferty.

W zakresie zarzutu trzeciego odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią pkt 5.1.5 wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć w terminie składania ofert „Schemat połączeń urządzeń”. Celem schematu podłączenia urządzenia jest pokazanie wszystkich elementów układu (w postaci symboli) i ich połączenia w sposób bezpieczny i prawidłowy. Niezbędny jest on w trakcie instalacji urządzenia, konieczności przeprowadzenia napraw i modyfikacji. Zatem musi cechować się bezbłędnością.

Zdaniem odwołującego załącznik o nazwie „T22-Schemat połączeń licznika” złożony przez Konsorcjum nie spełnia wymagań definicji schematu urządzeń wymaganych w niniejszym postępowaniu, a tym samym nie jest Schematem połączeń urządzeń wymaganym zgodnie z pkt 5.1.5 SWZ. Można domniemywać, iż rysunek ten dotyczy innego typu układów niż wymagane w postepowaniu liczniki półpośrednie. Nieścisłości, te powodują, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym Opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zakresem zamówienia opisanym w SWZ są zestawy półpośrednie. Z załącznika złożonego przez Konsorcjum pn. „T22-Schemat połączeń licznika” wynika, że zaoferowany licznik można podłączyć tylko jednocześnie i jedynie przez przekładniki napięciowe i przekładniki prądowe, czyli tworząc układ pośredni. Załącznik ten zawiera rysunek przedstawiający układ połączeń przeciwstawny do wymaganego układu półpośredniego. W konsekwencji Konsorcjum złożyło nieprawidłowy przedmiotowy środek dowodowy wymagany zgodnie z pkt 5.1.5, który jednocześnie zgodnie z pkt. 5.2 SWZ nie podlega uzupełnieniu. Alternatywnie, przyjmując, że typ połączenia w dostarczonym dokumencie „T22-Schemat połączeń licznika” jest prawidłowy, można wnioskować, że Konsorcjum zaoferowało urządzenia niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Konsorcjum złożyło nieprawidłowy przedmiotowy środek dowodowy wymagany zgodnie z pkt 5.1.5, który jednocześnie zgodnie z pkt. 5.2 SWZ nie podlega uzupełnieniu. Alternatywnie, przyjmując, że typ połączenia w dostarczonym dokumencie „T22-Schemat połączeń licznika” jest

prawidłowy, można wnioskować, że Konsorcjum zaoferowało urządzenia niezgodne z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 maja 2023 roku wniósł o:

1)oddalenie odwołania w całości,
2)zasądzenie kosztów postępowania.

W zakresie zarzutu pierwszego zamawiający wskazał, że złożone przez odwołującego certyfikat zgodności i deklaracja zgodności nie są cyfrowym odwzorowaniem dokumentu. Przywołał § 6 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r., poz. 2452), z którego wynika, że cyfrowe odwzorowanie to dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału. W ocenie zamawiającego cyfrowym odwzorowaniem dokumentu będzie skan lub zdjęcie dokumentu wystawionego w postaci papierowej.

Zamawiający stwierdził, że na podstawie innych postępowań posiada wiedzę, że odwołujący w innych postępowaniach przedkładał dokumenty we właściwej formie i posiadał wiedzę, jakie dokumenty i w jakiej formie są zasadniczo wymagane przez zamawiającego przy dostawach tego typu asortymentu, jak w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do deklaracji zgodności zamawiający wskazał, że zarówno ustawa o systemach zgodności i nadzoru rynku, jak również dyrektywa 2014/32/UE wskazują, że dokument w postaci deklaracji zgodności wystawiany przez producenta asortymentu powinien posiadać podpis wystawcy.

Zamawiający stwierdził, że obligatoryjność złożenia certyfikatów wynikała wprost z punktu 5.1.8. SWZ: deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1) oraz Deklarację zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) – dotyczy modemów komunikacyjnych.

Zamawiający poinformował, że nie mógł pozyskać certyfikatu samodzielnie, ponieważ, zgodnie z regulacją art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych (a nie przedmiotowych środków dowodowych) jedynie w sytuacji, gdy może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, pod warunkiem, że wykonawca wskazał w JEDZ dane umożliwiające dostęp do tych środków. Brak również było podstaw do skierowania do odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień oraz – w świetle postanowień SWZ – możliwości uzupełnienia tego środka dowodowego.
#x200eW zakresie zarzutu drugiego zamawiający stwierdził, że odwołujący błędnie identyfikuje przedmiotowe środki dowodowe jako środki określone w punkcie 5.1.4. SWZ, pomimo wyraźnego nawiązania w wystąpieniu zamawiającego do instrukcji obsługi stanowiącej przedmiotowy środek dowodowy określony w punkcie 5.1.6. SWZ. Ponadto wskazał, że zwrócił się do Konsorcjum tylko o udzielenie wyjaśnień związanych z konfiguracją urządzeń. W wyniku prowadzonej korespondencji zamawiający zidentyfikował po swojej stronie uwarunkowania związane z bezpieczeństwem sieci teleinformatycznej, skutkujące brakiem możliwości pełnej weryfikacji urządzeń. W ramach wyjaśnień Konsorcjum podtrzymało poprawność działania urządzeń oraz zaproponowało alternatywną metodę weryfikacji funkcjonalności urządzeń wobec potencjalnych problemów po stronie zamawiającego. Poczynione ustalenia pozwoliły na dokonanie stosownych zmian po stronie zamawiającego oraz umożliwiły prawidłową weryfikację funkcjonalności urządzeń za pomocą systemów informatycznych zamawiającego. Zamawiający nie skorzystał z sugestii Konsorcjum i nie używał do testowania funkcjonalności urządzeń nieodpłatnego oprogramowania wskazanego w wyjaśnieniach Konsorcjum. Nieprawdziwe jest więc stwierdzenie odwołującego o zmianie oferty w ramach przedmiotowych środków dowodowych, które nie podlegają uzupełnieniu.

W zakresie zarzutu trzeciego zamawiający stwierdził, że odwołujący popełnia błąd interpretacyjny niewłaściwie przypisując zamawiającemu intencję wymagania projektu wykonawczego lub schematu montażowego układu pomiarowego jako środków dowodowych określonych w punkcie 5.1.5. SWZ. Zamawiający wymagał jedynie schematów połączeń urządzeń. Ponadto podkreślił, że pomimo nazwy postępowania odnoszącej się do liczników półpośrednich, zgodnie z punktem C.1. OPZ oraz punktem 8.9 Załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 22 marca 2022 roku w sprawie systemu pomiarowego, określają następujący zakres napięcia dla torów napięciowych licznika: 3 x 58/100 … 230/400 V, co oznacza, że mogą być stosowane zarówno w półpośrednich, jak i pośrednich układach pomiarowych. Dostarczony schemat połączeń prawidłowo określa sposób podłączenia do liczników torów napięciowych niezależnie od rodzaju układu pomiarowego (półpośredni, pośredni), w jakim licznik ten jest zainstalowany.

W zakresie zarzutu czwartego i piątego zamawiający stwierdził, że jego czynności w postępowaniu są prawidłowe, a zatem nie ma podstaw prawnych do odrzucenia oferty Konsorcjum i tym samym unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca Landis+Gyr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: przystępujący Landis+Gyr). Przystępujący Lanis+Gyr poparł stanowisko odwołującego w zakresie zarzutów 2 – 5 odwołania i wniósł o ich uwzględnienie.
Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ESMETRIC Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, UAB "Elgama-Elektronika" w Wilnie. Przystępujący Esmetric poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ), przedmiotem zamówienia są zestawy półpośrednich liczników zdalnego odczytu, statycznych energii czynnej i biernej, 3 fazowych wraz z odrębnymi modułami komunikacyjnymi.

Zamawiający wymagał złożenia następujących przedmiotowych środków dowodowych:

5.1.1. Zamawiający wymaga 2 zestawów (licznik + moduł komunikacyjny), co umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanych urządzeń pod kątem zgodności z zapisami Oferty oraz wymagań zawartych w Załączniku nr 1 - Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz ich wzajemnej kompatybilności, a także współpracy z systemem odczytowym Zamawiającego. Dwa zestawy urządzeń muszą być tożsame z urządzeniami, które zostaną dostarczone w ramach realizacji dostaw urządzeń. Zamawiający dopuszcza jedynie, aby rok produkcji dostarczonych egzemplarzy urządzeń różnił się od roku produkcji urządzeń, które będą dostarczane w ramach dostaw oraz aby w kodzie kreskowym typ urządzenia (5 cyfr) oraz cyfra kontrolna (1 cyfra), zostały określone dowolnymi cyframi. Wszelkie oznaczenia na liczniku muszą być zgodne z przedłożonym w Ofercie certyfikatem MID oraz rokiem jego produkcji. Dostarczone urządzenia będą stanowić wzorzec dla Modułów komunikacyjnych i Liczników dostarczonych w ramach umowy. Moduły komunikacyjne i Liczniki zostaną zwrócone Wykonawcy zgodnie z zasadami wynikającymi z Ustawy PZP. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie Modułu komunikacyjnego i Licznika, w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania zgodnie z jego przeznaczeniem lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego.

5.1.4. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć wraz z ofertą dokumentację techniczną programów – sterowników do obsługi Modułu komunikacyjnego opisującą sposób odczytu i interpretacji odczytanych parametrów Modułu oraz metody wywołania restartu Modułu i zmiany portu do komunikacji. Dostarczona dokumentacja musi umożliwić Zamawiającemu wykonanie ww. operacji bez użycia oprogramowania producenta.

5.1.5. Schematów połączeń urządzeń.

5.1.6. Instrukcji obsługi urządzeń lub innych dokumentów umożliwiających Zamawiającemu sprawdzenie wszelkich wymaganych w OPZ funkcjonalności dla urządzeń wchodzących w skład zestawów dostarczonych wraz z Ofertą urządzeń.

5.1.8. Deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1).

5.1.9. Kopii deklaracji zgodności CE.

Zgodnie z pkt. 5.2 SWZ, jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał do ich uzupełnienia, z wyjątkiem punktów: 5.1.6; 5.1.10-5.1.13.

Zgodnie z pkt. 19.6 SWZ ofertę należy sporządzić w języku polskim. Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski.

(dowód: SWZ)

Odwołujący wraz z ofertą złożył następujące przedmiotowe środki dowodowe" IZJAVA O SKLADNOST DEKLARACJA ZGODNOŚCI KONFORMITÄTSERKLÄRUNG St./Nr/Nr.. IS-GEN-21-011 R00V00, IZJAV SKLADNOSTI DEKLARACJA ZGODNOŚCI KONFORMITÄTSERKLÄRUNG Št./Nr/Nr.:IS-15-025 R05V00. Dołączy „EU certifikat o pregeldu zasnove / Certyfikat Badania Projektu EU" nr 13MID001.

Wskazane dokumenty zostały złożone w formie elektronicznej. Zawierają one imiona i nazwiska osób upoważnionych. Nie zostały opatrzone podpisami, zawierają jedynie imiona i nazwiska osób upoważnionych do podpisania dokumentów.

(dowód: oferta odwołującego)

Pismem z dnia 22 grudnia 2022 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień:

*Działając na podstawie art. 107 ust. 4/art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 z późn. zm.), Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych w następującym zakresie:*

*Zgodnie z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie „Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski."*

*Również w pkt. 19.6. SWZ, wskazano, iż oferta winna być sporządzona w języku polskim, a podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym należy przekazać wraz z tłumaczeniem na język polski, zatem w przypadku sporządzenia przedmiotowego środka dowodowego w języku obcym, wraz z ofertą należało złożyć zarówno przedmiotowy środek dowodowy wystawiony w języku obcym, jak i tłumaczenie na język polski.*

*Podczas badania złożonej przez Wykonawcę oferty powzięto następujące wątpliwości: Zamawiający wymagał w postępowaniu złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, w tym Deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1), zgodnie z pkt. 5.1.8. SWZ, oraz Deklaracji CE (dla licznika oraz modemu), zgodnie z pkt. 5.1.9. SWZ. W ocenie Zamawiającego w odniesieniu do wymienionych powyżej dokumentów, przekazali Państwo jedynie tłumaczenia (wskazuje na to forma i treść złożonych dokumentów), nie złożono natomiast wymaganych, prawidłowych dokumentów wystawionych w języku obcym.*

*W związku z wątpliwościami, dotyczącymi prawidłowości i kompletności dostarczonych przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w powyższej kwestii.*

*Wyjaśnienia należy złożyć w terminie do dnia 29.12.2022 r. do godziny 12:00, za pośrednictwem Systemu Zakupowego.*

(dowód: pismo z 22 grudnia 2022 roku)

Pismem z dnia 12 stycznia 2023 roku odwołujący udzielił następującej odpowiedzi:

*Wszystkie wymienione w otrzymanym od Państwa wezwaniu przedmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone w dwóch oraz trzech językach, w tym – w każdym przypadku – również w języku polskim.*

*Zwracamy przy tym uwagę, że zgodnie z dyspozycją zawartą w pkt. 5.4. SWZ, oraz zgodnie z modyfikacją z dnia 19 lipca 2022r, przedmiotowe środki dowodowe wymienione w pkt. 5.1.8 tj:*

*• Deklaracji zgodności MID*

*• Aktualne certyfikaty oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1)*

*• Deklarację zgodności UE zgodnie z dyrektywą 2014/53/UE (RED) oraz dyrektywą 2011/65/UE (RoHS II) - dotyczy modemów komunikacyjnych.*

*należało przekazać zgodnie z pkt. 20.1.1. SWZ, a więc za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1041), osobiście lub za pośrednictwem posłańca.*

*Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż nie są wydawane dokumenty o nazwie deklaracja zgodności CE, a przez to nie istnieją również jego kopie. CE funkcjonuje jako znak graficzny naniesiony między innymi na złożonych urządzeniach*

*Środki dowodowe wymienione w pkt. 5.1.8. przekazane jedynie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej tj. w sposób sprzeczny z pkt. 20.1.1. SWZ należy kwalifikować jako niezłożone.*

(dowód: pismo z 12 stycznia 2023 roku)

Przystępujący Esmetric w formularzu ofertowym wskazał, że oferuje licznik:

Producent:

„UAB Elgama-Elektronika" – Członek Konsorcjum

Visorių g. 2, LT-08300 Wilno,

Typ: GAMA 300 G3G.541

Przystępujący Esmitric złożył wraz z ofertą dokument pn. „T22-Schemat połączeń licznika" zawierający schemat połączeń licznika GAMA 300 G3G.541.

(dowód: oferta przystępującego Esmetric)

Pismem z 27 lutego 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego Esmetric do udzielenia wyjaśnień:

*Działając na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej: Ustawa PZP, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia: Zamawiający, w toku badania próbek liczników bilansujących z modemem komunikacyjnym, dokonał konfiguracji modemu do pracy z protokołem TR-069 zgodnie z dołączoną instrukcją obsługi.*

*W efekcie konfiguracji urządzenie zarejestrowało się w systemie i przekazało podstawowe informacje o urządzeniu zaszyte w bloku XML „Inform". Urządzenie nie przekazuje jednak do systemu żadnych innych danych wymaganych w*

*OPZ, oraz nie pozwala na zmianę parametrów urządzenia i zmianę jego firmware.*

*Zwracamy się o wyjaśnienie w zakresie poprawnej konfiguracji urządzenia dla pracy w protokole TR-069.*

*Wyjaśnienia, należy złożyć w terminie do dnia 02.03.2023 r. do godziny 11:00 za pośrednictwem Systemu Zakupowego.*

(dowód: pismo z 27 lutego 2023 roku)

Pismem z dnia 2 marca 2023 roku przystępujący Esmetric udzielił następującej odpowiedzi:

*Działając w imieniu Konsorcjum firm: Esmetric Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dawniej: Esmetric spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, sp. k.), ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa - Lider Konsorcjum UAB Elgama-Elektronika, Visorių g. 2, LT-08300 Wilno, Litwa – Członek Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.02.2023 r. na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej: Ustawa PZP, do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych, niniejszym informuję, że wskazane przez Państwa problemy przy poprawnej konfiguracji urządzenia dla pracy w protokole TR-069 mogą być związane z używanym przez Państwa w trakcie badania próbki zewnętrznym narzędziem do konfiguracji modemu dla pracy w protokole TR-069.*

*W Załączniku nr 1, opisujemy sposób poprawnej konfiguracji urządzenie dla pracy w protokole TR-069 za pomocą niezależnego, nieodpłatnego oprogramowania, które wspiera protokół TR-069. Za pomocą tego bezpłatnego narzędzia możliwe jest poprawne skonfigurowanie oferowanego modemu dla pracy w protokole TR- 069.*

*Niezależnie od powyższego, deklarujemy na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przeprowadzenie testów integracyjnych ze wskazanym przez Zamawiającego dostawcą oprogramowania obsługującego protokół TR-069.*

*Załącznik 1 do wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum zastrzegamy jako Tajemnicę Przedsiębiorstwa i wnosimy o ich nieudostępnianie.*

(dowód: pismo z 2 marca 2023 roku)

Pismem z dnia 2 maja zamawiający poinformował o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez przystępującego Esmetric. W tym samym piśmie zamawiający poinformował także o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego:

*Oferta odrzucona na podstawie:*

*Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy PZP („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę , który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń."), w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP(„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia").*

*Zamawiający wskazał w pkt 5.1. SWZ: "W celu wykazania spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, Zamawiający wymaga złożenia wraz z Ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci:*

*− 5.1.8. Deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1).*

*− 5.1.9. Kopii deklaracji zgodności CE.*

*W pkt. 5.2. SWZ przewidziano również, iż „Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał do ich uzupełnienia, z wyjątkiem punktów: 5.1.6; 5.1.10-5.1.13", wobec powyższego dokumenty wskazane powyżej nie podlegały uzupełnieniu. Przedmiotowe środki dowodowe wskazane w pkt 5.1.8. SWZ należało przekazać zgodnie z pkt 20.1.1. SWZ, zaś przedmiotowy środek dowodowy wskazany w pkt 5.1.9. SWZ należało złożyć wraz z Ofertą poprzez System Zakupowy.*

*Zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. 2020 r. poz. 2452), podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Analogiczne wymaganie zawarto w pkt. 19.6. SWZ. Zamawiający wymagał w postępowaniu złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w tym Deklaracji zgodności MID wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1), zgodnie z pkt. 5.1.8. SWZ, oraz Deklaracji CE (dla licznika oraz modemu), zgodnie z pkt. 5.1.9. SWZ.*

*W ocenie Zamawiającego w odniesieniu do wymienionych powyżej dokumentów, Wykonawca przekazał jedynie tłumaczenia (wskazuje na to forma i treść złożonych dokumentów), nie złożono natomiast oryginałów wymaganych, prawidłowych dokumentów wystawionych w języku obcym przez jednostkę notyfikowaną. W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 21.12.2022 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w powyższej kwestii. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca pismem z dnia 12.01.2023 r. wyjaśnił, iż wszystkie wymienione w otrzymanym wezwaniu przedmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone w dwóch oraz trzech językach, w tym – w każdym przypadku –*

*również w języku polskim. W ocenie Zamawiającego Wykonawca w terminie przewidzianym na składanie ofert nie złożył prawidłowych dokumentów wskazanych w pkt 5.1.8 5.1.9 SWZ, bowiem złożono wyłącznie tłumaczenia ww. dokumentów (nie złożono zaś dokumentów sporządzonych w języku obcym). O tym, iż dokumenty te stanowią tłumaczenia świadczy brak podpisu kwalifikowanego elektronicznego lub znaku podpisu własnoręcznego osoby upoważnionej przez jednostkę notyfikowaną zarówno na Certyfikacie Badania Projektu EU oraz na Deklaracji Zgodności.*
*W konsekwencji brak złożenia wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych powoduje, że Odwołujący nie potwierdził zgodności oferty z warunkami zamówienia. Brak podpisu osoby upoważnionej na ww. dokumentach powoduje, iż Wykonawca nie potwierdził zgodności oferty z wymaganiami warunków zamówienia. Niezłożenie przedmiotowych środków dowodowych i niemożność ich uzupełnienia oznacza konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP, jak bowiem wskazała KIO w wyroku z 25.04.2022 r. (sygn. akt KIO 858/22): „konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty, jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 107 ust. 2 p.z.p., jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty."*
(dowód: pismo z 2 maja 2023 roku)

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 107 ust. 4 ustawy P.z.p. oraz § 6 ust. 5 i § 9 ust. 7 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji poprzez bezprawne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zastosowane przez zamawiającego nazewnictwo wymaganych dokumentów jest nieścisłe, a nawet odnoszące się do nieistniejących dokumentów, co w konsekwencji mogło wprowadzać wykonawców w błąd, jakie faktycznie dokumenty należało złożyć, Izba wskazuje, że jeżeli odwołujący miał jakiekolwiek wątpliwości co do treści SWZ, mógł zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p. bądź też mógł wnieść odwołanie na treść SWZ w terminie określonym w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. Odwołujący nie wykazał, by dokonał którejkolwiek z tych czynności. Podnoszenie zarzutów wobec treści SWZ po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert należy uznać za spóźnione.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż zakwestionowane przez zamawiającego dokumenty zawierają wszystkie informacje wymagane przez zamawiającego w postępowaniu, Izba stwierdza, że treść dokumentu nie była przez zamawiającego kwestionowana. Zamawiający zarzucił natomiast, że dokumenty te nie zostały złożone we właściwej formie i stanowisko to – po przeprowadzonym postępowaniu dowodowym oraz analizie właściwych przepisów prawa – Izba uznała za prawidłowe.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby dostarczenie zamawiającemu licznika ze znajdującym się na nim oznakowaniem CE jest równoznaczne z przedłożeniem deklaracji zgodności CE. Izba zwraca uwagę na szereg przepisów prawnych, w których zwraca się uwagę na szczególny charakter tego dokumentu. I tak, zgodnie z art. 13 ustawy pkt 9 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1854), producent ma obowiązek dołączyć do wyrobu instrukcje, informacje, w tym dotyczące bezpieczeństwa użytkowania oraz, jeżeli jest to wymagane, kopie deklaracji zgodności i etykiety, sporządzone w języku polskim w sposób jasny, zrozumiały i czytelny. W myśl art. 90 ust. 1 pkt 3, producent albo instalator wyrobu wprowadzonego do obrotu lub oddanego do użytku, który nie dopełnia obowiązków w zakresie dołączania do wyrobu, sporządzonych w jasnej, zrozumiałej i czytelnej formie, w języku polskim, zgodnie z wymaganiami kopii deklaracji zgodności lub etykiety, podlega karze pieniężnej w wysokości do 10 00 zł. Wskazane wyżej przepisy stanowią implementację do ustawodawstwa polskiego przepisów 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. Zgodnie z art. 8 ust. 7 zdanie pierwsze dyrektywy, producenci zapewniają dołączenie do przyrządu pomiarowego wprowadzonego przez nich do obrotu kopii deklaracji zgodności UE, a także instrukcji obsługi oraz informacji zgodnie z załącznikiem I pkt 9.3, w języku łatwo zrozumiałym dla użytkowników końcowych, określonym przez zainteresowane państwo członkowskie. Z kolei, zgodnie z art. 45 ust. 1 lit. d, w przypadku gdy państwo członkowskie dokona ustalenia, że do przyrządu pomiarowego nie dołączono deklaracji zgodności UE zobowiązuje ono zainteresowany podmiot gospodarczy do usunięcia danej niezgodności. W myśl ust. 2 w przypadku utrzymywania się niezgodności, o której mowa w ust. 1, zainteresowane państwo członkowskie podejmuje wszelkie odpowiednie środki w celu ograniczenia lub zakazania udostępniania przyrządu pomiarowego na rynku, lub zapewnienia jego wycofania z obrotu lub odzyskania.

Należy zwrócić też uwagę na treść pkt. 5.1.1. zdanie czwarte SWZ, zgodnie z którymwszelkie oznaczenia na liczniku muszą być zgodne z przedłożonym w ofercie certyfikatem MID oraz rokiem jego produkcji.

Powyższe wskazuje na konieczność dołączenia stosownych deklaracji do oferty wykonawcy i deklaracje te nie mogą być zastąpione przez oznaczenie na oferowanym urządzeniu.

Odnosząc się do okoliczności, iż dokumenty złożone przez odwołującego zostały złożone w nieprawidłowej formie, Izba wskazuje, co następuje:

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku deklaracja zgodności powinna być podpisana przez producenta, instalatora lub ich upoważnionego przedstawiciela albo prywatnego importera. Obowiązek podpisania deklaracji wynika także z załącznika XIII pkt 8 do dyrektywy w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych. Oznacza to, że składane deklaracje winny być opatrzone podpisem. Odwołujący, składając je bez wymaganego podpisu, nie zachował formy koniecznej dla wskazanych dokumentów.

Nie można zgodzić się również z odwołującym, iż złożony przez niego dokument stanowi cyfrowe odwzorowanie dokumentu. Zgodnie z § 6 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r., poz. 2452) cyfrowe odwzorowanie to dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału.

Z powyższego wynika, że odwzorowanie cyfrowe to elektroniczna kopia. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego (sjp.pwn.pl) kopia to rzecz dokładnie odtworzona z oryginału. Kopia dokumentu jest zatem zgodna nie tylko z treścią oryginału, ale również odzwierciedla jego układ graficzny i wszystkie znajdujące się na nim elementy, w tym również podpis. Wymogi takie spełnia skan dokumentu lub jego cyfrowe zdjęcie.

Dokumenty złożone przez odwołującego nie mogą zostać uznane za odwzorowanie cyfrowe oryginałów, jako że nie znajdują się na nich podpisy osób upoważnionych do podpisywania tego rodzaju dokumentów.

Jednocześnie Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający nie mógł pozyskać samodzielnie wymaganych deklaracji, ponieważ zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. zamawiający, w pewnych okolicznościach, jest uprawniony do samodzielnego pozyskiwania jedynie podmiotowych, nie przedmiotowych środków dowodowych. Z kolei postanowienie 5.2. SWZ nie dopuszczało możliwości uzupełnienia wskazanych dokumentów. Brak dokumentów uniemożliwiał natomiast wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum przekazało zamawiającemu załącznik nr 1, w którym został opisany sposób poprawnej konfiguracji urządzenia dla pracy w protokole TR-069 za pomocą niezależnego, nieodpłatnego oprogramowania, które wspiera protokół TR-069, a ponadto, że przekazane dokumenty zawierają opis funkcjonalności i zaimplementowanych mechanizmów składanych próbek, modemów komunikacyjnych oraz aplikacji. W ocenie odwołującego treść przedłożonego Załącznika nr 1 do pisma Konsorcjum swoim zakresem odpowiada wymaganiom dotyczącym przedmiotowych środków dowodowych wskazanym w pkt 5.1.4 SWZ, które zgodnie z pkt 5.2 SWZ nie podlegają uzupełnieniu. Odwołujący wskazał ponadto, że skoro konieczne było przekazanie dodatkowego załącznika, zamiast odesłanie do konkretnych treści dokumentów przekazanych w terminie składania ofert, to należy uznać, że złożone przedmiotowe środki dowodowe były niekompletne, ich treść nie była wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. Natomiast przekazanie kolejnego, dodatkowego dokumentu stanowi niedopuszczalną w świetle art. 223 ust. 1 zd. drugie ustawy P.z.p. zmianę treści oferty.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego. W szczególności zauważyć należy, że zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2023 roku nie wzywał przystępującego Esmetric do złożenia jakichkolwiek dokumentów, ale do „wyjaśnienia w zakresie poprawnej konfiguracji urządzenia dla pracy w protokole TR-069". Złożone wyjaśnienia pozwoliły zamawiającemu – zgodnie z jego oświadczeniem – na zidentyfikowanie problemów występujących po jego stronie i dokonanie konfiguracji bez konieczności skorzystania ze sposobu wskazanego w załączniku nr 1. To oznacza, że złożona przez odwołującego oferta była kompletna i – wraz ze złożonymi wyjaśnieniami – pozwoliła na prawidłową

konfigurację. Jeżeli odwołujący twierdził inaczej, tzn. jeżeli uważał, że zamawiający wykorzystał sposób i oprogramowanie wskazane w załączniku nr 1 do dokonania konfiguracji, winien był wykazać te okoliczności za pomocą właściwych środków dowodowych, np. poprzez wniesienie o przesłuchanie w charakterze świadków pracowników zamawiającego, którzy dokonywali konfiguracji. Odwołujący nie wykazał się inicjatywą dowodową w tym zakresie, a to na nim – zgodnie z dyspozycją art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p. – spoczywał ciężar wykazania faktów, z których wywodził określone skutki prawne.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, która to oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący podniósł, że załącznik o nazwie „T22-Schemat połączeń licznika" złożony przez Konsorcjum nie spełnia wymagań definicji schematu urządzeń wymaganych w niniejszym postępowaniu, a tym samym nie jest Schematem połączeń urządzeń wymaganym zgodnie z pkt 5.1.5 SWZ. Można domniemywać, iż rysunek ten dotyczy innego typu układów niż wymagane w postepowaniu liczniki półpośrednie. Nieścisłości, te powodują, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym Opisem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący jako dowody na wykazanie podniesionego zarzutu złożył:

- fragment podręcznika akademickiego „Metrologia elektryczna" autorstwa Augustyna Chwaleby, Macieja Ponińskiego, Andrzeja Siedleckiego, w którym zaznaczył fragment o treści: „Liczniki przeznaczone do pomiarów za pośrednictwem przekładników prądowych są nazywane *licznikami półpośrednimi,* natomiast przeznaczone do pomiarów za pośrednictwem przekładników prądowych są nazywane *licznikami pośrednimi.",*

- instrukcję użytkownika statycznego licznika do pomiaru energii GAMA 300, w którym zaznaczył schematy podłączenia licznika półpośredniego i pośredniego,

- katalog produktów „Inteligentna energia" w języku polskim i angielskim,

- Wytyczne do budowy systemów elektroenergetycznych w PGE Dystrybucja SA", gdzie zaznaczył fragment: „Obwody wtórne przekładników należy uziemić",

- Opracowanie pt.: „Układy pomiarowe energii elektrycznej. Standard w sieci dystrybucyjnej Enea Operator Sp. z o.o.", gdzie zaznaczył: fragment: „Zaciski wtórne przekładników należy bezwzględnie uziemiać. W przekładnikach prądowych należy uziemiać początki uzwojeń wtórnych (…). Przewody uziemiające należy przyłączać do uziemienia lub uziemionej szyny PEN" oraz poszczególne elementy znajdujących się w opracowaniu schematów.

Przystępujący Landis+Gyr złożył do akt sprawy i wniósł o zaliczenie w poczet materiału dowodowego wyciąg z podręcznika użytkowania innego licznika, na okoliczność wykazania, że schemat przedstawiony przez przystępującego Esmetric jest niezgodny z SWZ, niekompletny i nieuzupełnialny. Wskazał na str. 32, rys. 17, który – w jego ocenie – potwierdza błędy w złożonym schemacie przystępującego Esmetric.

Zamawiający w tym zakresie złożył do akt sprawy i wniósł o zaliczenie w poczet materiału dowodowego:

- fragment „Wytycznych do wyposażenia stacji elektroenergetycznych SN/nN w układach pomiarowych bilansowo-kontrolnych rozdz. 7 „Rysunki i zdjęcia"

#x200e- str. 43 Dziennika Ustaw poz. 788 z zaznaczonym sformułowaniem „Napięcie nominalne licznika zdalnego odczytu wynosi 3 x 58 V / 100 … 300 / 400 V,

- fragment OPZ przedmiotowego postępowania z zaznaczonym sformułowaniem: „Napięcie nominalne 3X58/100 … 230/400V AC, częstotliwość 50 Hz

Po przeanalizowaniu przedłożonego materiału dowodowego Izba stwierdziła, że rozpoznanie podniesionego zarzutu wymaga wiadomości specjalnych. Ciężar dowodu w tym zakresie, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p. obciążał odwołującego. Inicjatywa dowodowa odwołującego winna zatem opierać się na przedstawieniu lub zawnioskowaniu o przeprowadzenie dowodów, które w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzą stanowisko odwołującego. Dowodami takimi mogą być zarówno opinie biegłych, jak i opinie prywatne, sporządzane na zlecenie strony lub uczestnika postępowania. Autorami tych opinii są nierzadko osoby wpisane na listę biegłych sądu okręgowego. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 września 1956 r., stwierdził, że: „Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego, choćby nim był stały biegły sądowy, sporządzona na piśmie na polecenie strony i złożona do akt sądowych" (sygn. akt: III CR 121/56). Niemniej jednak opinie te nie są w ogóle pozbawione znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Stanowią one dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą.

W związku z tym, że odwołujący nie złożył wniosku o przeprowadzenie dowodu ze wskazanych wyżej dowodów, Izba uznała zarzut za nieudowodniony, a – tym samym – podlegający oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty:

- naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez

dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, która to oferta podlega odrzuceniu (zarzut nr 4 odwołania),

- naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w związku z brakiem złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu (zarzut nr 5 odwołania).

Powyższe zarzuty stanowią konsekwencję zarzutów wskazanych w punktach 1-3 odwołania. W związku z tym, że zarzuty te zostały przez Izbę oddalone, brak było podstaw do uwzględnienia zarzutów określonych w punktach 4-5.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……