

WYROK
z dnia 2 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2015 r. przez wykonawcę **MindMade Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 10, 00-656 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** z adresem do korespondencji: **ul. Portowa 14, 44-100 Gliwice**

przy udziale wykonawcy **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MindMade Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 10, 00-656 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **MindMade Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 10, 00-656 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **MindMade Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 10, 00-656 Warszawa** na rzecz **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dostawę urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard LTE, realizujących transmisję danych z układów pomiarowych stacji bilansujących SN/nN”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28 maja 2015 r. pod nr 2015/S 101-184651.

W postępowaniu tym wykonawca MindMade Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 18 września 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Informację o tej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu faksem w dniu 9 września 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego

postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 21 września 2015 r. Do Prezesa Izby w dniu 23 września 2015 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone przez wykonawcę Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 2 października 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołanie zostało wniesione wobec:

3

-
1. czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
 2. zaniechania czynności wezwania do wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom Zamawiającego, czym naruszono art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
 3. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, czym naruszono art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
 4. prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady jawności postępowania, czym naruszono art. 8 ust. 1 ustawy Pzp;
 5. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej od oferty złożonej przez Odwołującego, to jest naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu:

powtórzenia czynności poczynwszy od badania i oceny ofert; –
dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty –
złożonej przez Odwołującego;

lub

powtórzenia czynności oceny próbki złożonej przez Odwołującego w trybie wyjaśnień –
treści dokumentu (próbki) z udziałem przedstawicieli Odwołującego;
dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty –
złożonej przez Odwołującego;

alternatywnie o

nakazanie unieważnienia postępowania. –

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podkreślił, że przedmiotem jego oferty jest urządzenie transmisji danych pod nazwą „Router inQL-Tau” i na stronach 37 - 42 oferty, w Załączniku A do Załącznika nr 7 do SIWZ, potwierdził, że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ, a Zamawiający nie podniósł w tym zakresie żadnych niezgodności. Podkreślił, że decyzję o odrzuceniu oferty Zamawiający oparł w pełni na wyniku badania technicznego dostarczonej pierwotnie wraz z ofertą zaś w dalszej procedurze - w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, próbki. to jest w pełni funkcjonalnego urządzenia transmisji danych zgodnego z treścią oferty Odwołującego. Oceny urządzenia dokonano w toku badań technicznych. Odwołujący nie zgodził się z wnioskami Zamawiającego wyprowadzonymi z tych badań, które zaowocowały odrzuceniem oferty przez niego złożonej, a także w części

4

z wynikami tych badań. Odwołujący zwrócił uwagę, że w większości przypadków, uzasadnienie odrzucenia oferty nie zostało oparte na treści SIWZ, lecz na wyobrażeniu Zamawiającego o tym, jakie funkcjonalności taka próbka powinna posiadać. Podkreślił, że w większości podniesionych przez Zamawiającego przypadków rzekomej niezgodności,

wynik badań technicznych próbki potwierdza w pełni, że parametry i funkcjonalność próbki odpowiadają treści Załącznika nr 10 do SIWZ. Odwołujący odniósł się szczegółowo do każdej z podanych podstaw odrzucenia oferty.

Zamawiający wskazał pięć merytorycznych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ, podając, że oferta ta nie spełnia wymagań określonych w pkt 1.5, 1.36, 1.51, 1.54, 1.57 Załącznika nr 10 do SIWZ. Odwołujący odnosząc się do nich w treści odwołania podniósł co następuje.

Pierwsza podstawa odrzucenia oferty Odwołującego: Zamawiający w pkt 1.5 Załącznika nr 10 do SIWZ sformułował wymóg, zgodnie z którym „Zasilanie urządzenia musi być realizowane z trójfazowego zasilacza wewnętrznego 3x230/400V.” Złożone wraz z ofertą urządzenie przy zasilaniu międzyfazowym (bez przewodu neutralnego) przestało pracować poprawnie na co jednoznacznie wskazywała sygnalizacja diodowa (brak świecenia diod sygnalizujących poprawną pracę). Dodatkowo z urządzenia została przesłana wiadomość tekstowa SMS o zaniku wszystkich faz pomimo ich obecności.

W tym zakresie Odwołujący podniósł, że zarzut dotyczący jego oferty jest całkowicie bezpodstawny. Wskazał na zapisy pkt 1.5 Załącznika nr 10 do SIWZ, podkreślając, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych, niezbędnych w takim przypadku, zapisów odnośnie wymogu pracy w konkretnym układzie (to jest przy zasilaniu w układzie trójkąta, tj. bez przewodu neutralnego lub w układzie gwiazdy). Z tych też względów jego zdaniem zarzut nie odnosi się do wymagania pkt 1.5 załącznika nr 10 do SIWZ ani do żadnego innego wymagania opisanego w SIWZ, a został oparty na błędnym założeniu. Podniósł, że zasilanie zaoferowanego przez Odwołującego urządzenia jest realizowane z trójfazowego zasilacza wewnętrznego 3x230/400V. Wyjaśniając dodatkowo bezpodstawność zarzutu Zamawiającego opartego o czynność odłączenia przewodu neutralnego Odwołujący wskazał, że w punkcie 1.54 Załącznika nr 10 do SIWZ Zamawiający wymagał: „Zanik jednego lub dwóch napięć fazowych nie może mieć negatywnego wpływu na prawidłową pracę urządzenia.” Według niego oczekiwanie takie jest całkowicie niemożliwe do spełnienia przy pracy bez przewodu neutralnego (gdyż zanik dwóch napięć fazowych przy połączeniu w trójkąt, tj. bez przewodu neutralnego, nie daje możliwości zasilenia urządzenia; musiało to wywrzeć negatywny wpływ na prawidłową pracę urządzenia). Podkreślił, że przeciwnie od intencji Zamawiającego, działanie urządzenia Odwołującego jednoznacznie wskazuje, iż

przedstawiona przez niego implementacja jest zgodna z literą oraz intencjami zapisów SIWZ. Podkreślił, iż konieczność zamknięcia obwodu elektrycznego w celu wymuszenia prądu należy do elementarza wiedzy z dziedziny elektryczności. Zwrócił też uwagę na zapisy pkt 1.54 Załącznika nr 10 do SIWZ, gdzie Zamawiający żądał, aby „w przypadku jakiegokolwiek napięcia fazowego, jakichkolwiek dwóch napięć fazowych lub zaniku wszystkich fazowych” urządzenie wysyłało SMS. W związku z powyższym Zamawiający wyjaśnił, że praca bez przewodu neutralnego nie umożliwiałaby rozróżnienia sytuacji a) zaniku dwóch napięć fazowych i b) zaniku wszystkich napięć fazowych. Podkreślił również, że sposób podłączenia zasilania urządzenia oferowanego przez Odwołującego został udokumentowany w „Instrukcji Obsługi Router inQL-TauB w rozdziale 4.7 na stronie 8. Powyższe jego zdaniem wskazuje, że Zamawiający bezpodstawnie i bez związku z zapisami SIWZ (nadmiarowo), na etapie oceny oferty, żąda spełnienia wymagań, których nie wyspecyfikował w SIWZ. Sprzeczności pomiędzy nadmiarowym wymaganiem Zamawiającego, a zapisami w SIWZ w jego ocenie wskazują, iż Zamawiający w sposób dyskryminujący odrzucił ofertę Odwołującego w sytuacji, gdy dostarczone przez Odwołującego urządzenie działa zgodnie z wymaganiami zapisanymi w SIWZ. Odwołujący dokonał także oceny dokumentacji produktów konkurencyjnych, wybranej oferty firmy Przystępującego, co w jego ocenie potwierdza, że obecność przewodu zerowego jest niezbędna do prawidłowej pracy tego urządzenia. Jako dowody w sprawie przywołał: „karta katalogowa amiROUTERLTE EXT v1.3”, „comander amiROUTER LTE EXT v 1.3 Dokumentacja techniczno-ruchowa” w ofercie Przystępującego. Jak podniósł, okoliczność powyższa nie stała się jednak podstawą odrzucenia oferty Przystępującego, którego ofertę wybrano w postępowaniu jako najkorzystniejszą, co jego zdaniem wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu.

Druga podstawa odrzucenia oferty Odwołującego: W dzienniku zdarzeń złożonego wraz

z ofertą urządzenia brak zarejestrowanych zdarzeń związanych z parametryzacją urządzenia, synchronizacją czasu urządzenia, jak również połączeń z zewnętrznymi serwerami (np. NTP), pomimo ich wcześniejszego wystąpienia.

Według Odwołującego jego oferta spełnia wymagania opisane w pkt 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ, a w dzienniku zdarzeń rejestrowane są zdarzenia związane z:

- a) parametryzacją urządzenia, co Zamawiający mógł stwierdzić zmieniając dowolny parametr na stronie konfiguracyjnej urządzenia i klikając przycisk „Zatwierdź zmiany”. W dzienniku zdarzeń pojawiłby się odpowiedni wpis opisany w dokumentacji urządzenia – instrukcja konfiguracji w rozdziale 3.2.11 „Log”
- b1) synchronizacją czasu połączonego licznika, co Zamawiający mógł stwierdzić wybierając na stronie konfiguracyjnej urządzenia, w zakładce licznik, opcję „Aktualizuj

6

czas”. W dzienniku zdarzeń pojawiłby się odpowiedni wpis opisany w dokumentacji urządzenia – instrukcja konfiguracji w rozdziale 3.2.11 „Log”

- b2) synchronizacją czasu urządzenia: do synchronizacji dochodzi wówczas, gdy czas otrzymany ze źródła (NTP, sieć komórkowa, GPS) różni się od czasu w urządzeniu. W każdym innym przypadku wpis taki byłby bezcelowy i niepotrzebnie zapełniałby dziennik. Biorąc pod uwagę dużą stabilność zegara w zaoferowanym urządzeniu Zamawiający nie miał okazji zaobserwować sytuacji, w której doszło do synchronizacji zegara i błędnie wysnuł wniosek, że zdarzenia takie nie są rejestrowane. Jednakże możliwa jest zmiana tego czasu z użyciem konsoli administratora. W dzienniku zdarzeń pojawiłby się odpowiedni wpis opisany w dokumentacji urządzenia – instrukcja konfiguracji w rozdziale 3.2.11 „Log”
- c) połączeniem z zewnętrznymi serwerami (np. NTP): w wymaganiu tym Zamawiający wskazuje na potrzebę rejestrowania połączeń i te są logowane, co Zamawiający może łatwo stwierdzić mając do dyspozycji konsolę administracyjną, opisana w dokumentacji urządzenia – instrukcja konfiguracji w rozdziale 4.3.1 „Konsola administratora”. Zamawiający mógł dokonać połączenia np. z wykorzystaniem protokołu ssh z dowolnym dostępnym w sieci serwerem i zaobserwować pojawienie się wpisu w rejestrze. Wykorzystanie serwisów używających protokołu UDP (np. protokół NTP) odbywa się z definicji w trybie bezpołączeniowym (w odróżnieniu od protokołów pracujących w oparciu o TCP w trybie połączeniowym) i zgodnie z wymaganiami SIWZ nie musi być logowane w dzienniku zdarzeń.
- d) połączeniami z adresów IP, z których dokonano: sesji SSH, sesji odczytowej na porcie RS485, ... do czego Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń.

Powyższe zdaniem Odwołującego wyczerpuje wymóg pkt 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ, iż urządzenie w dzienniku „musi umożliwiać rejestrowanie” zdarzeń opisanych powyżej.

Podkreślił, że konsola administratora z dostępem chronionym silnym hasłem umożliwia realizację funkcji niestandardowych i jeżeli Zamawiający, mając dostęp do konsoli, decyduje się na realizację niestandardowych funkcjonalności, np. z użyciem skryptów, odpowiedzialny jest wtedy także za obsłużenie w skryptach wpisów do dziennika. Podkreślił, że film zawierający zapis badania urządzenia Odwołującego okazany mu przez Zamawiającego wskazuje, że w toku badania nikt z przedstawicieli Zamawiającego nie podchodził do mikrokomputera (konsoli), który znajdował się w polu widzenia i mógł być podłączony do urządzenia Odwołującego w celu konfiguracji i sterowania, stąd też w jego ocenie żadna z czynności wymagająca wykorzystania konsoli nie mogła być wykonana. Według Odwołującego nie można było ze skutkiem dla prawidłowej odpowiedzi urządzenia

7

Odwołującego, wykonać badania, a wynik badania jest zatem całkowicie niemiernodajny i nie odzwierciedla pracy dostarczonego urządzenia.

Trzecia podstawa odrzucenia oferty Odwołującego: W złożonym wraz z ofertą urządzeniu brak możliwości wyboru autodetekcji dla trybu przesyłania danych, możliwy jest wyłącznie manualny wybór jednego z dwóch trybów komunikacyjnych.

Według Odwołującego zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny i bez związku z wymaganiami, które Zamawiający zawarł w punkcie 1.51 Załącznika nr 10 do SIWZ.

Zamawiający wymaga: „Urządzenie musi realizować tryb automatycznego ustawiania/dostosowania ramki danych (7E1 lub 8N1)”, a w uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego zarzuca z kolei: „W złożonym wraz z ofertą urządzeniu brak możliwości wyboru autodetekcji dla trybu przesyłania danych, możliwy jest wyłącznie manualny wybór jednego z dwóch trybów komunikacyjnych”. Odwołujący oświadczył, iż w dostarczonym wraz z ofertą Odwołującego urządzeniu jest zaimplementowany tryb automatycznego ustawiania/dostosowania długości ramki, wobec czego nie jest potrzebna jakakolwiek konfiguracja w tym zakresie, zaś manualny wybór, o którym pisze Zamawiający, nie jest natomiast implementowany i oczywiście nie był wymagany w SIWZ. Wskazał, że automatyczne ustawianie/dostosowanie długości ramki udokumentowane jest w „Instrukcji obsługi oprogramowania serwisowego (instrukcja konfiguracji) Router inQL-Tau” w rozdziale 3.2.9 na stronie 16, wobec czego uznał, że Zamawiający na etapie oceny oferty Odwołującego, błędnie przeprowadził ocenę implementacji funkcji automatycznego ustawiania/dostosowania długości ramki. Podkreślił też, że uzasadnienie zarzutu nie ogniskuje się na automatycznym ustawianiu/dostosowaniu ramki danych (7E1 lub 8N1), lecz na braku możliwości wyboru autodetekcji dla trybu przesyłania danych, zatem zarzut ten nie dotyczy wymagania SIWZ, lecz innej, nie opisanej wprost w SIWZ, funkcjonalności.

Odwołujący dokonał też - w wyniku wglądu do ofert Przystępującego - analizy dokumentacji produktów konkurencyjnych i stwierdził, iż oczekiwany przez Zamawiającego sposób implementacji wymagania 1.51 odpowiada charakterystyce urządzenia Przystępującego. Wynika z tego, iż Zamawiający oceniając urządzenia porównuje je z rozwiązaniem Przystępującego zamiast stosować zapisy SIWZ, co z kolei wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców i brak obiektywizmu Zamawiającego przy ocenie ofert. Jako dowód w sprawie przywołał: „comander amiROUTER LTE EXT v 1.3 Dokumentacja techniczno-ruchowa” strona 18. Wskazał, że Zamawiający w zróżnicowany sposób potraktował Przystępującego i Odwołującego naruszając art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dopatrywał się niezgodności treści oferty Odwołującego, poszukując ich w toku badań technicznych prowadzonych według nieopisanego w SIWZ scenariusza, jednocześnie

całkowicie pomijając niezgodności z treścią SIWZ w ofercie Przystępującego. Podkreślił w tym zakresie, że w pkt 1.7 Protokołu badań, który odpowiada punktowi 1.7 Załącznika 10 SIWZ, gdzie wyspecyfikowano przedmiotowe kable z określonymi złączami, dla próbki złożonej przez Przystępującego Zamawiający zapisał, że posiada ona taką końcówkę, co jego zdaniem jest niezgodne z prawdą. Podniósł, że Zamawiający nie prowadził z Przystępującym żadnej korespondencji, co oznacza, że badaniu musiało zostać poddane urządzenie w komplecie jak wyżej, z nieprawidłowymi złączami. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że albo w ogóle nie prowadzono badań próbki Przystępującego, albo Zamawiający nieprawidłowo oświadczył o zgodności oferty, której nie ma.

Czwarta podstawa odrzucenia oferty Odwołującego: Złożone wraz z ofertą urządzenie podczas zaniku napięć fazowych dokonuje niepoprawnej identyfikacji brakujących faz wysyłając wiadomości sms o błędnej treści (np. przy braku fazy L1 i L2 - komunikat sms: „brak jednej fazy”) lub nie wysyłając ich wcale. Dodatkowo czas czuwania urządzenia po zaniku wszystkich napięć fazowych podczas kilku przeprowadzonych prób nie przekroczył 54 sekund.

Odwołujący podniósł, że jego oferta spełnia wymagania punktu 1.54 Załącznika nr 10 do SIWZ, gdyż złożone wraz z ofertą urządzenie podczas zaniku faz dokonuje prawidłowej identyfikacji faz, a Zamawiający mógł się przekonać o tym, obserwując status zasilania sygnalizowany przez diody lub prezentowany na stronie statusowej urządzenia. W przypadku zaniku jednej, zaniku dwóch lub zaniku wszystkich faz zasilania wysyłany jest SMS o treści konfigurowanej z wykorzystaniem oprogramowania narzędziowego - zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wskazał, że najwidoczniej Zamawiający nie dokonał konfiguracji przed rozpoczęciem badań, stąd mogły wyniknąć problemy z prawidłową oceną urządzenia. Niezależnie od powyższego podniósł, że Zamawiający nie wyspecyfikował podniesionych w uzasadnieniu odrzucenia wymagań wysyłania SMS o konkretnej treści, a analiza zapisów punktu 1.54 Załącznika nr 10 do SIWZ jego zdaniem wskazuje, że wymogiem Zamawiającego nie było gwarantowane wysyłanie sms o konkretnej treści w różnych konfiguracjach zdarzeniowych (vide Protokół z badań), lecz posiadanie możliwości wysyłania

sms przy zaistnieniu konkretnego, pojedynczego zdarzenia, polegającego na zaniku jednej fazy, dwóch faz lub wszystkich faz. Powyższe oznacza, że wystarczyło, iż jeden raz przy zaniku jakichkolwiek faz, urządzenie przesłało sms „brak fazy” lub o innej treści, to wymaganie z punktu 1.54 należało uznać za wypełnione. Co do czasu czuwania Odwołujący oświadczył, że zaoferowane urządzenie w przypadku utraty wszystkich faz, po wysłaniu wiadomości tekstowej, przechodzi do stanu czuwania, podczas którego, po ok. 45 sekundach od wysłania wiadomości, wygaszane są wszystkie interfejsy

zewnętrzne i czuwanie następuje bez sygnalizacji. Podkreślił, że Zamawiający nie wymagał, aby przejście w stan czuwania było w konkretny sposób sygnalizowane. Pracę podukładów odpowiadających za czuwanie według Odwołującego można zaobserwować, ponieważ pulsuje dioda prześwitująca przez interfejs Ethernet i czuwanie typowo trwa ok. 15 minut, to jest ponad siedmiokrotnie przekracza wymagania Zamawiającego (2 minuty). Według niego źródłem zarzutu Zamawiającego nie był zatem *de facto* brak czuwania przez 2 minuty, lecz to, iż Zamawiający nie widział sygnalizacji tego czuwania, a której nie wymagał w SIWZ, co nie oznacza jeszcze, że urządzenia w stanie czuwania się nie znajdowało. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wyspecyfikował statusy pracy i zasilania urządzenia nie opisując co rozumie przez tryb czuwania, co pozwoliło wykonawcom na dowolność w tym zakresie. Według Odwołującego przedstawił on rozwiązanie, którego zachowanie jest spójne i ma sens techniczny: urządzenie przechodzi do dwustopniowego trybu czuwania, aby oszczędzać ładunek źródła zapasowego, zaś po włączeniu możliwie szybko go uzupełnić, co oznacza w szczególności, iż urządzenie utrzyma zdolność przebywania w trybie czuwania praktycznie niezależnie od ilości przeprowadzanych eksperymentów. Rozwiązanie takie jego zdaniem jest optymalne z inżynierskiego punktu widzenia i zapewnia Zamawiającemu dodatkową korzystną funkcjonalność, o którą nie wnioskował w SIWZ. Podniósł też, iż przedstawione rozwiązanie będzie funkcjonować poprawnie w każdych dopuszczalnych przez dokumentację warunkach termicznych.

Piąta podstawa odrzucenia oferty Odwołującego: Dostarczone wraz z ofertą urządzenie dokonuje nieprawidłowej detekcji obecności/zaniku napięć zasilających. Szczegóły opisano w pkt 4) .

Odwołujący podkreślił, że jego oferta spełnia wymagania pkt 1.57 Załącznika nr 10 do SIWZ, gdyż złożone wraz z ofertą urządzenie podczas zaniku faz dokonuje prawidłowej identyfikacji faz o czym Zamawiający może się z łatwością przekonać obserwując status zasilania sygnalizowany przez diody lub prezentowany na stronie statusowej urządzenia. Jego zdaniem zarzut Zamawiającego postawiono bez związku z obserwacjami podczas badań. Odwołujący zwrócił też uwagę, że ponownie Zamawiający nieprawidłowo interpretuje postawione przez siebie wymaganie. Żądał: „Urządzenie musi posiadać wewnętrzny detektor obecności/zaniku napięć zasilających”. Oznacza to, że do spełnienia wymagania wystarczy, aby urządzenie dawało odpowiedź czy zasilanie jest czy zasilania nie ma w sekwencji: JEST/ NIE MA. Tymczasem zarzut oparto o nie wyartykułowane w SIWZ żądanie szczegółowego rozróżniania faz zasilania (vide pkt 4, na który wskazuje sam Zamawiający).

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o wskazane powyżej podstawy rozszerzając zinterpretował zapisy SIWZ na niekorzyść Odwołującego i odrzucenia oferty dokonano nie na skutek niezgodności z brzmieniem SIWZ (Załącznika nr 10), lecz na skutek uznania przez osobę dokonującą badań, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, a przyczyną takiego stanu rzeczy mógł być fakt, że badania prowadzono, na podstawie programu nie zamieszczonego w treści SIWZ. Wskazał, że w punkcie 3.3.1.1 SIWZ Zamawiający zażądał dostarczenia próbki urządzenia do badania, wskazując, że zbada zgodność z zapisami Załącznika nr 10. Badana „próbka” jest urządzeniem aktywnym, zatem badanie techniczne, o którym mowa w SIWZ jest w istocie rzeczy testem, zaś w SIWZ nie zamieszczono scenariusza takiego testu, a Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że przeprowadzi badanie na zgodność z opisem w załączniku nr 10 do SIWZ. Ocena pozyskanych w dniu 15 września 2015 r. „Protokołów Badania Technicznego Urządzeń Transmisji Danych Pomiarowych” zdaniem

Odwołującego wskazuje, że Zamawiający prowadził je w sposób nie opisany szczegółowo w SIWZ, co potwierdza ogląd filmu z badania modemu załączonego przez Odwołującego. W toku badania punktu 1.54 (o SMS przy zaniku fazy) Zamawiający w sposób powtarzający się, w różnych sekwencjach zdarzeń, wyłączał zasilanie. Z opisu w pkt 1.54 Załącznika nr 10 jego zdaniem nie wynika, że urządzenie powinno być gotowe na taką lawinowość detekcji zdarzeń i wysyłanie odpowiedzi w postaci SMS w każdej konfiguracji, a przeciwnie pkt 1.54 mówi wprost o pojedynczym zadziałaniu i czuwaniu. Podkreślił, że Zamawiający nie może wyprowadzać negatywnych dla wykonawców skutków prawnych z bezprawnych działań nie posiadających oparcia w treści SIWZ.

Co do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień przebiegu badania próbki urządzenia (treści dokumentu) poprzez prowadzenie korespondencji, a także poprzez uczestnictwo przedstawicieli Odwołującego w badaniu Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odrzucił jego ofertę bez zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w sytuacji gdy wyjaśnienia Odwołującego mogły wnieść istotne informacje posiadające znaczenie dla oceny czy dostarczona próbka urządzenia spełnia wymagania Zamawiającego. Podkreślił, że art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców do wyjaśnienia treści dokumentów, w sytuacji gdy nie ma pewności co do faktu, że dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu albo że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Jego zdaniem próbka dostarczona wraz z ofertą została przez Zamawiającego użyta w sposób, który spowodował jej uszkodzenie i Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (niezgodnie z jego przeznaczeniem

bo sam „zniszczył dokument” podczas gdy ustawa nakazuje wezwanie w trybie tego przepisu, gdy dokumentu nie ma lub zawiera on błąd). Zamawiający nie umieścił żadnej wzmianki o tej fazie badania próbek w żadnym dokumencie ani na filmie, co według Odwołującego może sugerować dążenie do nie eksponowania tych faktów w dokumentacji postępowania. Jako dowód powołał pismo Zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2015 r. (nr UZA/DR/790/2015). Odwołujący wskazał też, że w dniu 18 sierpnia 2015 r. przeprowadził w siedzibie Zamawiającego oględziny uszkodzonej próbki urządzenia i pismem z dnia 19 sierpnia 2015 r. zawiadomił Zamawiającego, że jego zdaniem do uszkodzenia doszło z uwagi na nieprawidłowe podłączanie przewodów zasilających. Widząc zaś prawdopodobne trudności Zamawiającego w użyciu dostarczonego urządzenia Odwołujący zaproponował uczestnictwo przedstawicieli Odwołującego w badaniu. Jako dowód przywołał pismo Odwołującego z dnia 19 sierpnia 2015 r. Zamawiający jednak odmówił przyjęcia na czas badań pomocy, czy wyjaśnień przedstawicieli Odwołującego, co doprowadziło według Odwołującego do niewłaściwego użycia kolejnej próbki i niezgodnych ze stanem faktycznym wyników badań (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2015 r.

nr UZA/DR/810/2015). Odwołujący podkreślił, że w toku badania dostarczonej próbki uczestnicy badania zadawali pytania w rodzaju: „czy to jest w dokumentacji - instrukcji obsługi?”. Zdaniem Odwołującego widocznym było, że osoby dokonujące badania nie były odpowiednio przygotowane do obsługi dostarczonego urządzenia i nie posiadały wiedzy na temat zawartości dostarczonej przez Odwołującego dokumentacji technicznej, co wskazuje na to, że badania przeprowadzono niezgodnie z dostarczoną dokumentacją urządzenia. Jako dowód przywołał zapis filmowy badania urządzenia dostarczonego przez Odwołującego, z którego jego zdaniem także wynika, że Zamawiający nie skonfigurował prawidłowo urządzenia zaś wynikiem swoich nieprawidłowych, niezgodnych z instrukcją obsługi działań, obciążył Odwołującego. Według Odwołującego Zamawiający nie miał prawa odrzucać oferty Odwołującego bez wyjaśnienia powstałych rozbieżności czy też raczej wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zaś z uwagi na fakt, że omawianym dokumentem jest aktywne urządzenie elektroniczne, wyjaśnienia te powinny mieć charakter uczestnictwa przedstawicieli Odwołującego w procesie badania. Według niego, jeżeli Izba nie uzna, że z samej treści raportów z badania próbki wynika, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu - konieczne jest wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w tym z uczestnictwem przedstawicieli Odwołującego w ponownym badaniu próbek.

Co do zarzutu nierównego traktowania wykonawców Odwołujący podniósł, że lektura

Protokołów badań wszystkich dostarczonych próbek wskazuje, że Zamawiający nierówno potraktował wykonawców. Różnica ta jest jego zdaniem szczególnie jaskrawo widoczna przy

12

analizie zapisów badania spełniania wymagania zapisanego w punkcie 1.54 Załącznika nr 10 do SIWZ (sygnalizacji zaników faz). Zachowania Zamawiającego widoczne są także na filmie z badania próbki Odwołującego. W tym zakresie Odwołujący podkreślił, że pozostałe filmy nie zostały mu przez Zamawiającego udostępnione, pomimo iż o to wnioskował. Z treści Protokołów badań wynika jednak jego zdaniem, że Zamawiający prowadził badanie złożonej przez Odwołującego próbki do uzyskania efektu, w postaci niewłaściwego zdaniem Zamawiającego zadziałania urządzenia, zaś Protokół z badania próbki Przystępującego nie zawiera tak szczegółowych zapisów. Podkreślił też, że w toku badania Zamawiający odnosił działanie próbki Odwołującego do działania urządzenia dostarczonego przez Przystępującego, tak jakby uważał je za wzorzec, do którego wszyscy pozostali mieli się dostosować (zamiast SIWZ). Podniósł, że Zamawiający nie zapoznał się z instrukcją obsługi urządzenia Odwołującego, prowadził badania według nie zapisanego w treści SIWZ, ustalanego *ad hoc* programu badań wobec czego nie mógł zagwarantować tej samej procedury testowej dla wszystkich badanych urządzeń. Jako dowód w sprawie przedłożył zapis filmowy badania urządzenia dostarczonego przez Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zastosował wobec innych ofert, podobnie, jak w przypadku jego oferty drobiazgowej oceny ofert. Odwołujący przywołał postanowienia pkt 1.24 b) Załącznika nr 10 do SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał: „Urządzenie musi zostać dostarczone z następującymi przewodami: ... b) przewód interfejsu elektrycznego RS485 - długość minimum 0,5 metra, końcówki zakończone złączami RJ12”. Dodatkowych, precyzyjnych informacji Zamawiający udzielił w odpowiedzi na pytanie: „Czy Zamawiający dopuści możliwość w przypadku pkt 1.24b), aby jeden koniec przewodu do licznika zakończony był wtyczką RJ-12, a drugi koniec przewodu miał końcówki zakończone odpowiednio do gniazda urządzenia? Czy Zamawiający potwierdza, że jego intencją jest wymuszenie zastosowania w urządzeniu złącza RJ12 do obsługi interfejsu szeregowego RS485?”, Zamawiający wskazał: „Zamawiający wymaga zakończenia obu końcówek przewodu interfejsu elektrycznego RS485 (pkt 1.24 ppkt b) złączami RJ12. Wymaganie 1.24 nie odnosi się do portów komunikacyjnych urządzenia.” W świetle powyższego Odwołujący wskazał, że urządzenie dołączone do oferty Przystępującego nie spełnia powyższego wymagania. Podniósł, że w dokumentacji „comander amiROUTER LTE EXT v 1.3 Dokumentacja techniczno-ruchowa” na stronie 23 Przystępujący umieścił zdjęcie dołączonego okablowania i kabel podłączenia licznika ma jedną końcówkę zakończoną złączem innym niż RJ12. Jego zdaniem oględziny przeprowadzone podczas wglądu do ofert potwierdziły niepoprawną postać przewodów dołączonych do oferty Przystępującego. Tym samym zdaniem Odwołującego Zamawiający w zróżnicowany sposób potraktował Przystępującego i Odwołującego naruszając przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający

13

w ocenie Odwołującego dopatrywał się niezgodności treści oferty Odwołującego, poszukując ich w toku badań technicznych prowadzonych według nie opisanego w SIWZ scenariusza, jednocześnie całkowicie pomijając niezgodności z treścią SIWZ w ofercie Przystępującego, którą uznał za najkorzystniejszą.

Co do zarzutu naruszenia zasady jawności postępowania Odwołujący podkreślił, że w dniu 11 września 2015 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu postępowania, to jest:

- korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami poczynawszy od dnia złożenia – ofert do dnia 9 września 2015 r.,
- protokołów z prac komisji przetargowej wraz protokołami testów wszystkich – dostarczonych urządzeń,
- filmów zawierających przebieg badania próbek. –
- Odwołujący wskazał następujące sposoby udostępnienia tych załączników:
- umożliwienie wykonania fotokopii dokumentów lub w innej formie, –
- przekazanie filmów w formie plików elektronicznych w ogólnie akceptowalnym –

formacie, to jest avi lub mpeg.

Podkreślił, że Zamawiający wyznaczył termin udostępnienia na 15 września 2015 r. i w tym dniu o godzinie 10.30 przedstawiciel Odwołującego, stawiał się w siedzibie oddziału Zamawiającego, gdzie udostępniono mu następujące dokumenty:

protokół postępowania - wykonano kserokopie tego dokumentu, -

wezwanie do uzupełnień wykonawcy DGT wraz z odpowiedzią - wykonano fotokopie -

Odwołujący podkreślił, że nie udostępniono żadnej korespondencji z Przystępującym i Odwołujący przyjął, że korespondencja taka nie miała miejsca, a obecni podczas czynności udostępnienia pracownicy Zamawiającego (członkowie komisji przetargowej) poinformowali przedstawiciela Odwołującego, że istnieją filmy z badań technicznych urządzeń każdego z wykonawców i oświadczyli, że nie zostaną one przekazane ponieważ są dokumentem wewnętrznym i stanowią pewnego rodzaju zabezpieczenie dla Zamawiającego, że wszystkie czynności podczas badań wykonano. Wskazał, że udostępniono do obejrzenia wyłącznie film z badania urządzenia Odwołującego bez możliwości rejestracji obrazu z monitora za pomocą jakiegokolwiek urządzenia rejestrującego (telefonu czy też aparatu fotograficznego). Przedstawiciel Odwołującego obejrzał udostępniony film i z uwagi na objętość materiału filmowego skupiono się na pokazaniu momentów, w których urządzenie złożone przez Odwołującego według Zamawiającego nie spełnia wymagań SIWZ. Według Odwołującego doszło do rażącego naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie otrzymał możliwości odniesienia się do materiału dowodowego stanowiącego załącznik

14

do protokołu postępowania, pomimo że może on posiadać znaczący wpływ na wynik zarówno postępowania odwoławczego, jak i całego postępowania o zamówienie publiczne.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o odwołania i na jego rzecz kosztów uwzględnienie zasadzenie postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł. Jednocześnie też złożył wniosek dowodowy z:

- 1) opracowania Stowarzyszenia Elektryków Polskich Oddziału Elektroniki, Informatyki, Telekomunikacji z dnia 25 września 2015 r. pod tytułem: „Zgodność routera inQL-Tau model LTE=IP51-3x230VAC-PL-BU ze specyfikacją wymagań Tauron Dystrybucja S.A. w postępowaniu przetargowym nr ref.: 2015/TD-CN/01974/L” na okoliczność udowodnienia, że zaoferowany przez Odwołującego router inQL-Tau model LTE=IP51-3x230VAC-PL-BU odpowiada treści SIWZ z uwagi na fakt, że w wyniku badania przez zaufaną stronę trzecią – Stowarzyszenie Elektryków Polskich Oddziału Elektroniki, Informatyki, Telekomunikacji identycznego z dostarczonym do testowania Zamawiającemu routera inQL-Tau model LTE=IP51-3x230VAC-PL-BU, stwierdzono zgodność funkcjonalności oraz sposobu pracy urządzenia z wymaganiami Załącznika nr 10 do SIWZ wskazanymi przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 września 2015 r. o wyniku postępowania
- 2) oświadczenia Dyrektora Handlowego Odwołującego - Pana M. L. w sprawie przebiegu udostępniania załączników do protokołu postępowania, to jest filmów z prowadzonych badań na okoliczność udowodnienia, że w toku badań Zamawiający stosował nieopisaną w SIWZ metodologię i że Zamawiający nie zapoznał się z dokumentacją techniczną routera inQL-Tau model LTE=IP51-3x230VAC-PL-BU przez co nieumiejętnie prowadził badania techniczne, co łącznie doprowadziło do nieprawidłowego użycia badanego urządzenia Odwołującego, w konsekwencji do wysnucia błędnych wniosków co do jego zgodności z treścią SIWZ i że Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania poprzez odmowę udostępnienia filmów z badania urządzeń załączonych do ofert konkurencyjnych w postępowaniu, w tym wybranej oferty Przystępującego.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 2 października 2015 r.), w której wniosł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

15

z uwagi na niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający podkreślił, że badanie oferty Odwołującego, w tym parametrów zaoferowanego urządzenia, zostało przeprowadzone wyłącznie w oparciu o SIWZ, w tym wymogów technicznych określonych w kolejnych punktach Załącznika nr 10 do SIWZ przywołanych w uzasadnieniu do odrzucenia oferty, a nie w oparciu o rzekome wyobrażenie Zamawiającego.

Co do pierwszej niezgodności (pkt 1.5 Załącznika nr 10 do SIWZ) Zamawiający podkreślił, że wskazany wymóg SIWZ jednoznacznie wskazuje, że urządzenie będzie wykorzystywane w sieci o napięciu fazowym 230V i napięciu przewodowym 400V, czyli praca w konfiguracji układu zasilającego trójkąt / gwiazda. Takie warunki pracy urządzenia jego zdaniem były jasne dla uczestników postępowania i nie były przez nich kwestionowane. Tym samym w jego ocenie błędne jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie określił wymogu pracy zasilacza w konkretnym układzie. Podkreślił, że wymaganie takiego sposobu zasilania urządzeń stosowanych w energetyce (3x230/400V) nie jest niczym nowym i jest pochodną układów pracy sieci energetycznej, a w szczególności pracy układów pomiarowych, a w ten sam sposób zasilane są liczniki elektryczne oraz routery stosowane przez Zamawiającego i innych operatorów w najnowszej generacji układach pomiarowych typu SMART METERING. Zamawiający wskazał, że urządzenie transmisji danych pomiarowych jest odpowiedzialne za realizację transmisji danych z układów pomiarowych stacji bilansujących SN/nN, a te tworzą takie urządzenia, jak: licznik bilansujący, koncentrator danych oraz urządzenie transmisji danych pomiarowych. Podkreślił, że każde z tych urządzeń powinno posiadać wewnętrzny zasilacz pozwalający na pracę w zakresie napięcia 3x230/400V we wszystkich konfiguracjach wymaganych zastosowaną aparaturą pomiarową i automatyką zabezpieczeniową w sieciach dystrybucyjnych, a więc i u Zamawiającego. Zasilacz 3x230/400V jest zdaniem Zamawiającego typowym

do w sieci rozwiązywaniem konstrukcyjnym przeznaczonym pracy

trójfazowej

i specyfikę sieci i prądu wykorzystującym trójprzewodowej czteroprzewodowej prądu przemiennego. Oczywiście dla Zamawiającego jest, że urządzenie musi zapewniać poprawną pracę, zarówno przy zasilaniu napięciem fazowym 230V, jak również napięciem międzyfazowym 400V, co znalazło odzwierciedlenie w przywołanym wymogu SIWZ. Zamawiający podkreślił, że odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając nieprawidłową pracę zasilacza przy zasilaniu napięciem 3x400V (zasilanie tylko z przewodów fazowych bez przewodu neutralnego sieci energetycznej). Zasilanie 3x400V stanowi natomiast poprawny i typowy układ zasilania, który stosowany jest w obiektach energetycznych, np. w obwodach pomiarowych. Prawidłowa konstrukcja zasilacza 3x230/400V umożliwia poprawne zasilanie urządzenia w każdej dopuszczalnej konfiguracji, czego według Zamawiającego, Odwołujący będąc profesjonalistą powinien być świadomy. Podkreślił też, że ewentualne wątpliwości

Odwołującego dotyczące wymagań zasilacza powinny stanowić przedmiot ewentualnego zapytania co do treści SIWZ, z czego jednak Odwołujący nie skorzystał. Kwestionowanie zaś wymogów SIWZ na obecnym etapie jest niedopuszczalne. Zauważył, że do podstawowej wiedzy z zakresu elektroenergetyki należy to, że zamknięcie obwodu elektrycznego wymuszającego przepływ prądu nie zawsze wymaga obecności przewodu neutralnego może być realizowana poprzez zasilanie napięciem międzyfazowym. Zamawiający podniósł, że nie mógł sobie pozwolić na jakiegokolwiek odstępstwa, w wyniku których zrezygnowałby ze sprawdzenia wszystkich możliwych do wystąpienia wariantów zasilania urządzenia, co było o tyle istotne, że pierwsza próbka dostarczona przez Odwołującego podczas testów uległa uszkodzeniu przy zasilaniu urządzenia napięciem międzyfazowym (bez przewodu neutralnego), co już wówczas zdaniem Zamawiającego poddawało pod wątpliwość poprawne jego funkcjonowanie, a tym samym spełnianie podstawowych wymogów technicznych stawianych w SIWZ. Według Zamawiającego dokonane badanie potwierdziło jednoznacznie nieprawidłowe działanie urządzenia przy zasilaniu międzyfazowym (bez przewodu neutralnego), co musiało skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający także wyjaśnił, że testy polegające na zasilaniu urządzenia w różnych wariantach napięć fazowych i międzyfazowych realizowane były przez Zamawiającego poprzez odłączanie i podłączanie poszczególnych faz (L1, L2, L3 i przewodu neutralnego N) i miały na celu weryfikację czy zasilacz jest odporny na różne stany awaryjne, które mogą

wystąpić i występują w praktyce w obiektach elektroenergetycznych Zamawiającego. Podkreślił, że wykorzystywane obecnie przez Zamawiającego liczniki energii elektrycznej produkowane nie tylko na rynek krajowy, ale i unijny i światowy, przy odłączaniu przewodu neutralnego nadal dokonują pomiaru zużycia energii elektrycznej z nominalną dokładnością, a podobne próby polegające na odłączeniu przewodu neutralnego w urządzeniach stosowanych przez Zamawiającego wykorzystujących w swojej pracy sieci telefonii komórkowej, nie mają wpływu na ich pracę, co jego zdaniem dowodzi, że oferowany przez Odwołującego modem nie jest urządzeniem, które na szeroką skalę można by zastosować w energetyce zawodowej. Wskazał też, że poprzez nieprawidłową pracę przy napięciu międzyfazowym urządzenie dostarczone wraz z ofertą Odwołującego wprowadziło Zamawiającego w błąd, wysyłając mylne i nieprawidłowy komunikat o zaniku wszystkich napięć fazowych, przechodząc jednocześnie w stan wyłączenia, pomimo że wszystkie napięcia fazowe były obecne na urządzeniu, zatem urządzenie nie działało poprawnie, a Odwołujący nie odniósł się do tej kwestii. Wskazał, że Odwołujący, prezentując wyrwane z kontekstu fragmenty dokumentacji rozwiązań konkurencyjnych (jeden ze specyfikacji technicznej, drugi z procedury instalacyjnej urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego), wyciąga - jego zdaniem - błędne wnioski. Dokumentacja techniczna

wskazuje bowiem na fizyczny sposób podłączenia przewodów zasilających urządzenia, natomiast nie warunkuje konieczności obecności poszczególnych napięć, bądź ciągłości przewodu neutralnego dla poprawnej pracy urządzenia, co jego zdaniem wskazuje na chyby zarzut Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że jest przy tym świadomy, że w stanach braku obecności poszczególnych faz lub przewodu neutralnego pewne urządzenia mogą być niedostępne, nie jest jednak dopuszczalnym, aby w takich sytuacjach następowała przerwa w działaniu urządzenia, co miało miejsce w przypadku urządzenia oferowanego przez Odwołującego.

Co do drugiej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający podkreślił, że urządzenie zaoferowane przez Odwołującego nie spełnia wymogu dotyczącego dziennika zdarzeń, co potwierdza sam Odwołujący w ppkt b2), wskazując, że urządzenie nie realizuje wymagania z pkt 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ, gdyż podaje on opis działania zapisu do dziennika zdarzeń niezgodny z wymaganiami Zamawiającego („(...) wpis taki byłby bezcelowy i niepotrzebnie zapełniałby dziennik”). Zamawiając podniósł, że Odwołujący w trakcie zadawania pytań nie prosił o zaakceptowanie działania dziennika zdarzeń w formie opisanej w odwołaniu. Zamawiający zauważył też, że synchronizacja NTP działa, to powinno zostać uwzględnione w dzienniku i taki był wymóg SIWZ. Do tego podkreślił, że w dokumentacji na str. 19-20 Odwołujący napisał, że sam fakt podłączenia NTP jest notowany w dzienniku zdarzeń. Wskazał, że sam fakt pobrania czasu z serwera NTP jest już zdarzeniem synchronizacji, ponieważ na urządzeniu jednocześnie występują dwa różne czasy, zaś w dokumentacji nie ma ani słowa co do tego jak bardzo muszą się różnić czasy w serwerze NTP i urządzeniu, aby synchronizacja nastąpiła. Nie ma też wzmianki o tym, że synchronizacja nie następuje, jeżeli nie ma różnicy między czasem na urządzeniu, a czasem z serwera NTP, zatem urządzenie Odwołującego nie spełnia wskazanego wymogu SIWZ. Zamawiający także podkreślił, że protokół UDP jest protokołem bezpołączeniowym, ale warstwy transportowej modelu OSI, natomiast synchronizacja czasu z serwera NTP odbywa się w warstwie aplikacji w trybie wymiany pakietów, których treść wynika z pakietów poprzedzających, co *de facto* jest połączeniem (na poziomie warstwy aplikacji), które powinno być rejestrowane w dzienniku zdarzeń. Wskazał, że wyraźnie w SIWZ określił, że urządzenie musi rejestrować w dzienniku zdarzeń połączenia z zewnętrznymi serwerami (np. NTP). Na marginesie podkreślił też, że wszelkie testy wykonał według dołączonej do oferty instrukcji obsługi urządzeń, nie ponosi jednak odpowiedzialności za ewentualne błędy w niej zawarte, które obciążają Odwołującego.

Co do trzeciej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający podkreślił, że odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne, gdyż zaoferowane przez niego urządzenie nie posiada funkcjonalności opisanej w pkt 1.51 Załącznika nr 10 do SIWZ.

Podkreślił, że testy odczytu danych pomiarowych z licznika energii elektrycznej dają odczyt tylko i wyłącznie przy takiej samej konfiguracji trybów komunikacyjnych we wszystkich elementach łańcucha komunikacji, natomiast przy ustawieniu wymaganej w SIWZ autodetekcji w liczniku oraz systemie pomiarowym, odczyt przy pomocy urządzenia kończy się niepowodzeniem, co jest sprzeczne z SIWZ. Zamawiający podkreślił, że musi w sposób świadomy wykorzystywać wszystkie funkcje urządzenia, co dotyczy również aktualnej konfiguracji ramki danych, a prawidłowe ustawienie tego parametru decyduje o możliwości transmisji danych. Wskazał, że brak wyraźnego rozróżnienia (nie poprzez domysł), który z trybów ramki jest aktualnie wykorzystywany (ustawiony) uniemożliwia prawidłową pracę z urządzeniem. Zamawiający wyjaśnił też, że nie prowadził korespondencji z Przystępującym w zakresie pkt 1.7 Załącznika nr 10 do SIWZ, a to z uwagi na fakt, iż ww. punkt odnosi się do interfejsów komunikacyjnych urządzenia, a nie przewodów. Wskazał też, że 20 lipca 2015 r. udzielił wyjaśnienia w zakresie portów komunikacyjnych urządzenia przy określeniu zakończenia przewodu interfejsu elektrycznego RS485, wskazując, że „Wymaganie 1.24 nie odnosi się do portów komunikacyjnych urządzenia z punktu 1.7.” Wskazał, że próbka urządzenia Przystępującego dostarczona do testów Zamawiającego posiadała przewód interfejsu komunikacyjnego RS485 zakończony złączami RJ12, zaś w celu wykonania weryfikacji pkt 1.26 Załącznika nr 10 do SIWZ jedno złącze RJ12 zostało odcięte i przewód został podłączony do interfejsu komunikacyjnego RS485 urządzenia opartego na złączu śrubowym spełniającym wymaganie pkt 1.24 Załącznika nr 10 do SIWZ. W tym zakresie podkreślił, że chybiony jest zarzut nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Co do czwartej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający wskazał, że celem wykonania testów jest jednoznaczne ustalenie, czy urządzenie spełnia wymaganą funkcjonalność, czy też nie, dlatego też Zamawiający po zdjęciu zasilania urządzenia oraz po stwierdzeniu wygaszenia wszystkich diod kontrolnych zlokalizowanych na panelu sygnalizacyjnym urządzenia uznał, że urządzenie nie jest w stanie podtrzymania zasilania w wymaganym czasie 2 minut (nie włączyło się bowiem przestało sygnalizować za pomocą dostępnych wskaźników stan swojej poprawnej pracy). Powoływanie się przez Odwołującego na nieudokumentowany element optyczny wewnątrz urządzenia, prześwitujący przez szczeliny obudowy, którym Zamawiający miałby się kierować w trakcie testów, nie spełnia zdaniem Zamawiającego warunku poprawnego działania urządzenia. Zamawiający podkreślił, że nie wnosi uwag do treści sms, którą można zdefiniować, ale problemem jest fakt, że istnieje brak jednoznacznej korelacji pomiędzy zdarzeniem, a wysłaną wiadomością tekstową sms. Podkreślił przy tym, że testy związane z pomiarem czasu czuwania urządzenia po zaniku zasilania oraz poprawnej identyfikacji zaniku napięć fazowych były wykonywane przez Zamawiającego trzykrotnie po to, aby uniknąć

przypadkowości swojej oceny zakończonej wnioskiem, że urządzenie nie spełnia przywołanego wymogu SIWZ. Podniósł, że wymagana funkcjonalność czuwania nie została opisana w żadnym punkcie dokumentacji, na co także nie wskazuje Odwołujący w treści odwołania. Podkreślił, że minimalny czas czuwania urządzenia po zaniku wszystkich napięć fazowych to 2 minuty, co z kolei oznacza dla Zamawiającego utrzymanie urządzenia w stanie natychmiastowej gotowości do pracy i skuteczne zasygnalizowanie tego stanu Zamawiającemu, zaś w przewodniku po dokumentacji Odwołujący twierdzi bezpodstawnie, że przywołane wymaganie jest opisane w rozdziale 3.2.7 i w całym dokumencie nie ma ani jednego słowa na temat trybu czuwania i sposobu jego obserwowania. W trybie czuwania opisanym w odwołaniu nie jest sygnalizowana ani siła sygnału, ani żadne inne informacje wyświetlane przez diody LED, które świadczyć mogły o tym, iż urządzenie rzeczywiście działa w trybie czuwania, w związku z czym twierdzenia Odwołującego są bezzasadne zwłaszcza, że w opisie diod LED przedstawionym przez Odwołującego nie ma jakiegokolwiek wzmianki o tym, że gasną one po przejściu w stan czuwania. Wskazał, że podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego była również niepoprawną identyfikacją za pomocą komunikatu SMS brakujących faz. Zamawiający podkreślił też, że nie wnosi uwag do samej treści SMS, którą można zdefiniować, a problemem jest to, że istnieje brak powiązania pomiędzy zaistniałymi zdarzeniami a wysłaną wiadomością tekstową SMS.

Co do piątej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający wskazał, że udzielił odpowiedzi na zapytania do SIWZ, gdzie wielokrotnie podkreślał, że urządzenie musi posiadać detektor obecności zaniku napięć zasilających w przypadku

wystąpienia zdarzenia zaniku jakiegokolwiek napięcia fazowego lub zaniku wszystkich napięć fazowych. Detektor zgodnie z realizowaną funkcjonalnością musi stwierdzać rodzaj awarii zasilania i wysoce niewystarczająca jest sama informacja co do tego czy zasilanie jako takie jest czy go nie ma. Wskazał, że dostarczone wraz z ofertą urządzenie (próbka) miało potwierdzać to, co zadeklarował Odwołujący w swojej ofercie w zakresie wymaganych parametrów technicznych, tylko badając urządzenie Zamawiający mógł potwierdzić, czy przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania techniczne zawarte w załączniku nr 10 do SIWZ. Skoro badanie próbki nie potwierdziło deklaracji Odwołującego i odbiegało technicznie od opisanych w SIWZ wymagań, to Zamawiający musiał odrzucić ofertę. Wskazał, że próbka Odwołującego uległa uszkodzeniu (uszkodzenie zasilacza) właśnie dlatego, że jego konstrukcja nie spełniała wymagań Zamawiającego, choć Odwołujący deklarował, że je spełnia i w tym zakresie deklaracja Odwołującego była nieprawdziwa. Zamawiający podniósł, że Odwołujący w sposób nieuprawniony zarzuca Zamawiającemu, że nie skonfigurował w odpowiedni sposób urządzenia, a wnioski takie wysnuwa z oględzin filmu nakręconego przez Zamawiającego w trakcie badania urządzenia. Nie wiadomo

20

zdaniem Zamawiającego na jakiej podstawie Odwołujący stwierdził, że urządzenie zostało skonfigurowane w nieprawidłowy sposób, skoro na filmie kamera skierowana jest z małymi wyjątkami na samo urządzenie i nie jest widoczne, jakie czynności prowadzone są na laptopie podpiętym do urządzenia.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśniania przebiegu badania próbki urządzenia, Zamawiający podkreślił, że po jego stronie nie istniały wątpliwości, zaistniały zaś podstawy do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia próbki. Wskazał, że Odwołujący udzielając odpowiedzi na wskazane wezwanie Zamawiającego nie widział potrzeby dokonywania wyjaśnień. Nieuprawnione jest zdaniem Zamawiającego oczekiwanie Odwołującego, aby procedurę wyjaśnień można było przeprowadzić poprzez uczestnictwo przedstawicieli Odwołującego w trakcie badania próbki, gdyż takiej możliwości nie przewiduje art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Podniósł, że to Zamawiający dokonuje badania za pomocą swoich przedstawicieli posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie i tym samym chybiony jest w jego ocenie wniosek o powtórzenie czynności oceny próbki.

Co do zarzutu nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu Zamawiający podtrzymał swoją wcześniejszą argumentację.

Co do zarzutu naruszenia zasady jawności Zamawiający wskazał, że udostępnił Odwołującemu protokół postępowania oraz prowadzoną z wykonawcami korespondencję, a także film z badania urządzenia Odwołującego. Podniósł, że wskazany film z badania urządzenia nie stanowi załącznika do protokołu z postępowania, gdyż Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie deklarował zamiaru włączenia go do dokumentacji, a jego sporządzenie było efektem decyzji Zamawiającego podjętej w oderwaniu od wymogów wynikających z ustawy Pzp, gdyż film został sporządzony na własne potrzeby Zamawiającego i tym samym nie był on zobowiązany do jego udostępnienia, a umożliwienie przedstawicielowi Odwołującego zapoznanie się z jego fragmentem traktować należy jako dobrą wolę Zamawiającego, nie zaś wywiązywanie się z obowiązków ustawy Pzp.

W toku rozprawy przez Izbą Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania. Dodatkowo co do wymogu z pkt 1.5 Załącznika nr 10 do SIWZ wskazał, że zapis SIWZ odnośnie funkcjonalności zasilania z zasilacza wewnętrznego 3x230/400V w energetyce jest określeniem jednoznacznym i oznacza zasilanie z napięciem fazowym i międzyfazowym, czyli zarówno z przewodem zerowym, jak i bez jego użycia, a na tę okoliczność przedłożył dowód w postaci opinii dr hab. inż. Andrzeja Bień z 29 września 2015 r. Dodatkowo wskazał też, że zamawiane w niniejszym postępowaniu routery nie mogą pracować bez liczników statycznych, natomiast badanie liczników

21

statycznych wskazuje również na konieczność spełnienia wymogu zasilania bez, jak i z użyciem przewodu zero i na tę okoliczność przedłożył do akt sprawy protokół sprawdzenia z licznika z dnia 21 września 2015 r. Także na okoliczność wykazania, iż urządzenie

Odwołującego zostało przez Zamawiającego skonfigurowane do przeprowadzonych testów przedłożył zrzut z ekranu, wskazując na to, że urządzenie było podłączone do sieci i wykazuje inne w tym zakresie dane.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy oraz dowody złożone przez Odwołującego i Zamawiającego na rozprawie, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wypełnił wszystkie wymogi formalne związane ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym wskazany wykonawca uzyskał status uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, bowiem zakwestionował przede wszystkim czynność odrzucenia jego oferty. Gdyby nie ta czynność Zamawiającego, za ofertę najkorzystniejszą uznana byłaby oferta Odwołującego. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się więc możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

22

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 28 maja 2015 r., zamieszczając jego treść na tablicy ogłoszeń w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej oraz publikując w tej samej dacie ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE.

Zamawiający w pkt 2.1.1 SIWZ wskazał, że przedmiotem zamówienia objęta jest dostawa urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard LTE, realizujących transmisję danych z układów pomiarowych stacji bilansujących SN/nN w ilości 900 sztuk na potrzeby Zamawiającego. W pkt 2.1.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ. W załączniku tym Zamawiający określił szczegółowe wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

W pkt 3.3. Zamawiający określił wymagania oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Wskazał tam przede wszystkim na konieczność załączenia przez wykonawców do oferty jednego egzemplarza (próbki) oferowanego urządzenia transmisji danych pomiarowych zgodnego z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 10 do SIWZ wraz z oświadczeniem wykonawcy o spełnianiu stawianych wymagań. Wskazał, że dostarczona próbka zostanie poddana badaniom technicznym przez Zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności parametrów z wymaganymi określonymi w Załączniku nr 10 do SIWZ. Wyjaśnił też, że próbki urządzenia zostaną zwrócone niezwłocznie po zawarciu umowy wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, a próbka dostarczona przez wykonawcę wybranego w postępowaniu będzie stanowiła wzorzec dla urządzeń dostarczanych przez tego wykonawcę w ramach realizacji

umowy. Zamawiający zastrzegł również, że nie ponosi odpowiedzialności za ewentualne uszkodzenia próbek urządzeń powstałe w trakcie badania, chyba że uszkodzenia te są wynikiem umyślnego działania lub rażącego niedbalstwa po stronie Zamawiającego (pkt 3.3.1.1. SIWZ). Dodatkowo Zamawiający wskazał na konieczność złożenia przez wykonawców dodatkowych dokumentów przedmiotowych, w tym m.in.: instrukcji obsługi oferowanego urządzenia transmisji danych pomiarowych w języku polskim (pkt 3.3.1.3 SIWZ).

23

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 3 sierpnia 2015 r., do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

- 1) Odwołującego z ceną: 10 416 870 zł,
- 2) Przystępującego z ceną: 11 047 860 zł,
- 3) DGT Sp. z o.o. z ceną: 13 173 300 zł.

Pierwsza ocena próbek dostarczonych przez wykonawców wraz z ich ofertami została przeprowadzona przez Zamawiającego:

- w dniu 7 sierpnia 2015 r. - próbki Odwołującego, -
- w dniu 10 sierpnia 2015 r. - próbki Przystępującego, -
- w dniu 11 sierpnia 2015 r. - próbki DGT Sp. z o.o. -

Zamawiający pismami z dnia 13 sierpnia 2015 r. wezwał dwóch wykonawców – Odwołującego oraz wykonawcę DGT Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia próbki oferowanego urządzenia transmisji danych pomiarowych zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 10 do SIWZ.

Odwołujący, uzupełniając próbkę przy piśmie z dnia 19 sierpnia 2015 r., przedłożył Zamawiającemu również oświadczenie, w którym wskazał, że na podstawie oględzin i badań porównywalnych i przeprowadzonych w jego laboratorium na innym egzemplarzu urządzenia stwierdza, że urządzenie przekazane Zamawiającemu przestało działać z powodu zadziałania elementów zabezpieczających przed podłączeniem zbyt wysokiego napięcia do gniazda zasilania (L1, L2, L3, N). Ich zadziałanie polega – jak wskazał – na trwałym zniszczeniu elementu zabezpieczającego w sposób, który chroni przed przedostaniem się napięcia do wnętrza układu urządzenia. Podkreślił też, że sytuacją, która mogła prowadzić do zdiagnozowanej usterki jest zamiana podczas podłączania któregoś z przewodów fazowych (L1 lub L2 lub L3) z przewodem neutralnym (N) co doprowadza do podania napięcia międzyfazowego zamiast fazowego i chcąc zachować inżynierską staranność Odwołujący w swoim laboratorium odtworzył scenariusz i jego zdaniem zachowanie urządzenia i jego stan po wykonaniu eksperymentu potwierdzają jego ustalenia. Odwołujący podkreślił też, że urządzenie zostało uszkodzone poprzez użycie niegodnie z przeznaczeniem oraz zapisami w dostarczonej instrukcji i w związku z tym poprosił o zwrócenie szczególnej uwagi przy ponownym podłączaniu urządzenia i zaproponował wspólne przeprowadzenie testów. W odpowiedzi na powyższe Zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2015 r. podniósł, że zarzuty Odwołującego są bezpodstawne i mylne. Wskazał, że podczas przeprowadzonego badania próbki dochował inżynierskiej staranności ze szczególnym naciskiem na czynności związane z podłączeniem urządzenia. Wskazał też,

24

że nie widzi możliwości przeprowadzenia testów dostarczonego urządzenia transmisji danych pomiarowych wspólnie z Odwołującym

Ponowna ocena próbek uzupełnionych przez wykonawców została przeprowadzona przez Zamawiającego:

- w dniu 26 sierpnia 2015 r. - próbki Odwołującego, -
- w dniu 26 sierpnia 2015 r. - próbki DGT Sp. z o.o., -
- w dniu 27 sierpnia 2015 r. - próbki Przystępującego. -

Z obydwu badań próbek zostały sporządzone przez przeprowadzonych Zamawiającego protokoły badania technicznego urządzeń transmisji danych pomiarowych.

Zamawiający w dniu 9 września 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z treścią SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano pięć podstaw:

- 1) Zamawiający w pkt 1.5 Załącznika nr do SIWZ sformułował wymóg, zgodnie z którym „Zasilanie urządzenia musi być realizowane z trójfazowego zasilacza wewnętrznego 3x230/400V.” Złożone wraz z ofertą urządzenie przy zasilaniu międzyfazowym (bez przewodu neutralnego) przestało pracować poprawnie na co jednoznacznie wskazywała sygnalizacja diodowa (brak świecenia diod sygnalizujących poprawną pracę). Dodatkowo z urządzenia została przesłana wiadomość tekstowa SMS o zaniku wszystkich faz pomimo ich obecności.
- 2) W dzienniku zdarzeń złożonego wraz z ofertą urządzenia brak zarejestrowanych zdarzeń związanych z parametryzacją urządzenia, synchronizacją czasu urządzenia, jak również połączeń z zewnętrznymi serwerami (np. NTP), pomimo ich wcześniejszego wystąpienia.
- 3) W złożonym wraz z ofertą urządzeniu brak możliwości wyboru autotesty dla trybu przesyłania danych, możliwy jest wyłącznie manualny wybór jednego z dwóch trybów komunikacyjnych.
- 4) Złożone wraz z ofertą urządzenie podczas zaniku napięć fazowych dokonuje niepoprawnej identyfikacji brakujących faz wysyłając wiadomości sms o błędnej treści (np. przy braku fazy L1 i L2 - komunikat sms: „brak jednej fazy”) lub nie wysyłając ich wcale. Dodatkowo czas czuwania urządzenia po zaniku wszystkich napięć fazowych podczas kilku przeprowadzonych prób nie przekroczył 54 sekund.
- 5) Dostarczone wraz z ofertą urządzenie dokonuje nieprawidłowej detekcji obecności/zaniku napięć zasilających. Szczegóły opisano w pkt 4) .

Odwołujący pismami z dnia 11 i 14 września 2015 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego waz

25

z załącznikami, wskazując także na wniosek o udostępnienie filmów zawierających przebieg badania próbek oraz filmu z odczytów uszkodzonego urządzenia inQL-Tau.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jego oferty z pkt 1.5 Załącznika nr 10 do SIWZ, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący opiera swój zarzut na wykazaniu, że to, iż dostarczone Zamawiającemu urządzenie nie działało poprawnie przy odłączeniu przewodu neutralnego nie znajduje oparcia w wymogach SIWZ, gdyż te nie przewidywały wymagania działania urządzenia bez podłączenia przewodu neutralnego. Na takiej argumentacji opiera się również opinia przedłożona przez Odwołującego jako dowód w sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe - w ocenie Izby – zgodnie z zapisem zawartym w pkt 1.5 Załącznika nr 10 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby zasilanie urządzenia było realizowane z zasilacza wewnętrznego, którego parametry Zamawiający ściśle określił. Wymagał on zasilacza 3x230/400V. Powyższy zapis oznacza, że wewnętrzny zasilacz ma pozwalać na pracę przy zasilaniu zarówno napięciem fazowym 230V, jak i napięciem międzyfazowym – 400V, obydwa konfiguracje zatem były w SIWZ przewidziane i urządzenie powinno przy obydwu konfiguracjach działać sprawnie. Odwołujący nie zaprzecza i nie przedstawia żadnych argumentów ani dowodów na okoliczność wykazania, że jego urządzenia ma możliwość działania przy napięciu międzyfazowym - 400V, a więc bez obecności przewodu zero. Skoro argumentacja Odwołującego co do wskazanego zarzutu opiera się wyłącznie na negowaniu wymogu SIWZ, zdaniem Izby, zasadnym było stanowisko Zamawiającego, który ze wskazanej przyczyny odrzucił ofertę Odwołującego jako sprzeczną z treścią SIWZ.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jego oferty z pkt 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący wskazując rzekome wypełnienie przywołanego wymogu SIWZ wskazuje na konieczność podjęcia przez Zamawiającego w trakcie oceny dostarczonej przez niego próbki dodatkowych czynności związanych z konfiguracją urządzenia, konieczności korzystania z urządzenia konsoli administracyjnej, która ma zapewnić realizację funkcjonalności niestandardowych, czy też w ogóle kwestionuje celowość wymogu rejestracji w dzienniku zdarzeń związanych z synchronizacją czasu urządzenia. W ocenie Izby wymóg

konkretnych zdarzeń. Powyższe powinno być możliwe i weryfikowane – biorąc pod uwagę zapisy SIWZ – przy badaniu próbki urządzenia dostarczonej przez wykonawców wraz z ofertą. Nieuprawnione jest, zdaniem Izby, stanowisko Odwołującego o konieczności podjęcia dodatkowych czynności, które ewentualnie umożliwiłyby realizację wymaganych funkcjonalności, które w ocenie Odwołującego, nie są standardowe. Przywołane wymogi SIWZ były jawne i dostępne dla wszystkich wykonawców w momencie składania ofert. Kwestionowanie aktualnie potrzeby i celu uzewnętrzniania w dzienniku określonych, a wymaganych przez Zamawiającego zdarzeń, czy też wykazywanie alternatywnych sposobów wykazania spełniania przywołanych wymogów SIWZ, jest - zdaniem Izby - nieuprawnione. Odnosząc się do stanowiska prezentowanego w opinii złożonej przez Odwołującego jako dowód w sprawie o niejasności zapisów SIWZ co do wymogu połączeń z zewnętrznymi serwerami (np. NTP) stwierdzić należy, że w przypadku protokołu NTP - jak wskazał Zamawiający – połączenie odbywa się na poziomie warstwy aplikacji w trybie wymiany pakietów i takie połączenie powinno być – zgodnie z wymogiem pkt 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ – rejestrowane w dzienniku zdarzeń. Nie można w tym zakresie – zdaniem Izby – mówić o nieprecyzyjnych i wewnętrznie sprzecznych wymogach SIWZ, a ich kwestionowanie na obecnym etapie postępowania jest nieuzasadnione.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jego oferty z pkt 1.51 Załącznika nr 10 do SIWZ, Izba uznała, że zarzut potwierdził się, ale z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie z tego tytułu nie podlegało uwzględnieniu z racji potwierdzenia się innych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba uznała, że podstawą uwzględnienia tego zarzutu odwołania jest niewyartykułowany w SIWZ wymóg i oczekiwanie Zamawiającego wyboru autotesty dla trybu przesyłania danych. Tymczasem literalny zapis wskazanego wymogu w SIWZ odnosił się do ustawienia ramki danych (7E1 lub 8N1) według wymogów protokołu komunikacyjnego licznika energii elektrycznej. Nawet najbardziej celowe i niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania procesów u Zamawiającego oczekiwania, które nie zostały wyrażone w SIWZ, nie mogą prowadzić do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Wskazana w SIWZ funkcjonalność jest realizowana - jak zresztą wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - przy takiej samej konfiguracji trybów komunikacyjnych we wszystkich elementach łańcucha. Skoro wymóg SIWZ odnosił się do automatycznego dostosowania ramki danych, to powyższe wykazuje spełnienie tego wymogu przez próbkę złożoną przez Odwołującego jak to zresztą było wykazywane także przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jego oferty z pkt 1.54 Załącznika nr 10 do SIWZ, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący opiera swój zarzut na wykazaniu, że wymóg SIWZ nie precyzował, że urządzenie ma wysyłać określonej treści informacje testowe SMS oraz, że wymóg dotyczący czasu czuwania odnosił się do działania samego urządzenia i wypełnienia przez to urządzenie wskazanej funkcjonalności, a nie do konieczności sygnalizowania powyższego w określony sposób przez urządzenie. Podobne też stanowisko zostało zaprezentowane w opinii przedłożonej przez Odwołującego jako dowód w sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Co do wymogu wysyłania wiadomości tekstowych SMS: według SIWZ urządzenie musiało posiadać taką funkcjonalność i ją realizować niezwłocznie po wystąpieniu określonego zdarzenia. Zamawiający wyraźnie określił też wskazane zdarzenia: zanik jakiegokolwiek napięcia fazowego, jakichkolwiek dwóch napięć fazowych lub zanik wszystkich napięć fazowych. Każde więc, wyspecyfikowane przez Zamawiającego w SIWZ, zdarzenie powinno być rejestrowane i informacja o nim powinna być wysyłana wiadomością tekstową SMS. Przeprowadzone przez Zamawiającego badanie próbki

Odwołującego w oparciu o protokół tych badań wskazuje, że przykładowo przy braku fazy L1 i L2 pojawił się tylko komunikat o braku jednej fazy, czy też przy braku np. fazy L2 brak było w ogóle wiadomości tekstowej SMS. Powyższe - zdaniem Izby - wyraźnie wskazuje, że określona w SIWZ funkcjonalność nie była realizowana przez urządzenie zaoferowane przez Odwołującego. Odwołujący zresztą nie kwestionował tak naprawdę przywołanych w protokole z badania technicznego jego próbki wskazanych ustaleń. Negował on tylko konieczność wysyłania określonej treści wiadomości testowej SMS, wskazując, że wystarczająca dla wypełnienia wskazanego wymogu SIWZ byłaby jakakolwiek informacja SMS. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Zamawiający dokładnie wyspecyfikował zdarzenia, które powinny być sygnalizowane wiadomością tekstową SMS, tak więc wystąpienie takiego zdarzenia powinno być po pierwsze sygnalizowane wiadomością SMS, a po drugie, aby owa funkcjonalność mogła być wypełniona, wiadomość tekstowa – jej treść - powinna odzwierciedlać konkretne zdarzenie, które sygnalizuje.

Co do kwestii minimalnego czasu czuwania urządzenia po zaniku wszystkich napięć fazowych na poziomie 2 minut - w ocenie Izby - nie można uznać za zasadne stanowiska Odwołującego, który wskazuje, że przywołany wymóg był wypełniony, a Zamawiający powyższe mógł zweryfikować poprzez prześwitujące z obudowy urządzenia wewnętrzne sygnalizacje świetlne. Czas czuwania urządzenia powinien móc być zweryfikowany przy

normalnym użytkowaniu urządzenia, skoro taki wymóg pojawił się w Załączniku nr 10 do SIWZ. Wszystkie wymogi tam określone przez Zamawiającego, zgodnie z zapisami SIWZ, miały być weryfikowane w oparciu o badanie próbki. Zamawiający nie może domyślać się, czy określona funkcjonalność jest realizowana, czy nie. Powyższe powinno być w oczywisty sposób możliwe do empirycznego stwierdzenia na podstawie badania próbki urządzenia. Zamawiający wskazywał ponadto w toku rozprawy, że urządzenie Odwołującego po zaniku wszystkich napięć fazowych na nowo uruchamiało się i logowało, co wskazuje dodatkowo, że nie realizowało ono wskazanej funkcjonalności. Argumentacja Odwołującego, że pojęcie czuwania urządzenia nie zostało w żaden sposób zdefiniowane przez Zamawiającego także - zdaniem Izby - nie zasługuje na uwzględnienie. Stan czuwania jakiegokolwiek urządzenia elektrycznego jest pojęciem aktualnie stosowanym w powszechnym użyciu i oznacza, że bez zbędnych czynności związanych z podstawowym uruchomieniem urządzenia jest możliwe normalne używanie określonego urządzenia. Najczęściej stan czuwania określonych urządzeń sygnalizowany jest w praktyce poprzez określone świetlne sygnalizatory (diody) umieszczone w widocznym miejscu urządzenia. Takiej sygnalizacji urządzenie Odwołującego nie posiadało, co nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz Przystępującym. Odwołujący wskazywał tylko na możliwość ustalenia powyższego poprzez prześwitujące z obudowy zewnętrznej w tyle urządzenia (wejście do złącz) wewnętrzne sygnalizatory świetlne urządzenia wskazujące na jego działanie. Taki nieprofesjonalny sposób wykazywania przywołanej funkcjonalności nie może świadczyć o wypełnieniu wymogu SIWZ. Odwołujący *de facto* oczekuje od Zamawiającego, że ten będzie dokonywał rozmontowywania urządzenia po to tylko, żeby ustalić, że jego poszczególne wewnętrzne elementy składowe funkcjonują, podczas gdy w normalnym użytkowaniu urządzenia prześwitujące elementy obudowy nie są widoczne (obudowa szczelnie zabezpieczająca wejście do złącz). Tym samym - zdaniem Izby - przeprowadzane badanie próbki Odwołującego nie wykazało spełniania przywołanej funkcjonalności, a argumenty, którymi posługuje się w tym zakresie Odwołujący, także nie potwierdzają wypełniania wskazanej funkcjonalności przez oferowane urządzenie.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jego oferty z pkt 1.57 Załącznika nr 10 do SIWZ, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Przywołana przez Zamawiającego w tym punkcie niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ jest konsekwencją niespełnienia wymagania określonego powyżej w pkt 1.54 Załącznika nr 10 do SIWZ. Zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenie miało wewnętrzny detektor obecności i zaniku napięć zasilających. Powyższe

miał być weryfikowane w oparciu próbkę dostarczoną przez wykonawcę. Skoro badanie funkcjonalności z pkt 1.54 Załącznika nr 10 SIWZ wykazało, że odłączanie poszczególnych faz nie było w ogóle sygnalizowane, albo było błędnie identyfikowane przez urządzenie, powyższe w konsekwencji świadczy, że urządzenie takiego detektora nie posiadało. Podkreślić jeszcze raz należy, że wskazany wymóg miał być poddany badaniu w oparciu o próbkę urządzenia i to badanie powinno potwierdzić spełnienie wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności. Skoro ta funkcjonalność nie została potwierdzona, a Odwołujący także nie wykazuje w tym zakresie żadnych argumentów czy dowodów na realizację funkcjonalności z pkt 1.57, a wręcz badanie funkcjonalności z pkt 1.54 potwierdza, że wymóg opisany w pkt 1.57 nie jest realizowany, sprzeczność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ jest bezsporna.

Odnosząc się generalnie do dowodu z opinii przełożonego przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania wymagań technicznych określonych w SIWZ co do oferowanego przez niego urządzenia, stwierdzić należało, że opinia ta ma charakter dokumentu prywatnego, podobnie zresztą jak opinia przedłożona przez Zamawiającego, i jako taka może jedynie potwierdzać, że osoby sporządzające wskazaną opinię miały określne zdanie i pogląd na konkretne kwestie, poruszane w opinii. Badanie próbki, na które wskazuje się w przywołanej opinii, nie może też mieć wiążącego charakteru dla Zamawiającego, bowiem Zamawiający w SIWZ nie przewidział innej możliwości badania próbki niż badanie przeprowadzone przez Zamawiającego i u Zamawiającego. Nie wiemy zatem w jakich warunkach i jaka próbka została poddana badaniu przez osoby opiniujące, nie ma też pewności, że była to próbka w wersji, która została przekazana do badania Zamawiającemu. Z tych też względów Izba odnosiła się tylko do argumentacji prezentowanej we wskazanej opinii.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do wyjaśnienia przebiegu badania próbki urządzenia, poprzez wyjaśnienia (korespondencję z Odwołującym), bądź uczestnictwo przedstawicieli Odwołującego w badaniu próbki, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Podkreślić należy, że przepisy ustawy Pzp nie precyzują w żaden sposób zasad oceny próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako dokumentu przedmiotowego. Niewątpliwie bowiem w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego próbka - zgodnie z zapisami SIWZ - miała charakter dokumentu przedmiotowego, który miał potwierdzać spełnienie wszystkich wymogów technicznych określonych w Załączniku nr 10 do SIWZ. Z tych też względów ewentualne, szczegółowe

zasady, procedurę czy też – jak to określił Odwołujący - scenariusz badania próbki w postępowaniu może określić Zamawiający w postanowieniach SIWZ. Tego Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie określił. Powyższe jednak mogłoby co najwyżej stanowić podstawę zarzutu dotyczącego postanowień SIWZ. Podnoszenie przez Odwołującego na tym etapie postępowania wskazanych okoliczności jest nieuprawnione. Czynność badania i oceny oferty w postępowaniu - a niewątpliwie weryfikacja w oparciu o dokumenty przedmiotowe wymagań opisanych w SIWZ, co do oferowanego urządzenia stanowi element czynności oceny ofert – dokonywana jest przez Zamawiającego, najczęściej przez komisję przetargową, a nie przez wykonawców. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział w dokumentach z postępowania (ani w treści ogłoszenia o zamówieniu, ani w treści SIWZ) możliwości uczestnictwa w tych czynnościach przedstawicieli wykonawców. Domaganie się zatem na etapie czynności badania i oceny ofert możliwości uczestnictwa w badaniu próbki przedstawicieli wykonawców, w sytuacji gdy taka możliwość nie została przewidziana w SIWZ, jest nieuprawnione.

Co do ewentualnych pisemnych wyjaśnień tego szczególnego „dokumentu” przedmiotowego, jakim jest próbka, to oczywiste jest, że w świetle art. 26 ust. 4 ustawy Pzp takie wyjaśnienia są możliwe. Podkreślić jednak należy, że przywołany przepis daje Zamawiającemu prawo, a nie obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy. W sytuacji gdy Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do przeprowadzonych testów urządzenia, a czynił to - jak wskazał – profesjonalnie, w obecności osób posiadających wiedzę techniczną, właściwą dla weryfikacji działania tego rodzaju urządzeń, które związane są

z działalnością Zamawiającego i będą u niego zamontowane, Zamawiający nie miał też podstaw do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Podkreślenia wymaga okoliczność, że czynność badania próbek, w tym próbki Odwołującego, została odpowiednio udokumentowana i opisana przez Zamawiającego (sporządzono pisemne protokoły badania technicznego próbkę, stanowiące załącznik do protokołu postępowania). W oparciu o takie pisemne protokoły badania technicznego urządzeń wszystkich wykonawców i zawarte tam treści każdy z wykonawców mógł dokonać weryfikacji ewentualnych nieprawidłowości w działaniu określonych urządzeń

Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, tj. Odwołującego i Przystępującego, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Podstawą tego zarzutu są określone informacje Odwołującego co do rzekomych niezgodności treści oferty Przystępującego z wymogami SIWZ. Odwołujący wskazuje tutaj przede wszystkim na załączenie do oferty Przystępującego przewodu interfejsu niezgodnego z wymogami SIWZ w zakresie końcówki tego przewodu. Podkreślić należy, że formalnie

31

w odwołaniu zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie został podniesiony (zresztą Odwołujący nie miałby interesu w podnoszeniu takiego zarzutu), a wskazane okoliczności podnoszone są jedynie w kontekście zarzutu nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu. W ocenie Izby nie można mówić o nierównym traktowaniu wykonawców, w sytuacji gdy wobec Odwołującego wykazane są innego rodzaju niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niż wskazuje to Odwołujący w odniesieniu do oferty Przystępującego. Izba z racji braku podnoszenia formalnie zarzut niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie dokonywała oceny tej, zarzucanej Przystępującemu niezgodności. Jednakże nie stwierdziła, aby z analogicznych przyczyn oferta Odwołującego była inaczej (gorzej) potraktowana przez Zamawiającego, niż oferta Przystępującego i z tych też względów nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Co do okoliczności nierównego traktowania wskazanych wykonawców w postępowaniu z uwagi na bardziej szczegółowe badanie próbki Odwołującego w stosunku do oferty Przystępującego, Izba nie stwierdziła wskazanych okoliczności, a zatem również ten zarzut nie potwierdził się. Podstawą tego zarzutu Odwołującego są protokoły badań próbek. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wielokrotnie badał próbkę Odwołującego, przeprowadzając kolejne próby weryfikacji funkcjonalności z Załącznika nr 10 do SIWZ – „do skutku”, w przypadku zaś Przystępującego protokół badań odzwierciedla tylko informację o spełnianiu wymogów SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdził, że badanie próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może polegać na kilkukrotnych próbach weryfikacji spełniania określonych funkcjonalności przez próbkę, skoro urządzenie stanowiące próbkę w normalnym użytkowaniu nie będzie jednokrotnego użycia. Zamawiający oświadczył, że podobne, kilkukrotne próby działania urządzeń przeprowadzał wobec pozostałych próbek innych wykonawców, w tym Przystępującego. Odwołujący w tym zakresie nie wykazał – a to na nim spoczywa ciężar dowodowy - że było inaczej. Natomiast okoliczność, iż w protokole z badania próbki Odwołującego jest wyłącznie informacja o spełnianiu wymogów, zaś w przypadku Odwołującego wskazuje się na kilkakrotne sprawdzanie funkcjonalności, nie świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, bowiem w przypadku Odwołującego mamy do czynienia z brakiem działania określonej funkcjonalności potwierdzonej przy każdym badaniu. Także w przypadku wielu sprawdzanych funkcjonalności dotyczących próbki Odwołującego Zamawiający w protokole odnotowywał wyłącznie spełniania wymogów SIWZ. Jedynie w przypadku niespełniania jakiegoś wymogu, nie tylko w przypadku próbki Odwołującego, Zamawiający odnotowywał szczegółowo takie badanie, co wydaje się zasadnym i celowym. Z powyższego nie można

32

jednak w żadnej mierze wywodzić, że doszło do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Co do zarzutu naruszenia zasady jawności postępowania poprzez nieudostępnienie

Odwołującemu na jego wniosek filmów dotyczących badania próbek pozostałych wykonawców, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Stwierdzić należy, że zakres załączników do protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Mogą w ten zakres wchodzić wszystkie dokumenty, które zostały wytworzone przez Zamawiającego w postępowaniu w związku z wykonywanymi w tym postępowaniu czynnościami. Przepisy ustawy Pzp określają konkretne wymogi w tym zakresie dotyczące konieczności udokumentowania określonych czynności (np. wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp itd.). Żaden przepis ustawy Pzp nie wskazuje na wymóg rejestrowania (głosu czy obrazu) prac komisji przetargowej, także w trakcie badania próbek. Oczywiście, gdyby Zamawiający wskazał w zapisach SIWZ, że będzie dokonywał takich czynności (filmowania bądź innej rejestracji badania próbek), powinien liczyć się z tym, że wówczas rejestr takich czynności stanowiłby załącznik do protokołu udostępniany na zasadach określonych w przepisach ustawy Pzp. Takich wymogów Zamawiający w niniejszym postępowaniu jednak nie określił. Natomiast okoliczność, iż Zamawiający w trakcie ponownego badania próbek postanowił na własne potrzeby powyższe czynności zarejestrować, a następnie - działając wyłącznie w interesie Odwołującego - udostępnił mu fragment nagrania dotyczący oceny jego próbki, nie może automatycznie prowadzić do wniosku, że wskazany film stanowi załącznik do protokołu. Zamawiający udostępnił Odwołującemu film z badania jego próbki w związku z odrzuceniem oferty tego wykonawcy, aby dla wyjaśnienia wszelkich wątpliwości Odwołującego ukazać mu problemy z działaniem jego urządzenia, które – niezależnie od fragmentu nagrania - zostały dokładnie opisane w dokumentacji przetargowej (protokołach badania technicznego urządzenia stanowiących załączniki do protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Z powyższego, nakierowanego na interes Odwołującego, działania Zamawiającego Odwołujący nie może czynić użytku przeciwko Zamawiającemu. W ocenie Izby wskazany film, jak też ewentualne inne filmy z badania próbek u Zamawiającego nie mogą stanowić formalnego dokumentu i załącznika do protokołu przede wszystkim z uwagi – jak wskazano – na to, że Zamawiający w tym zakresie nie wskazał, że takie czynności będą przeprowadzane w postępowaniu, a przepisy ustawy Pzp nie wymagają od niego takiego zachowania się. Po drugie także zauważyć należy, że – jak oświadczył Zamawiający – nie dokonywał on zapisu filmowego pierwszej

czynności badania próbek w postępowaniu, tym samym nawet udostępnienie filmów dotyczących drugiej próby badania pozostałych wykonawców nie dawałoby wymiernego obrazu czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Wręcz przeciwnie w takiej sytuacji mogłoby dojść do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, Tym samym wskazany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W świetle powyższego nie miał też znaczenia dla Izby dowód z oświadczenia pracownika Odwołującego, któremu został udostępniony do wglądu film z badania próbki Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz

stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty – wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący: