Sygn. akt: KIO 190/16

WYROK
z dnia 29 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2016 r. przez **Odwołującego – T.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „TE-EL" ELEKTROENERGETYKA-TELEKOMUNIKACYJNA, ul. Tadeusza Kotarbińskiego 4, 41-400 Mysłowice,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków,**

przy udziale wykonawcy – **Landis+Gyr Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 190/16

Uzasadnienie

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę statycznych wielostrefowych 4-kwadrantowych liczników energii elektrycznej klasy dokładności 0.2."

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 9 grudnia 2015 r., pod nr: 2015/S 238-433133.

W dniu 12 lutego 2016 r., Odwołujący – T.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „TE-EL" ELEKTROENERGETYKA-TELEKOMUNIKACYJNA, ul. Tadeusza Kotarbińskiego 4, 41-400 Mysłowice – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 3 lutego 2016 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta jest sprzeczna z siwz, zarzucając Zamawiającemu:

1. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp., poprzez bezprawne i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego;
2. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 art. 87, art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień i uzupełnień dotyczących

oferty Odwołującego;

3. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Landis+Gyr sp. z o.o., mimo iż oferta jest sprzeczna z siwz;

4. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 art. 87, art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień, uzupełnień dokumentów dotyczących oferty Landis+Gyr sp. z o.o.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

2. odrzucenia oferty wykonawców Landis+Gyr sp. z o.o. względnie wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnień,

3. wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że jest jednym z czołowych dostawców sprzętu pomiarowego i telekomunikacyjnego w Polsce, a w wyniku czynności Zamawiającego został pozbawiony prawa i możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym został naruszony jego interes. W wyniku dokonanych przez Zamawiającego czynności interes Odwołującego doznał uszczerbku w postaci utraconych korzyści, w związku z czym nie ulega wątpliwości, że jest on legitymowany do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu Odwołujący odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego powodów odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził, że:

AD 1 podstawy odrzucenia:

W ofercie podano właściwy numer fabryczny, format i składnia tego numeru jest nadawana indywidualnie przez jego wytwórcę i głównie według jego technologii. Numer ten służy jednoznacznej identyfikacji danego egzemplarza urządzenia. Podważanie wiarygodności certyfikatu, którego wystawcą jest firma trzecia, jest nieuprawnione. W certyfikacie są wszelkie dane dające możliwości jednoznacznej identyfikacji wzorcowanego urządzenia. W przypadku wątpliwości, Zamawiający powinien był zastosować procedurę w trybie wyjaśnień lub wezwania do uzupełnienia oferty. Istniała także możliwość weryfikacji świadectwa wzorcowania i licznika, na który został wystawiony certyfikat, bezpośrednio w laboratorium PAFAL S.A.

Nadmienić należy, że niepokojącym Odwołującego zjawiskiem jest dokonywanie ocen technicznych dotyczących prawidłowości certyfikatu przez osobę pana K.W., który zajmuje kierownicze stanowisko w konkurencyjnym względem wystawcy certyfikatu (PAFAL S.A.) laboratorium, należącym do grupy kapitałowej Zamawiającego (Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o.).

AD 2 podstawy odrzucenia:

Licznik odpowiada wymaganiom specyfikacji pkt. 1.10 Załącznika 10 do SIWZ i posiada 4 wejścia do sterowania przełączaniem taryf zewnętrznie poprzez podłączenie napięcia do zacisków 13/15; 14/15; 33/15 i 34/15. Zamawiający nigdzie w SIWZ, włącznie z cytowanymi odpowiedziami, nie wskazuje, że musi istnieć jednoczesna możliwość sterowania przełączaniem zewnętrznym i wewnętrznym w oparciu o RTC (zegar wewnętrzny). Zadane przez nas pytanie dotyczyło udzielenia wyjaśnień o to, jak ma zostać skonfigurowany wzór licznika. Odpowiedź Zamawiającego podkreślała konieczność zmiany tej konfiguracji oprogramowaniem narzędziowym, tym samym nie było istotne, jak ustawiony

zostanie wzór licznika. Ponadto taka możliwość istnieje, licznik przełącza taryfy po podaniu sygnału na zaciski wymienione powyżej. Jednocześnie zegar RTC pracuje i jest wykorzystywany np. do obsługi dziennika zdarzeń, profilu obciążenia, zamykania okresu obrachunkowego. Jest więc zupełnie nieuprawnione twierdzenie, że licznik nie spełnia wymogów pkt. 1.10 załącznika 10 specyfikacji. Rozwiązanie oferowane w LZQJ-XC w niczym nie ustępuje konkurencyjnemu. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości powinien wezwać Oferenta np. do udzielenia pomocy technicznej podczas sprawdzania funkcjonalności licznika.

AD 3 podstawy odrzucenia:

Odwołujący potwierdził, że licznik posiada protokół dlms na wszystkich interfejsach tj.

na interfejsie optycznym oraz na obu interfejsach elektrycznych typu RS485. Sama dostępność tego protokołu komunikacji nie ogranicza funkcjonalnie samego licznika i w sensie protokolarnym istnienie tego sposobu transmisji jest niezależne. Obecność interfejsów szeregowych tj. RS485 nie ogranicza możliwości korzystania z protokołu dlms na interfejsie optycznym. Tym samym spełniony jest zapis z wymagania 1.15 załącznika 10 do SIWZ.

Odnośnie pytań, zadanych zamawiającemu i jego wyjaśnień, istotą rzeczy zadanego pytania było doprecyzowanie o jaką niezależność chodzi. Czy o niezależność i możliwość współistnienia funkcjonalnego samego protokołu na wszystkich dostępnych w liczniku interfejsach, czy może o pełną niezależność protokolarno-czasową i możliwość jednoczesnego wykorzystania wszystkich interfejsów i protokołu dlms na dostępnych interfejsach w liczniku. Zamawiający w swej odpowiedzi nie napisał wyraźnie, że „nie zaakceptuje takiego rozwiązania" lub „zaakceptuje takie rozwiązanie". W swej odpowiedzi Zamawiający powołał się ponownie na niejasny zapis pkt. 1.15 pozostawiając tym samym nieścisłość w tym zakresie i możliwość jego interpretowania w dowolny sposób.

Niemniej warte podkreślenia jest, że Zamawiający musiał dokonać skutecznego potwierdzenia obecności protokołu dlms na dostępnych w liczniku interfejsach w tym na interfejsie „opto", skoro argumentował brak możliwości jednoczesnej pracy na interfejsie szeregowym RS485 podczas odczytu danych przez interfejs optyczny.

AD 4 podstawy odrzucenia:

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zgodnie z opisem w pkt. 3 Zamawiający (cytat) „...stwierdził że licznik nie posiada niezależności w zakresie portu komunikacyjnego RS485 z interfejsem optycznym." Stanowi to dowód na potwierdzenie dostępności danych poprzez port optyczny w protokole dlms. Po drugie, Zamawiający dokonał sprawdzenia dostępności protokołu poprzez oprogramowanie, które nie posiada obsługi tego protokołu komunikacji.

Oprogramowanie narzędziowe Combi-Master służy do odczytu i ustawiania (konfiguracji) licznika, przy czym nie jest aplikacją do transmisji danych w protokole dlms. Taka aplikacja nie była wymagana przez Zamawiającego. Po trzecie Zamawiający posiada wiedzę i doświadczenie w użytkowaniu liczników LZQJ-XC oraz systemy odczytowe, które potwierdzają dostępność protokołu dlms w oferowanym liczniku. Odrzucenie i argumentacja jest więc niezasadna, z uwagi na nierzetelnie przeprowadzone testy dostarczonego wzoru licznika.

AD 5 podstawy odrzucenia:

Opisana przez Zamawiającego sytuacja, spowodowana była błędnie przeprowadzoną procedurą parametryzacji, o czym świadczy brak lektury dołączonego do oferty opracowania o nazwie „Podręcznik testera liczników LZQJ-XC”. Stosowne instrukcje zostały również podane Zamawiającemu w trybie wyjaśnień na pytania udzielone w dniu 21 stycznia 2016r. Prawdopodobnie Zamawiający zastosował w ustawieniach hasła niższego poziomu dostępu do konfiguracji, przez co licznik podczas wysyłania danych część z nich przyjął, a część (ze względu na niższy poziom hasła) została przez licznik odrzucona. Tym samym program zasygnalizował, że część z wysyłanych parametrów (trudno ocenić, ile zmian Zamawiający próbował wysłać do licznika) nie została do licznika wgrana poprzez stosowny komunikat. Komunikat ten zawierał również prośbę o ponowne przesłanie konfiguracji. Jest to na tyle istotne, że podczas wgrywania do licznika danych, istnieje możliwość pojawienia się zakłócenia, które spowodowało błędną transmisję części danych do licznika. W tej chwili trudno jest nam ocenić, gdzie podczas parametryzacji Zamawiający popełnił błąd. Stąd w ramach wyjaśnień, o które pytał Zamawiający, pojawiła się z naszej strony propozycja, dotycząca wezwania do pomocy w obsłudze licznika samego wykonawcy lub bardziej doświadczonego pracownika Tauron Dystrybucja lub Tauron Dystrybucja Pomiary, którzy na co dzień zajmują się programowaniem liczników LZQJ-XC. Zapewne asysta techniczna pozwoliłaby na rzetelną ocenę sposobu działania aplikacji i poprawną jej konfigurację.

Oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z siwz. Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty, nie wyjaśnił w sposób wystarczający wątpliwości, a winien był uzyskać pewność w przedmiocie wskazanych podstaw odrzucenia. Wykonawca wyjaśniał, że był gotowy do dalszych wyjaśnień, wreszcie mógł na prośbę Zamawiającego osobiście okazać wymagane funkcjonalności urządzenia. Zamawiający uniemożliwił jednak powyższe ograniczając się jedynie do wykorzystania drogi formalnej jedynie do osiągnięcia odrzucenia oferty, a nie wyjaśnienia wątpliwości.

Odwołujący podniósł następnie, że po analizie oferty firmy Landis+Gyr Sp. z o.o. zwraca uwagę na fakty, świadczące o jej niezgodności z treścią siwz:

VI. Dozwolony zakres temperatur pracy jednostki komunikacyjnej B4+ (zgodnie z załączonymi do oferty danymi technicznymi na stronie nr 2) zawiera się w przedziale od -20 do +55 ° Jednostka komunikacyjna jest nieodzownym elementem licznika C. typu ZMQ202 - licznik bez jednostki B4+ będzie posiadał tylko jeden interfejs elektryczny do komunikacji, a wymagane są dwa niezależne interfejsy komunikacyjne RS485 (wymóg Załącznika nr 10 do SIWZ, pkt. 1.32). Zgodnie z pkt 1.9 tego załącznika, licznik musi pracować w przedziale temperaturowym co najmniej od -25 do +55 ° W związku z powyższym widać wyraźnie, że jeden z nieodzownych C. elementów licznika, jakim w tym przypadku jest jednostka komunikacyjna, nie spełnia wymagań SIWZ - ma zbyt wąski zakres temperatur pracy.

VII. Dodatkowo należy zauważyć, że także sam licznik ZMQ202 nie spełnia kryterium temperatury pracy. Licznik ten w aktualnie załączonym polskim dokumencie „ZMQ202 - Dane Techniczne" ma wyszczególnione następujące Zakresy temperatur:
-Funkcjonalny (od -25 do +55 ° C),
- Magazynowanie i transport z baterią (od -25 do +55 ° C),
- Magazynowanie i transport bez baterii (od -25 do +70 ° C).
Tymczasem w obowiązującym do niedawna takim samym polskim dokumencie widniał jeszcze zakres temperatur pomiarowy, zgodny z normą IEC 62052-11, w którym przedział temperaturowy był zdecydowanie mniej korzystny, tj. od -10 do +45 ° Co ciekawe, pobrany w dniu dzisiejszym (04 luty 2016) ze strony hiszpańskiego C. oddziału Landis+Gyr dokument z danymi technicznymi dla licznika ZMQ202 zawiera tenże zakres temperatur (pomiarowy), w mniej korzystnym zakresie od -10 do +45 ° C. Pobrane z kilku innych źródeł dane techniczne dla licznika ZMQ202 w wersji angielskiej potwierdzają, że licznik ten ma zakres temperatur pomiarowy, zgodny z normą IEC 62052-11 od -10 do +45 ° - czyli zakres mniejszy, niż wymóg SIWZ. C Wygląda więc na to, że polski odział Landis+Gyr celowo usunął niekorzystny dla siebie parametr, bo w związku z nim nie mógłby wystartować w postępowaniu, gdyż licznik ewidentnie nie spełnia wymagań SIWZ zawartych w pkt. 1.9 Załącznika nr 10 do SIWZ. Licznik bowiem jest urządzeniem pomiarowym i jego główna funkcja to pomiar energii czynnej. W związku z powyższym rozumiemy wymaganie pkt. 1.9 w taki sposób, że to właśnie zakres temperatur pomiarowy powinien być w przedziale od -25 do +55 ° aby licznik mierzył w sposób właściwy energię, co jest jego główną C, funkcją i celem zakupu przez Zamawiającego. Nasze przekonanie potwierdza dodatkowy parametr, który został wpisany w danych technicznych licznika ZMQ załączonych w ofercie. Jest to współczynnik temperaturowy, który posiada zakres

tylko w przedziale od -10 do +45 ° co oznacza, C, że licznik poprawnie mierzy energię tylko w takim zakresie temperaturowym.

VIII. Zgodnie z pkt. 1.11 Załącznika nr 10 do SIWZ licznik musi posiadać minimum 8 programowanych wyjść impulsowych, dla których powinna istnieć możliwość przypisania w liczniku zadanych wielkości pomiarowych. Tymczasem oferowany licznik ZMQ202 posiada tylko 6 wyjść programowalnych - pozostałe 2 wyjścia są zaprogramowane na stale - jako wyjścia impulsowe dla energii czynnej pobór (jedno wyjście) i oddawanie (drugie). W związku z powyższym licznik taki nie spełnia wymogów SIWZ.

IX. Opis podłączenia na schemacie licznika (pod klapką licznika) nie jest wykonany w języku polskim.

X. Deklaracja CE producenta, dołączona do oferty informuje, że oferowany licznik ZMQ w zakresie klasy pomiaru energii biernej spełnia jedynie wymogi dla klasy 2 i 3. Tymczasem pkt. 1.3 Załącznika nr 10 do SIWZ wymaga od oferowanych liczników spełnienia klasy 1 dla pomiaru energii biernej. Zwracamy uwagę, że czym innym jest klasa pomiaru, a czym innym zmierzone podczas badań laboratoryjnych błędy pomiarowe. Nawet jeśli pomierzone dla danego egzemplarza licznika błędy są niewielkie i wynoszą np. 0,02%, nie oznacza to automatycznie, że licznik ma klasę

pomiaru równą 0,2. Istotne jest to, co zadeklarował w dokumencie producent. W związku z powyższym licznik, dla którego producent deklaruje w oficjalnym dokumencie, jakim jest deklaracja zgodności (CE), że zgodność ta została sprawdzona z normami obowiązującymi dla liczników statycznych energii biernej (klasy 2 i 3) nie spełnia wymogów SIWZ, a w szczególności pkt. 1.3 Załącznika nr 10 do SIWZ.

XI. Punkt 1.25 Załącznika nr 10 do SIWZ stanowi, że „Licznik musi posiadać wytrzymałość izolacji minimum 4kV, 50Hz przez 1 minutę".

Tymczasem na stronie 77 oferty firmy Landis+Gyr (dane techniczne licznika ZMQ202) wyraźnie jest napisane, że niektóre z parametrów wytrzymałości izolacji licznika ZMQ202 są istotnie niższe niż wymagane 4kV - wynoszą konkretnie 2kV. W związku z powyższym zaoferowany licznik ZMQ202 nie spełnia wymogów SIWZ w tym konkretnym parametrze.

XII. Dostarczony wraz z ofertą licznik ZMQ202 posiada prąd bazowy 5A. Nie jest możliwe jego sparametryzowanie na prąd 1A bez fizycznej ingerencji w hardware licznika (zdjęcie plomb zabezpieczających, ingerencja w obwody wejściowe prądowe, ponowne wykonanie wzorcowania licznika). W podręczniku użytkownika licznika ZMQ

w punkcie 2.5.2 (Obwody wejściowe) istnieje następujący zapis: „Licznik może zostać zaadaptowany do żądanego zakresu prądowego (1A lub 5A) poprzez wymianę rezystorów obciążeniowych transformatorów prądowych". W świetle tego faktu uważamy, że licznik nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ nie da się zmienić jego prądu bazowego tylko dzięki samej parametryzacji programem serwisowym.

XIII. Na stronie nr 2 oferty (dół strony, Formularz Oferty) firmy Landis+Gyr jest napisane: „...ZMQ202C.8r4af6 z modułem komunikacyjnym B4..."

Zaoferowano więc licznik z modułem B4, a tymczasem wszystkie pozostałe dokumenty, w tym próbki, dotyczą innego modułu - B4+.

Moduły te różnią się pomiędzy sobą technicznie oraz cenowo. Moduł B4 ma mniejszą funkcjonalność niż B4+, a także jest starszy technologicznie (od ok. 10 lat nie jest już oferowany przez firmę Landis+Gyr). Jest możliwe, że w ten sposób firma Landis+Gyr Sp. z o.o. chce wysprzedać stare zapasy magazynowe modułów B4, których w inny sposób nie byłaby w stanie się pozbyć.

Odwołujący na potwierdzenie prawdziwości swoich twierdzeń w zakresie okoliczności skutkujących odrzuceniem powołał się na orzeczenia Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/O-1058/04), komentarz J. Pieróg, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz", C.H. Beck 2004, str. 223, teza 4), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 218/08, orzeczenie KIO z dnia 6 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 151/08, wyrok z dnia 28 listopada 2005 r. SO w Warszawie, sygn. akt V Ca 398/05, wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 września 2005 r. sygn. akt II Ca 29/05, wyrok ZA z 28 stycznia 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-121/05, orzeczenie ZA z 24 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-82/05, wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1429/08, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 133/09.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutu I, Zamawiający wskazał:

Stosownie do punktu 1.1. Załącznika nr 10 do SIWZ, oferowane liczniki:

1) winny spełniać wymagania zawarte w normach PN-EN 62052-11, PN-EN 62053-22 oraz PN-EN 62053-24;
2) winny zostać poddane wzorcowaniu przez uprawnione Laboratorium Akredytowane;
3) do każdego licznika winno zostać dołączone Świadectwo Wzorcowania zawierające wynik pomiarów potwierdzające spełnienie wymagań dotyczących dokładności wskazań.

Bezsporne w sprawie jest to, że przedłożone przez Odwołującego Świadectwo Wzorcowania zostało wystawione dla licznika typu: LZQJ-XC o numerze fabrycznym: 5380144. Z kolei, Odwołujący w postępowaniu przedstawił próbkę licznika typu: LZQJ-XC

P2FB-BB-GPD-D4-080014-F50/Q o numerze fabrycznym 05380144.

Wskazać przy tym należy, że na próbce licznika widnieją oba w/w numery, niemniej za prawidłowy Odwołujący wskazał numery zaczynający się od „0" tj. 05380144. Doprecyzowanie przez Odwołującego numeru próbki licznika nastąpiło w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 19.01.2016 r. - por. pkt. 2 wezwania). Mianowicie, w piśmie tym Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności w numerach fabrycznych licznika umieszczanych w różnych miejscach tabliczki znamionowej oraz zapisanego w pamięci urządzenia w rejestrach: 0.0.0 oraz C.1.0.

W otrzymanej odpowiedzi z dnia 21.012016 Wykonawca stwierdził, że właściwy jest numer 05380144. Z wyjaśnień tych wynika ponadto, że numer 5380144 jest numerem stosowanym przez producenta, dostosowanym do jego technologii produkcji (logistyka, systemy magazynowe, certyfikaty ISO, etc).

Załączone świadectwo badania licznika jest wystawione dla urządzenia o nr 5380144, a wiec różniącym się od przytoczonego powyżej (właściwego zgodnie z odpowiedzią Wykonawcy). Z tego wynika wniosek, że dostarczony jako próbka licznik o nr 05380144 nie posiada świadectwa badania.

Rozbieżności w numerach nie można również oceniać w kategorii błędu, a tym bardziej omyłki podlegającej poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy PZP. W oparciu o wyjaśnienie udzielone przez Odwołującego można stwierdzić, że oznaczenie próbki licznika numerem 05380144 nie jest dotknięte błędem.

Proponowana przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach „(...) możliwość weryfikacji świadectwa wzorcowania i licznika, na który został wystawiony certyfikat, bezpośrednio w laboratorium PAFAL S.A," jest obecnie niemożliwa. W jaki sposób laboratorium PAFAL miałoby zweryfikować treść wystawionego przez siebie świadectwa wzorcowania dla konkretnego egzemplarza licznika w posiadaniu, którego jest obecnie Zamawiający. Konfrontacja taka była możliwa do czasu, gdy laboratorium dysponowało tym licznikiem.

Na marginesie Zamawiający wyjaśnia, że w numerach fabrycznych urządzeń znaki w postaci cyfry „0", umieszczone przed innymi cyframi , nie są nieznaczące, gdyż mają krytyczne znaczenie dla systemów informatycznych, w tym również dla systemów Zamawiającego. Stąd z punktu widzenia identyfikacji licznika numery 05380144 i 5380144 są różnymi numerami fabrycznymi identyfikującymi różne urządzenia, jeden, bowiem składa się

---

z ośmiu znaków a drugi złożony jest ze znaków siedmiu. Zamawiający złożył załącznik *(przyjęcie licznika LZQJ~XC do systemu GAP)* pokazujący przyjęcie na stan magazynowy w systemie Gospodarki Aparatury Pomiarowej dwóch urządzeń.

Również na marginesie Zamawiający wyjaśnia, że Pan K.W., reprezentując akredytowane laboratorium, nie dokonuje oceny technicznej prawidłowości certyfikatu, a jedynie na drodze wzorcowania weryfikuje deklarowaną klasę dokładności licznika z tą rzeczywistą wynikającą z pomiarów.

W odniesieniu do zarzutu II, Zamawiający wskazał:

Zgodnie z pkt. 1.10. Załącznika nr 10 do SIWZ, licznik musi posiadać minimum 3 wejścia pozwalające na sterowanie rejestracją energii.

W udzielonych w dniu 31 grudnia 2015 r. wyjaśnieniach do treści SIWZ, Zamawiający wskazał: *„Zamawiający wymaga realizacji punktu 1.10. Załącznika 10 do SIWZ pod kątem sterowania rejestracją zużycia energii w oparciu o zegar RTC licznika, jak i wymagane wejścia sterowania rejestracją energii".*

Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego są jednoznaczne i nie pozostawiają wątpliwości, iż wymaganie jest spełnione w przypadku jednoczesnego sterowania taryfami za pomocą zegara RTC jak i wejść zewnętrznych. Zaoferowany licznik nie posiada takiej możliwości.

Odpowiedź na zadane pytanie dotyczące konkretnego punktu SIWZ (pkt. 1.10 Załącznika nr 10) nie wyklucza jednoczesnego spełnienia innych wymagań zawartych w pozostałych punktach tego Załącznika tj.: 1.16 „Licznik musi posiadać możliwość zaprogramowania minimum czterech stref czasowych", 1,17 „Licznik musi posiadać możliwość zaprogramowania taryf na minimum 9 lat dla: a) -świąt stałych, b) świąt ruchomych, c) dni specjalnych, d) automatycznej zmiany czasu zima/lato, lato/zima".

W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że złożona przez Odwołującego próbka licznika nie posiada powyższej funkcjonalności. Mianowicie, nie istnieje możliwość

jednoczesnego sterowania rejestracją energii za pomocą zegara RTC i wejść sterujących.

Ponadto Odwołujący w treści odwołania jednoznacznie przyznaje się do braku spełnienia przedmiotowego wymagania pisząc, iż: „(...) licznik przełącza taryfy po podaniu sygnału na zaciski wymienione powyżej. Jednocześnie zegar RTC pracuje i jest wykorzystywany np. do obsługi dziennika zdarzeń, profilu obciążenia, zamykania okresu obrachunkowego". Wynika z tego, że zmiana sposobu przełączania taryfy na wejścia sterownia rejestracją energii, powoduje iż sterowanie taryfami jest niemożliwe z użyciem zegara RTC. Zegar ten w tym trybie jest używany wyłącznie do obsługi dziennika zdarzeń, profilu obciążenia, zamykania okresu obrachunkowego.

Zamawiający przedstawił zrzuty z oprogramowania serwisowego o nawie: EMH-COMBi-MASTER 2000 (Wersja: 02.06.09.014 (EMH)) prezentując brak spełnienia wymagania punktu 1.10 Załącznika nr 10 do SIWZ.

Podsumowując, w świetle wymagań SIWZ i udzielonej odpowiedzi, staje się oczywiste, iż Zamawiający wymagał sterowania rejestracją energii zarówno poprzez wzmiankowane 3 wejścia, jak i poprzez zegar kalendarzowy (i określony program czasowy). Przy czym, jeden ze sposobów nie może wykluczać drugiego. Ma to bardzo duże znaczenie praktyczne. W przypadku oferty Odwołującego (tj. liczników typu LZQJ-XC) spełnienie punktu 1.10 wyklucza spełnienie punktów 1.16 i 1.17. i odwrotnie.

W odniesieniu do zarzutu III, Zamawiający wskazał:

Zgodnie z pkt. 1.15 Załącznika nr 10 do SIWZ: „Licznik musi posiadać możliwość obsługi protokołu komunikacyjnego DLMS niezależnie na wszystkich interfejsach komunikacyjnych". Odnośnie tego zapisu, w toku postępowania jeden z wykonawców sformułował pytanie „Czy Zamawiający zaakceptuje rozwiązanie, które posiada wbudowane interfejsy: optyczny (1); podstawowy RS485 (2) oraz dodatkowy RS485 (3), w którym niezależność (czasowa oraz protokolarna) występuje pomiędzy oboma interfejsami szeregowymi RS485 (2 i 3) oraz interfejsem optycznym i dodatkowym interfejsem elektrycznym (RS485 (1 i 3)?". W odpowiedzi na to pytanie, Zamawiający jednoznacznie potrzymał wymaganie niezależności protokołu komunikacyjnego DLMS na wszystkich interfejsach komunikacyjnych.

Wbrew sugestii Odwołującego, z kontekstu postawionego wyżej pytania jednoznacznie wynika, iż stawiający je wykonawca uznał, że przez „niezależność", o której mowa w pkt. 1.15 Załącznika nr 10 należy rozumieć pełną niezależność protokolarno-czasową i możliwość jednoczesnego wykorzystania wszystkich interfejsów i protokołu komunikacyjnego DLMS na dostępnych interfejsach w liczniku. Pytanie to w istocie zmierzało do zmodyfikowania oczekiwań stawianych w SIWZ, poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego urządzeń o funkcjonalności przedstawionej w pytaniu. Tym samym Odwołujący sam przyznaje, że dostarczona próbka licznika nie posiada wymaganej funkcjonalności.

Zdaniem Zamawiającego treść punktu 1.15. Załącznika 10 do SIWZ nie budzi żadnych wątpliwości, tj., że wymagana jest pełna niezależność pracy wszystkich interfejsów w standardzie DLMS w tym samym czasie. Wymaganie jest całkowicie jasne i przejrzyste, stąd Zamawiający zapis ten w odpowiedzi podtrzymał.

Zamawiający w trakcie przeprowadzenia czynności badania oferty Odwołującego ustalił, że równoczesna komunikacja na komunikacyjnym interfejsie optycznym i pierwszym

komunikacyjnym interfejsie elektrycznym RS485 jest niemożliwa, co potwierdza przedłożony przez Odwołującego dokument pt. „Instrukcja obsługi licznika LZQJ XC" w punkcie 3.4.5.2 na stronie 42.

Zamawiający w dniu 11.01.2016 roku otrzymał od Pana W.B. przedstawiciela na Polskę firmy EMH metering GmbH & Co. KG, (producenta liczników oferowanych przez Odwołującego) maila, który został załączony do odpowiedzi na odwołanie, w którym wprost potwierdził brak spełniania wymagania punktu 1.15 Załącznika nr 10 do SIWZ.
Mając powyższe na uwadze nie podlega wątpliwości fakt, że dostarczona przez Odwołującego wraz z ofertą próbka licznika nie posiada wymaganej funkcjonalności.

W odniesieniu do zarzutu IV, Zamawiający wskazał:

Stosownie do pkt. 1.18 Załącznika nr 10 do SIWZ, „Licznik musi posiadać możliwość

odczytu zarejestrowanych danych w przypadku uszkodzenia wyświetlacza LCD poprzez interfejs optyczny (optozłącze) według protokołu komunikacyjnego DLMS".

Podczas prowadzenia czynności badania i oceny ofert, po wprowadzeniu do licznika ustawień odpowiednich dla protokołu komunikacyjnego DLMS dla interfejsu optycznego, tj. 8N1, prędkość transmisji 9600b/s, Zamawiający otrzymał z oprogramowania o nazwie: EMH-COMBI-MASTER 2000 (Wersja: 02.06.09.014 (EMH)) komunikat o treści: „Komunikacja - timeout", Komunikacja nie została nawiązana w efekcie dane pomiarowe nie zostały odczytane.

Znamienny jest również zarzut Odwołującego, stosownie, do którego, użyte przez Zamawiającego oprogramowanie COMBI-Master nie posiada funkcjonalności umożliwiającej sprawdzenie wspomnianej właściwości licznik. W ocenie Zamawiającego, w kontekście tego oświadczenia, oferta Wykonawcy nie powinna zostać złożona w postępowaniu, albowiem brak zaimplementowanej funkcjonalności w oprogramowaniu serwisowym wskazuje na brak funkcjonalności w dostarczonej przez Odwołującego próbce licznika.

Ponadto, Zamawiający podczas prowadzenia czynności badania i oceny ofert zwrócił się z zapytaniem do Towarzystwa DLMS User Association o potwierdzenie posiadania protokołu komunikacyjnego DLMS na interfejsie optycznym przez licznik typu LZQJ-XC. Z otrzymanej odpowiedzi od Pana G.K. (President of the DLMS User Association) wynika, że interfejs optyczny w dostarczonej przez Odwołującego próbce licznika nie posiada protokołu komunikacyjnego DLMS tylko jego modulacje (Modę E), Komunikacja na interfejsie komunikacyjnym zawsze jest uruchamiana w innym protokole komunikacyjnym o nazwie: IEC, a dopiero potem następuje jego przełączenie. Zamawiający złożył ww. korespondencję mailową. Zamawiający stwierdził końcowo, że dostarczona wraz z ofertą próbka licznika przez Odwołującego nie posiada takiej funkcjonalności.

W odniesieniu do zarzutu V, Zamawiający wskazał:

Stosownie do pkt. 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ, „Licznik musi posiadać możliwość zaprogramowania pomiaru po stronie pierwotnej i wtórnej przekładników pomiarowych". Wbrew zarzutom Odwołującego, weryfikacja tego parametru została dokonana zgodnie z instrukcją licznika i wyjaśnieniami Wykonawcy. Mianowicie, dokonano wprowadzenia wartości przekładni prądowej oraz napięciowej do parametryzacji licznika (okno: „Parametryzacja -> Przekładnie przekładników i ilości cyfr") i wprowadzenia licznika w tryb SET.

Podczas próby wysyłania wprowadzonych parametrów, na ekranie monitora generowany był komunikat: „Wysyłanie konfiguracji do licznika nie powiodło się, należy wysłać konfigurację ponownie!".

Wskazuje to na brak przyjęcia przez licznik zadanej zmiany konfiguracji. Nie wykonując powtórnego wysyłania zmiany konfiguracji, odczytując parametryzację licznika stwierdzono, iż licznik przyjął ustawienia wysłane w nieudanej operacji.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości fakt, że oprogramowanie serwisowe o nazwie: EMH-COMBI-MASTER 2000 (w wersji: 02.06.09.014 (EMH)) wprowadza użytkownika w błąd powodując, iż nie posiada on pełnej kontroli nad zmianą parametryzacji licznika. Tym samym, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ.

W odniesieniu do zarzutów skierowanych wobec oferty Landis+Gyr Sp. z o.o., Zamawiający wskazał, że:

W odniesieniu do zarzutu nr VI:

Podany zakres temperatur dotyczy modułu, jako urządzenia samodzielnego. Natomiast w zestawie z licznikiem, moduł B4 jest chroniony przed wpływami środowiskowymi (wilgotność wpływająca na zakres temperatury, sama temperatura) poprzez zamknięcie w obudowie licznika - nie ma do niego żadnego bezpośredniego dostępu po zamknięciu licznika. Stąd odporność na warunki środowiskowe, w tym temperaturę, jest w takim przypadku taka sam jak dla licznika, o czym mówi instrukcja modułu komunikacyjnego w punkcie 1.2.2 (strona 143 oferty stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa).

Zamawiający podczas badania dostarczonych wraz z ofertą próbek licznika pozyskał tę wiedzę. Powyższe nakazuje przyjąć, iż oferta Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. spełnia wymagania SiWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr VII:

Firma Landis+Gyr Sp. z o.o, produkuje różne wersje liczników dla różnych krajów np. liczniki typu: ZMQ202 produkowany dla Hiszpanii różni się zdecydowanie od liczniki typu: ZMQ202 produkowanego dla Polski. Stąd posługiwanie się dokumentacjami lokalnych oddziałów firmy na całym świecie może prowadzić do błędnych wniosków.

Sama norma 62052-11, określająca warunki środowiskowe, przewiduje badanie dokładności licznika w zakresie temperatur od -10 do +45 stopni, stąd współczynnik temperaturowy błędu licznika określany jest tylko dla tego zakresu i badany tylko dla tego zakresu (gdyż szerszy sposób przebadania licznika nie jest w ogóle unormowany). Z tych względów, w niektórych dokumentach podawano pomiarowy zakres temperatur, dla którego określano współczynniki temperaturowe, aby zapisy pozostawały w zgodzie z normą 62052-11.

Oczywiście nie oznacza to, że licznik może pracować tylko w tym zakresie temperatur lub że tylko w tym zakresie cechuje się wymaganą dokładnością - zgodnie z dokumentem z oferty "ZMG202 - Dane Techniczne" (strona 77 oferty) zakres temperaturowy funkcjonowania, (czyli pracy) licznika wynosi -25 do +55 stopni, co jest zgodne z wymogiem 1.9 SIWZ.

Powyższe nakazuje przyjąć, iż oferta Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. spełnia wymagania SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr VIII:

Na wstępie należy zaznaczyć, że wszystkie wyjścia w urządzeniu Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o,o. są programowalne w zakresie wagi i długości trwania impulsu, więc wymóg o ich programowalności jest spełniony.

Zgodnie z wymaganiem punktu 1.11 Załącznika nr 10 do SIWZ „Licznik musi posiadać minimum 8 programowanych wyjść impulsowych dla których powinna istnieć możliwość przypisania w liczniku zadanych wielkości pomiarowych." Standardowymi zadawanymi wielkościami pomiarowymi są wielkości energii, przy czym energia czynna, jako podstawowa dla rozliczeń jest zadawana zawsze (stąd przypisana do pierwszych dwóch wejść).

Powyższe nakazuje przyjąć, iż oferta Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. spełnia wymagania S!WZ.

W odniesieniu do zarzutu nr IX:

Jest to opis bez jakiegokolwiek znaczenia dla obsługi licznika informujący o wewnętrznym numerze dokumentu opisującego zaciski, a nie opisie podłączenia. Pod obudową licznika z pewnością znajdują się jeszcze inne sława obcojęzyczne. W

dostarczonej przez Odwołującego próbce licznika na jego tabliczce znamionowej również znajduje się nieprzetłumaczony opis, który nie ma znaczenia dla pracy licznika.

Zamawiający wymagał instrukcji, dokumentacji technicznej oraz oprogramowania serwisowego do próbki licznika w języku polskim.

Powyższe nakazuje przyjąć, iż oferta Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. spełnia wymagania SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr X:

W momencie deklarowania CE nowa norma dla energii biernej nie była jeszcze dostępna (gdyż obowiązuje dopiero 1,5 roku). Stąd odwołano się do normy uprzednio obowiązującej. To oczywiście nie oznacza, że licznik nie może mieć klasy dokładności 1 dla energii biernej, gdyż ZMQ jako liczniki najwyższej precyzji zostały wykonane z nadmiarem pozwalającym na spełnienie wyższych norm dotyczących klas błędów (widać to po protokole wzorcowania, gdzie błędy są niemal 10-krotnie niższe niż wymagają to odnośne normy). Stąd licznik ZMQ ze sporą rezerwą spełnia wymagania klasy dokładności 1 dla energii biernej. Poza tym w dokumencie Opis Skrócony stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa (strona 85 oferty), w punkcie 1 istnieje wyraźny zapis zaczynający się od słów: „Licznik jest wykonany w klasie dokładności (...)." Jest on potwierdzony dalej w punkcie 1.1.2 na tejże stronie. Oba zapisy potwierdzają prawdziwość powyższych wyjaśnień.

Powyższe jest również poświadczone w postaci napisu "Kl. 0,5" na tabliczce znamionowej licznika.

Należy też zaznaczyć, że deklaracja zgodności określa jedynie zgodność z wybranymi normami, a nie określa klasy dokładności samego przyrządu. Ta sama deklaracja zgodności obowiązuje dla liczników zarówno w klasie 0,2, jak i klasie 1, o różnych prądach i napięciach bazowych etc.

Powyższe nakazuje przyjąć, iż oferta Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. spełnia wymagania SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr XI

Wymaganie z punktu 1.25 Załącznika nr 10 do SIWZ mówi o wytrzymałości izolacji licznika jako całości (a więc izolacji licznika względem otoczenia), a nie izolacji wewnętrznej licznika pomiędzy jego obwodami. Tym samym z pewnością można stwierdzić, że licznik zaoferowany przez Landis+Gyr posiada wytrzymałość izolacji 4kV 50Hz przez 1 minutę dla wszystkich obwodów względem ziemi (jak i dodatkowo narażonych na zakłócenie obwodów pomiarowych względem wszystkich innych obwodów), o czym mówi informacja z Danych Technicznych stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa na stronie 77 oferty tego wykonawcy (mowa tu o zapisie zaczynającym się od słów:: „Wszystkie obwody względem ziemi…….").

Informacje o wzajemnej izolacji poszczególnych obwodów wewnętrznych licznika są jedynie informacjami dodatkowymi.

Powyższe nakazuje przyjąć, iż oferta Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. spełnia wymagania SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr XII

Odwołujący powołał się na zapis z nieaktualnej dokumentacji dot. poprzedniej wersji licznika (H02), w której pojawia się punkt 2.5.2. W dokumentacji złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Wykonawcę Landis+Gyr Sp. z o.o. o obwodach wejściowych mowa jest w innym punkcie, tj. w pkt 1.5.2 i nie zawiera on zapisu: „Licznik może zostać zaadaptowany do żądanego zakresu prądowego (1A lub 5A) poprzez wymianę rezystorów obciążeniowych transformatorów prądowych".

Natomiast w dokumencie Opis Skrócony stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa (strona 88 oferty), w punkcie 2.2.2 istnieje wyraźny zapis o wejściach prądowych nie zawierających przedmiotowej wzmianki.

Zamawiający podczas badania próbki licznika bezproblemowo, bez jakiejkolwiek fizycznej ingerencji w hardware licznika dokonał parametryzacji licznika w zakresie zmiany prądu bazowego pomiędzy 5A i 1A.

Powyższe nakazuje przyjąć, iż oferta Wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. spełnia wymagania SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr XIII

Nazwa podstawowa modułu komunikacji brzmi B4 i do niej odnosi się dokumentacja i certyfikaty. Na samym urządzeniu może pojawić się uzupełnienie oznaczenia "/+", które odnosi się do tego samego urządzenia opisywanego przez dokumentację. Warto zauważyć, że na pierwszej stronie Danych Technicznych modułu B4 znajdujemy oba oznaczenia (strona 102 oferty).

Ukazuje to, że dokumentacja opisująca moduł B4 odnosi się także do sprzętu z dodatkowym opisem "/+". Rozszerzenie nazwy "/+" dotyczy zastosowania określonego typu interfejsu RS232 (ze sterowaniem modemem zewnętrznym), który to interfejs w ogóle nie jest wymagany przez Zamawiającego, więc z punktu widzenia SIWZ jest zbędny. Próbka, będąca wzorcem dla późniejszych dostaw, wyposażona jest w najnowszy moduł B4 z rozszerzeniem "/+" opisującym typ interfejsu RS232, jednakowoż nieistotnego w niniejszym postępowaniu.

Ponadto Zamawiający wymaga wyraźnie, że urządzenia winny być wyprodukowane zgodnie z rokiem dostawy, więc podejrzenie firmy Landis+Gyr o próbę upłynnienia rzekomych zapasów magazynowych sprzed ponad 10 lat jest nieprawdziwe.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Landis+Gyr Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym podniósł w pierwszej kolejności brak

interesu prawnego Odwołującego w kierowaniu zarzutów w stronę Przystępującego do odwołania i jego oferty. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący nie posiada interesu w zarzucaniu niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ.

Należy zauważyć, że kierowanie zarzutów w kierunku Przystępującego jest niezasadne, ponieważ oferta Odwołującego jest tańsza od oferty przystępującego. Nie ma zatem znaczenia czy oferta Przystępującego zostałaby odrzucona czy też nie - bo to oferta Odwołującego, jako że jest tańsza, zostałaby wybrana.

Kluczowy w sprawie jest fakt, że oferta Odwołującego została odrzucona jako nie odpowiadająca treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ").

Z uwagi na to, że oferta Odwołującego została odrzucona, jego żądanie do odrzucenia oferty Przystępującego - w przypadku jego uznania - doprowadziłoby do unieważnienia postępowania z uwagi na brak choćby jednej oferty odpowiadającej SIWZ. Skutkiem zatem zarzutu podnoszonego przez Odwołującego byłaby konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania.

i jego było w Takie działanie potencjalne skutki szeroko komentowane dotychczasowych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Przystępujący wskazał na orzeczenia KIO o sygn. akt 1412/11; KIO 2605/14; KIO 1447/15; KIO/UZP 1549/09; KIO 341/15; KIO 2173/13; KIO 977/13; KIO 246/13; KIO 1812/12; KIO 1824/12; KIO 1680/11. Uznać zatem należy, że zarzucanie ofercie Przystępującego niezgodności z treścią SIWZ jest działaniem, które ma na celu - albo przynajmniej, którego skutkiem jest - unieważnienie postępowania. Taki bowiem byłby efekt odrzucenia oferty Przystępującego, biorąc pod uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu nie istnieje inna oferta, która spełniałaby wszystkie wymogi określone w SIWZ.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Przystępujący wskazał, że:

AD 1 podstawy odrzucenia.

Znaki zer, nawet jeśli znajdują się na początku numeru urządzeń, nie mogą być traktowane jako nieznaczące, gdyż mają istotne znaczenie dla systemów informatycznych przedsiębiorstwa. Numery 05380144 i 5380144 są różnymi numerami, identyfikującymi różne urządzenia. Podkreślić należy, iż wymagane Świadectwo Wzorcowania zgodnie z punktem

---

1.1 Załącznika nr 10 do SIWZ musi odnosić się do konkretnego licznika, który posiada własny numer identyfikacyjny. Ten numer służy do identyfikacji urządzeń, stąd rozbieżność pomiędzy numerem na próbce oraz numerem na Świadectwie Wzorcowania świadczy o tym, że Świadectwo dotyczy jednego urządzenia o numerze 5380144, zaś Odwołujący złożył wraz z ofertą próbkę licznika z innym numerem fabrycznym 05380144. Odwołujący był wzywany do złożenia wyjaśnień i rozbieżność tę potwierdził. Powyższy fakt świadczy o istotnej różnicy w numerze fabrycznym, która skutkowała odrzuceniem oferty Odwołującego.

AD 2 podstawy odrzucenia.

Jak stanowi Załącznik nr 10 do SIWZ, w punkcie nr 1.10. licznik musi posiadać minimum trzy wejścia pozwalające na rejestrację energii.

Powyższe zostało potwierdzone przez samego Zamawiającego, w ramach udzielonych stosownych wyjaśnień.

Przystępujący zwraca uwagę, że z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane pytanie dotyczące konkretnego punktu SIWZ (1.10) wynika, iż Zamawiający wymaga jednoczesnego wypełniania innych wymagań zawartych w pozostałych punktach SIWZ, a w szczególności odnoszących się do zegara RTC licznika, o których mowa w pkt. 1,16. oraz 1.17. Załącznika nr 10 do SIWZ.

Podsumowując wymagania SIWZ jak również udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, należy uznać za oczywiste i nie pozostawiające wątpliwości, że Zamawiający wymaga sterowania taryfową rejestracją energii jednocześnie poprzez wzmiankowane 3 wejścia, jak i poprzez zegar kalendarzowy (i określony program czasowy).

Należy zwrócić uwagę, że liczniki LZQJ~XC nie spełniają wszystkich wymagań jednocześnie. Skuteczne bowiem będzie realizowanie w konkretnym czasie tylko wymagań wskazanych albo w pkt. 1.10. albo w pkt. 1.16. i 1.17. Załącznika nr 10 do SIWZ.

AD 3 podstawy odrzucenia.

Zgodnie z pkt. 1.15. Załącznika nr 10 do SIWZ licznik musi posiadać możliwość obsługi protokołu komunikacyjnego DLMS niezależnie na wszystkich interfejsach komunikacyjnych. Zamawiający wymagał, że licznik będzie wyposażony w trzy interfejsy komunikacyjne: dwa interfejsy elektryczne RS485 (punkt 1.32 Załącznika nr 10 do SIWZ)

oraz jeden interfejs optyczny (punkt 1.18 Załącznika nr 10 do SIWZ)

Zamawiający nie dopuścił do stosowania liczników, w których 3 interfejsy nie mogą niezależnie obsługiwać interfejsu komunikacyjnego DLMS.

Stanowisko to Zamawiający potwierdził w udzielonych przez niego odpowiedziach z dnia 31 grudnia 2015 roku, w których podtrzymał określone w Załączniku nr 1 do SIWZ (pkt. 1.15.) - wymaganie.

Ponadto Przystępujący zwraca uwagę, że Zamawiający wymaga, aby obsługa protokołu DLMS była niezależna, i to tak na optycznym interfejsie komunikacyjnym jak i na pozostałych dwóch elektrycznych interfejsach RS485.

AD 4 podstawy odrzucenia.

Zamawiający w punkcie 1.18 Załącznika nr 10 do SIWZ jednoznacznie wskazał, iż oferowany „licznik musi posiadać możliwość odczytu zarejestrowanych danych w przypadku uszkodzenia wyświetlacza LCD poprzez interfejs optyczny (optozłącze) według protokołu komunikacyjnego DLMS".

Brak takiej możliwości odczytu jednoznacznie powoduje, iż oferowany licznik nie spełnia wymogów SIWZ. Dlatego odrzucenie oferty w związku z jej niezgodnością z wymaganiem określonym w pkt. 1.18. Załącznika nr 10 do SIWZ, należy uznać za uzasadnione.

AD 5 podstawy odrzucenia.

Wymóg określony w punkcie 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ jest jednoznaczny „licznik musi posiadać możliwość zaprogramowania pomiaru po stronie pierwotnej i wtórnej przekładników pomiarowych”. Oferowany licznik musi spełniać ten wymóg, a do jego weryfikacji Zamawiający winien przeprowadzić stosowne testy. W związku z brakiem wypełnienia przez Odwołującego wymagań wskazanych w Załączniku nr 10 do SIWZ, w punkcie 1.36., jego oferta została w pełni zasadnie przez Zamawiającego odrzucona.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Przystępującego, przedstawiono z ostrożności procesowej następujące stanowisko:

AD VI

Przystępujący zwraca uwagę, że moduł komunikacyjny może być stosowany jako urządzenie samodzielne przy zastosowaniu stosownego adaptera oraz moduł komunikacyjny może być częścią składową licznika.

Załączona karta katalogowa dotyczy modułu komunikacyjnego B4, który może być oferowany jako urządzenie samodzielne.

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu oferowany licznik dostarczany przez Przystępującego jest wyposażony w część składową, którą jest moduł komunikacyjny B4, który na czynniki zewnętrzne jakim jest również temperatura reaguje analogicznie jak cały licznik.

Zgodnie zaś z dokumentem Dane Techniczne oferowany przez Przystępującego licznik ZMQ202 (jako całość włączając w to moduł komunikacyjny B4 stanowiący część składową) spełnia wymagany przez Zamawiającego zakres temperatur -25 do +55 stopni Celsjusza

---

Powyższe informacje były znane Zamawiającemu, ponieważ Przystępujący przekazał stosowne dokumenty, które stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

Reasumując oferowany przez Przystępującego licznik zawierający jako część składową moduł komunikacyjny B4, spełniał wymogi SIWZ w zakresie temperatur i żądania Odwołującego co do odrzucenia oferty są bezzasadne.

AD VII

W związku z operowaniem przez Przystępującego na rynku globalnym, posiada on liczniki produkowane dla konkretnych państw - których parametry i właściwości niejednokrotnie się różnią. Dlatego nie należy używać czy też wyciągać wniosków z dokumentów, które dotyczą liczników z innych fili Landis+Gyr - innych niż Polskiej, ponieważ nie są one takie same.

Warunki środowiskowe są sprecyzowane w Normie PN-EN 62052-11. Zapisy tejże normy dotyczące badań licznika, zalecają aby do badań stosować zakres temperatur od -10

do +45 stopni Celsjusza.

Z uwagi na powyższe, skoro nie jest potrzebne badanie licznika w szerszym zakresie, nie powinno budzić wątpliwości, że zakres współczynnika temperaturowego błędu licznika jest określany tylko dla tegoż konkretnie określonego zakresu.

Odnosząc się do wymogów Zamawiającego sformułowanych w punkcie 1.9 Załącznika 10 do SIWZ „temperatura pracy licznika musi wynosić co najmniej od -25 do +55 stopni Celsjusza", stwierdzić należy, iż Zamawiający wymaga aby „temperatura pracy licznika" była ściśle przestrzegana.

Przystępujący jednoznacznie wskazuje, iż zgodnie z dokumentem z oferty Przystępującego "ZMQ202 - Dane Techniczne" (strona 77 oferty) zakres temperaturowy funkcjonowania (czyli poprawnej pracy, włączając w to funkcje pomiarowe) licznika wynosi -25 do +55 stopni Celsjusza, a zatem temperatura pracy jest spełniona.

Podnoszone przez Odwołującego argumenty dotyczące innych nie załączonych do oferty Przystępującego dokumentów technicznych nie znajdują uzasadnienia i prowadzą do błędnych wniosków Odwołującego.

Reasumując oferowany przez Przystępującego licznik jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w punkcie 1.9 Załącznika nr 10 do SIWZ.

AD VIII

Zgodnie z punktem 1.11 Załącznika nr 10 do SIWZ „licznik musi posiadać minimum 8 programowalnych wyjść impulsowych dla których powinna istnieć możliwość przypisania w liczniku zadanych wielkości pomiarowych".

Zamawiający wymagał aby wyjścia impulsowe były programowalne oraz aby można było przypisać tym wyjściom impulsowym zadane wielkości pomiarowe.

Oferowany przez Przystępującego licznik ZMQ202 jest wyposażony w 8 programowalnych wyjść impulsowych, które mogą być programowane w zakresie czasu trwania impulsu czy też częstotliwości impulsu. I taką programowalność wyjść impulsowych zapisał w wymaganiach Zamawiający.

Ponadto wyjścia impulsowe można zaprogramować w taki sposób, aby możliwe było przypisanie im zadanych wielkości pomiarowe takie jak energia czynna pobrana i oddana, energia bierna pobrana i oddana, straty

Zamawiający wyraźnie wskazał w analizowanym wymogu „dla których powinna istnieć możliwość przypisania w liczniku zadanych wielkości pomiarowych", nie jest to wymóg „musi" ale „możliwość przypisania".

Oferowany przez Przystępującego licznik zapewnia „możliwość przypisania zadanych wielkości pomiarowych" wyjściom impulsowym.

A zatem wymogi Zamawiającego są spełnione i podnoszone przez Odwołującego argumenty nie zasługują na uwzględnienie.

AD IX

Podnoszony przez Odwołującego zarzut dotyczący opisu podłączenia na schemacie licznika (znajdującym się na wewnętrznej stronie plombowanych drzwiczek licznika, nie widocznym z zewnątrz) w języku obcym jest całkowicie bezzasadny w świetle postanowień SIWZ.

Zgodnie bowiem z punktem 4.2.1.12 SIWZ, Zamawiający wymagał aby w języku polskim były przedłożone wyłącznie „instrukcje obsługi (licznika i oprogramowania)". Tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut jest nieuzasadniony.

AD X

Zarzut jakoby licznik oferowany przez Przystępującego nie spełniał wymogu określonego w punkcie 1.3 Załącznika nr 10 do SIWZ „licznik musi posiadać klasę dokładności dla energii biernej minimum 1" nie znajduje potwierdzenia w przedstawionych przez Przystępującego dokumentach.

Zdaniem Przystępującego warto nadmienić, że określenie klasy dokładności licznika nie jest przedmiotem deklaracji zgodności CE. Tylko bowiem zgodność urządzenia z konkretnymi normami jest deklarowana przez powyższą deklarację zgodności.

Ponadto Przystępujący wskazuje, że dla liczników w klasie tak 0,2 jak i 1 - deklaracja zgodności jest taka sama.

Tymczasem wiążąca dla Przystępującego jest treść Oferty, zgodnie z którą oferowane liczniki są wykonane w klasie dokładności 0,5 dla energii biernej (lepszej niż wymóg Zamawiającego). Informacje te były znane Zamawiającemu, albowiem zostały mu przekazane w stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa części oferty mojego Mocodawcy.

Dlatego mając na uwadze powyższe, należy uznać, że Zamawiający posiadł konieczne informacje oraz stosowną wiedzę o spełnieniu właściwych wymogów przez Przystępującego.

Potwierdzeniem twierdzeń Przystępującego jest zapis „Kl.0.5.", znajdujący się na tabliczce znamionowej licznika, który został dostarczony Zamawiającemu jako wymagana próbka.

Przystępujący wskazuje jednocześnie, że niepodważalnym dowodem na klasę oferowanego przez niego licznika, jest dołączone świadectwo wzorcowania wystawione przez Kierownika Laboratorium Liczników Energii Elektrycznej w TAURON Dystrybucja Pomiary Sp. z o.o. - Pana J.B.. Stąd też podnoszone przez Odwołującego zarzuty są nieuzasadnione i nie zasługują na uwzględnienie.

AD XI

Zgodnie z punktem 1.25 Załącznika 10 do SIWZ „licznik musi posiadać wytrzymałość izolacji minimum 4kV, 50 Hz przez 1 minutę".

Wskazać należy, że oczekiwana przez Zamawiającego wytrzymałość dotyczy izolacji licznika względem otoczenia tzn. należy traktować licznik jako pewną całość.

Licznik zaoferowany w przedmiotowym postępowaniu przez mojego Mocodawcę posiada izolację której wytrzymałość wynosi wymagane przez Zamawiającego 4kv 50Hz przez 1 minutę - dla wszystkich obwodów względem ziemi.

Potwierdzenie powyższego znajduje się w informacjach z Danych Technicznych (str. 77 oferty).

Przystępujący wskazuje, że jedynie za dodatkowe należy traktować wszelkie informacje o jakiejkolwiek wzajemnej izolacji poszczególnych obwodów licznika, albowiem nie zostały wskazane żadne wymagania w tym zakresie przez Zamawiającego. A zatem wymóg wytrzymałości izolacji jest spełniony przez liczniki oferowane przez Przystępującego, a podnoszone zarzuty Odwołującego są nieuzasadnione.

AD XII

Zgodnie z punktem 1.6 Załącznika nr 10 do SIWZ „licznik musi posiadać możliwość pracy z prądem znamionowym 1A lub 5A".

Przytoczone przez Odwołującego argumenty wynikające z podręcznika użytkownika licznika ZMQ nie stanowią wiarygodnego źródła albowiem ten podręcznik o takiej treści obowiązywał 10 lat temu w 2006 roku i nie jest załączony do Oferty Przystępującego.

Jednocześnie, zgodnie z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, które znajdują się w zastrzeżonej części oferty (strona 88 oferty) Przystępującego potwierdzają, iż licznik oferowany przez Przystępującego ma możliwość pracy z prądem znamionowym 1A bez jakiejkolwiek ingerencji w Hardware.

Ta informacja została również potwierdzona w testach przeprowadzonych przez Zamawiającego, dlatego też argumenty Odwołującego jako bezzasadne nie zasługują na uwzględnienie.

AD XIII

Moduł komunikacyjny stanowiący część składową oferowanego przez Przystępującego licznika ma oznaczenie „B4". Żadne z przedstawionych wraz z Ofertą Przystępującego dokumentów nie zawiera oznaczenia „B4+". Jedynie na próbkach znajduje się oznaczenie „/+" po nazwie modułu komunikacyjnego „B4" oddzielone spacją, które to oznaczenie nie jest elementem nazwy modułu komunikacyjnego.

Takie oznaczenie „/+" wskazuje, rodzaj interfejsu „RS232/+", który w przedmiotowym postępowaniu nie był wymagany.

Zarzut dotyczący sprzedaży zapasów magazynowych jest całkowicie nieuzasadniony, albowiem zgodnie z wymogami SIWZ urządzenia winny być wyprodukowane zgodnie z rokiem dostawy tj. w 2016 roku. Podniesiony zatem zarzut Odwołującego dotyczący innych modułów komunikacyjnych jest całkowicie bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowiska i argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z

art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że **odwołanie podlega oddaleniu.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W realiach niniejszej sprawy dla kierunku wydanego przez Izbę rozstrzygnięcia w postaci oddalenia odwołania, wystarczyło żeby którakolwiek z pięciu podstaw faktycznych, wskazanych przez Zamawiającego, jako uzasadnienie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie została skutecznie podważona przez Odwołującego i została uznana przez Izbę za podstawę prawidłową i znajdującą oparcie w treści specyfikacji. Taką ocenę Izba przyjęła w odniesieniu do podstawy nr 2, 3 i 4.

W zakresie powyższych podstaw Izba w pełni podzieliła argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, przyjmując ją w konsekwencji za własną. Dodatkowo, Izba wskazuje następujące motywy przyjętej oceny:

W zakresie 2 podstawy faktycznej zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 3 lutego 2016 r., że:
„Zgodnie z wymaganiem pkt 1.10 Załącznika 10 do SIWZ: „Licznik musi posiadać minimum 3 wejścia pozwalające na sterowanie rejestracją energii". Złożona przez Wykonawcę wraz z ofertą próbka licznika nie posiada przedmiotowej funkcjonalności. Podczas prowadzenia czynności badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że *nie istnieje możliwość jednoczesnego sterowania rejestracją energii za pomocą zegara RTC i wejść sterujących. W udzielonych w dniu 31 grudnia 2015 r. wyjaśnieniach dot. treści SIWZ Zamawiający napisał „Zamawiający wymaga realizacji punktu 1.10 Załącznika 10 do SIWZ pod kątem sterowania rejestracją zużycia energii w oparciu o zegar RTC licznika, jak i wymagane wejścia sterowania rejestracją energii". Dostarczona próbka licznika ma możliwość wyboru sterowania taryfami za pomocą zegara RTC lub wejść sterujących".*

W zakresie wskazanej podstawy faktycznej spór koncentrował się na wykładni treści specyfikacji. Główną podstawą, z której Odwołujący wywodził korzystne dla siebie wnioski, było twierdzenie, że Zamawiający nigdzie nie wyartykułował obowiązku zapewnienia jednoczesnego sterowania taryfami (vide: protokół z rozprawy: *„Zamawiający nigdzie nie*

wyartykułował, że *istotą wymogu jest zapewnienie jednoczesnego sterowania trafami"; „Oprócz tego,* że *ani w SIWZ ani w odpowiedziach nie pojawiło się pojęcie jednoczesności, to zamawiający dodatkowo nie pofatygował się, by opisać, co rozumie pod pojęciem jednoczesności.").*

W ocenie Izby wymóg, by oferowany produkt dawał możliwość jedoczesnego sterowania rejestracją energii za pomocą zegara RTC i wejść sterujących wynika w sposób logiczny i jednoznaczny z całościowej analizy załącznika nr 10 do SIWZ, jak również z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 16 z dnia 31 grudnia 2015 r.

Treść pkt. 1.10 załącznika do SIWZ, jak również treść odpowiedzi została przytoczona powyżej (w ramach uzasadnienia wskazanego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 3 lutego 2016 r.). Należy w tym miejscu przytoczyć także treść zadanego pytania: *„W*

związku z koniecznością posiadania przez licznik minimum 3 wejść do sterowania rejestracją energii, proszę o informację czy dostarczony wzór ma posiadać konfigurację do sterowania zużyciem energii w oparciu o wymagane wejścia czy w oparciu o zegar RTC licznika?".

W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że pytanie nie dotyczyło wymogu zapewnienia jednoczesności sterowania taryfami, ale *„dotyczyło zupełnie innej kwestii, to jest jak sparametryzować wzorzec i jak ustawić wstępnie próbkę (…) Pytanie zmierzało do tego, czy przełączanie ma być wewnątrz czy z zewnątrz i pod jakim kątem ma być przygotowany wzorzec próbki"* (vide: protokół z rozprawy).

W udzielonej odpowiedzi Zamawiający nie koncentrował się na tym, jak ma zostać przygotowany wzorzec próbki, w tym czy ma ona dawać alternatywę rozwiązań wskazanych w pytaniu, lecz Zamawiający odniósł odpowiedź do treści i istoty wymogu z pkt 1.10 Załącznika 10 do SIWZ („Zamawiający wymaga realizacji punktu 1.10...pod kątem sterowania rejestracją zużycia energii w oparciu o zegar RTC licznika, jak i wymagane wejścia sterowania rejestracją energii").

Zamawiający wskazał więc przytoczoną odpowiedzią, co musi być spełnione w oferowanym produkcie, by mógł on zostać uznany za zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w Opisie przedmiotu zamówienia. I tak, Zamawiający wskazał, że wymóg z pkt 1.10 Załącznika nr 10 do SIWZ zostanie zrealizowany, gdy licznik będzie umożliwiał rejestrację zużycia energii w oparciu o zegar RTC jak i wymagane wejścia sterowania rejestracją energii. Dla osiągnięcia celu w postaci możliwości sterowania rejestracją energii Zamawiający wymagał więc, by oba te rozwiązania działały łącznie (i jedno i drugie rozwiązanie, a nie by trzeba było dokonywać zmiany konfiguracji oprogramowania i korzystania bądź z jednego rozwiązania bądź drugiego). W konsekwencji jest też dla Izby oczywiste, że wymagając łącznie i jednego i drugiego rozwiązania

---

Zamawiający czynił to nie po to, by trzeba było wybierać jedno rozwiązanie lub drugie, ale po to, by mieć zapewnioną możliwość jednoczesnego sterowania za pomocą obu tych rozwiązań i by przy tym jednoczesnym sterowaniu za pomocą obu tych rozwiązań spełnione zostały także inne wymogi z załącznika nr 10 do SIWZ.

Mając na uwadze fakt, że spór w zakresie omawianej podstawy faktycznej koncentrował się na interpretacji treści specyfikacji warto w tym miejscu przytoczyć pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 257/15, zgodnie z którym: *„Definiując pojęcie wykładni należy wskazać, iż wykładnia prawa nazywamy proces myślowy, który polega na ustaleniu właściwego znaczenia przepisu prawnego w oparciu o wypracowane przez naukę dyrektywy wykładni. Wyróżnić można kilka klasyfikacji wykładni. Podstawowy podział opiera się na zastosowaniu metody interpretacji i tak wykładnia językowa polega na odczytywaniu znaczenia danego przepisu prawnego z punktu widzenia języka, w którym dany przepis prawny został napisany, tj. poprzez wykładnię przepisu w oparciu o znaczenie użytych dla jego sformułowania wyrazów. Zgodnie z wykładnią systemową przepis interpretowany jest z uwzględnieniem tego, że ogół przepisów tworzy jeden system prawny, stąd koniecznym jest uwzględnienie wzajemnych relacji między przepisami i ich miejscem w systemie. Wykładnia funkcjonalna uwzględnia funkcje prawa, jego przeznaczenie społeczno-gospodarcze. Wykładnia celowościowa uwzględnia natomiast cele regulacji, jakie przepis ma realizować (…) Do zastosowania kolejnych wykładni, w tym celowościowej możemy przejść dopiero w wypadku, gdy wykładnia językowa nie doprowadziła do wyjaśnienia wątpliwości związanym z danym zapisem, co nie miało w tym stanie faktycznym sprawy miejsca"*

Powyższe reguły wykładni znajdują zastosowanie także wobec treści specyfikacji.

W niniejszej sprawie wykładnia językowa nie budzi wątpliwości, co do wymogu jednoczesności. Izba w pełni podzieliła argumentację Zamawiającego, iż funktor „i" został użyty właśnie dla podkreślenia wymogu jednoczesności. Odwołujący podjął próbę przeforsowania tezy, że odpowiedź Zamawiającego wskazywała na alternatywę – *„że może być to i wewnątrz, czyli w oparciu o zegar RTC licznika jak i z zewnątrz, czyli poprzez wejścia sterowania. Była to taka alternatywa, natomiast zamawiający w odpowiedzi, a wcześniej w podstawach odrzucenia, prezentuje stanowisko, że i to i to jednocześnie należało spełnić"* (vide: protokół z rozprawy). W ocenie Izby nie sposób doszukać się w odpowiedzi Zamawiającego alternatywy prezentowanej przez Odwołującego. Zamawiający wyraźnie wskazał dla pkt 1.10, że rejestracja zużycia energią ma być w oparciu o zegar RTC licznika,

jak i wymagane (podkreślenie Izby) wejścia sterowania rejestracją energii. Użyty zwrot „jak i wymagane", nakazuje zdaniem Izby wniosek, że oba te rozwiązania łącznie (a więc „i to i to")

muszą być dostępne jednocześnie. Izba tym samym w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego, który trafnie podsumował istotę problemu w tym zakresie wskazując na rozprawie, że *„Pytanie zostało więc zadane czy dopuszczalna jest alternatywa, a zamawiający w odpowiedzi wskazał,* że *wymaga i tego i tego"* (vide: protokół z rozprawy).

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdzał jednoznacznie, że próbka złożona przez Odwołującego nie pozwala na jednoczesne sterowanie rejestracją energii za pomocą zegara RTC i wejść sterujących. Okoliczność ta wynika już z samego faktu podjęcia próby przeforsowania odmiennej wykładni treści specyfikacji (w celu wyeliminowania wymogu jednoczesności). Wynika także z samej argumentacji Odwołującego, z której Zamawiający trafnie wypunktował, że zmiana na wejścia sterowania skutkuje tym, że zegar RTC nie pozwala na sterowanie taryfami, gdyż ma on wówczas ograniczone funkcje – jest używany wyłącznie do obsługi dziennika zdarzeń, profilu obciążanie, zamykania okresu obrachunkowego. Niezależnie od tego przedstawione zrzuty z oprogramowania, jak również informacja ze str. 74 Instrukcji obsługi programu EMH Combi-Master 2000, potwierdzają, że nie ma możliwości jednoczesnego sterowania taryfami za pomocą zegara RTC i wejść zewnętrznych.

W zakresie 3 podstawy faktycznej zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 3 lutego 2016 r., że:
„Zgodnie z wymaganiem pkt 1.15 Załącznika 10 do SIWZ: „Licznik musi posiadać możliwość obsługi protokołu komunikacyjnego DLMS niezależnie na wszystkich interfejsach komunikacyjnych. Złożona przez Wykonawcę wraz z ofertą próbka licznika nie posiada przedmiotowej funkcjonalności. Podczas prowadzenia czynności badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, że *licznik nie posiada niezależności w zakresie portu komunikacyjnego RS485 (wewnętrzny) z interfejsem optycznym. W udzielonych w dniu 31 grudnia 2015 r. wyjaśnieniach dot. treści SIWZ na pytanie jednego z wykonawców o treści: „Czy Zamawiający zaakceptuje rozwiązanie które posiada wbudowane interfejsy: optyczny (1); podstawowy RS485 (2) oraz dodatkowy RS485(3), w którym niezależność (czasowa oraz protokolarna) występuje pomiędzy oboma interfejsami szeregowymi RS485 (2 i 3) oraz interfejsem optycznym i dodatkowym interfejsem elektrycznym RS485 (1 i 3)? Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi podtrzymującej wymaganie niezależności protokołu komunikacyjnego DLSM na wszystkich interfejsach komunikacyjnych".*

W powyższym zakresie, w ocenie Izby, spór również koncentrował się na wykładni treści specyfikacji, w tym przypadku na rozumieniu „niezależności".

Wykładnia językowa treści specyfikacji nie budzi natomiast wątpliwości, co do sposobu rozumienia powyższego wymogu. Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego, że przez „niezależność", o której stanowił pkt 1.15, należało rozumieć pełną niezależność protokolarno-czasową i możliwość jednoczesnego wykorzystania wszystkich interfejsów i protokołu komunikacyjnego DLMS na dostępnych interfejsach w liczniku, a więc że była wymagana także pełna niezależność pracy wszystkich interfejsów w standardzie DLMS, w tym samym czasie (podkreślenie Izby).

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nakazywał przyjęcie wniosku, że w przypadku oferty Odwołującego komunikacja początkowo zaczyna się protokołem innym niż DLMS.

W toku rozprawy Odwołujący złożył dowód z certyfikatu nr 1556. W ocenie Izby, dowód ten dodatkowo potwierdził zasadność stanowiska Zamawiającego. W kolumnie „Testowany interfejs" w pozycji „Test 3 optyczny" w kolumnie „Nawiązanie połączenia" wskazano informację o treści „MODE_E".

W toku rozprawy Zamawiający wskazał, że powyższe oznacza, iż: „rozpoczynając *połączenie za pomocą interfejsu optycznego zawsze zaczyna się od protokołu innego niż DLMS (…) MODE_E to jest protokół komunikacyjny IEC, który jest wykorzystywany przez cały czas trwania transmisji, zmienia się jedynie prędkość tej komunikacji jeżeli*

oprogramowanie jest do tego przystosowane. Tryb MODE_E to jest tryb, w którym zmienia się tryb protokołu z IEC na DLMS oraz zmienia się prędkość, czyli jeżeli „zapytać" to urządzenie w protokole DMLS to urządzenie to nie odpowie." (vide: protokół z rozprawy).

Przystępujący wskazał: *„Modulacja E jest to specjalny tryb modulacji, w której komunikacja z licznikiem zaczyna się protokołem innym niż DLMS (o nazwie IEC), a następnie następuje negocjacja między tymi protokołami"* (vide: protokół z rozprawy).

Odwołujący wskazał z kolei, że: „Co *do trybu MODE_E, to jest to jeden z trybów warunkujących pracę protokołem DLMS. Jest trybem protokołu DLMS. (…) w pkt 1.15 załącznika nr 10 zamawiający nie precyzował,* że *wykluczał tryb MODE_E. Na optozłączu jest to tryb naturalny dla tego protokołu. Pkt 1.15 opisuje sposób komunikacji i nie stanowi o tym,* że *nie może to być początkowo komunikacja za pomocą innego trybu, ale nadal w protokole DMLS. Jest to kolejna nadinterpretacja zapisów faworyzująca przystępującego. Wskazuje na pytanie nr 21 i odpowiedź zamawiającego dotyczące trybu MODE_E gdzie zamawiający podtrzymał wymaganie wcale nie pisząc,* że *tryb MODE_E jest niedopuszczalny. Dla odwołującego z odpowiedzi tej wynika jasno,* że *liczyła się funkcjonalność, czyli możliwość obsługi protokołu, a nie sposób w jaki to się odbywa"* (vide: protokół z rozprawy).

28

Stanowisko Odwołującego pozostawało więc w zasadzie zbieżne, co do twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego w tej części, która dotyczyła specyfiki trybu MODE_E, polegającej na tym, że komunikacja z licznikiem zaczyna się w tym przypadku protokołem innym niż DLMS. Odwołujący wyciągał jedynie odmienne wnioski, co do istoty wymogu z pkt 1.15, – a więc, że ważna jest sama możliwość obsługi protokołu komunikacyjnego DLMS, a nie w jaki sposób się to odbywa (a *contrario,* że nie ważne jest to, że początkowo komunikacja zaczyna się od innego protokołu - IEC). Izba nie uznała tej argumentacji za zasadną i odpowiadającą wymogowi niezależności w rozumieniu, jaki został nadany w treści specyfikacji.

W ocenie Izby z treści specyfikacji jednoznacznie wynika, że wymagana była pełna niezależność protokolarno-czasowa. Innymi słowy komunikacja na każdym z interfejsów elektrycznym i interfejsie optycznym, dla wypełnienia warunku niezależności, musiała m.in. od początku odbywać się w protokole komunikacyjnym DLMS, a więc także na etapie połączenia – co pozwalało właśnie na zachowanie niezależności nie tylko w ujęciu protokolarnym, ale i czasowym (jak wskazał Zamawiający: pełna niezależność pracy w standardzie DLMS w tym samym czasie). Złożony przez Odwołującego certyfikat potwierdza natomiast, że licznik Odwołującego na interfejsie optycznym nie posiada protokołu komunikacyjnego DLMS tylko jego modulacje (Mode E), a więc, że przy rozpoczęciu połączenia za pomocą interfejsu optycznego komunikacja zaczyna się od protokołu innego niż DMLS – co już wskazuje na brak pełnej niezależności. W odniesieniu do wymaganej przez Zamawiającego niezależności bez znaczenia pozostaje więc fakt, że Tryb MODE_E pozwala na zmianę tego innego protokołu na protokół DLMS.

Istotne dla przyjętej przez Izbę oceny było to, że istota wymogu z pkt 1.15 była oczywista dla podmiotów zainteresowanych tym zamówieniem. W sytuacji, gdy istota tego wymogu była zrozumiała nie tylko dla Przystępującego, z którym Odwołujący konkurował o zamówienie, ale była zrozumiała także dla samego producenta liczników oferowanych przez Odwołującego, z którym Odwołujący współpracuje, to albo Odwołujący sam tej istoty nie odczytał w sposób prawidłowy (co nie jest zawinieniem Zamawiającego), albo na etapie odwołania starał się przeforsować korzystną dla siebie wykładnię treści specyfikacji, inną od tej treści, która dla innych zrozumiała była od początku.

Z treści pytań nr 20 i 21 wprost wynika, że od początku istota wymogu z pkt. 1.15 była rozumiana, jako pełna niezależność protokolarno-czasowa protokołu komunikacyjnego DLMS na wszystkich interfejsach komunikacyjnych, a więc także zrozumiałe było, że chodzi o możliwość jednoczesnego wykorzystania wszystkich interfejsów i protokołu komunikacyjnego DLMS na dostępnych w liczniku interfejsach.

29

Jeżeli zadane pytania dotyczące pkt 1.15 (oznaczone nr 20 i 21) brzmią:
Nr 20 – *Czy Zamawiający zaakceptuje rozwiązanie które posiada wbudowane interfejsy: optyczny (1); podstawowy RS485 (2) oraz dodatkowy RS485(3), w którym niezależność*

(czasowa oraz protokolarna) występuje pomiędzy oboma interfejsami szeregowymi RS485 (2 i 3) oraz interfejsem optycznym i dodatkowym interfejsem elektrycznym RS485 (1 i 3)? Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi podtrzymującej wymaganie niezależności protokołu komunikacyjnego DLSM na wszystkich interfejsach komunikacyjnych?".
Nr 21 – *Czy Zamawiający zaakceptuje rozwiązanie posiadające dostępne oba protokoły transmisji danych pomiarowych 62056-21 oraz dlms dostępne na interfejsie optycznym odpowiednio w trybach Mode C (IEC) oraz Mode E (dlms) i rozpoznawane automatycznie na interfejsach elektrycznych?*
- to oczywiste, w ocenie Izby, jest to, że pytanie zmierza do uzyskania informacji, czy proponowane rozwiązanie będzie odpowiadało potrzebom Zamawiającego i czy będzie zgodne z treścią wymogu. Oczywiste jest więc także to, że skoro następuje propozycja rozwiązania to podmiot pytający ma świadomość, że tego rozwiązania nie przewidziano w specyfikacji (nie dopuszczono jeszcze, jako rozwiązanie możliwe do zastosowania).

Z treści udzielonej odpowiedzi jasno wynika m.in. to, że Zamawiający nie dopuścił, by DLMS na interfejsie optycznym było dostępne poprzez protokół komunikacyjny IEC zmieniany (przełączany) dopiero, poprzez tryb MODE_E, w protokół komunikacyjny DLMS.

Krytycznie należało ocenić argumenty Odwołującego, że Zamawiający nie napisał, że tryb MODE_E jest niedopuszczalny. W treści pytania 21 odwołano się do trybu MODE C (IEC) oraz MODE_E (dlms). Skoro Zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje wymaganie z pkt 1.15 to dał tym samym jasny wyraz temu, że propozycja pytającego – a więc, że proponowana dostępność DLMS poprzez IEC i Mode_E – nie przystaje do istoty wymogu i że Zamawiający wymogu tego nie będzie zmieniał, a przeciwnie nadal go podtrzymuje. Wykluczenie dopuszczalności braku protokołu komunikacyjnego DLMS, w zamian za jego modulację (Mode E) jest jednoznaczne i zrozumiałe, gdyż wynika w sposób naturalny z formy i celu zadanego pytania oraz treści odpowiedzi.

Odnośnie dowodu z korespondencji mailowej z dnia 11 stycznia 2016 r. to w ocenie Izby dowód ten potwierdza jednoznacznie, że przedstawiciel producenta, rozumiał wymóg w ten sam sposób, jak Zamawiający, co tylko potwierdza, że specyfikacja od początku była jasna i zrozumiała w tym zakresie. Analiza przedmiotowego maila wskazuje, że jego autor dążył do zmiany tego wymagania i odstąpienia od wymogu w takim kształcie, jaki został zawarty w specyfikacji, wskazując m.in., że przyjęcie innego rozwiązania niż te zawarte w pkt 1.15 pozwoliłoby na złożenie tańszych ofert – a więc w domyśle Zamawiający mógłby

oszczędzić, co w konsekwencji doprowadziło do postawienia pytania, czy – cytując – *„ta literalna niezależność wszystkich dostępnych interfejsów ma wymiar praktyczny i warta jest tak dużych kwot".* Dla Zamawiającego widocznie ta niezależność jest warta i istotna z punktu widzenia potrzeb, którym służyć ma realizacja tego zamówienia. Zamawiający dał temu wyraz także na rozprawie wskazując, że *„zamawiającemu zależy na spełnieniu tego wymogu, gdyż jest to ważne ze względu na systemy informatyczne klientów i zamawiającego"* (vide: protokół z rozprawy).

Izba za mało przekonujące uznała argumenty, że zadane pytanie przez przedstawiciela producenta było działaniem dotyczącym jakiejś hipotetycznej sytuacji. Za wysoce wątpliwe Izba uznaje, by przedstawiciel producenta, odwołujący się do pytań zadawanych w tym postępowaniu, wskazując oznaczenie licznika, działał niejako „w oderwaniu" od wykonawcy, który z tym producentem współpracuje, w tym korzysta z jego zasobów (gdzie chociażby data zobowiązania do udostępnienia zasobów jest tożsama z datą zadanego pytania; Odwołujący w treści uzasadnienia dokonywał wykładni pytania, tak jakby pochodziło od niego, a nie podmiotu trzeciego). Niezależnie jednak od tego, nawet jeżeliby uznać, że treści tego maila z dnia 11 stycznia 2016 r. i zawartych w nim pytań i oświadczeń, nie można uznawać za stanowisko Odwołującego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, to wskazana korespondencja stanowi potwierdzenie, że nawet dla producenta liczników, które zaoferował Odwołujący, istota wymogu była zrozumiała. Odwołujący w kwestii przedmiotowego maila sam wskazał, że *„Jest własną interpretacją zapisów SIWZ osoby wysyłającej maila"* (vide: protokół z rozprawy). Skoro przedstawiciel producenta rozumiał wymóg specyfikacji, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego i miało to miejsce na wczesnym etapie postępowania to tylko dodatkowo potwierdza wniosek, że specyfikacja była w tej materii jasna i powinna być zrozumiała także dla Odwołującego, jako podmiotu profesjonalnego i działającego od lat w tej branży.

Izba uznała znaczenie okoliczności wynikających z ww. korespondencji mailowej.

Sam fakt zaistnienia tej korespondencji o treści, jak w złożonym wydruku e-maila, nie był kwestionowany przez Odwołującego. Za istotny dowód Izba uznała także przytoczony przez Zamawiającego pkt 3.4.5.2 – str. 42 Instrukcji obsługi licznika załączonej do oferty Odwołującego, gdzie wyraźnie zastrzeżono, że równoczesna transmisja na interfejsie optycznym i pierwszym interfejsie elektrycznym nie jest możliwa. Za pozbawione znaczenia i wartości dowodowej Izba uznała natomiast dowody przedłożone przez Odwołującego. Odnosiły się one do interfejsu elektrycznego, a nie interfejsu optycznego.

Izba podzieliła także zasadność podstawy wskazanej pod nr 4, dotyczącej niezgodności z wymaganiem z pkt 1.18 załącznika 10 do SIWZ.

W zakresie 4 podstawy faktycznej zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający wskazał w piśmie z dnia 3 lutego 2016 r., że:
„Zgodnie z wymaganiem pkt 1.18 Załącznika 10 do SIWZ: „Licznik musi posiadać możliwość odczytu zarejesrtowanych danych w przypadku uszkodzenia wyświetlacza LCD poprzez interfejs optyczny (optozłącze) według protokołu komunikacyjnego DLMS". Złożona przez Wykonawcę wraz z ofertą próbka licznika nie posiada przedmiotowej funkcjonalności. Podczas prowadzenia czynności badania i oceny ofert po wprowadzeniu do licznika ustawień odpowiednich dla protokołu komunikacyjnego DLMS dla interfejsu optycznego (optozłącza) tj. 8N1, prędkość transmisji 9600b/s Zamawiający otrzymał z oprogramowania serwisowego o nazwie EMH-COMBI-MASTER 2000 (w wersji: Wersja: 02.06.09.014 (EMH)) komunikat o treści: „Komunikacja – timeout". Komunikacja nie została nawiązana w efekcie dane pomiarowe nie zostały odczytane".

Nie powielając argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, które Izba w tym zakresie także podzieliła w całości, warto wskazać dodatkowo, że skoro interfejs optyczny w próbce złożonej przez Odwołującego posiada jedynie modulacje protokołu DLMS – co skutkuje tym, że początkowo komunikacja na tym interfejsie zawsze jest uruchamiana w innym protokole komunikacyjnym, to tym samym logiczne i uzasadnione jest stanowisko Zamawiającego, iż brak jest funkcjonalności pozwalającej na odczytanie danych z interfejsu optycznego według protokołu komunikacyjnego DLMS. Jak wskazał to obrazowo Zamawiający, w tej sytuacji „jeżeli *„pyta się" to urządzenie w protokole DLSM to urządzenie to po prostu nie odpowiada"* (vide: protokół z rozprawy).

Izba krytycznie oceniła przy tym argumentację Odwołującego nakierowaną na wykazanie, że Zamawiający użył niewłaściwego oprogramowania. W pkt 3.3.1 SIWZ wskazano, że wymaga się, aby oferowane statyczne wielostrefowe 4-kwandrantowe liczniki energii elektrycznej klasy dokładności 0,2 spełniały wymagania określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania wykonawca, obok próbki, miał załączyć do oferty także oprogramowanie serwisowe nagrane na nośnik elektroniczny (np. CD/DVD) wraz z instrukcją użytkowania w języki polskim dedykowane do parametryzacji wzorca licznika.

W ocenie Izby, dostarczone przez Odwołującego oprogramowanie, musiało dla prawidłowości oferty, pozwalać na sprawdzenie wymogu z pkt 1.18. To, że Zamawiający wskazał, że oprogramowanie ma być dedykowane do parametryzacji w żaden sposób nie pozwalało na takie rozumienie specyfikacji, że można było nie dołączać oprogramowania, które pozwalałoby na sprawdzenie istnienia wymagań opisanych w Załączniku nr 10 do SIWZ. Całościowe spojrzenie na pkt 3.3.1 SIWZ wskazuje, że oprogramowanie miało także

---

służyć potwierdzeniu spełnienia wymagań określonych w tym załączniku. Należało więc złożyć takie oprogramowanie, które pozwalało na sprawdzenie wymaganych funkcjonalności. Przyjęcie argumentacji Odwołującego, że *„inne jest oprogramowanie do testowania, a inne do odczytywania. Dołączone do oferty oprogramowanie było do używania i parametryzacji"* (vide: protokół z rozprawy) nakazywałoby wniosek, że Odwołujący od razu przy ofercie złożył oprogramowanie nie nadające się do sprawdzenie (przetestowania) wymaganej funkcjonalności. Składanie takiego oprogramowania, gdyby przyjąć wykładnię Odwołującego co pkt 3.3.1.2., podważałoby sens wymogu żądania oprogramowania, które – co zastrzeżono na wstępie pkt 3.3.1 SIWZ – miało być także składane po to, by potwierdzić spełnienie wymagań określonych w Załączniku nr 10. Zamawiający słusznie wskazał w odpowiedzi, że w kontekście takich oświadczeń, oferta Wykonawcy nie powinna zostać w ogóle złożona w

postępowaniu, gdyż jakie jest uzasadnienie do składania oferty z oprogramowaniem, które nie ma zaimplementowanej funkcjonalności pozwalającej na sprawdzenie wymagań postawionych w Załączniku nr 10 do SIWZ.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nakazywał przy tym przyjęcie, że problem nie leży w braku funkcjonalności dołączonego oprogramowania – Zamawiający wskazał, że na str. 99 Instrukcji obsługi licznika, załączonej do oferty Odwołującego, dla oprogramowania EMH-COM, jak i EMH-COMBI MASTER 2000 przewidziano, jako jedne z najważniejszych funkcji, m.in. odczytywanie danych pomiarowych – lecz związany jest z tym, że interfejs optyczny w próbce dostarczonej przez Odwołującego nie posiada protokołu komunikacyjnego DLMS tylko jego modulacje (Mode E). W myśl zaś wymogu z pkt 1.18 Załącznika nr 10 to właśnie według protokołu DLMS powinna istnieć możliwość odczytu danych poprzez interfejs optyczny.

Dowody złożone przez Odwołującego w zakresie tej podstawy Izba oceniła analogicznie, jak przy omówieniu podstawy nr 3.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że w niniejszym postępowaniu próbce przypisany został szczególnych charakter. W ocenie Izby składana próbka wypełniała treść oferty, stanowiła zmaterializowaną postać oświadczenia woli wykonawcy o zamiarze zaoferowania produktu o takich cechach i funkcjonalnościach, jakie składane próbka właśnie posiadała. Powyższą ocenę Izba wywodzi z treści formularza oferty, gdzie wykonawca podawał w istocie typ licznika odpowiadający próbce, ale przede wszystkim z tego, że w pkt 3.3.1.1. SIWZ, Zamawiający wskazał, iż *„Próbka dostarczona przez wykonawcę, z którym Zamawiający zawrze umowę stanowić będzie wzorzec dla liczników dostarczanych przez*

tego wykonawcę w ramach realizacji umowy”. W konsekwencji to, co prezentowała złożona próbka było tym, co wykonawca miał następnie dostarczać Zamawiającemu.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że niedopuszczalne jest traktowanie w tym przypadku próbki jedynie w kategorii dokumentów o charakterze przedmiotowym i niedopuszczalne jest stosowanie art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro złożona próbka określonych funkcjonalności i wymagań technicznych nie spełniała to przyzwolenie na uzupełnianie tego „dokumentu”, czy zamianę na inną próbkę, prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany lub uzupełnienia treści oferty po terminie składania ofert. Brak było również podstaw do stosowania art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. W tym przypadku nie zaistniały wątpliwości, których wyjaśnienie wymagałoby informacji od wykonawcy. Próbka Odwołującego posiada funkcjonalności, ale nie takie, jakie wynikają z treści specyfikacji (dotyczy to funkcjonalności omówionych w zakresie podstawy 2, 3 i 4). Ewentualne wyjaśnienia nie doprowadziłyby do „uzdrowienia” próbki. Odwołujący dla obrony swojej oferty podjął próbę przekonania o innej treści wymogu, niż przyjął Zamawiający. Jak wskazano wcześniej Izba nie znalazła jednak podstaw, by podzielić stanowisko prezentowane przez Odwołującego.

Odnośnie wniosków Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, Izba na rozprawie postanowiła ich nie uwzględniać.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 190 ust. 4 Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Jak wynika z powyższego dowód z opinii biegłego jest dopuszczalny, gdy niezbędne jest to dla ustalenia stanu faktycznego. W tej sprawie stan faktyczny był jasny i mógł zostać ustalony bezpośrednio na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, bez potrzeby sięgania do wiedzy specjalistycznej. Jasne było przede wszystkim to, że próbka licznika Odwołującego nie spełniała wymagań z pkt 1.10, 1.15, 1.18 załącznika nr 10 do SIWZ, w taki sposób, w jaki wymagania te wynikały z treści specyfikacji, a nie według wykładni prezentowanej przez Odwołującego.

Z tych też względów Izba oddaliła przedmiotowe wnioski dowodowe, na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, gdyż fakty, do których wnioski te referowały zostały ustalone innymi

dowodami i nie istniała w tej materii konieczność posiadania wiadomości specjalnych, a ponadto wnioski te zostały powołane jedynie dla zwłoki.

W zakresie podstawy 1 oraz 5 brak było podstaw do uznania działań Zamawiającego za prawidłowe. Niezależnie od uwag, jakie można w tej części odnieść do procedowania Zamawiającego i wskazanego uzasadnienia swojej decyzji, to nie mogło to zmienić kierunku rozstrzygnięcia Izby, gdyż wskazane powyżej podstawy uznania oferty za niezgodną ze specyfikacją były zdaniem Izby zasadne i należycie wykazane przez Zamawiającego.

Odnośnie podstawy nr 1 to Izba uznała, argumentację Odwołującego, jak również złożony dowód. Ponadto, w ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego jest wyrazem nadmiernego formalizmu. Sprowadzało się ono do tego, że z uwagi na podanie przez wykonawcę nr fabrycznego 05380144 i złożenie Świadectwa Wzorcowania dla licznika o nr fabrycznym 5380144, Zamawiający uznał de facto, że wykonawca nie złożył Świadectwa Wzorcowania dla oferowanego licznika.

Wykonawca przedstawił Zamawiającemu rzeczowe powody tego stanu rzeczy i Zamawiający miał podstawy do tego, by uznać, że złożone Świadectwo zostało wystawione dla tego licznika, którego próbkę złożono w ofercie. Zamawiający wskazywał, że znaki w postaci cyfry „0" umieszczone przed innymi cyframi, mają krytyczne znaczenie dla systemów informatycznych. Z punktu widzenia identyfikacji licznika numery 05380144 i 5380144 są różnymi numerami identyfikującymi różne urządzenia. Jednak te kwestie i ewentualne trudności dla Zamawiającego nie zostały wskazane w treści pkt. 1.1. Załącznika nr 10 do SIWZ, na którym oparł się Zamawiający.

Odnośnie podstawy nr 5 wskazanej przez Zamawiającego, jako uzasadnienie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba wskazuje, że pkt 1.36 Załącznika nr 10 do SIWZ brzmi: *„Licznik musi posiadać możliwość zaprogramowania pomiaru po stronie pierwotnej i wtórnej przekładników pomiarowych".* Z uzasadnienia wskazanego przez Zamawiającego wynika, że głównym powodem uznania oferty za niezgodną z powyższym wymogiem, nie było w istocie to, że licznik takiej możliwości faktycznie nie ma, lecz to, że oprogramowanie wprowadziło Zamawiającego w błąd. Z treści pkt 1.36 Załącznika nr 10 nie wynika jednak nic, co by odnosiło się do wprowadzania w błąd. Jest to o tyle wadliwa podstawa, gdy weźmie się dodatkowo pod uwagę, że sam Zamawiający wskazał w zawiadomieniu na to, że licznik jednak przyjął ustawienia – głównym problemem nie był więc techniczny brak możliwości zaprogramowania, lecz to, że oprogramowanie mogło wprowadzać użytkownika w błąd. W tym zakresie Zamawiający powinien był umożliwić wykonawcy ustosunkowanie się do zaistniałego błędu, korzystając z art. 87 ust. 1 Pzp.

Powyższe uwagi, co do przyjętej przez Zamawiającego podstawy nr 1 i 5 nie mogły zmienić końcowego wyniku sprawy, a więc uznania, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż zastosowanie tego przepisu znajduje oparcie w podstawach nr 2, 3 i 4. W kontekście uznania zasadności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba za niezasługujące na uwzględnienie uznała zarzuty dotyczące naruszenia pozostałych przepisów wskazanych w petitum odwołania.

Jednocześnie Izba podkreśla, że poza zakresem oceny musiały pozostać te wszystkie argumenty, w których Odwołujący koncentrował się na samej procedurze badania próbki, jaką w tym postępowaniu przyjął Zamawiający.

Zamawiający wskazał pkt 3.3.1.1., że dostarczona próbka zostanie poddana badaniom technicznym przez Zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności ich parametrów z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 10 do SIWZ. W aktach sprawy znajdują się protokoły badania technicznego, prezentujące wynik na zasadzie: spełnia/nie spełnia.

To Zamawiający jest podmiotem dokonującym badania oferty. Nie można przypisywać Zamawiającemu bądź to niewiedzy, bądź złej woli, tylko na podstawie tego, że protokół badania technicznego nie prezentuje w sposób szczegółowy dojścia do stwierdzonych wyników. Oczywiście, Zamawiający ma prawo dopuścić bądź to prezentację,

bądź inną formę uczestnictwa wykonawców w ocenie oferty.

W tym postępowaniu na etapie ogłoszenia treści specyfikacji Odwołujący mógł podnosić żądania bardziej szczegółowego opisania sposobu badania technicznego i sposobu udokumentowania wyników badań. Podstawę tego rodzaju żądań mogłaby stanowić wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jawność postępowania, będąca fundamentalną zasadą postępowania o zamówienie publiczne. Jej wyrazem jest prawo wykonawców do wglądu ofert konkurencyjnych i transparentność postępowania, pozwalająca zainteresowanym wykonawcom na dostęp do dokumentów postępowania, w takim zakresie i kształcie, jaki był przedmiotem oceny dokonywanej przez Zamawiającego. Wynika z niej obowiązek udokumentowania dokonywanych przez zamawiającego czynności, a następnie udostępnienia dokumentów zainteresowanym wykonawcom, jeśli tylko taką chęć wyrażą. Obowiązek ten nie doznaje ograniczenia w odniesieniu do próbki, (innego, aniżeli ustawowe ograniczenia, takie jak wynikające z tajemnicy przedsiębiorstwa), skoro próbka stanowi element oferty i służy do jej oceny. Próbka w danym postępowaniu może mieć różny przedmiot – może nim być rzecz,

poddawana oględzinom i namacalnemu badaniu pod względem określonych cech fizykochemicznych lub jej walorów użytkowych, może polegać na zaprezentowaniu określonego działania lub procesu, a nawet mieć postać pokazu umiejętności osób, które będą świadczyć określoną usługę. Próbka służy bowiem namacalnemu, empirycznemu zbadaniu oferty, stanowi najbardziej bezpośrednią formę jej oceny. Udokumentowanie badania oferty i składającej się na nią próbki powinno jak najdokładniej oddawać przebieg czynności, które dały podstawę określonej jej oceny, co może być trudne, jeśli badanie polega nie tylko na oględzinach przedmiotu próbki, ale polega przede wszystkim na sprawdzeniu jej działania, zbadaniu jej w określonej aktywności. W takim wypadku nawet najbardziej wierny i szczegółowy opis dokonanych czynności i ich rezultatów będzie jedynie reasumpcją dokonanych spostrzeżeń osób dokonujących obserwacji i sporządzających ewentualny protokół. Wykonawcy zarazem nie przysługuje prawo żądania innego udokumentowania tej czynności aniżeli w formie protokołu, nawet jeśli byłoby ono wygodniejsze, czy w bardziej optymalny sposób pozwalało na zapis dokonywanych czynności.

Niezależnie jednak od sfery udokumentowania czynności badania próbki, niejednokrotnie charakter próbki a także sposób jej badania, to jest gdy będzie ono polegało nie jedynie na oględzinach ale także na sprawdzeniu jej działania, przemawia za uznaniem, że realizacja zasady jawności poprzez samo tylko zapoznanie się z protokołem dotyczącym dokonanych bez udziału wykonawców czynności, nie będzie spełniona. Jeśli bowiem przedmiotem próbki jest rzecz, której badanie ma charakter statyczny, polegający na oględzinach, to każdorazowo zapoznanie się z przedmiotem próbki, a także dotyczącym jej badania protokołem będzie prowadziło do tych samych rezultatów, zaś dokonane następczo zapoznanie się z przedmiotem próbki, co do zasady, powinno doprowadzić do tego samego rodzaju doznań poznawczych, jakie miało miejsce w trakcie badania próbki. Inaczej jest jednak, gdy przedmiotem badania nie jest rzecz, ale określone działanie: testowanie działania sprzętu czy sprawdzenie jego funkcjonalności i procesów. Każde badanie, które ma za przedmiot pewien proces, jakąś aktywność a nie jedynie namacalnie dające się poznać cechy i właściwości fizyczne przedmiotu, będzie aktem niepowtarzalnym. Badanie próbki polegające na jej uruchomieniu, sprawdzeniu jej działania i zbadanie funkcjonalności i realizacji określonych procesów będzie miało postać już nie oględzin statycznego przedmiotu próbki, ale swego rodzaju eksperymentu, zwyczajowo określanego prezentacją lub demonstracją systemu. W takim wypadku czynność badania ma charakter niepowtarzalny i nie dający się powtórzyć dokładnie tak samo, jak miało to miejsce w trakcie jego dokonywania przez zamawiającego. Każda próba zrekonstruowania przebiegu

poddawanego ocenie procesu będzie miała charakter pośredni i odtwórczy w stosunku do tego, co stanowiło podstawę określonych wniosków osób dokonujących oceny (vide: uzasadnienie wyroku KIO z dnia 17 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2578/15, KIO 2580/15, KIO 2585/15).

Zastrzeżenia, co do sposobu badania próbki, potrzeby uczestnictwa bądź asysty

wykonawców, czy też inne kwestie dotyczące przyjętej procedury badania i sposobu dokumentowania wyników tych badań, Odwołujący mógł – chociażby w kontekście zasady jawności – podnosić na wcześniejszym etapie. Obecnie, wszystkie te argumenty Izba musiała uznać za spóźnione i nie przydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odnośnie zarzutów skierowanych wobec oferty Przystępującego Izba wskazuje, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W realiach tej sprawy spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp mogło odnosić się tylko do czynności odrzucania oferty Odwołującego. Tylko ta czynność Zamawiającego mogła bowiem narazić wykonawcę na szkodę. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp wymaga kumulatywnego spełnienia przesłanki interesu i poniesienia bądź zagrożenia szkodą. Tutaj to nie wybór oferty Przystępującego, lecz jedynie odrzucenie oferty Odwołującego było źródłem, z którego wynikała i w którym zamykała się jednocześnie przesłanka w postaci możliwości poniesienia szkody. Samo ewentualne przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania, skoro oferta ta była tańsza, eliminowałoby zagrożenie możliwości poniesienia szkody, niezależnie od tego, co stałoby się z ofertą Przystępującego. Powyższe zwalniało w istocie Izbę z obowiązku merytorycznej oceny zarzutów skierowanych wobec oferty Przystępującego. Odwołujący podkreślał, że nie dąży do unieważnienia postępowania, tylko do wyboru swojej oferty – dla tego zaś wystarczające i jedynie możliwe było kwestionowanie decyzji Zamawiającego względem swojej oferty.

Niezależnie od powyższego, także w zakresie zarzutów postawionych ofercie Przystępującego, Izba nie stwierdziła, by zasługiwały one na uwzględnienie. Zamawiający oraz Przystępujący przedstawili, w odniesieniu do każdej z pozycji, rzeczowe i przekonujące argumenty przemawiające za zgodnością oferty Przystępującego z treścią specyfikacji. W zakresie wyspecyfikowanych przez Odwołującego pozycji Izba uznała przy tym, że w dużej mierze podstawy do twierdzeń o niezgodności zostały oparte na własnej, subiektywnej interpretacji treści specyfikacji. Złożone przez Odwołującego dokumenty także nie stanowiły materiału dowodowego, który jednoznacznie nakazywałby uznanie, że określony wymóg

---

techniczny nie został faktycznie spełniony. W wyroku z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 70/15, Izba wskazała, że *„Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie tego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ”.* Odwołujący nie udowodnił swoich tez ponad wszelką wątpliwość, a złożone dowody należało ocenić krytycznie, także w świetle rzeczowej argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, odnoszącej się do braku wartości dowodowej złożonych dokumentów.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……