

Sygn. akt: KIO 919/12
KIO 932/12

WYROK
z dnia 21 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 6 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: UAB "Elgama-Elektronika", Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., Pl. Kombatantów 2, 58-100 Świdnica,**
- B. w dniu 7 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZPUP Energozam Sp. z o.o., PPHU Limes s.j. Cz. Tumin, E. Piątek, ul. Zagłoby 5, 22-400 Zamość,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S. A Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-470 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **JM-TRONIC Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33, 00-379 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 919/12 i KIO 932/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: UAB "Elgama-Elektronika", Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., Pl. Kombatantów 2, 58-100 Świdnica** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 932/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. A. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 919/12,
- B. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 932/12,

1

-
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: UAB "Elgama-Elektronika", Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., Pl. Kombatantów 2, 58-100 Świdnica** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZPUP Energozam Sp. z o.o., PPHU Limes s.j. Cz. Tumin, E. Piątek, ul. Zagłoby 5, 22-400 Zamość, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: UAB "Elgama-Elektronika", Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., Pl. Kombatantów 2, 58-100 Świdnica** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ZPUP Energozam Sp. z o.o., PPHU Limes s.j. Cz. Tumin, E. Piątek, ul. Zagłoby 5, 22-400 Zamość** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 919/12

Uzasadnienie

Zamawiający: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, ul. Marsa 95, 04-470 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę 38775 szt. nowych, statycznych, legalizowanych, 3-fazowych liczników do pomiaru energii elektrycznej wraz z oprogramowaniem na potrzeby PGE Dystrybucja S. A. Oddział Warszawa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 42-068894 w dniu 1 marca 2012 r.,

Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2012 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający jednocześnie zawiadomił wykonawców o odrzuceniu ofert, w tym odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum firm – UAB Elgama-Elektronika i Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Świdnicy oraz oferty złożonej przez Zamojskie Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ENERGOZAM Sp z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LIMES Czesław Tumin Ewa Piątek Spółka jawna z siedzibą lidera w Zamościu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

A sygn. akt KIO 919/12

Odwolujący: Konsorcjum firm – UAB Elgama-Elektronika i Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

1. czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego oraz uznania tej oferty za nieważną i nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,;
2. zaniechania czynności wezwania do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp,
3. czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
4. zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, z uwzględnieniem wezwania do złożenia wyjaśnień, co do treści złożonej oferty, w zakresie ustalonym przez zamawiającego, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,
2. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W informacji o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 26 kwietnia 2012 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1. Wymogiem zamawiającego określonym w Rozdz. II, podrozdz. II, ust. 1, pkt 18 siwz było – aby liczniki były odporne na działanie zewnętrznego pola magnetycznego w granicach określonych w normach odpowiednio dla klasy licznika PN-EN 62053-21 lub PN-EN 62053-22. Każde oddziaływanie polem magnetycznym przekraczającym granice 500 mT powinno być wykazywane przez liczniki i widoczne gołym okiem oraz rejestrowane w logu zdarzeń ze znacznikiem czasu wystąpienia i zaniku oddziaływania.

Po przeprowadzeniu badań na próbkach oferowanych urządzeń stwierdzono, iż licznik po przyłożeniu magnesu o indukcji magnetycznej na jego powierzchni poniżej 500 mT wyłącza się i nie wskazuje sygnałem widocznym gołym okiem faktu oddziaływania polem magnetycznym.

2. Wymogiem zamawiającego określonym w Rozdz. II, podrozdz. II, ust. 3, pkt 16 siwz było, aby liczniki były odporne na oddziaływanie zewnętrznym polem magnetycznym o wartości indukcji magnetycznej wyższej niż określona dla wielkości wpływających w normie PN-EN 62053-21. Po przyłożeniu do dowolnego fragmentu osłony licznika magnesu neodymowego o wartości indukcji magnetycznej do 500 mT błędy graniczne dopuszczalne wskazań licznika nie mogły przekraczać wartości określonych w zał. Nr 1 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 11, poz. 63).

Po przeprowadzeniu badań na dostarczonych próbkach oferowanych urządzeń stwierdzono, iż licznik po przyłożeniu magnesu o indukcji magnetycznej na jego powierzchni poniżej 500 mT

wyłącza się i nie mierzy oraz nie rejestruje energii i mocy (błąd 100 %)".

Odwolujący oświadczył, że próbki liczników dołączone do oferty zostały przebadane przez wykonawcę na odporność na działanie zewnętrznego pola magnetycznego o wartości indukcji magnetycznej wyższej niż określona dla wielkości wpływających w normie PN-EN 62053-21. Po przyłożeniu do dowolnego fragmentu osłony licznika magnesu neodymowego o wartości indukcji magnetycznej wyższej niż 500 mT błędy dopuszczalne wskazań licznika nie przekraczają wartości określonych w zał. Nr 1 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 11, poz. 63), tym samym należy stwierdzić, że liczniki w pełni spełniają wymagania zamawiającego. Odwołujący załączył do odwołania protokół z badań liczników oraz certyfikat akredytacji laboratorium nr LA.01.086 - zał. Nr 1b.

Odwolujący podniósł, że zamawiający opisał w siwz magnes neodymowy podając jego nazwę ogólną oraz wartość indukcji magnetycznej „do 500 mT”. Stosując się ściśle do postanowienia siwz, odwołujący z najwyższą starannością przygotował liczniki odporne na

4

działanie pola magnetycznego magnesu neodymowego, charakteryzującego się indukcją magnetyczną większą od 500 mT. Użycie do testów odporności liczników na oddziaływanie zewnętrznym polem magnetycznym, magnesu o indukcji magnetycznej przekraczającej 500 mT, było gwarancją spełnienia wymagania z bezpiecznym zapasem (wartość zmierzona indukcji magnetycznej magnesu, którym testowano próbki załączone do oferty, wynosiła 510 mT). Po wykonaniu prób liczniki załączone do oferty w 100% spełniają wymagania opisane w punkcie 18, ust. 1, podrozdział II, rozdział II oraz punkcie 16 Rozdz. II, podrozdz. II, ust. 3 siwz. Odwołujący załączył kartę informacyjną magnesu użytego do testów na oddziaływanie zewnętrznego pola magnetycznego.

Odwolujący podniósł ponadto, że czynność badania i oceny oferty oraz jej odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest niezrozumiała, ponieważ w poprzednim postępowaniu o numerze 776/11/BU/UP -zadanie nr 2, unieważnionym na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, oferta odwołującego była ważna - została uznana za ofertę najkorzystniejszą. Treść siwz w obu przetargach jest tożsama. Odwołujący dostarczył próbki liczników o tej samej konstrukcji. Odwołujący posiada informację, że magnes, którym posłużył się tym razem zamawiający do wykonania testu na oddziaływanie zewnętrznego stałego pola magnetycznego, jest magnesem neodymowym o indukcji magnetycznej ok. 450 mT o większych wymiarach (100 mm x 50 mm x 45 mm) niż magnes poprzednio zastosowany. Odwołujący zwrócił uwagę, iż kształt, gabaryty i ciężar magnesu mają większe znaczenie na generowane przez magnes linie pola magnetycznego niż jego indukcja magnetyczna. Zamawiający nie określił w siwz gabarytów, kształtu, ciężaru oraz szczegółowych właściwości magnetycznych magnesu, którym zamierzał testować liczniki. Zamawiający musiał wiedzieć lub zachowując należyta staranność wiedzieć powinien, że wykonawca może przygotować próbki liczników w pełni spełniające wymagania opisane w siwz, odporne na działanie magnesu neodymowego o indukcji magnetycznej wskazanej przez zamawiającego, lecz o innych gabarytach, kształcie, ciężarze i właściwościach magnetycznych, niż magnes użyty do testów.

Odwolujący podkreślił, że zamawiający nie skorzystał z prawa do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty lecz arbitralnie stwierdził, że próbki liczników nie spełniają wymagań. Skutkiem powyższego braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający uchybił art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwolujący zwrócił uwagę, że działanie na licznik polem magnetycznym jest sygnalizowane na LCD oraz rejestrowane w dzienniku zdarzeń z datą i czasem początku i końca działania pola oraz z rejestracją stanów liczydeł dla tych zdarzeń. W ten sposób zamawiający ma zawsze możliwość oceny czy odbiorca nie ingerował w poprawność pomiaru energii. Zdaniem odwołującego, ze względu na tę funkcjonalność licznika zamawiający świadomie nie określił w siwz wszystkich parametrów magnesu, gdyż zawsze istnieje

5

możliwość użycia magnesu o takich parametrach, które spowodują zakłócenie pracy licznika. Odwołujący zaznaczył, że na zamawiającym ciąży obowiązek szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający chcąc uzyskać dostawę liczników odpornych na magnesy o bardzo dużych gabarytach i ciężarze powinien zamieścić stosowny zapis w siwz.

W ocenie odwołującego zamawiający powinien uznać wymaganie za spełnione. Niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, nie pozwolił odwołującemu zorientować się, co stanowi istotę w wymaganiu zawartym w punkcie 18 ust. 1 podrozdział II rozdział II. Działanie takie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 Pzp) w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503). Z uwagi na fakt niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia należy w tym wypadku sporne kwestie interpretować na korzyść wykonawcy, gdyż zachodzą okoliczności godzące w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie – wnioś o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Postanowienia zawarte w Rozdziale II. Warunki formalne i techniczne, które muszą spełniać liczniki w pkt 2 ppkt 11, pkt 1 ppkt 18, pkt 3 ppkt 16 w sposób jednoznaczny określają, że dostarczone wraz z ofertą 2 egzemplarze próbek oferowanego urządzenia muszą spełniać wymienione w nich wymagania dotyczące zabezpieczenia liczników przed oddziaływaniem zewnętrznym polem magnetycznym, których skutkiem może być zafalszowanie wskazań licznika. Zamawiający ustalił w przywołanych powyżej punktach siwz szczegółowe minimalne wymagania w zakresie odporności oferowanych liczników na oddziaływanie zewnętrznym polem magnetycznym. W trakcie postępowania odwołujący nie zgłosił żadnych uwag ani próśb o wyjaśnienie treści siwz. Postanowienia powyższe w sposób jednoznaczny określają, że:

- oferowane liczniki powinny być odporne na oddziaływanie zewnętrznego pola magnetycznego w granicach określonych w przywołanych normach;
- każde oddziaływanie polem magnetycznym przekraczającym granice 500 mT powinno być wykazywane przez liczniki i widoczne „gołym okiem” oraz rejestrowane w logu zdarzeń ze znacznikiem czasu wystąpienia i zaniku oddziaływania;
- liczniki powinny być odporne na oddziaływanie zewnętrznym polem magnetycznym o wartości indukcji magnetycznej wyższej niż określona w przywołanych normach.

Zamawiający wymaga jednocześnie aby po przyłożeniu do dowolnego fragmentu osłony licznika magnesu neodymowego o wartości indukcji magnetycznej do 500 mT dopuszczalne błędy graniczne licznika nie przekraczały wartości określonych w przywołanym rozporządzeniu.

6

Zamawiający wyjaśnił, iż badania próbek dostarczonych przez odwołującego w postępowaniu 776/11/BU/UP, jak również badania próbek w postępowaniu przedmiotowym zostały przeprowadzone w tym samym punkcie legalizacyjnym Urzędu Miar zlokalizowanym w laboratorium wzorującym zamawiającego, przy wykorzystaniu tego samego magnesu neodymowego o wymiarach 100 mm x 50 mm x 45 mm. Maksymalna zmierzona przez zamawiającego indukcja magnetyczna na powierzchni zastosowanego do badań magnesu neodymowego wyniosła 422 mT (co stanowi 84,4 % wymaganego progu 500 mT poniżej którego dopuszczalne błędy graniczne licznika nie powinny przekraczać wartości określonych w przywołanym rozporządzeniu). Pomiar indukcji magnetycznej na powierzchni użytego do badań magnesu neodymowego wykonano miernikiem indukcji magnetycznej typu SMS-102 posiadającym świadectwo wzorcowania wydane przez Prezesa Głównego Urzędu Miar.

Na podstawie przeprowadzonych badań zamawiający stwierdził, że załączone do oferty próbki urządzeń nie spełniają wymagań określonych w siwz w pkt 1 ppkt 18 oraz pkt 3. ppkt 16, ponieważ po przyłożeniu do osłon liczników magnesu neodymowego o indukcji magnetycznej poniżej 500 mT liczniki wyłączają się, tj. nie mierzą przepływającej przez licznik energii elektrycznej (błąd wskazań licznika wynosi 100%) oraz nie będą mogły sygnalizować w sposób widoczny „gołym okiem” oddziaływania polem magnetycznym przekraczającym granicę 500 mT jeżeli wyłączają się już po przyłożeniu do osłony magnesu neodymowego o indukcyjności poniżej 500 mT. Przeprowadzenie powyższych badań i jego wyniki zamawiający udokumentował fotografiami oraz nagraniem filmowym.

Replikując zarzuty odwołującego zamawiający wyjaśnił, iż we wcześniejszym postępowaniu uznał ofertę odwołującego za poprawną od strony jakościowo – technicznej. Wskazał, iż w powoływanym postępowaniu 776/11/BU/UP wykonawca załączył do oferty liczniki G3B.143 z legalizacją z 2011 r. i o znamionowym prądzie maksymalnym 80 A. Natomiast próbki załączone przez odwołującego do oferty w przedmiotowym postępowaniu to

liczniki G3B.144 z legalizacją z roku 2012 i o znamionowym prądzie maksymalnym 100A. Próbkę dostarczone do obu postępowań nie były tymi samymi ani też takimi samymi licznikami..

Odnosząc się do zarzutu, iż zamawiający nie określił rozmiaru magnesu neodymowego używanego do testów, zamawiający podniósł, iż jego celem było otrzymanie produktu odpornego na działanie magnesu neodymowego o określonej indukcji magnetycznej. Zamawiający nie ma wiedzy o wymiarach magnesów, którymi mogą posłużyć się osoby chcące zafałszować odczyt ilości pobranej energii. Z tej przyczyny zawieranie w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowych danych dot. wymiarów było niezasadne. Zamawiający podniósł, iż wykonawca na etapie ogłoszenia o zamówienia nie złożył zapytania dot. ww. kwestii przyjmując warunki zamawiającego.

Zamawiający podniósł, iż w toku badania oferty odwołującego nie zaszła konieczność wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Zamawiający badając

7

obydwie próbki liczników jednoznacznie stwierdził, iż nie spełniają one podstawowych wymogów technicznych przedmiotu zamówienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, a w konsekwencji 89 ust. 1 pkt 2 i 91 ust. 1 Pzp należy uznać za nieuzasadniony.

Zamawiający wyjaśnił ponadto, iż wszyscy wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu traktowani byli jednako z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równym dostępem do informacji.

B. sygn. akt KIO 932/12

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Zamojskie Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ENERGOZAM Sp z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LIMES Czesław Tumin Ewa Piątek Spółka jawna z siedzibą w Zamościu wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W dniu 26 kwietnia 2012 r. odwołujący otrzymał informację o rozstrzygnięciu postępowania. Wyjaśnił, iż złożył ofertę najtańszą, a jedynym kryterium oceny ofert była cena. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty, której treść odpowiada treści siwz, tj. spełnione zostały wszystkie wymogi zamawiającego;
- art. 26 ust 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia próbek lub art. 26 ust 4 Pzp, przez brak wyjaśnienia wątpliwości co do dostarczonych próbek;
- art. 91 ust 1 Pzp, przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu oraz dokonanie badania i oceny ofert w sposób nieopisany w siwz;
- art. 92 ust 1 pkt 2 Pzp, przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty oraz powtórzenia oceny ofert.

Zamawiający uznał, że oferta odwołującego jest niezgodna z następującymi wymaganiami odnoszącymi się do liczników:

1. rozdział II, podrozdział II ust 1 pkt 9 „
2. postanowienie rozdziału II, podrozdział II ust 3 pkt 13 "połączenie obwodów prądowych i napięciowych chronione cechą legalizacyjną lub zabezpieczającą MID",
3. rozdział II, podrozdział II ust 3 pkt 19 dotyczące opisu kodów oraz wielkości na obudowie licznika,

a ponadto

4. uchybienia w zakresie złożonych polis ubezpieczenia OC.

Odwołujący w odniesieniu do poszczególnych zarzutów podniósł, co następuje.

8

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w rozdziale II siwz. Na potwierdzenie spełnienia wymienionych wymagań zamawiający wymagał przedstawienia oferty składającej się m.in. z:

- formularza oferty, w którym zawarte zostały oświadczenia o zgodności przedmiotu zamówienia z wymaganiami siwz,
- decyzjami Prezesa Głównego Urzędu Miar o zatwierdzeniu typu i certyfikaty wydane

przez akredytowaną jednostkę lub laboratorium badawcze lub certyfikaty zgodności MID dla oferowanych liczników (rozdział IV pkt II, ppkt 1.3 siwz),

- dwa egzemplarze wzoru oferowanego licznika (rozdział IV pkt II, ppkt 1.3 siwz).

Odwolujący wyjaśnił, że jego oferta zawiera wszystkie ww. wymagane elementy.

Zgodnie z zapisem rozdziału II, podrozdział II ust 1 pkt 9 zamawiający wymagał:

„licznik powinien mieć obudowę przystosowaną do nałożenia cech zabezpieczających (MID) w taki sposób, by wewnętrzne elementy licznika były dostępne jedynie po zniszczeniu wyżej wymienionych cech”.

Zdaniem odwołującego licznik zaoferowany przez odwołującego posiada obudowę przystosowaną do nałożenia cech zabezpieczających w taki sposób, by wewnętrzne elementy licznika były dostępne jedynie po zniszczeniu wyżej wymienionych cech, co potwierdza m.in. złożona wraz z ofertą Decyzja nr ZT74/2006 Prezesa Głównego Urzędu Miar zatwierdzająca typ liczników DTSD 545. W decyzji stwierdza się, iż „liczniki spełniają wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 10 lutego 2004 r. w sprawie wymagań metrologicznych, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej prądu przemiennego klasy dokładności 0,2; 0,5; 1 i 2.”. W wymienionym rozporządzeniu zaś § 4. ust 1. stanowi, że „Obudowa licznika powinna umożliwiać nałożenie cechy legalizacyjnej w taki sposób, aby wewnętrzne części licznika były dostępne tylko w przypadku naruszenia cechy”. Decyzja powyższa potwierdza zatem spełnienie wymagań zamawiającego. Decyzja wskazuje również, gdzie należy umieścić cechę legalizacyjną (tj. na wkręcie mocującym osłonę licznika do jego podstawy) oraz w jaki sposób - (aby dostęp do wewnętrznych części licznika był możliwy tylko w przypadku uszkodzenia albo zniszczenia tej cechy). Liczniki dostarczone przez konsorcjum jako próbki, to liczniki typu DTSD 545, które podlegały badaniu przez Prezesa Głównego Urzędu Miar.

Odwolujący zauważył, że zamawiający czynność odrzucenia oferty uzasadnił wykonaniem badania próbek, przy czym w siwz zamawiający nie opisał, w jaki sposób będzie tego badania dokonywał. Informacji tej nie podano także w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania, co uniemożliwia odwołującemu ocenę poprawności czynności badania i oceny ofert. Powyższe narusza przepis art. 92 ust 1 Pzp. (por. wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2011 r. sygn. akt 2503/11 oraz wyrok z dnia 11 sierpnia 2011 r. sygn KIO 1620/11, 1625/11).

9

Ponadto, odwołujący zauważył, że wymóg zawarty w rozdziale II, podrozdział II ust 3 pkt 13 "połączenie obwodów prądowych i napięciowych chronione cechą legalizacyjną lub zabezpieczającą MID" został także spełniony. Dostarczone liczniki mają założoną plombę legalizacyjną w wymaganym miejscu. Ze względu na brak podania informacji co do sposobu badania próbki, wyników, odwołujący może się jedynie domyślać, że wskazane uzasadnienie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące obudowy może dotyczyć otworu w części przeznaczonej na umieszczenie zapasowych baterii. Jest to otwór o wielkości 0,5 x 1 cm, który jest zabezpieczany zaślepką. W dostarczonych jako próbki licznikach zaślepki te nie zostały omyłkowo włożone. Dostęp przez ww. otwór nie jest jednak możliwy, ze względu na to, że:

1. na otwór zakładana jest osłona skrzynki zaciskowej, która jest plombowana plombami zakładu energetycznego;
2. otwór ten zabezpieczony jest specjalną zaślepką samozatraskową, która jest możliwa do usunięcia jedynie po zdjęciu plomb legalizacyjnych i rozebraniu licznika - nie istnieje więc możliwość dostępu przez otwór zabezpieczony zaślepką przez osobę nieuprawnioną bez naruszenia cech zabezpieczających. Jak już wspomniano - zaślepki nie zostały omyłkowo założone do próbek przekazanych zamawiającemu, o czym zamawiający został poinformowany niezwłocznie po zauważeniu omyłki;
3. zarzut możliwości rozwarcia mostka jest bezpodstawny, wprawdzie można „dotknąć” mostek przez wspomniany otwór, ale użycie jakichkolwiek narzędzi do rozwarcia jest niemożliwe ze względu na usytuowanie mostka (mostek znajduje się po skosie, patrząc od góry, od otworu);
4. otwór jest zbyt mały, aby można było skorzystać ze specjalnych narzędzi do ingerencji we wnętrze licznika bez naruszenia plomb.

Nawet gdyby przyjąć, że dostarczone próbki licznika nie pozwalają na zabezpieczenie przed nieuprawnioną ingerencją w jego wnętrze bez naruszenia cech zabezpieczających, to próbki złożone w postępowaniu podlegają regułom uzupełnienia

dokumentów, zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp.

Zamawiający w rozdziale IV pkt II, ppkt 1.3 siwz wskazał, że „Wykonawca bezwzględnie zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą dwa egzemplarze wzoru oferowanego licznika wraz z wymaganym oprogramowaniem oraz innymi akcesoriami - w celu wykonania badań zgodności z wymaganiami niniejszej siwz”. Zamawiający miał obowiązek zwrócić się o uzupełnienie próbek, skoro przedstawione - zawierały błędy (w postaci złożenia próbek bez zaślepek otworu pojemnika na dodatkowe baterie).(por. wyrok KIO z dnia 19 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1265/09). Zamawiający mógł również wszcząć procedurę wyjaśnienia wątpliwości co do dostarczonych próbek na podstawie art. 26 ust 4 Pzp.

10

Zamawiający w rozdziale II, podrozdział II ust 3 pkt 19 siwz wymagał, aby dostarczane liczniki zawierały objaśnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów w standardzie OBIS, umieszczone w sposób trwały i czytelny na obudowie licznika, zawierające kod oraz opis wielkości w następujących pozycjach: tiret szóste - energia bierna suma, tiret ósme energia bierna w strefach. Zamawiający zarzucił ofercie odwołującego - brak na tabliczce znamionowej opisu dla energii biernej oddanej. Odwołujący podniósł, że na dostarczonych licznikach znajdują się wymagane objaśnienia:

- kod 3.8.0. energia bierna suma
- kod 3.8.1. energia bierna w T1
- kod 3.8.2. energia bierna w T2
- kod 3.8.3. energia bierna w T3
- kod 3.8.4. energia bierna w T4

Na potwierdzenie powyższego odwołujący załączył zdjęcie obudowy licznika z opisem umieszczonymi na niej..

Warunkiem udziału w postępowaniu potwierdzającym posiadanie zdolności ekonomicznej było posiadanie opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, związanej z przedmiotem zamówienia na sumę 500 000 zł. Odwołujący przedłożył w ofercie:

- polisę nr ILU 34450008 potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczeniowej przez PZU SA i ZPUP ENERGOZAM Sp z o.o.,
- polisę nr 903002325185 potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczeniowej przez STU ERGO Hestia SA i PPHU LIMES Spółka jawna.

Każda z polis potwierdza ubezpieczenie podmiotów na sumę 500 000 zł. Zamawiający uznał polisy za niewystarczające udokumentowanie zdolności finansowej, gdyż zakres polis nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Powołał wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r. sygn. KIO 1582/11. Izba w uzasadnieniu wyroku przeanalizowała dokładnie problem zakresu przedmiotowego ubezpieczenia i jego wpływu na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu: Działalność gospodarcza prowadzona przez wykonawców ma być związana, nie zaś, jak chce zamawiający, tożsama z przedmiotem zamówienia. Należy zatem dopuścić pewne różnice pomiędzy zakresem działalności gospodarczej objętej ubezpieczeniem, a zakresem przedmiotu zamówienia. Istotne jest to, aby istniał związek między nimi. Odwołujący podkreślił, iż obaj wykonawcy prowadzą działalność w zakresie instalowania, naprawy i konserwacji przyrządów pomiarowych/ sprzętu elektrycznego. Ponadto polisa złożona przez PPHU LIMES Sp.j. obejmuje OC za produkt (dział IV polisy przedmiot/zakres ubezpieczenia). W tej sytuacji nie sposób uznać, że wykonawcy nie prowadzą działalności związanej z przedmiotem zamówienia - jako że wykazują prowadzenie działalności w zakresie instalowania liczników pomiarowych, co może

11

obejmować dostawy sprzętu do zainstalowania, a z pewnością wykazuje związek z przedmiotem zamówienia.

Ponadto, w zakresie braku złożenia dokumentów potwierdzających opłacenie polis zauważył, że z oferty nie wynika, aby składki nie zostały zapłacone. Dokument wymagany przez zamawiającego nie mieści się w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów i jako taki nie powinien być żądany. Dodatkowo nawet gdyby uznać konieczność złożenia tych dokumentów, to podlegają one uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 Pzp. Jednocześnie konsorcjum oświadcza, iż zgodnie z wymaganiami siwz złożyło opłacone polisy, co

potwierdza załączonymi dowodami opłacenia składek.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania. Zamawiający wyjaśnił, iż odrzucił ofertę odwołującego w związku ze stwierdzeniem w toku badania ofert, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Produkt oferowany przez odwołującego nie spełnia bowiem wymogów technicznych wskazanych w siwz.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w Rozdziale II Warunki formalne i techniczne, które muszą spełniać liczniki w pkt 2 ppkt 11 zamawiający wymagał dostarczenia wraz z ofertą 2 egzemplarzy próbek oferowanego urządzenia wraz z koniecznym wyposażeniem dodatkowym, które miały posłużyć zamawiającemu do dokonania na ich podstawie oceny złożonej oferty w ramach spełnienia przez oferowane w niej urządzenia określonych w siwz wymagań techniczno-jakościowych:

pkt 1 ppkt 9 - licznik powinien mieć obudowę przystosowaną do nałożenia cech legalizacyjnych lub cech zabezpieczających MID, w taki sposób, by wewnętrzne elementy licznika były dostępne jedynie po zniszczeniu wyżej wymienionych cech;

pkt 1 ppkt 15 - obudowa licznika oraz osłonka listwy zaciskowej muszą umożliwiać, skuteczne i nie ograniczające funkcjonalności licznika, plombowanie każdej z nich przy użyciu jednej plomby, uniemożliwiając dostęp do wewnętrznych elementów licznika bez uszkodzenia oplombowania (zabezpieczenia) lub uszkodzenia obudowy bądź osłony licznika;

pkt 1 ppkt 22 - liczniki powinny być dostarczone jako zalegalizowane;

pkt 3 ppkt 13 - połączenie obwodów prądowych i napięciowych chronione cechą legalizacyjną lub zabezpieczającą (MID);

Zatem dostarczone wraz z ofertą 2 egzemplarze próbek oferowanego urządzenia muszą spełniać określone wymagania dotyczące zabezpieczenia liczników przed niepowołanym dostępem do mechanizmów wewnętrznych urządzenia, których skutkiem mogło być zafałszowanie wskazań licznika. Zgodnie z postanowieniem pkt 3 ppkt 13 zamawiający wymagając, aby połączenie obwodów prądowych i napięciowych (tzw. mostki napięciowe),

12

było chronione cechą legalizacyjną lub zabezpieczającą (MID), traktuje je również jako element wewnętrzny licznika.

Na podstawie badań przeprowadzonych przez zamawiającego stwierdzono, że pomimo nałożenia na obudowę cech legalizacyjnych (plomby z oznaczeniami Urzędu Miar zgodnie z przedstawionym w ofercie Zatwierdzeniem Typu) w dostarczonych wraz z ofertą próbkach urządzeń możliwy jest dostęp do elementów wewnętrznych licznika oraz rozwarście mostka napięciowego (połączenia obwodów prądowych i napięciowych) na fazie LI, co skutkuje brakiem pomiaru mocy i energii elektrycznej przepływającej przez tą fazę. Rozwarcia mostka napięciowego na fazie LI członkowie komisji Zamawiającego dokonali ogólnie dostępnym śrubokrętem płaskim o średnicy 3mm i długości 100 mm wykręcając śrubę blokującą mostek. Po rozwarciu mostka zarówno obudowa jak i cechy legalizacyjne nałożone na licznik nie noszą żadnych śladów uszkodzenia. Fakt rozłączenia mostka zamawiający udokumentował fotografiami.

W odwołaniu wykonawca sam przyznał, że można „dotknąć” mostek przez otwór w obudowie oraz, że otwór ten ma rozmiary 0,5 x 1 cm. Jednocześnie w instrukcji obsługi stanowiącej część dokumentacji przedstawionej w ofercie w punkcie 2.8. „Konstrukcja licznika” przedstawiono rysunek, a w pkt 3 „Zakończenie” zawarto zapis, iż „Niniejsza instrukcja zawiera wszystkie dane dotyczące tego typu liczników”, które nie informują, że licznik zawiera tzw. zaślepki oraz, że posiada wnękę na dodatkową baterię. Ponadto zamawiający w siwz nie wymagał wyposażenia licznika w dodatkową baterię.

W Rozdziale II. zamawiający zawarł również zapisy:

pkt 3 ppkt 4 - Mierzone wielkości elektryczne co najmniej: moc i energia (+P, +Q, -Q) oraz napięcia fazowe, prądy fazowe;

pkt 3 ppkt 30 - Rejestracja profilu mocy - dla co najmniej 3 kanałów (+P, +0, -Q), minimum 180 dni przy okresie uśredniania 15 minut, ...

pkt 3 ppkt 19 - Objasnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów w standardzie OBIS, umieszczone w sposób trwały i czytelny na obudowie licznika, zawierające kod oraz opis wielkości, w następujących pozycjach: -energia czynna suma, -energia bierna suma, -energia czynna w strefach, -energia bierna w strefach.

Zamawiający wyjaśnił, iż powyższe pojęcia są oznaczeniami zwyczajowymi ogólnie przyjętymi do opisu kierunku przepływu mocy, a co za tym idzie również energii elektrycznej (+P - moc czynna pobrana, +Q - moc bierna pobrana, -Q - moc bierna oddana). Zapisy te w sposób jednoznaczny określają jakiego rodzaju pomiary mocy i energii biernej są dla zamawiającego istotne i wymagane w oferowanych urządzeniach. Określenie ogólne „energia bierna” bez skonkretyzowania kierunku jej przepływu użyte w pkt 3 ppkt 19 jest bezpośrednio powiązane z mierzonymi przez licznik rodzajami mocy i energii biernej wymaganymi w pkt 3 ppkt 4 i ppkt 30. Na dostarczonych egzemplarzach próbek liczników umieszczone są

13

następujące kody rejestrów OBIS dla energii biernej odpowiadające kierunkowi jej przepływu +Q (pobór):

- 3.8.0 - energia bierna suma
- 3.8.1 - energia bierna w strefie 1
- 3.8.2 - energia bierna w strefie 2
- 3.8.3 - energia bierna w strefie 3
- 3.8.4 - energia bierna w strefie 4

W opisie umieszczonym na dostarczonych próbkach urządzeń brakuje kodów rejestrów OBIS dla energii biernej odpowiadającej kierunkowi jej przepływu -Q (oddanie):

- 4.8.0-energia bierna suma
- 4.8.1 - energia bierna w strefie 1
- 4.8.2 - energia bierna w strefie 2
- 4.8.3 - energia bierna w strefie 3
- 4.8.4 - energia bierna w strefie 4

Brak tego opisu uniemożliwia albo znacznie utrudnia odbiorcom prawidłowe odczytanie i przypisanie wartości poszczególnych rejestrów OBIS od odpowiednich mierzonych przez licznik wielkości energii biernej, a co za tym idzie uniemożliwi lub znacznie utrudni kontrolę i zarządzanie poborem energii biernej przez odbiorców. Zamawiający wskazał, iż zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia próbek zaoferowanych liczników jest bezpodstawny. Zamawiający nie miał podstaw uznać, iż zaoferowany produkt jest niekompletny - zawiera braki, co skutkowałoby obligatoryjnym wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia próbki.

Stosownie do treści § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii. Stosownie zaś do treści art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Ustawodawca wyraźnie w art. 87 ust. 1 Pzp zakazuje dokonywania zmian w treści oferty. Wyjaśnianie treści złożonej oferty nie może bowiem prowadzić do dokonania zmian w złożonej ofercie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić też do uzupełniania oferty o wymagane

14

w siwz dokumenty (próbki). Należy podkreślić, że przepisy ustawy Pzp nie pozwalają wykonawcy na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty po otwarciu ofert. Uzupełnienie próbek liczników o np. inny model licznika lub zmodyfikowany licznik skutkować będzie zmianą treści złożonej oferty.

Zamawiający badając obydwie próbki dostarczonych wraz z ofertą produktów jednoznacznie stwierdził, iż nie spełniają one podstawowych wymogów technicznych przedmiotu zamówienia. W związku z tym zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 87 ust. 1, a w konsekwencji 89 ust. 1, 91 ust. 1 i 92 ust. 1 pkt. 2 Pzp należy uznać za nieuzasadnione.

W Rozdziale I. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia zamawiający zawarł następujące zapisy:

pkt 1 ppkt 1.4a – „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada opłaconą polisę, o w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 500 000,00 PLN. Na potwierdzenie powyższego, Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty kopię stosownych dokumentów oraz dowód ich opłacenia”.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzegł obowiązek przedłożenia opłaconej polisy (§ 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 k.c.). W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, Wykonawca winien załączyć do polisy inny dokument potwierdzający odprowadzanie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek itp.). Mając powyższe na uwadze wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na fakt, iż pomimo ich złożenia oferta i tak podlegała odrzuceniu gdyż próbki liczników dostarczonych wraz z ofertą nie spełniają podstawowych wymogów technicznych przedmiotu zamówienia.

Wykonawca JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 919/12 i KIO 932/12 po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie obu odwołań.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: UAB "Elgama-Elektronika", Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 932/12 również po stronie zamawiającego.

15

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący Konsorcjum firm – UAB Elgama-Elektronika i Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm - Zamojskie Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ENERGOZAM Sp z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LIMES Czesław Tumin Ewa Piątek Spółka jawna wykazali spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniających do wniesienia odwołań.

Izba uznała za skuteczne przystąpienia wykonawcy JM-TRONIC Sp. z o.o. w sprawach o sygn. akt KIO 919/12 i KIO 932/12, oraz Konsorcjum firm – UAB Elgama-Elektronika i Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt KIO 932/12 po stronie zamawiającego.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniach.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Rozdziale II. Warunki formalne i techniczne, które muszą spełniać liczniki w pkt 2 ppkt 11 zamawiający wskazał, iż „Przed dokonaniem wyboru oferty Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie testu zgodności oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty i niniejszej specyfikacji. W tym celu wraz z ofertą Wykonawca dostarczy do Zamawiającego 2 egzemplarze urządzenia wraz z koniecznym wyposażeniem dodatkowym i oprogramowaniem serwisowym z licencją tymczasową, schematem połączeń, instrukcją obsługi urządzenia oraz oprogramowania serwisowego w języku polskim oraz deklaracją zgodności MID, lub aktualnym zatwierdzeniem typu wydanym przez Główny Urząd Miar w Warszawie (dotyczy liczników wprowadzonych do obrotu lub użytkowania na podstawie decyzji zatwierdzenia typu wydanych do dnia 7.01.2007 r.) oraz wymaganymi do stwierdzenia zgodności parametrów oferowanego urządzenia z wymaganiami Zamawiającego oraz ofertą, certyfikatami wydanymi przez akredytowane jednostki. Dostarczone urządzenia będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Urządzenia zostaną zwrócone Wykonawcy po ukończeniu

realizacji dostaw urządzeń do Zamawiającego. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania zgodnie z jego przeznaczeniem lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego [...].

Zamawiający postawił w siwz m.in. następujące wymagania:

16

- pkt 1 ppkt 18 - liczniki powinny być odporne na oddziaływanie zewnętrznego pola magnetycznego w granicach określonych w normach odpowiednio dla klasy licznika PN-EN 62053 lub PN-EN 62053-22. Każde oddziaływanie polem magnetycznym przekraczającym granice 500 mT powinno być wykazywane przez liczniki i widoczne „gołym okiem” oraz rejestrowane w logu zdarzeń ze znacznikiem czasu wystąpienia i zaniku oddziaływania;
- pkt 3 ppkt 16 - liczniki muszą być odporne na oddziaływanie zewnętrznym polem magnetycznym o wartości indukcji magnetycznej wyższej niż określona dla wielkości wpływających w normie PN-EN 62053-21. Po przyłożeniu do dowolnego fragmentu osłony licznika magnesu neodymowego o wartości indukcji magnetycznej do 500 mT błędy graniczne dopuszczalne wskazań licznika nie mogą przekraczać wartości określonych w Załączniku nr 1 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 (Dz. U. z 2008 r. Nr 11, poz. 63),
- pkt 1 ppkt 9 - licznik powinien mieć obudowę przystosowaną do nałożenia cech legalizacyjnych lub cech zabezpieczających MID, w taki sposób, by wewnętrzne elementy licznika były dostępne jedynie po zniszczeniu wyżej wymienionych cech;
- pkt 1 ppkt 15 - obudowa licznika oraz osłonka listwy zaciskowej muszą umożliwiać, skuteczne i nie ograniczające funkcjonalności licznika, plombowanie każdej z nich przy użyciu jednej plomby, uniemożliwiając dostęp do wewnętrznych elementów licznika bez uszkodzenia oplombowania (zabezpieczenia) lub uszkodzenia obudowy bądź osłony licznika;
- pkt 1 ppkt 22 - liczniki powinny być dostarczone jako zalegalizowane;
- pkt 3 ppkt 13 - połączenie obwodów prądowych i napięciowych chronione cechą legalizacyjną lub zabezpieczającą (MID);
- pkt 3 ppkt 4 - Mierzone wielkości elektryczne co najmniej: moc i energia (+P, +Q, -Q) oraz napięcia fazowe, prądy fazowe;
- pkt 3 ppkt 30 - Rejestracja profilu mocy - dla co najmniej 3 kanałów (+P, +Q, -Q), minimum 180 dni przy okresie uśredniania 15 minut, ...
- pkt 3 ppkt 19 - Objasnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów w standardzie OBIS, umieszczone w sposób trwały i czytelny na obudowie licznika, zawierające kod oraz opis wielkości, w następujących pozycjach: -energia czynna suma, -energia bierna suma, -energia czynna w strefach, -energia bierna w strefach

Powyższe postanowienia nie były kwestionowane przez wykonawców na etapie ogłoszenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy nie zgłaszali również do zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości wymagających wyjaśnienia treści siwz w tym zakresie w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym treść specyfikacji istotnych

17

warunków zamówienia nie może być na etapie oceny ofert kwestionowana przez wykonawców – stała się wiążąca zarówno wobec wykonawców jak i wobec zamawiającego. Odstąpienie od któregośkolwiek z wymagań przez zamawiającego na tym etapie stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

KIO 919/12

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego: Konsorcjum firm – UAB Elgama-Elektronika i Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. Wymogi zamawiającego, określone w Rozdz. II, podrozdz. II, pkt 1 ppkt 18 oraz pkt 3 ppkt 16 - siwz nie zostały spełnione, a zatem treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący nie kwestionował wyników testów przeprowadzonych przez

zamawiającego w zakresie odporności zaoferowanych liczników na działanie zewnętrznego pola magnetycznego o wartości indukcji magnetycznej do 500 mT, udokumentowanych przez zamawiającego zdjęciami. Podnosił jednak, iż brak w specyfikacji opisanie pozostałych parametrów magnesu, za pomocą którego miały być wykonywane testy przesadza o tym, że zaoferowane liczniki spełniają wymagania zamawiającego. Izba zważyła jednak, że podnoszenie zarzutu dotyczącego treści specyfikacji jest spóźnione na etapie oceny ofert. Podkreślić należy, że wykonawcy powinni zgłosić takie zarzuty w ustawowym terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 2 Pzp. Po upływie tego terminu treść specyfikacji jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący załączył do odwołania protokół z badań liczników oraz certyfikat akredytacji laboratorium nr LA.01.086, a także stwierdził, że wykonał samodzielnie badanie liczników na oddziaływanie zewnętrznym polem magnetycznym magnesu o indukcji magnetycznej przekraczającej 500 mT i wynik był pozytywny. Biorąc jednak pod uwagę, iż magnes użyty przez wykonawcę do wykonania tych badań różnił się właściwościami od magnesu użytego przez zamawiającego (skład, wymiary, masa itp.) Izba uznała, że pozytywny wynik tego badania nie może potwierdzać spełnienia wymagań określonych w siwz. Zamawiający wykonał testy liczników za pomocą magnesu o indukcji magnetycznej 422 mT, o wymiarach 100 mm x 50 mm x 45 mm, tj. większych niż magnes użyty przez odwołującego. Z tego też względu wynik testu był odmienny. Sam odwołujący zwracał uwagę, iż kształt, gabaryty i ciężar magnesu mają większe znaczenie na generowane przez magnes linie pola magnetycznego niż jego indukcja magnetyczna. W świetle postanowień siwz, o których mowa powyżej zamawiający był uprawniony do przeprowadzenia testów liczników w powyższym zakresie „każdym” zewnętrznym polem magnetycznym o określonej indukcji magnetycznej. W ocenie Izby treść

18

specyfikacji jest jednoznaczna w tym zakresie, a zatem nie występują okoliczności (wątpliwości), które mogą być interpretowane na korzyść odwołującego.

Ponadto w przedmiotowym postępowaniu odwołujący twierdził, iż dostarczył zamawiającemu próbki liczników o tej samej konstrukcji lecz o innych parametrach technicznych, co w powoływanym postępowaniu 776/11/BU/UP. W postępowaniu 776/11/BU/UP wykonawca załączył do oferty liczniki G3B.143 z legalizacją z 2011 r. i o znamionowym prądzie maksymalnym 80 A, natomiast próbki załączone przez odwołującego do oferty w przedmiotowym postępowaniu to liczniki G3B.144 z legalizacją z roku 2012 i o znamionowym prądzie maksymalnym 100A. Nie można wobec tego przychylić się twierdzenia odwołującego, iż przyczyną negatywnego wyniku testów było celowe użycie przez zamawiającego magnesu o większych wymiarach niż w poprzednio prowadzonym postępowaniu. Odwołujący nie udowodnił swoich twierdzeń w powyższym zakresie, a zgodnie z art. 6 k.c. w tym przypadku to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu. Zamawiający oświadczył przy tym, iż od lat stosuje do testów liczników ten sam magnes.

Okoliczność, iż działanie na licznik polem magnetycznym jest sygnalizowane na LCD oraz rejestrowane w dzienniku zdarzeń z datą i czasem początku i końca działania pola oraz z rejestracją stanów liczydeł dla tych zdarzeń nie dowodzi również spełnienia wymagań określonych w pkt 1 ppkt 18 i pkt 3 ppkt 16 siwz (rodz. II). Jest to inne wymaganie zamawiającego (pkt 3 ppkt 34), którego zamawiający nie kwestionował w ramach oceny oferty odwołującego.

Zamawiający nie był zobowiązany wezwać wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w omawianym zakresie, ponieważ w toku badania oferty nie zaistniały wątpliwości co do jej treści. W wyniku przeprowadzonego testu zamawiający stwierdził jednoznacznie, że działając na liczniki polem magnetycznym o określonej w siwz indukcji magnetycznej liczniki wyłączyły się, a zatem nie wykazywały poboru energii elektrycznej, co oznacza, że nie spełniają omówionych powyżej wymagań siwz. Zauważyć należy, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty wówczas gdy nie ma wątpliwości co do braku spełnienia wymagań siwz, a wyjaśnienia musiałyby prowadzić do zmiany treści złożonej oferty. W tym przypadku doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią specyfikacji mogłoby nastąpić jedynie przez zaoferowanie innych liczników, co stanowiłoby niewątpliwie niedopuszczalną zmianę treści złożonej oferty.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku uznania przez zamawiającego, iż treść oferty złożonej przez Konsorcjum firm - Zamojskie Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ENERGOZAM Sp z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-

19

Usługowe LIMES Czesław Tumin Ewa Piątek Spółka jawna nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu. Nie ma podstaw by uznać, że zaofertowane przez wykonawcę liczniki spełniają wymogi zamawiającego określone w rozdziale II, podrozdział II pkt 1 ppkt 9, pkt. 3 ppkt 13 i pkt 3 ppkt 19 siwz.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału II, podrozdział II pkt 1 ppkt 9 zamawiający wymagał: „licznik powinien mieć obudowę przystosowaną do nałożenia cech zabezpieczających (MID) w taki sposób, by wewnętrzne elementy licznika były dostępne jedynie po zniszczeniu wyżej wymienionych cech”. Złożona wraz z ofertą Decyzja nr ZT74/2006 Prezesa Głównego Urzędu Miar zatwierdzająca typ liczników DTSD 545 nie może mieć wpływu na ocenę treści oferty wobec wyników testów przeprowadzonych przez zamawiającego. Decyzja stanowi zatwierdzenie typu, natomiast wymagania zamawiającego w niniejszym postępowaniu były oceniane na podstawie dostarczonych przez wykonawcę próbek. Izba zgodziła się z twierdzeniem zamawiającego, iż decyzja, na którą powołuje się odwołujący jest decyzją o „zatwierdzeniu typu” w przypadku nadania cech legalizacyjnych. Cechy legalizacyjne potwierdzają zaś, że urządzenie spełnia wszystkie wymagania zawarte w zatwierdzeniu typu. Zarzut dotyczący treści siwz w zakresie braku opisu sposobu wykonania badania próbek należy uznać przy tym za spóźniony wobec upływu terminu do wniesienia odwołań w powyższym zakresie, zgodnie z art. 182 ust. 2 Pzp.

Wymóg zawarty w rozdziale II, podrozdział II pkt 3 ppkt 13 "połączenie obwodów prądowych i napięciowych chronione cechą legalizacyjną lub zabezpieczającą MID" także nie został spełniony, ponieważ dostarczone zamawiającemu przez wykonawcę liczniki posiadają otwór (co wynika ze zdjęć wykonanych przez zamawiającego) umożliwiające rozłączenie obwodów prądowych i napięciowych bez uszkodzenia cechy legalizacyjnej. Odwołujący nie kwestionował tego faktu. Twierdził jedynie, że omyłkowo do ww. otworów w liczniku, przeznaczonych do umieszczenia zapasowych baterii, nie zostały włożone zaślepki zabezpieczające. Jak wynika ze zdjęć przedłożonych przez zamawiającego, dostęp do mostka przez otwór w liczniku jest możliwy i możliwe jest także jego rozłączenie, co zostało przez zamawiającego jednoznacznie wykazane. Dostarczone przez odwołującego próbki licznika nie posiadają zabezpieczenia przed nieuprawnioną ingerencją w jego wnętrze bez naruszenia cech zabezpieczających. Izba uznała jednocześnie, że próbki złożone w postępowaniu co do zasady podlegają regułom uzupełnienia dokumentów, zgodnie z art. 26 ust 3 Pzp wówczas, gdy w wyniku uzupełnienia nie dochodzi do zmiany treści złożonej oferty. Przedłożone przez odwołującego próbki, co istotne, posiadały cechy legalizacyjne, a zatem zamawiający był uprawniony przyjąć, że liczniki są w pełni kompletne i prawidłowo zabezpieczone. Ponadto brak zaślepek mógłby uzasadniać wezwanie wykonawcy do uzupełnienia próbek gdyby wynikał on z instrukcji obsługi, zdjęć lub rysunków, co w danym stanie faktycznym nie miało miejsca.

20

Treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji także w zakresie wymagania zawartego w rozdziale II, podrozdział II ust 3 pkt 19 siwz, tj. aby dostarczane liczniki zawierały objaśnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów w standardzie OBIS, umieszczone w sposób trwały i czytelny na obudowie licznika, zawierające kod oraz opis wielkości w następujących pozycjach: tiret szóste - energia bierna suma, tiret ósme energia bierna w strefach. Tabliczka znamionowa licznika dostarczonego przez odwołującego nie zawiera opisu dla energii biernej oddanej. W toku rozprawy odwołujący nie wyjaśnił przyczyny braku tego opisu. Wskazywał, że literalnie zastosował się do brzmienia podanego w siwz i nie analizował znaczenia i sposobu funkcjonowania użytych pojęć. W ocenie Izby zamówienia publiczne niewątpliwie są kierowane do profesjonalistów w danej dziedzinie, a wobec tego należy przyjąć, iż na wykonawcy spoczywa obowiązek i odpowiedzialność za prawidłowe odczytanie treści specyfikacji oraz ewentualnie zgłoszenie zapytań do zamawiającego w sprawie wyjaśnienia wszelkich wątpliwości.

Warunkiem udziału w postępowaniu potwierdzającym wymaganą zdolność ekonomiczną było posiadanie opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej z tytułu

prowadzonej działalności gospodarczej, związanej z przedmiotem zamówienia na sumę 500 000 zł. Odwołujący przedłożył w ofercie: polisę nr ILU 34450008 potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczeniowej przez PZU SA i ZPUP ENERGOZAM Sp z o.o. oraz polisę nr 903002325185 potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczeniowej przez STU ERGO Hestia SA i PPHU LIMES Spółka jawna. Obie polisy potwierdzają ubezpieczenie podmiotów na sumę 500 000 zł. Zakres polis w ocenie Izby odpowiada przedmiotowi zamówienia, co potwierdza treść polisy w pkt. VI oraz w pkt. III (str. 36 i 37 oferty). Działalność gospodarcza prowadzona przez wykonawców musi być związana, natomiast nie musi być tożsama z przedmiotem zamówienia. Izba uznała jednak, że odwołujący nie spełnił warunku w zakresie wykazania faktu opłacenia polis. Wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających opłacenie polis, co było jednoznacznie wymagane w specyfikacji w pkt 1 ppkt 1.4a siwz. Dokumenty te powinny podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 Pzp, jednak w przypadku, gdy oferta podlega odrzuceniu, wezwanie to nie jest uzasadnione, stosownie do brzmienia ww. przepisu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 92 ust 1 pkt 2 Pzp, przez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm - Zamojskie Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne ENERGOZAM Sp z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LIMES Czesław Tumin Ewa Piątek Spółka jawna. Zamawiający w zawiadomieniu przekazany odwołującemu w dniu 26 kwietnia 2012 r. wyjaśnił zarówno podstawę prawną jak i podstawę faktyczną decyzji, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co umożliwiło wykonawcy skuteczne wniesienie odwołania.

21

W związku z niepotwierdzeniem się zarzutów podniesionych w obu odwołaniach Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty złożonej przez wykonawcę JM-TRONIC Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła oba odwołania, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp. Izba wydała łączne orzeczenie w sprawie odwołań na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

22