

sygn. akt VIIGA 124/14

Kielce, dnia 19.11.2014r.,

Pan Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej
w Warszawie
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy w załączeniu
zwraca akta pomocnicze sygn. akt KIO 980/14 (1- skoroszyt) po rozpoznaniu
skargi wniesionej przez PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie.

W dniu 12.09.2014r. został wydany wyrok (w załączeniu kserokopia
wyroku z uzasadnieniem).

PRZEWODNICZĄCY WYDZIAŁU

mgr Elżbieta Kabzniska
SĘDZIA S.O. \

W zał.

akta KIO 980/14 (1- skoroszyt),
kserokopia wyroku z uzasadnieniem.

Sygn. akt VII Ga 124/14

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

2014 -11- 24

WPLYNEŁO

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2014 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach VII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Maria Bała

Sędziowie: SSO Irena Szrajer-Dragan, SSO Beata Sikorska-Klimczak (spr.)

Protokolant: st.sekr.sądowy Danuta Zawierta

po rozpoznaniu w dniu 12 września 2014 r. w Kielcach na rozprawie

sprawy zamawiającego: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie

przeciwko odwołującym: Itron Polska Spółce z o.o. w Krakowie i Ganz Meter

Company Ltd z siedzibą w Gódolló (Węgry)

na skutek skargi wniesionej przez zamawiającego od orzeczenia Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 29.05.2014r., sygn. akt KIO 980/14;

Oddała skargę i zasądza od PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie na rzecz
Itron Polska Spółki z o.o. w Krakowie i Ganz Meter Company Ltd z
siedzibą w Gódolló (Węgry) kwotę 1.800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych)
tytułem kosztów procesu za II instancję.

SSO Irena Szrajer-Dragan SSO Maria Bała SSO Beata Sikorska-Klimczak

\\yüqä f24/14

Uzasadnienie:

Wyrokiem z dnia 29 maja 2014r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 980/14 uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia- Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie i Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gódolló (Węgry) w przetargu prowadzonym przez zamawiającego PGE Dystrybucja SA Oddział Skarżysko-Kamienna z siedzibą Skarżysku-Kamiennej również w imieniu i na rzecz zamawiającego PGE Dystrybucja SA Oddział w Lublinie z siedzibą w Lublinie oraz PGE Dystrybucja Oddział Zamość z siedzibą Zamościu i przy udziale wykonawcy Fabryki Aparatury pomiarowej „PAFAL” SA w Świdnicy (przystępujący po stronie zamawiającego).

KIO nakazała zamawiającemu w zadaniu nr 2 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia- Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie i Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gódólló a także powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem tejże oferty. Kosztami postępowania obciążyła zamawiającego zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15 000 zł uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia- Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie i Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gódólló kwotę 18 600 zł kosztów postępowania odwoławczego i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej- liczników elektromechanicznych dla potrzeb PGE Dystrybucja SA z podziałem na dwie części, w tym zadanie nr 2 dotyczące liczników bezpośrednich, elektromechanicznych energii czynnej, jednostrefowych, 3-fazowych. Zgodnie z punktem 5.3. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej SIWZ} szczegółowy opis wymagań technicznych zawierała specyfikacja techniczna {dalej: dalej: ST). Przed upływem składania ofert do zamawiającego wpłynęły dwie oferty - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia- Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie i Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gódólló (dalej: Konsorcjum Itron) oraz Fabryki Aparatury pomiarowej „PAFAL” SA w Świdnicy. Konsorcjum w formularzu ofertowym potwierdziło spełnianie wymagań formalnych i technicznych ST, w tym pkt 1.1) i

1.23 oraz wpisało, że oferowane są liczniki typu: C114UR1DPF producenta Ganz Meter Company Ltd. W skład dokumentów oferty wchodzi między innymi Świadcstwo badania typu WE Numer TI0037 Rewizja 7 Projekt nr SOI3200652 wystawione przez jednostkę notyfikowaną NMI Certin B.V. na rzecz producenta Ganz Meter Company LTD, po ustaleniu, że przyrząd pomiarowy - elektrotechniczny licznik energii czynnej typu CI 14/B114 opisano w załącznikach: Opis TI0037 rewizja 7, folder dokumentacji TI 0037-7, który to folder obejmuje 7 innych dokumentów (m.in. dokument nr 10037/5-02 pod nazwą "Oznaczenie typów") oraz dokument nr 10037/7-01 pod nazwą "Dodatkowy kolek, do zabezpieczenia przed brutalną ingerencją w mechanizm w celu popełnienia oszustwa". Wraz z ofertą Konsorcjum Itron złożyło dwa wzorce liczników typu CI 14UR1DPF.

Zamawiający uznał w piśmie z dnia 7 maja 2014r., że oferta Konsorcjum Itron nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ albowiem:

- przedstawione wzorce licznika, wbrew §5 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z 7 stycznia 2008r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz.U. nr 11, poz. 63) - dalej jako: rozporządzenie w sprawie liczników albowiem przedstawione wzorce licznika nie były oznaczone w sposób trwały i czytelny numerem certyfikatu badania typu;
- przedłożone wzory licznika nie pozwalały na stwierdzenie ich zgodności z załączonym do ofert certyfikatem WE o nr TI0037 rewizja 7.

W tak ustalonym stanie KIO uznała, że odwołanie zasługuje na uznanie, gdyż zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) albowiem żadna ze wskazanych powyżej przez zamawiającego okoliczności nie świadczy o niezgodności oferty z SIWZ, druga okoliczność zaś w istocie nie miała miejsca.

KIO wskazała, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie poglądem treść SIWZ i oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli co do tego jakiego świadczenia po zawarciu umowy oczekuje zamawiający i do jakiego świadczenia zobowiązuje się wykonawca. Zatem porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem

przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego przesądza o tym, czy treść założonej oferty odpowiada SIWZ. Niewątpliwe jest również, że możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest uwarunkowana wystąpieniem uchwytniej niezgodności oferty z konkretnymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznymi postanowieniami SIWZ z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców.

W ocenie KIO oferta Konsorcjum Itron wskazywała, że zobowiązuje się do dostarczenia liczników sprecyzowanego typu i producenta, których konstrukcja miała umożliwiać sprawdzenie jego parametrów podczas kontroli przeprowadzonej przez zamawiającego na jego własnych stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych oraz zawierała oświadczenie o spełnieniu warunków techniczno - jakościowych sformułowanych w ST. Natomiast zamawiający tylko w oparciu o próbki zażądane na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp uznał, że przedmiotem oferty Konsorcjum są liczniki nieoznaczone w sposób czytelny trwały numerem certyfikatu badania typu WE. KIO odwołała się do poprzedniego orzeczenia wydanego w tej sprawie, sygn. Akt KIO 121/14, w którym wskazano, że zamawiający kształtując treść zapisów pkt 14.19, 14.22, 14.23 SIWZ oraz 1.23 ST sam wyznaczył granice przysługujących mu uprawnień w zakresie badań wzorców liczników odwołując się w postanowieniu 14.22 SIWZ do pkt 1.23 ST jako podstawy tej oceny. Punkt ten ogranicza badanie dostarczonych wzorców licznika do sprawdzenia ich parametrów metrologicznych przez zamawiającego. Tymczasem zamawiający dokonując ponownego badania i wyboru oferty nie zakwestionował parametrów metrologicznych albowiem pod pretekstem braku oznaczenia ich numerem certyfikatu badanie WE, zaniechał ich sprawdzenia, a tylko wyniki kontroli mogłyby być podstawą do stwierdzenia ewentualnej niezgodności oferty z SIWZ. KIO podkreślił, że zamawiający mógłby egzekwować spełnianie warunków formalnych i technicznych opisanych w pkt 1.1. ST nie od próbek lecz od egzemplarzy dostarczonych w wyniku realizacji umowy.

Odnosnie drugiej przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum ITRON, KIO podkreśliła, że analiza Świadectwa badania typu WE nr T10037 rewizja 7 dla projektu nr SO 13200652 z uwzględnieniem załączonego folderu dokumentacji technicznej pozwala na ustalenie, że dotyczy ono m.in. liczników typu C1 14 o oznaczeniu szczegółowym C1 14URIDP_f, czyli oznaczenia typu, który noszą oba wzory liczników. Nawet według jednostki certyfikującej było jasnym, że dla rozwiania wątpliwości, czy świadectwo to dotyczy przedstawionych wzorów, wystarczy zwrócenie się do ich producenta o potwierdzenie tych faktów. Ponadto zaznaczono, że wbrew stanowisku zamawiającego postanowień SIWZ nie wynika, że w wypadku wadliwości przedstawionych wraz ofertą próbek nie podlegają one uzupełnieniu w świetle art. 26 ust 3 pzp.

Skargę na powyższe orzeczenie złożył zamawiający, zarzucając wyrokowi:

1. naruszenie pkt 1.23 ST w zw. z art. 4 pkt 9 i art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. —Prawo o miarach w zw. z §5 pkt 3 i § 12 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Rozporządzenia w sprawie liczników poprzez przyjęcie, że zamawiający w ramach sprawdzenia wzorców liczników uprawniony był tylko do kontroli parametrów metrologicznych czyli dokładności dokonywanych pomiarów. Skarżący zarzucił, że KIO pominęła zdanie drugie punktu 1.23 ST, który wskazuje, że oferowane liczniki będą sprawdzane, wzorcowane lub legalizowane na stacjach wzornictwo-legalizacyjnych zamawiającego produkcji Instytutu Komputerowych Systemów Automatyki i Pomiarów Sp. z o.o. oraz MeterTest sp. z o.o. Zdanie to zaś implikuje zakres i tryb badania, które obejmuje między innymi sprawdzenie zgodnie z rozporządzeniem w sprawie liczników czy licznik jest zgodny certyfikatem badania typu WE a pominięcie takiej czynności otwierałoby możliwość podważania prawidłowości legalizacji. Nieprawidłowe są także wywody KIO odnośnie stanowiska jednostki certyfikującej, która wskazała, że wobec braku nr certyfikatu WE nie ma możliwości potwierdzenia, że jest to produkt zgodny z certyfikatem
2. naruszenie pkt 14.22 SIWZ w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez jego pominięcie w części określającej charakter i rolę przedłożonych wraz z ofertą wzorców liczników

poprzez przyjęcie, że zamawiający uprawniony był do żądania zgodności oferowanych w toku postępowania liczników z rozporządzeniem w sprawie liczników tylko na etapie dostaw, a nie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Skarżący zarzucił, że KIO pominęła, iż przedstawione przez wykonawców liczniki miały stanowić wzorzec dla liczników dostarczanych w ramach umowy czyli miały być z nimi tożsame. Stanowiły więc ofertę sensu stricte, były integralną częścią oferty a ich charakter nie ograniczał się wyłącznie do potwierdzenia spełnienia wymagań stawianych tym urządzeniom. Niezakwestionowanie braku na etapie przyjęcia oferty prowadziłoby do sytuacji, że oferent mógłby dostarczać w ramach umowy liczniki z brakiem, z powołaniem się na zgodność z przyjętym w ramach oferty wzorcem. Dalej skarżący powołał się na przytaczane wcześniej orzecznictwo, że uzupełnianie w tym stanie rzeczy oferty stanowiłoby niedopuszczalną jej zmianę.

W oparciu o powyższe skarżący wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego się na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego przed KIO w kwocie 3600 zł oraz zasądzenie kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych. Ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu metrologii na okoliczność ustalenia trybu postępowania i czynności koniecznych do wykonania podczas kontroli metrologicznej, wzorcowania i legalizacji licznika energii elektrycznej.

W odpowiedzi na skargę Konsorcjum Itron wniosło o jej oddalenie w całości, oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego oraz zasądzenie kosztów postępowania toczącego się na skutek skargi. Odnośnie pierwszego zarzutu skargi Konsorcjum wskazało, że wyrok z 29 maja 2014r. odwoływał się do ocen zawartych w wyroku z dnia 11 lutego 2014r., który nie został zaskarżony. Niezależnie od tego podniosło także, iż pkt 14.19 SIWZ przewidywał kontrolę zgodności wzorów liczników z oferta i SIWZ w zakresie techniczno-jakościowym a pkt 14.22 stanowił, że zakres badań precyzuje pkt 1.23 ST. Zatem zasadne było stanowisko KIO, że zakres kontroli obejmował jedynie sprawdzenie parametrów metrologicznych czyli poprawności dokonywanych pomiarów. Wymaganie przez zamawiającego, aby wzory spełniały także inne wymagania SIWZ, w tym co do oznaczenia liczników zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie liczników, jest niezgodne z SIWZ a przytoczone w skardze przepisy o miarach nie określają zakresu badań liczników w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od tego odwołujący się wskazał, że prawna kontrola metrologiczna o której mowa w art. 4 pkt 9 ustawy o miarach to działanie zmierzające do wykazania, że przyrząd pomiarowy spełnia wymagania określone we właściwych przepisach a „legalizacja” (art. 9 pkt 13 cyt. ustawy) to zespół czynności obejmujących sprawdzenie, stwierdzenie i poświadczenie dowodem legalizacji, że przyrząd pomiarowy spełnia wymagania. SIWZ w ogóle nie odwołuje się do tych przepisów. Wzorce liczników nie podlegały prawnej kontroli metrologicznej ani legalizacji w toku postępowania albowiem nie miały być one wprowadzone do obrotu ani używane a jedynie poddane badaniom w zakresie wynikającym z SIWZ. Ponadto oba przepisy ustawy o miarach dotyczą spełnienia wymagań o charakterze technicznym i metrologicznym, do których nie należy oznaczenie licznika. Zamawiający nie był uprawniony do prawnej kontroli metrologicznej ani do legalizacji albowiem legalizacja pierwotna (przed wprowadzeniem do obrotu) jest dokonywana na wniosek producenta lub importera a odwołujący takiego wniosku nie składał, natomiast ponowna legalizacja dotyczy przedmiotów już wprowadzonych do obrotu lub użytkowania. W oparciu o powyższe odwołujący się wniósł o oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jako nieistotnego i zmierzającego do zwłoki w postępowaniu. Konsorcjum Itron podkreśliło, że wzory liczników mogły być poddane jedynie kontroli w zakresie metrologicznym natomiast w zakresie wykraczającym poza te wymagania zamawiający powinien opierać się na innych dokumentach wymaganych przez SIWZ i złożonych wraz z ofertą. Spełnienie wymagań stawianych przez §5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie liczników jest objęte treścią oświadczenia wykonawcy wskazanego w pkt 14.15 SIWZ (załącznik nr 7 do SIWZ), które obejmowało między innymi potwierdzenie umieszczenia na tabliczce znamionowej licznika określonych oznaczeń w tym wskazanych w rozporządzeniu. Wskazanie to jest wiążące dla zamawiającego. Zamawiający nie wymagał w SIWZ innego sposobu potwierdzenia spełnienia tych wymagań aniżeli złożone przez

zamawiającego oświadczenie dlatego nie miał prawa odrzucić oferty Konsorcjum.

Odnosnie drugiego zarzutu skargi odwołujący się wskazał, że bezzasadne jest stanowisko zamawiającego, iż przedstawione wzory liczników stanowią część oferty. Przytoczył orzeczenie KIO zgodnie z którym dokumenty takie jak katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty nie tworzą treści oferty, są dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, treścią oferty jest natomiast zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia. Odnosnie próbek zaś odwołujący się przytoczył orzeczenie KIO, z którego wynika, że gdy próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnych z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający ma obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 pzp w okolicznościach wskazanych w tym przepisie, jeżeli natomiast ma stanowić element oferty, wówczas wskazany przepis nie ma zastosowania. W ocenie Konsorcjum Itron próbki nie miały służyć ocenie oferty a jedynie dla potwierdzenia parametrów metrologicznych. W wypadku uznania przez zamawiającego, że nie są one zgodne z SIWZ, winien był wezwać odwołującego się do złożenia wymaganych wzorów zgodnych z SIWZ. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 pzp. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się bowiem, że złożenie próbki należy traktować jako obowiązek złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, o kwalifikacji takiej przesądza także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów}. Na zakończenie wskazano również, że powołane przez skarżącego orzecznictwo nie odpowiada stanowi faktycznemu rozstrzyganej sprawy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Stosownie do treści art. 198 a ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004r.- Prawo zamówień publicznych (DZ. U. z 2013r., poz. 907) w postępowaniu toczącym się na skutek skargi od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej stosuje się odpowiednio przepisy o apelacji, o ile przepisy rozdziału 3 nie stanowią inaczej, a zgodnie z art. 198 f ust. 4 pzp Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania.

Skarga zamawiającego nie jest zasadna a Sąd przyjmuje za prawidłowe ustalenia poczynione przez KIO i akceptuje wyciągnięte na tej podstawie wnioski.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów należy wskazać, że KIO dokonała prawidłowej wykładni SIWZ co do zakresu badania, jakiemu miały podlegać liczniki przedstawione jako wzorce (próbki). Z treści pkt 14.19 wynika, że wzorcowe egzemplarze liczników będą poddane przez zamawiającego badaniom pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ w zakresie techniczno-jakościowym a z dalszych zapisów usytuowanych pod zapisem” Uwaga” wynika, że każdy z wzorów powinien spełniać określone wymogi techniczne a negatywna ocena wzorów będzie równoznaczna z niespełnieniem tych wymogów oraz , że ocena wzorów będzie dokonana zgodnie z punktem 1.23 ST. Tenże zaś punkt odwoływał się do sprawdzenia parametrów metrologicznych, co oznacza badanie wzorów liczników pod kątem prawidłowości dokonywanych przez te urządzenia pomiarów. Zapis SIWZ w tym zakresie należy uznać za klarowny. Skarżący podnosi jednak zarzut, iż przy analizie tego zapisu nie można było pominąć dalszego tekstu punktu 1.23, w którym wskazuje się, że oferowane przez wykonawcę liczniki, będą sprawdzane, wzorcowane lub legalizowane na stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych lub we wskazanej konkretnie jednostce. Zgodnie zaś z Rozporządzeniem z 7 stycznia 2008r. w/s wymagań dla liczników podmiot dokonujący legalizacji albo kontroli metrologicznej winien między innymi dokonać oględzin licznika obejmujące także czy licznik jest zgodny z certyfikatem badania typu WE. Ponieważ jest bezspornym, że złożone egzemplarze wzorcowe liczników oznaczenia takiego w postaci nalepki na obudowie nie miały, zdaniem skarżącego, uniemożliwiło to dokonywanie dalszych czynności, w tym badanie dokładności pomiarów.

W ocenie Sądu zarzut powyższy jest chybiony. Wskazane Rozporządzenie w §5 ust. 3 wymaga, aby na liczniku, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 był umieszczony w sposób trwały i czytelny numer certyfikatu badania typu UE ale skarżący pomija przy tym treść §2 ust. 1.1.,

z którego wynika, że przepisy Rozporządzenia stosuje się do liczników wprowadzanych do obrotu lub używania. Zgodnie zaś z definicją zawartą w ustawie z II maja 2001 r. Prawo o miarach (Dz. U. z 2013r., 1069) przez wprowadzanie do obrotu rozumie się przekazanie przyrządu pomiarowego po raz pierwszy sprzedawcy lub użytkownikowi przez producenta jego upoważnionego przedstawiciela lub importera, zaś wprowadzenie do użytkowania to zastosowanie przyrządu pomiarowego po raz pierwszy do celu, dla którego jest on przeznaczony. Z dalszych przepisów ustawy zawartych w art. 8 wynika, że taki przyrząd pomiarowy, jakim jest licznik energii elektrycznej podlega prawnej kontroli metrologicznej, która jest wykonywana przed wprowadzeniem przyrządu do obrotu lub użytkowania i polega na zatwierdzeniu typu po przeprowadzeniu jego badania albo na legalizacji pierwotnej lub jednostkowej ewentualnie ponownej. Jest ona wykonywana przez organy administracji miar oraz, w zakresie udzielonych upoważnień, przez upoważnione podmioty. Z wnioskiem o legalizację lub zatwierdzenie typu występuje producent przyrządu, jego upoważniony przedstawiciel lub importer.

Stanowisko skarżącego co do konieczności uwzględnienia powyższych przepisów dotyczących wymagań liczników można odnieść jedynie do tych liczników, które miały być świadczone w ramach umowy na ich dostawę zawartej z wybranym wykonawcą. Natomiast nie znajduje ono żadnego zastosowania w stosunku do egzemplarzy wzorcowych liczników albowiem — z punktu widzenia ustawy o miarach — te nie były wprowadzane do obrotu ani do użytkowania, zatem nie podlegały prawnej kontroli metrologicznej. Zgodnie z SIWZ miały być poddane jedynie badaniu, które wykaze, czy ich konstrukcja jest taka, że zapewnia prawidłowość pomiarów energii a nie badaniu, które w swej treści odpowiada prawnej kontroli metrologicznej dlatego wykonawca miał prawo przedstawić jako próbki egzemplarze na których nie było nalepki informującej o jego zgodności z certyfikatem typu WE, Z tej przyczyny również podlegał oddaleniu wniosek o powołanie opinii biegłego.

Nie znajduje uzasadnienia także drugi zarzut skargi sprowadzający się do tezy, że egzemplarze wzorcowe stanowiły integralną część oferty. Gdyby tak miało być, to z SIWZ winno wynikać, że badanie i ocena wzorców nastąpi pod kątem spełniania określonych kryteriów wyboru najlepszej oferty. Zgodnie jednak ze specyfikacją zamawiający przyjął cenę jako jedyne kryterium wyboru, zatem nie mogło ono odnosić się do badania wzoru. Dlatego też na aprobatę zasługuje stanowisko KIO oraz wykonawcy, że przedstawione egzemplarze wzorcowe liczników należy taktować jako tzw. próbki, które są przedkładane na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp na potwierdzenie, że oferowany wyrób ma właściwości żądane przez zamawiającego. W takiej ocenie utwierdza fakt, że wymaganie przedstawienia wzorców jest zamieszczone w części SIWZ zatytułowanej "Elementy składowe ofert * wśród dokumentów podmiotowych jak i przedmiotowych typu oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków techniczno-jakościowych, instrukcje obsługi, schemat połączeń itp. Powyższe przesądza o tym, że egzemplarze wzorcowe będą podstawą do oceny czy oferowane przez wykonawcę liczniki odpowiadają parametrom metrologicznym pożądanym przez zamawiającego. Jeżeli jednak zamawiający powziął wątpliwość czy przedstawione wzorce odpowiadają jego wymaganiom a chyba miało to miejsce, skoro zwracał się z zapytaniem do jednostki certyfikującej, to winien był postąpić zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp żądając uzupełnienia wzorców o stosowne nalepki.

Sąd nie podziela oceny skarżącego, że prowadziłoby to do naruszenia zasady niedopuszczalności zmiany oferty. Niedopuszczalne byłoby bowiem żądanie takiego uzupełnienia dokumentów, które prowadziłoby do zaoferowania zamawiającemu innego przedmiotu aniżeli pierwotnie wskazane w ofercie przykład prowadzącego do zastąpienia urządzenia X, co którego nie wiadomo czy spełnia wymagania techniczne zamawiającego, na urządzenie Y takie wymagania spełniające (por. Wyrok KIO z 7 maja 2014r. KIIIO 796/14). Tymczasem żądanie uzupełnienia nalepek na wzorcach nie prowadziło do zmiany przedmiotu oferowanego przez wykonawcę świadczenia, wzorce nie stanowiły ani całości ani części tego świadczenia. Jest nieporozumieniem twierdzenie skarżącego, że w wypadku zaakceptowania do badań wzorców przedstawionych bez nalepek, wykonawca mógłby w ramach realizacji umowy dostarczać liczniki bez oznaczenia właściwym certyfikatem. Skarżący nadmierną uwagę przykładu bowiem do stwierdzenia, że dostarczone egzemplarze wzorcowe będą stanowiły wzorec dla liczników dostarczanych w ramach umowy albowiem zapis ten należy

odczytywać w kontekście celu jakie miało spełnić dostarczenie próbek a zatem umożliwienie sprawdzenia, czy oferowany typ urządzenia osiąga wymaganą jakość pomiaru, natomiast od urządzeń dostarczanych w wykonaniu umowy wymagane byłoby oprócz tego elementu spełnianie innych jeszcze wymogów, takich między innymi, jak oznaczenie urządzenia odpowiednim certyfikatem, którego wymagała SIWZ a którym zarazem wykonawca dysponował.

Zgodnie z wyrokiem KIO 796/14 nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp takie dokumenty, które dookreślają oferowane świadczenie, uszczegóławiają zakres świadczenia, sposób jego wykonania albowiem te elementy są częścią oferty. Natomiast dokumenty przedmiotowe potwierdzające spełnianie wymagań określonych w SIWZ w zakresie określonych parametrów, jakości, standardów wykonania nie odnoszą się bezpośrednio do sposobu wykonania świadczenia, nie są częścią oferty w rozumieniu cywi listy czynym i podlegają uzupełnieniu.

Z tych przyczyn Sąd Okręgowy na mocy art. 198 fust. 2 zd. pierwsze pzp oddalił skargę jako bezzasadną. O kosztach procesu obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 1800 zł orzekł na podstawie art. 198 fust. 5 pzp w zw. z art. 98 §1 i 3 k.p.c. w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 i § 6 pkt 6 Rozporządzenia MS z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego.

SSO B. Sikorska-Klimczak

SSO M. Bała

SSO I. Szrajter-Dragan