

Sygn. akt: KIO 712/17

WYROK
z dnia 4 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **B. Spółka z o.o., ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **E. O. Spółka z o.o., ul. (...)** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa przekładników prądowych NN” – (postępowanie znak RPUZ/P/0027/2017/DN/NU)

przy udziale wykonawcy **A. Spółka z o.o., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego – **B. Spółka z o.o., ul. (...)** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B. Spółka z o.o., ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania,

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 712/17

Zamawiający – E. O. Spółka z o.o., ul. (...) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa przekładników prądowych NN” – (postępowanie znak RPUZ/P/0027/2017/DN/NU).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27.01.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 019 - 032254.

W dniu **31.03.2017 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu **10.04.2017 r.** zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę **B. Spółka z o.o., ul. (...)** od czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty wykonawcy A. Sp. z o.o. ul. (...) (dalej: „A.”),
- odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że złożył ważną ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty z udziałem

oferty Odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą, ponieważ przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez B.. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Wnioski dowodowe

Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania, w tym próbek przekładników złożonych przez Odwołującego i pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia odwołania. Wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przybycia na rozprawę z próbkami przekładników wszystkich wykonawców.

UZASADNIENIE

I. PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

1. Przedmiotem Postępowania jest dostawa przekładników prądowych nn - 31.500 sztuk, w tym:

1) przekładnik prądowy niskiego napięcia - przekładnia 200/5 (18000 szt.);

2) przekładnik prądowy niskiego napięcia - przekładnia 800/5 (13500 szt.).

2. W dniu 6 marca 2017r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o ofertach złożonych w Postępowaniu. Oferty złożyło 4 wykonawców. Parametry złożonych ofert przedstawiały się następująco:

1. E. L. Sp. z o.o. ul. (...), 2.637.000,00 zł netto, 3.243.510,00 zł brutto, gwarancja 144 miesiące;

2. B. Sp. z o.o., ul. (...), 1.962.000,00 zł netto, 2.413.260,00 zł brutto, gwarancja 144 miesiące;

3. A. Sp. z o.o., ul. (...), 1.858.500,00 zł netto, 2.285.955,00 zł brutto, gwarancja 96 miesięcy;

4. A. Sp. z o.o., ul. (...), 2.356.650,00 zł netto, 2.898.679,50 zł brutto, gwarancja 144 miesiące.

Odwołujący wskazał, że porównanie ofert wskazuje, że najwyższej oceniona powinna zostać oferta Odwołującego, bowiem oferta A. Sp. z o. o. została odrzucona.

3. W dniu 31 marca 2017 r. Zamawiający poinformował B. o wyborze oferty A. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty B.. Zamawiający wskazał, że oferta B.L podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ:

„W SIWZ, w Rozdziale I pkt. 9.1. j) Zamawiający zażądał, aby Wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli próbkę przekładnika spełniającego wymagania zawarte w Rozdziale II SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w tym min. pkt. 2.1.12 - „oznaczenie strony pierwotnej „P1” i „P2” musi być wytłoczone na obudowie” oraz pkt. 2.1.13 - „Na obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa.”.

Wykonawca dołączył do oferty próbki przekładnika 200/5 (typ BPNN 40x10), oraz przekładnika 800/5 (typ BPNN 60x10), które nie spełniają wymagań określonych w Rozdziale II SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA tj. wymagań określonych w pkt 2.1.12 - „oznaczenie strony pierwotnej „P1” i „P2” musi być wytłoczone na obudowie”, oraz w pkt 2.1.13 - „Na obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa.”

Na dołączonym do oferty przekładniku:

- brak wytłoczenia na obudowie symbolu „P2”. Symbol „P2” został zrealizowany przy użyciu techniki laserowej,
- brak wytłoczenia na obudowie przekładni prądowej po obydwu stronach przekładnika. Przekładnia została zrealizowana przy użyciu techniki laserowej.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia próbek przekładnika 200/5 (typ BPNN 40x10) oraz 800/5 (typ BPNN 60x10), które spełniają wymagania zawarte w SIWZ. W odpowiedzi Wykonawca przedstawił jedynie wyjaśnienia, co nie było przedmiotem wezwania. W wyjaśnieniach Wykonawca przyznaje, iż oznaczenia nie zostały wytłoczone a zrealizowane przy użyciu techniki laserowej.

W związku z powyższym Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie uzupełnił wymaganych próbek.

II. BRAK PODSTAW DO ODRZUCENIA OFERTY B.

1. Zamawiający w pkt 2.1 SIWZ rozdz. II SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA postawił następujące wymagania w stosunku do wszystkich przekładników (zarówno przekładnia 200/5, jak i przekładnia 800/5):

9. Przekładniki prądowe muszą posiadać czytelne i widoczne tabliczki znamionowe.

10. Tabliczka znamionowa musi być czytelna i odporna na ścieranie, wykonana w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację nieautoryzowanej ingerencji (np. odklejanie, wymiana).

11. Oznaczenie zacisków strony wtórnej „S1” i „S2” musi być wytłoczone na obudowie.

12. Oznaczenie strony pierwotnej „P1” i „P2” musi być wytłoczone na obudowie.

13. Na obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa.

2. Jak wskazał Odwołujący decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty B. jest wadliwa, bowiem Zamawiający bezzasadnie uznał, że oznaczenie symbolu „P2” oraz przekładni prądowej na przekładnikach B. nie zostało wytłoczone, co powoduje sprzeczność z zacytowanymi powyżej wymaganiami pkt 2.1.12 i 2.1.13 SIWZ rozdz. II SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA.

3. Co zdaniem Odwołującego niezmiernie istotne, Zamawiający nie postawił szczegółowych wymagań co do technologii, w jakiej ma być wykonana: tabliczka znamionowa, oznaczenie zacisków strony wtórnej, oznaczenie strony pierwotnej oraz naniesiona przekładnia prądowa. Pojęcie „wytłoczone” użyte przez Zamawiającego do określenia wykonania poszczególnych elementów przekładników nie zostało doprecyzowane w SIWZ. Ponadto, pojęcie to w praktyce jest w różny sposób pojmowane, również w dostępnych opracowaniach naukowych i technicznych, które wskazują na różne technologie wykonania wytłoczenia.

4. Dla przykładu Odwołujący wskazał, że na portalu P. (źródło:

(...), data odczytu: 2017-04-10), rozróżnia się następujące odmiany procesów wytłaczania:

- konwencjonalne
- auto-termiczne - ciepło dostarczane przez tarcie powlekające podciśnieniowe i ciśnieniowe
- porujące - do układu uplastyczniającego dodaje się porofor tj. środek spieniający
- z rozdmuchem - swobodne (otrzymuje się rękaw foliowy)
- z rozdmuchem - z ograniczeniem mechanicznym (otrzymuje się pojemniki)
- z napełnianiem - np. kroplówki z granulowaniem - w wodzie lub powietrzu, z proszku robi się granulaty
- współwytłaczanie - koekstruzja kilku warstw. 1

5. Jak wskazał Odwołujący co więcej, słownik języka polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego słowo „wytłoczyć” (ale też „wytłaczać”), w znaczeniu przemysłowym, definiuje to pojęcie w szeroki sposób:

- «*nanieść jakieś wzory, litery na papier, tkaninę, skórę itp., odkształcając ich powierzchnię*», nazywane w dalszej części dokumentu „Sposób 1 - wytłoczenie przez odkształcenie”;
- «*nadać materiałom użytkowym określony kształt przez tłoczenie, wygniatanie w specjalnych urządzeniach*», nazywane w dalszej części dokumentu „Sposób 2 - Wytłoczenie przez tłoczenie i wygniatanie”;
- «*wykorzystując siłę ciśnienia, wypchnąć coś na zewnątrz*», nazywane w dalszej części dokumentu „Sposób 3 - wytłoczenie przez wypchnięcie”.

6. Zdaniem Odwołującego należy zauważyć, że Zamawiający na etapie badania i oceny ofert w bezzasadny sposób nazywa wytłoczenie „technologią” i przeciwstawia ją technologii „laserowej”. Przede wszystkim w SIWZ „Zamawiający”, słusznie zresztą, wytłoczenia wcale nie pojmował jako technologii, lecz po prostu wskazywał na „wytłoczenie”, a nie „technologię wytłoczenia”.

Poszczególne elementy, wskazane przez Zamawiającego, miały być wytłoczone - co wskazuje na uzyskanie określonego efektu. Środków prowadzących do tego efektu Zamawiający nie precyzował - odkształcenie, tłoczenie, wygniatanie, wypchnięcie. Nie sprecyzował, że muszą one być uzyskane przy użyciu konkretnych technologii/narzędzi/procesów. Takie podejście jest zresztą zgodne z rozumieniem tego pojęcia (za słownikiem języka polskiego pod redakcją W. D.), bowiem:

- w przypadku wytłoczenia chodzi o naniesienie znaku (co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym przypadku) lub nadanie kształtu lub wypchnięcie na zewnątrz,
- następuje odkształcenie powierzchni (co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym przypadku) lub wygniatanie w specjalnych urządzeniach lub wykorzystanie siły ciśnienia.

7. Należy zatem uznać, zdaniem Odwołującego, że wytłoczenie jest efektem zastosowanej technologii, a nie samą technologią. Do uzyskania efektu wytłoczenia można zaś użyć metody: odkształcenia, tłoczenia, wygniatań, wypchnięcia. Z kolei odkształcenie można uzyskać, np. przy użyciu technologii laserowej. W każdym razie wytłoczenia nie można mylić z tłoczeniem.

8. Wobec powyższego za „wytłoczenie”, w ocenie Odwołującego, należy uznać naniesienie wzorów na powierzchnię, powodujące jej odkształcenie (sposób 1 - słownik języka polskiego pod redakcją W. D.). Bezsprzecznie powierzchnia przekładników B. została odkształcona poprzez naniesienie symbolu „P2” oraz przekładni prądowej. Fakt, że użyto do tego celu lasera, nie ma i nie powinno mieć żadnego znaczenia, bowiem Zamawiający tej technologii nie wykluczył, ani nie wskazał, jakiej konkretnie technologii oczekuje. Pozostawił w tym zakresie wykonawcom dowolność. Dlatego też wezwanie wystosowane przez Zamawiającego było

wadliwe, a wyjaśnienia Odwołującego w sposób kompleksowy i jednoznaczny rozwiąły w tym zakresie wątpliwości.

9. Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia odwołania *Technologię laserowej modyfikacji właściwości warstwy wierzchniej wspomaganej nagniataniem* została szczegółowo opisana przez J. R. z Instytutu Podstawowych Problemów Techniki Polskiej Akademii Nauk w monografii pod tym samym tytułem (2011 r.) i licznych publikacjach. Technologia znakowania laserowego, jako jedna z technologii wytłaczania, wykorzystuje zogniskowaną wiązkę lasera do modyfikacji powierzchni materiału (metale, tworzywa sztuczne, ceramika, drewno, sklejką, szkło, pleksi, skóra, papier, karton, tekstylia, guma i wiele innych) w celu trwałego i precyzyjnego zidentyfikowania, oznakowania lub ozdobienia.

10. W przypadku przekładników B. do oznakowania zastosowano technologię wykorzystującą zjawisko spotkania wiązki laserowej i powierzchni materiału w wyniku którego następuje miejscowe stopienie materiału, który po schłodzeniu pozwala uzyskać jaśniejsze i wypukłe oznakowanie. Poniżej przedstawiono widok jasnego i wypukłego oznakowania strony pierwotnej oraz przekładni prądowej przekładnika. Ww. technologia bezsprzecznie wyczerpuje opisaną powyżej jedną z metod wytłoczenia (Sposób 1 - wytłoczenie przez odkształcenie).

Rys. 1 Fotografia przekładnika B. z widokiem oznaczenia strony pierwotnej i przekładni.

11. Jak wskazał Odwołujący warto także podkreślić, że Zamawiający uznał za prawidłowe próbki pozostałych 3 wykonawców (w tym wykonawcy wybranego – A.), którzy również zastosowali technologię laserową. Poniżej Odwołujący przedstawia i omawia próbki każdego z wykonawców.

12. Analiza technologii wykonania: oznaczenia zacisków strony wtórnej, oznaczenia strony pierwotnej oraz naniesionej przekładni prądowej przekładników prądowych będących przedmiotem oferty A.. Widok przekładników przedstawiono na rys. 2-3.

Rys. 2. Widok tabliczki znamionowej próbki przekładników prądowych będących przedmiotem oferty A. Sp. z o.o.

Rys. 3. Widok boków próbki przekładników prądowych będących przedmiotem oferty A. Sp. z o.o.

13. Analiza technologii wykonania: oznaczenia zacisków strony wtórnej, oznaczenia strony pierwotnej oraz naniesionej przekładni prądowej przekładników prądowych będących przedmiotem oferty E. I. Sp. z o.o. Widok przekładników przedstawiono na rys. 4 – 5.

Rys. 4. Widok tabliczki znamionowej próbki przekładników prądowych będących przedmiotem oferty E. L. Sp. z o.o.

Rys. 5. Widok boku próbki przekładników prądowych będących przedmiotem oferty E. L. Sp. z o.o.

14. Analiza technologii wykonania: oznaczenia zacisków strony wtórnej, oznaczenia strony pierwotnej oraz naniesionej przekładni prądowej przekładników prądowych będących przedmiotem oferty B. Sp. z o.o. Widok przekładników przedstawiono na rys. 6-7.

Rys. 6. Widok tabliczki znamionowej próbki przekładników prądowych będących f przedmiotem oferty B. Sp. z o.o.

Rys. 7. Widok boku próbki przekładników prądowych o przekładni będących przedmiotem oferty B. Sp. z o.o.

15. Analiza technologii wykonania: oznaczenia zacisków strony wtórnej, oznaczenia strony pierwotnej oraz naniesionej przekładni prądowej przekładników prądowych będących przedmiotem oferty A. Sp. z o.o. Widok przekładników przedstawiono na rys. 8-9.

Rys. 8. Widok tabliczki znamionowej próbki przekładników prądowych będących przedmiotem oferty A. Sp. z o.o.

Rys. 9. Widok boku próbki przekładników prądowych o przekładni będących przedmiotem oferty A. Sp. z o.o.

16. Analizując próbki dostarczone przez wykonawców można stwierdzić:

1) Zamawiający uznał technologię laserową jako jedną z dopuszczalnych technologii wytłaczania we wszystkich próbkach:

- A. Sp. z o.o. - do oznaczenia przekładni prądowej na obu stronach przekładnika;
- E. L. Sp. z o.o. - do oznaczenia przekładni prądowej na obu stronach przekładnika;
- B. Sp. z o.o. - do oznaczania zacisków strony wtórnej „S1” i S2”;
- A. Sp. z o.o. - do oznaczania zacisków strony wtórnej „S1” i S2” i do oznaczenia strony pierwotnej „P1” i „P2” na obu stronach przekładnika oraz do oznaczenia przekładni prądowej na obu stronach przekładnika;

2) Zamawiający wezwał tylko jednego wykonawcę – B. do uzupełnienia próbki, jako przyczynę wskazując wykonanie oznaczeń w technologii laserowej („Sposób 1 - wytłoczenie przez odkształcenie”).

17. Zdaniem Odwołującego wskazane wyżej stanowisko Zamawiającego jest wadliwe i dyskryminujące. Zamawiający uznał technologię laserową za dopuszczalną u wszystkich pozostałych wykonawców. Uznał ją za dopuszczalną także u samego Odwołującego w przypadku oznakowania zacisków strony wtórnej „S1” i „S2”, a zgodnie pkt 2.1 SIWZ rozdz. II SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ppkt 9 - Oznaczenie zacisków strony wtórnej „S1” i S2” musi być wytłoczone na obudowie. Zatem wymóg Zamawiającego brzmiał identycznie, jak w przypadku oznaczenia strony pierwotnej „P1” i „P2” i przekładni prądowej. Wszystkie te oznaczenia w przekładnikach B. zostały wytłoczone z użyciem tej samej technologii.

18. Powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego, wskazują na naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Pomimo, że wszyscy wykonawcy zastosowali technologię laserową, to tylko oferta B. została odrzucona. Mając na uwadze powyższe, takie działanie Zamawiającego narusza dwie fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych, którymi powinni kierować się zamawiający przy przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowań na podstawie ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasadę równego dostępu do zamówienia, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

19. Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby przekładniki prądowe posiadały czytelne i widoczne tabliczki znamionowe, odporne na ścieranie; wykonane w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację nieautoryzowanej ingerencji (np. odklejanie, wymiana) - pkt 2.1 ppkt 9 i 10 SIWZ rozdz. II SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (str. 20). Tabliczka znamionowa przekładników B. została wykonana w tej samej technologii, co oznaczenia strony pierwotnej „P1” i „P2” i przekładni prądowej. Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń co do jej jakości. W takiej sytuacji, tym bardziej

trudno zaakceptować, dyskwalifikację produktu B. w oparciu o nie niewyartykułowane w SIWZ wymagania. Zwłaszcza, że nawet gdyby zostały wyartykułowane w takiej postaci, jak w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, to nie miałyby rzeczowego uzasadnienia.

Zamawiający pismem z dnia 25.04.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie.

W pierwszej kolejności Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania wskazując, że zostało wniesione z uchybieniem terminu.

Zamawiający w uzasadnieniu tego wniosku wskazał, że czynnością kwestionowana przez Odwołującego jest badanie i ocena oferty, o której ten ostatni dowiedział się już z pisma z dnia 10.03.2017 r., w którym Zamawiający działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia próbek przekładnika 200/5 (typ BPNN 40x10) oraz 800/5 (typ BPNN 60x10) wskazując jednocześnie w wezwaniu, że „Wykonawca dołączył do oferty próbkę przekładnika 200/5 (typ BPNN 40x10) oraz 800/5 (typ BPNN 60x10), które nie spełniają wymagań określonych w Rozdziale II SIWZ – OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w pkt 2.1.12 – „oznaczenie strony pierwotnej P1 i P2 musi być wytłoczone na obudowie”, pkt 2.1.13 – NA obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa. Na dołączonym do oferty przekładniku: brak jest oznaczenia symbolu P2, które jest wykonane w formie nadruku, brak również wytłoczenia przekładni po obydwu stronach, które wykonane jest w formie nadruku”.

Tym samym, w ocenie Zamawiającego, już z pisma z dnia 10.03.2017 r. Odwołujący powziął informację o tym, iż jego oferta nie spełnia wymagań w zakresie ww. oznaczeń na obudowie przekładnika, bowiem wykonane na obudowie oznaczenia nie zostały wytłoczone. Odwołujący nie wykonał otrzymanego wezwania i nie złożył próbek przekładników z wytłoczonymi oznaczeniami strony pierwotnej „P2”, jak również przekładni prądowej, pomimo, iż Zamawiający wyznaczył Odwołującemu realny, bo ponad dziesięciodniowy termin na złożenie nowych próbek przekładników. Jednocześnie, B. nie złożył w przepisany 10-dniowym terminie odwołania wobec czynności wezwania do uzupełniania próbek, przekazując do Zamawiającego jedynie pismo z dnia 14.03.2017 r. W piśmie tym B. wyjaśnił, że oznaczenia naniesione na przekładniku nie są nadrukiem lecz „laserowym znakowaniem”, które „nazwać można uszlachetnionym tłoczeniem”, a następnie poprosił o akceptację takiego rozwiązania przez Zamawiającego, co dodatkowo potwierdza, iż udzielając wyjaśnień Odwołujący miał świadomość, iż zastosowane przez niego oznaczenia nie polegają na ich wytłoczeniu w obudowie przekładnika.

Dowód: - wyjaśnienia Odwołującego z dnia 14.03.2017 r.

Podsumowując Zamawiający wskazał, iż jak wynika z odwołania z dnia 10.04.2017 r., B. kwestionuje dokonane przez Zamawiającego badanie oferty, w wyniku którego Zamawiający uznał, iż oferta B., w zakresie wskazanych powyżej oznaczeń, nie spełnia wymogów SIWZ, a

w efekcie B. kwestionuje również czynność wezwania Zamawiającego do uzupełnienia próbek przekładników z dnia 10.03.2017 r. Czynność ta stanowiła wynik ww. negatywnej oceny oferty B. pod kątem zgodności z SIWZ, a którą - jak wskazał w swym odwołaniu – B. uznaje za czynność wadliwą (por. zdanie ostatnie w pkt. 8 części II uzasadnienia odwołania). Skoro tak, to B. powinien w przepisany terminie zaskarżyć czynność wezwania do uzupełniania, czego jednak nie uczynił, a jednocześnie, nie wykonując wezwania, musiał godzić się na konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty, jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

W zaistniałych okolicznościach, składanie odwołania na obecnym etapie uznać należy za spóźnione.

Bezzasadność odwołania

Odnosząc się w dalszej części do podniesionych w odwołaniu zarzutów, Zamawiający wskazuje, że są one bezzasadne, zaś odwołanie opiera się na własnej, przyjętej przez Odwołującego wyłącznie na potrzeby procesowe, rozszerzającej wykładni postanowień OPZ, co ma na celu „dostosowanie” zaoferowanych przez B. przekładników do wymogów SIWZ, które jednak wymogów tych nie spełniają.

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą próbki przekładników, które nie posiadały wymaganego wytłoczenia symbolu „P2”, jak również wytłoczenia przekładni prądowej po obydwu stronach przekładników, które to oznaczenia wykonane zostały w formie znakowania laserowego. Odwołujący całkowicie zlekceważył przy tym treść otrzymanego od Zamawiającego wezwania i nie przedłożył próbek przekładników zgodnych z wymogami i potrzebami Zamawiającego. Zamiast tego, próbował skłonić Zamawiającego do zaakceptowania zastosowanej przez niego technologii znakowania, przekładnika strony pierwotnej „P1” oraz „P2”, jak również przekładni prądowej (a także strony wtórnej „S1” oraz „S2”), wymagając aby oznaczenia te były „wytłoczone na obudowie.” Jednocześnie, badając oferty składane przez wykonawców w tych postępowaniach, Zamawiający nigdy nie akceptował próbek przekładników, które posiadały ww. oznaczenia naniesione laserowo, na dowód czego Zamawiający składa wyciąg postanowień SIWZ z dwóch ostatnich postępowań z roku 2015 oraz 2016 r. wraz z pismami dotyczącymi odrzucenia ofert zawierających próbki przekładników nie posiadających wymaganego wytłoczenia na obudowie, lecz jedynie laserowe oznaczenie, tj.: materiały dotyczące postępowania RPUZ/P/01258/2015/DD/DW, zawierające:

- Rozdział II SIWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia, strona 12, z wymaganiami w pkt 11,12 oraz 13 odnośnie wytłoczenia oznaczeń na obudowie przekładnika;
- wezwanie z dnia 28.10.2015 r. do uzupełnienia próbek przekładników, skierowane do konsorcjum: E. L. Sp. z o.o., A. SA, wraz z odpowiedzią wykonawcy z dnia 29.10.2015 r.,

potwierdzającą brak wymaganego wytłoczenia oraz zastosowanie jedynie laserowego oznaczenia;

- zawiadomienie z dnia 30.10.2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum: E. L. Sp. z o.o., A. S.A. z powodu braku wytłoczenia na obudowie przekładnika wymaganych oznaczeń.

materiały dotyczące postępowania RPUZ/P/0258/2016/DD/DW, zawierające:

- Rozdział II SIWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia, strona 12, z wymaganiami w pkt 11,12 oraz 13 odnośnie wytłoczenia oznaczeń na obudowie przekładnika;

- wezwanie z dnia 25.05.2016 r. do uzupełnienia próbek przekładników, skierowane do konsorcjum: E. Logistyka Sp. z o.o., A. S.A., wraz z odpowiedzią wykonawcy z dnia 31.05.2016 r., potwierdzającą brak wymaganego wytłoczenia oraz zastosowanie jedynie laserowego oznaczenia;

- wezwanie z dnia 25.05.2016 r. do uzupełnienia próbek przekładników, skierowane do wykonawcy: A. Sp. z o.o., wraz z odpowiedzią wykonawcy z dnia 31.05.2016 r., do której załączono nową próbkę przekładnika z wytłoczoną po obu stronach obudowy przekładnią;

- zawiadomienie z dnia 15.06.2016 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum: E. L. Sp. z o.o., A. S.A. z powodu braku wytłoczenia na obudowie przekładnika wymaganych oznaczeń.

Mając powyższe na uwadze, nie sposób twierdzić, jak czyni to Odwołujący, że skoro użyte przez Zamawiającego sformułowanie „wytłoczone” nie zostało w SIWZ sprecyzowane, a w praktyce jest w różny sposób pojmowane, to należy je rozumieć jak najszerszej, dopuszczając tym samym znakowanie laserowe używane na przekładnikach B.. Na potrzeby bowiem wykładni SIWZ sporządzonej przez Zamawiającego należało przyjąć takie znaczenie, które najbardziej odpowiada potrzebom Zamawiającego oraz rozumienie właściwe dla przedmiotowej branży, co Odwołujący pomija.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż bez związku ze sprawą pozostają przywołane w odwołaniu treści zaczerpnięte z portalu P., które (jak wynika z informacji dostępnych pod adresem przywołanym w odwołaniu) dotyczą procesów wytłaczania służących do produkcji długich elementów z tworzyw sztucznych.

Nadto Zamawiający wskazał, że Odwołujący wprowadza Izbę w błąd twierząc, że zaakceptował próbki wszystkich pozostałych 3 wykonawców (w tym wybranego A.), którzy rzekomo również zastosowali technologie laserową. Taka akceptacja, jak wskazał Zamawiający, nie miała miejsca, jak również naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał bowiem, że żaden z pozostałych wykonawców nie stosował celem spełnienia wymogów SIWZ techniki laserowej stosowanej przez Odwołującego.

Zamawiający podniósł również, że Odwołujący stara się narzucić Zamawiającemu korzystne dla siebie rozwiązanie technologiczne.

Działanie wbrew żądaniu Zamawiającego sformułowanemu w wezwaniu nie mogło prowadzić do utrzymania oferty Odwołującego w Postępowaniu i musiało skutkować jej odrzuceniem.

9. Podsumowując, Zamawiający podnosi, iż odwołanie opiera się wyłącznie na chybionych i nieudowodnionych twierdzeniach Odwołującego oraz jego własnej rozszerzającej interpretacji wymogów SIWZ, przyjętej wyłącznie na potrzeby procesowe, celem „dopasowania” wymogów SIWZ do stosowanych przez siebie oznaczeń, które jednak nie zostały w SIWZ dopuszczone. Odwołujący zdaje się tym samym zapominać, że to wykonawca musi dostosować swą ofertę do precyzyjnych i nie podlegających na tym etapie dyskusji wymagań Zamawiającego, a nie odwrotnie. Nieprawdziwe zaś sugestie Odwołującego, jakoby również inni wykonawcy występujący w Postępowaniu złożyli próbki przekładników oznaczone technologią laserową, dodatkowo obniżają wiarygodność twierdzeń Odwołującego, który nieudolnie (poprzez używanie wprowadzającej w błąd nomenklatury) próbuje zakwalifikować stosowaną wyłącznie przez siebie metodę jako rzekomo jedną z dopuszczalnych technologii wyłaczania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w

odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również i przeprowadziła następujące dowody:

1. Zawnioskowane i przedłożone przez Zamawiającego dowody z dokumentów w postaci:

- wezwanie Zamawiającego z dnia 10.03.2017 r.;
- wyjaśnienia Odwołującego z dnia 14.03.2017 r.;
- wyciągi z postanowień SIWZ innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego organizowanych przez T. D. S.A. i R. S. o. Spółka z o.o.;
- wyciągi postanowień SIWZ z dwóch ostatnich postępowań z roku 2015 oraz 2016 r. wraz z pismami dotyczącymi odrzucenia ofert zawierających próbki przekładników nie posiadających wymaganego wytłoczenia na obudowie, lecz jedynie laserowe oznaczenie, tj.: materiały dotyczące postępowania RPUZ/P/01258/2015/DD/DW, zawierające:
 - Rozdział II SIWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia, strona 12, z wymaganiem w pkt 11,12 oraz 13 odnośnie wytłoczenia oznaczeń na obudowie przekładnika;
 - wezwanie z dnia 28.10.2015 r. do uzupełnienia próbek przekładników, skierowane do konsorcjum: E. L. Sp. z o.o., A. SA, wraz z odpowiedzią wykonawcy z dnia 29.10.2015 r., potwierdzającą brak wymaganego wytłoczenia oraz zastosowanie jedynie laserowego oznaczenia;
 - zawiadomienie z dnia 30.10.2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum: E. L. Sp. z o.o., A. S.A. z powodu braku wytłoczenia na obudowie przekładnika wymaganych oznaczeń.
- materiały dotyczące postępowania RPUZ/P/0258/2016/DD/DW, zawierające:
 - Rozdział II SIWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia, strona 12, z wymaganiem w pkt 11,12 oraz 13 odnośnie wytłoczenia oznaczeń na obudowie przekładnika;
 - wezwanie z dnia 25.05.2016 r. do uzupełnienia próbek przekładników, skierowane do konsorcjum: E. L. Sp. z o.o., A. S.A., wraz z odpowiedzią wykonawcy z dnia 31.05.2016 r.,

potwierdzającą brak wymaganego wytłoczenia oraz zastosowanie jedynie laserowego oznaczenia;

- wezwanie z dnia 25.05.2016 r. do uzupełnienia próbek przekładników, skierowane do wykonawcy: A. Sp. z o.o., wraz z odpowiedzią wykonawcy z dnia 31.05.2016 r., do której załączono nową próbkę przekładnika z wytłoczoną po obu stronach obudowy przekładnią;

- zawiadomienie z dnia 15.06.2016 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty konsorcjum: E. L. Sp. z o.o., A. S.A. z powodu braku wytłoczenia na obudowie przekładnika wymaganych oznaczeń.

2. Izba dopuściła również złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy dowody z dokumentów w postaci:

- wydruk ze strony internetowej (...) wskazujące na laserowe techniki znakowania;

- wydruk ze strony internetowej (...) opisującą laserową technologię ekspandowania;

- wydruk ze strony internetowej zawierający opis techniki tłoczenia w poligrafii oraz definicje pojęcia uszlachetniania druku;

- wydruk zawierający ścieżkę do strony internetowej (...) gdzie znajdowała się dokumentacja przekładników prądowych nN;

3. Izba dopuściła dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone przez Odwołującego:

- opinia na temat znakowania przekładników z dnia 26.04.2017 r. autorstwa T.;

- wydruk ze strony internetowej (...) zawierający informacje na temat znakowania przemysłowego;

- wydruk ze strony internetowej (...) zawierający informacje na temat tłoczenia laserowego;

- wydruk ze strony internetowej (...) zawierający informacje na temat uszlachetniania pudełek metalowych;

- wydruk ze strony internetowej (...) zawierający informacje na temat tłoczenia oraz cięcia laserowego;

- wydruk z archiwum portalu (...) odnoszący się do tłoczenia laserowego;

- wydruk fragmentu dokumentu (Ćwiczenie nr VII) dotyczący obróbki plastycznej blach w technologii tłoczenie – kształtowanie.

4. Izba dopuściła dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego w postaci dokumentacji technicznej zatytułowanej „Przekładniki prądowe niskiego napięcia” (2016 Wydanie I B).

Dokument w postaci opinii dotyczącej wykonania oznaczeń przekładników (P. C. Instytut I. M., (...) 24.04.2017) Izba uznała za stanowisko własne Odwołującego. Jest to bowiem opinia prywatnie wykonana na zlecenie Odwołującego i nie ma waloru dowodu z opinii biegłego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem Postępowania jest dostawa przekładników prądowych nn - 31.500 sztuk, w tym:

- 1) przekładnik prądowy niskiego napięcia - przekładnia 200/5 (18000 szt.);
- 2) przekładnik prądowy niskiego napięcia - przekładnia 800/5 (13500 szt.).

Zamawiający w pkt 2.1 SIWZ rozdz. II SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA postawił następujące wymagania w stosunku do wszystkich przekładników (zarówno przekładnia 200/5, jak i przekładnia 800/5):

9. Przekładniki prądowe muszą posiadać czytelne i widoczne tabliczki znamionowe.
10. Tabliczka znamionowa musi być czytelna i odporna na ścieranie, wykonana w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację nieautoryzowanej ingerencji (np. odklejanie, wymiana).
11. Oznaczenie zacisków strony wtórnej „S1” i „S2” musi być wytłoczone na obudowie.
12. Oznaczenie strony pierwotnej „P1” i „P2” musi być wytłoczone na obudowie.
13. Na obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa.

W dniu 6 marca 2017r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o ofertach złożonych w Postępowaniu. Oferty złożyło 4 wykonawców. Parametry złożonych ofert przedstawiały się następująco:

1. E. Logistyka Sp. z o.o. ul. (...), 2.637.000,00 zł netto, 3.243.510,00 zł brutto, gwarancja 144 miesiące;
2. B. Sp. z o.o., ul. (...), 1.962.000,00 zł netto, 2.413.260,00 zł brutto, gwarancja 144 miesiące;
3. A. Sp. z o.o., ul. (...), 1.858.500,00 zł netto, 2.285.955,00 zł brutto, gwarancja 96 miesięcy;

4. A. Sp. z o.o., ul. (...), 2.356.650,00 zł netto, 2.898.679,50 zł brutto, gwarancja 144 miesiące.

Zamawiający pismem z dnia 10.03.2017 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. do uzupełnienia próbek przekładnika 200/5 (typ BPNN 40x10) oraz 800/5 (typ BPNN 60x10) wskazując, iż zgodnie z treścią SIWZ Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia wykonawca musiał złożyć wraz z ofertą próbki przekładników spełniające wymagania pkt 2.1.12 oraz 2.1.13., z których wynika, że oznaczenia strony pierwotnej P1 i P2 oraz przekładni przekładnika musiało zostać wytłoczone, zaś na dołączonych do oferty przekładnikach jest wykonane w formie nadruku.

Odwołujący pismem z dnia 14.03.2017 r. wyjaśnił, że oznaczenia naniesione na jego przekładniku nie są nadrukiem które jest zasadniczo procesem nanoszenia obcego materiału na powierzchnie znakowaną. Wybrane przez wykonawcę znakowanie jest tworzeniem trójwymiarowego wzoru na powierzchni obudowy przekładnika za pomocą techniki laserowej. Zastosowane techniki laserowe to ekspandowanie, które polega na nagrzewaniu powierzchni materiału wiązką lasera a następnie schładzanie, w wyniku tego procesu następuje spęcznienie w miejscach znakowania co daje w efekcie trójwymiarowy znak. W tym przypadku jest on wysokości około 0,2 mm. Stosując tę technikę Odwołujący uzyskuje również jednocześnie drugą z technik, czyli zmianę koloru – jest ona zasadniczo procesem elektrycznym, który zmienia uporządkowanie mikrocząsteczek (zmieniając ich kierunek). Nie jest usuwany żaden materiał a jedynie dobiera się odpowiednio moc i częstotliwość impulsów lasera. Na zakończenie Odwołujący w powyższym piśmie wskazał, że w przeciwieństwie do innych technologii laserowe znakowanie jest trwałym i odpornym na ścieranie, jak również na ciepło i na działanie kwasów i praktycznie żeby go usunąć trzeba go fizycznie zniszczyć. W związku z powyższym, jak wskazał Odwołujący, zastosowana przez niego technologię można nazwać uszlachetnionym tłoczeniem i wnosi o akceptację tego rozwiązania.

W dniu 31 marca 2017 r. Zamawiający poinformował B. o wyborze oferty A. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty B.. Zamawiający wskazał, że oferta B. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ:

„W SIWZ, w Rozdziale I pkt. 9.1. j) Zamawiający zażądał, aby Wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli próbkę przekładnika spełniającego wymagania zawarte w Rozdziale II SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w tym min. pkt. 2.1.12 - „oznaczenie strony pierwotnej „P1” i „P2” musi być wytłoczone na obudowie” oraz pkt. 2.1.13 - „Na obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa.”.

Wykonawca dołączył do oferty próbki przekładnika 200/5 (typ BPNN 40x10), oraz przekładnika 800/5 (typ BPNN 60x10), które nie spełniają wymagań określonych w Rozdziale II SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA tj. wymagań określonych w pkt 2.1.12 - „oznaczenie strony pierwotnej „P1” i „P2” musi być wytłoczone na obudowie”, oraz w pkt 2.1.13 - „Na obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa.”

Na dołączonym do oferty przekładniku:

- brak wytłoczenia na obudowie symbolu „P2”. Symbol „P2” został zrealizowany przy użyciu techniki laserowej,
- brak wytłoczenia na obudowie przekładni prądowej po obydwu stronach przekładnika. Przekładnia została zrealizowana przy użyciu techniki laserowej.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia próbek przekładnika 200/5 (typ BPNN 40x10) oraz 800/5 (typ BPNN 60x10), które spełniają wymagania zawarte w SIWZ. W odpowiedzi Wykonawca przedstawił jedynie wyjaśnienia, co nie było przedmiotem wezwania. W wyjaśnieniach Wykonawca przyznaje, iż oznaczenia nie zostały wytłoczone a zrealizowane przy użyciu techniki laserowej.

W związku z powyższym Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie uzupełnił wymaganych próbek.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał, że w treści SIWZ, w Rozdziale I pkt. 9.1. j) Zamawiający zażądał, aby Wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli próbkę przekładnika spełniającego wymagania zawarte w Rozdziale II SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w tym min. pkt. 2.1.12 - „oznaczenie strony pierwotnej „P1” i „P2” musi być wytłoczone na obudowie” oraz pkt. 2.1.13 - „Na obudowie (po obydwu stronach przekładnika) musi być wytłoczona przekładnia prądowa.”.

Przy tak sformułowanym warunku odnoszącym się do oznakowania oferowanych przekładników prądowych wskazać należy, że wobec dokonanej przez Odwołującego interpretacji tego pojęcia konieczne jest sięgnięcie do języka naturalnego celem nadania właściwego znaczenia użytym pojęciom. W ocenie Izby użyte przez Zamawiającego w SIWZ pojęcie, że oferowane urządzenia powinny posiadać wytłoczone w obudowie oznakowania oznacza, że niezależnie od użytej techniki tłoczenia końcowy efekt powinien polegać na trwałym oznakowaniu wskutek wyniesienia i/lub wgłębienia struktury materiału (jego wyraźnego i wyczuwalnego odkształcenia) w taki sposób aby sąsiadujące ze sobą elementy oznakowania trwale ze sobą kontrastowały dzięki różnicy ich wysokości.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że powyższe odkształcenie powierzchni może być realizowane różnymi technikami, być procesem pierwotnym (realizowanym na etapie wykonania obudowy), jak również wtórnym (wykonanym po ukształtowaniu obudowy urządzenia) i polegającym zarówno na wykonaniu wgłębień w materiale, wyniesieniu materiału lub połączeniu obu tych technik jako wyczuwalnego efektu końcowego. Jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy nie kwestionuje on oznakowania ze względu na sposób jego wykonania (przy użyciu lasera), lecz ze względu na brak uzyskania pożądanego efektu w postaci wytłoczenia. Zamawiający również słusznie wskazywał, że taka jest praktyka w branży tego rodzaju urządzeń, że efektem finalnym powinno być wykonanie wytłoczeń w postaci wyczuwalnych deformacji powierzchni, których w przypadku urządzeń oferowanych przez Odwołującego nie uzyskano.

W ocenie Izby ten efekt końcowy stanowi w niniejszym przypadku zasadniczy cel, który chciał osiągnąć Zamawiający w postaci „wytłoczenia” na obudowie przekładni prądowej oraz oznaczeń strony pierwotnej. Zatem oferowane przez wykonawców urządzenia powinny w tym zakresie posiadać trwałe oznakowania w postaci wytłoczeń, tj. odkształceń powierzchni materiału w taki sposób aby nastąpiła wyczuwalna różnica pomiędzy powierzchnią obudowy a wykonanym oznakowaniem. Choć Zamawiający nie określił głębokości owych wytłoczeń w praktyce spotyka się często ten sposób znakowania urządzeń powszechnego użytku, zarówno wykonanych z tworzyw sztucznych, metali kolorowych oraz innych materiałów i takie też podejście należy zastosować do oceny dostarczonych przez Odwołującego próbek.

Izba w tym zakresie za najistotniejszy dla oceny zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu uznała dowód w postaci okazania na rozprawie próbek oferowanych przez wykonawców przekładników prądowych, w tym w szczególności przekładników zaoferowanych w postępowaniu przez Odwołującego. Poddając analizie oznakowanie przekładni prądowej (oznakowania 800/5A oraz 200/5A) oraz strony wyjściowej (oznakowanie P2-L) Izba stwierdziła, że końcowy efekt oznakowania nie pozwala uznać ich za wytłoczenie. W ocenie Izby, przy uwzględnieniu wyjaśnień Odwołującego, co do techniki

ich wykonania, nie mamy w tym wypadku do czynienia z wyczuwalnym wyniesieniem i/lub wgłębieniem materiału lecz jedynie z odbarwieniem powierzchni w postaci rozjaśnienia struktury tworzywa sztucznego oraz nadaniem tej powierzchni wyczuwalnie gładszej struktury od struktury powierzchni całego przekładnika, które to wygładzenie tylko pozornie może dawać efekt różnicy wysokości. Oznakowania te nie posiadają jednak żadnego wyczuwalnego progu pomiędzy odbarwionym i wygładzonym obszarem a sąsiadującą z nim powierzchnią obudowy. Już tylko ten dowód z oględzin pozwala na uznanie, że nie mamy w tym przypadku do czynienia z „wytłoczeniem” na obudowie oznakowania, lecz z zupełnie inną techniką oznakowania dającą w efekcie odbarwienie oraz wygładzenie znakowanej powierzchni. Porównanie oferowanych przez Odwołującego przekładników prądowych z oferowanymi przez pozostałych wykonawców tylko ten wniosek pogłębiło. Pomijając poszczególne techniki wykonania tych wytłoczeń, który to element nie stanowił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, rysują się wyraźne różnice w uzyskanym efekcie końcowym u Odwołującego i pozostałych wykonawców. Można bowiem stwierdzić, że zakwestionowane przez Zamawiającego oznakowania przekładników prądowych B. nie posiadają żadnego wyczuwalnego progu w naniesionych symbolach, w tym poddać należy również w wątpliwość zawartą w piśmie Odwołującego z dnia 14.03.2017 r. (wyjaśnienia złożone na wezwanie Zamawiającego), że trójwymiarowy znak posiada wysokość około 0,2 mm.

Co do nazwy i rodzaju tego oznakowania Izba za wiarygodny uznała dowód z dokumentu zawniostkowany i złożony przez Przystępującego w postaci katalogu zatytułowanego „Przekładniki prądowe niskiego napięcia” (2016 wydanie I B.). W dokumencie tym dla poszczególnych typów przekładników dla znakowania obudowy wskazano tożsamą technikę w postaci graweru laserowego, w tym również na str. 12 - 14 w pkt 3.4. – 3.6. przekładniki nN TYPU BPnN (s, k, r) 40x10, 40x10 oraz 60x10 w dziale „Obudowa” użyto sformułowania „grawer laserowy”. To sformułowanie koresponduje zaś z oceną oferowanych przez Odwołującego przekładników dokonaną w ramach dowodu z oględzin. Analiza przedstawionych próbek, a więc zasadniczego materiału dowodowego, wykazała, że możemy mieć do czynienia jedynie z procesem zbliżonym do powierzchniowego grawerowania, tj. zmiany struktury oznaczanej powierzchni (jej odbarwienia i wygładzenia) – nie zaś z dowolnym procesem tłoczenia, w którego efekcie otrzymujemy „wytłoczenie” polegające na wyczuwalnym wyniesieniu lub wtlóczeniu materiału w taki sposób, że daje on wyczuwalny obraz trójwymiarowy znaku.

W ocenie Izby uzyskany finalnie efekt oznakowań, które zostały zakwestionowane przez Zamawiającego, odpowiada tej technice znakowania laserowego (grawer laserowy), a więc uzyskania efektu w postaci odbarwienia oraz wygładzenia struktury materiału.

Izba nie dała zaś wiary wyjaśnieniom Odwołującego w tym zakresie, że dokument ten jest niewiadomego pochodzenia, zaś ze względu na datę jego wydania (rok 2016 r.

oznaczony jako wersja I) nie może być brany pod uwagę, gdyż Odwołujący od listopada 2016 r. dokonał zmian w technice znakowania oferowanych urządzeń. Po pierwsze analiza tego dokumentu pozwala uznać, że na fotografiach zostały przedstawione przekładniki o identycznym wyglądzie jak zaoferowane w postępowaniu i będące przedmiotem dowodu z okazania. Ponadto dokument ten jest dokumentem wydanym stosunkowo niedawno (rok 2016), zaś jak wynika z zawartego na str. 3 pierwszego zdania rozdziału 1 zatytułowanego „Wstęp” przekładniki prądowe są nowym produktem Odwołującego. Powyższe zaś czyni niewiarygodnymi twierdzenia Odwołującego, że doszło w listopadzie 2016 r. do zmiany techniki znakowania produktów, tj. że świeżo wprowadzone do obrotu produkty zostały zmodyfikowane w zakresie sposobu znakowania na obudowie.

Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, jak również nie wskazał ewentualnych powodów dla tej zmiany.

W zakresie pozostałych dowodów Izba, mając na uwadze zasadniczą oś sporu, poddała je analizie i uwzględniła zawarte tam informacje, w szczególności co do możliwych technik znakowania laserem i możliwości uzyskania określonych efektów. Jednakże jak wyżej wskazano Zamawiający nie kwestionował techniki znakowania przekładników prądowych, lecz powodem odrzucenia oferta Odwołującego stał się brak efektu w postaci trwałego wytłoczenia i co za tym idzie ocena skuteczności oznakowania oferowanych urządzeń. W tym zakresie, przyjmując funkcjonującą w branży energetycznej praktykę, Izba uznała, że zasadniczym dowodem przemawiającym za oddaleniem odwołania był dowód z oględzin, który pozwolił na przyjęcie, że otrzymany efekt nie stanowi wytłoczenia, dodatkowo potwierdzony dowodem z dokumentu złożonym przez Przystępującego w postaci dokumentacji technicznej przekładników prądowych niskiego napięcia, który wskazał, że mamy do czynienia z techniką grawerowania laserowego.

Tym samym Izba uznała, iż w kontekście postanowień SIWZ oraz przyjętego dla tego typu urządzeń znakowania czynność dokonana przez Zamawiającego znajdowała uzasadnienia prawne i faktyczne, a więc że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

