

WYROK

z dnia 29 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2014 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Itron Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców), Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gödöllő (Węgry)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa urządzeń pomiarowych energii elektrycznej – liczników elektromechanicznych dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A.* (nr postępowania 400/GL/LP/AS/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna z siedzibą w Skarżysku-Kamiennej**

działającego również w imieniu i na rzecz zamawiających: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin z siedzibą w Lublinie, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość z siedzibą w Zamościu**

przy udziale wykonawcy: **Fabryka Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S.A. w Świdnicy –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje 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. z siedzibą w Krakowie, Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gödöllő, a także powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna z siedzibą w Skarżysku-Kamiennej i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Itron Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gödöllő** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna z siedzibą w Skarżysku-Kamiennej** na rzecz **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Itron Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gödöllő** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna z siedzibą w Skarżysku-Kamiennej – prowadzi, również w imieniu i na rzecz zamawiających: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin z siedzibą w Lublinie, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość z siedzibą w Zamościu, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. *Dostawa urządzeń pomiarowych energii elektrycznej – liczników elektromechanicznych dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A.* (nr postępowania 400/GL/LP/AS/2013).

Ogłoszenie o tym zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 października 2013 r. pod nr 2013/S 195-337322, z tym że 4 października 2013 r. ogłoszenie zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.skarzysko.pgedystrybucja.pl), na której udostępnił również od 8 października 2013 r. specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona na kwotę 14.486.000,00 zł, co stanowi równowartość 3.603.841,18 euro.

7 maja 2014 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Itron Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik wykonawców), Ganz Meter Company Ltd z siedzibą w Gödöllő (Węgry) {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum Itron”} – informację o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie części drugiej zamówienia – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Fabrykę Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S. A. w Świdnicy, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

16 maja 2014 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 70¹ § 4 kodeksu cywilnego {„kc”} w zw. z art. 14 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {dalej zwanego również w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”} – przez poddanie wzorów liczników złożonych przez Odwołującego badaniu wykraczającemu poza badanie, które mogło być przeprowadzone zgodnie z SIWZ, tj. poddanie tych wzorów badaniu w zakresie umieszczenia na licznikach oznaczeń zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego, oraz szczegółowego zakresu sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2008 r. Nr 11, poz. 63) {dalej zwanemu również w skrócie „rozporządzeniem w sprawie wymagań dla liczników”}, podczas gdy, stosownie do pkt 14.22 SIWZ, ocena wzorów powinna być przeprowadzona zgodnie z wymaganiami pkt 1.23) Specyfikacji Technicznej („ST”), stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, tj. wyłącznie w zakresie sprawdzenia parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika (tj. sprawdzenie poprawności dokonywanych pomiarów), co nie obejmuje badania oznaczenia wzorów, a zatem wzory nie mogły stanowić podstawy oceny spełniania wymagań innych niż wymagania metrologiczne, w szczególności wymagań co do oznaczenia liczników, a w konsekwencji bezzasadne odrzucenie oferty Odwołujących.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów – przez uznanie wzorów liczników złożonych przez Odwołujących za część ich oferty oraz zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołujących do złożenia w wyznaczonym terminie wzorów liczników potwierdzających spełnianie przez oferowane liczniki wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie umieszczenia na licznikach oznaczeń zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników i odrzucenie oferty Odwołujących, jako rzekomo nieodpowiadającej treści SIWZ, podczas gdy wzory liczników nie stanowiły części oferty, a w wypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że złożone przez Odwołujących wzory liczników nie potwierdzają, że oferowane liczniki spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w ww. zakresie, Zamawiający powinien wezwać Odwołujących do złożenia w wyznaczonym terminie wzorów liczników potwierdzających spełnianie przez oferowane liczniki tych wymagań, a w konsekwencji bezzasadne odrzucenie oferty.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 70¹ § 4 kc w zw. z art. 14 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów – przez stwierdzenie jakoby przedłożone przez Odwołujących wzory liczników nie pozwalały na

ustalenie ich zgodności z załączonym do oferty Odwołujących certyfikatem – Świadectwem badania typu WE nr TI0037 rewizja 7 („Certyfikat”), ze względu na brak umieszczenia na licznikach oznaczeń zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników i odrzucenie na tej podstawie oferty Odwołujących, jako rzekomo nie odpowiadającej treści SIWZ, podczas gdy ocena wzorów powinna być przeprowadzona wyłącznie w zakresie sprawdzenia parametrów metrologicznych, co nie obejmuje badania oznaczenia wzorów, ani ich zgodności z Certyfikatem, podczas gdy, w wypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że złożone przez Odwołujących wzory liczników nie potwierdzają ich zgodności z Certyfikatem, Zamawiający powinien wezwać Odwołujących do złożenia w wyznaczonym terminie wzorów liczników potwierdzających ich zgodność z Certyfikatem, podczas gdy z oznaczeń typu licznika znajdujących się na wzorach liczników złożonych przez Odwołujących (CI 14URIDPf) oraz oznaczeń typu licznika wskazanych w Certyfikacie wynika, że wskazany Certyfikat dotyczy wzorów liczników złożonych przez Odwołujących, a w konsekwencji bezzasadne odrzucenie oferty Odwołujących.

4. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania, w tym odrzucenie oferty Odwołujących i wybór oferty PAFAL, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 1:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących oraz wyboru oferty PAFAL.
2. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. Wyboru oferty Odwołujących jako oferty najkorzystniejszej {Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że wobec dotychczasowego postępowania Zamawiającego istnieje obawa, że w dalszym ciągu będzie unikał wyboru oferty Konsorcjum Itron, pomimo że oferta ta spełnia wymagania SIWZ i jest ofertą najkorzystniejszą}.

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w następujący sposób.

Odwołujący zrelacjonował, że zadanie nr 2 obejmuje dostawę liczników bezpośrednich, elektromechanicznych, energii czynnej, jednostrefowych, 3-fazowych. Zostły złożone dwie oferty dla zadania nr 2: oferta Konsorcjum Itron oraz oferta PAFAL, przy czym ta pierwsza ofertą z niższą ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

19 listopada 2013 r. zespół techniczny wyznaczony z komisji przetargowej przeprowadził badania w zakresie sprawdzenia wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych i metrologicznych wzorów liczników dostarczonych wraz z ofertami

Odwołujących oraz PAFAL. Zespół techniczny stwierdził, że wzory liczników złożone przez Odwołujących *spełniają stawiane im wymagania metrologiczne oraz pod względem mechanicznym, spełniają wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ-ST* (pkt 3 i 4 Notatki nr 1 stanowiącej załącznik do Protokołu nr 1 z posiedzenia komisji przetargowej). Na tej podstawie komisja przetargowa 19 listopada 2013 r. stwierdziła, że oferta Odwołujących *jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ* (pkt 1.5 Protokołu nr 1 z posiedzenia komisji przetargowej).

Pomimo stwierdzenia zgodności oferty Konsorcjum Itron z SIWZ, 3 grudnia 2013 r., na skutek pisma PAFAL, komisja przetargowa dokonała ponownego badania oferty Odwołującego. W wyniku ponownego badania komisja przetargowa stwierdziła, że wzory liczników Odwołującego nie spełniają wymagań ST. Na tej podstawie Zamawiający 16 stycznia 2014 r. odrzucił, po raz pierwszy, ofertę Odwołującego i dokonał wyboru oferty PAFAL.

Konsorcjum Itron wniosło odwołanie od powyższych czynności. 11 lutego 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt KIO 121/14), w którym uwzględniła odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołujących, a także nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Izba wskazała, że Zamawiający nie wykazał niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ.

Na skutek ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Itron 7 maja 2014 r. Zamawiający ponownie stwierdził, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, ponieważ na dostarczonych przez Odwołującego wzorach liczników *brak jest oznaczenia w postaci nr certyfikatu badania typu WE*, co w ocenie Zamawiającego jest niezgodne z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników, a przez to niezgodne z pkt 1.1) ST. Ponadto Zamawiający uznał, że brak na wzorach liczników powyższego oznaczenia uniemożliwia stwierdzenie zgodności tych wzorów z załączonym do oferty Konsorcjum Itron certyfikatem WE nr TI0037 rewizja 7. Na tej podstawie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołujących i dokonał wyboru oferty PAFAL,

Ad 1 uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów w zw. z art. 70¹ § 4 kc w zw. z art. 14 pzp

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 14.19 SIWZ wzory liczników składane przez wykonawców miały zostać *poddane badaniom pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ w zakresie techniczno jakościowym*. Zakres badań precyzowała uwaga pod pkt 14.22 SIWZ: *Ocena wzorów będzie dokonana zgodnie z wymaganiem Specyfikacji Technicznej pkt 1.23*). Zgodnie z pkt 1.23) ST: *Konstrukcja liczników powinna umożliwić sprawdzenie jego*

parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że zgodnie z SIWZ zakres badań wzorów liczników był ograniczony do sprawdzenia parametrów metrologicznych, a zatem sprawdzenie poprawności dokonywanych pomiarów. Nie obejmował natomiast badania oznaczeń liczników, w tym w zakresie umieszczenia na licznikach oznaczeń zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników.

Odwołujący dodał, że powyższe potwierdza uzasadnienie wyroku, w którym Izba wskazała, że *Zamawiający kształtując treść zapisów SIWZ, w szczególności treści pkt 14.19, treści dodatkowych zastrzeżeń zawartych pod treścią pkt 14.22 SIWZ, a także treści pkt 1.23 ST, sam wyznaczył sobie granice przysługujących mu uprawnień w zakresie badań złożonych wraz z ofertami każdego z wykonawców wzorców liczników. [...] W pkt 14.19 zawarte zostało ogólne stwierdzenie, iż złożone Zamawiającemu wzorce poddane zostaną badaniom pod kątem ich zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ w zakresie techniczno-jakościowym. W ocenie Izby, treść dodatkowych zastrzeżeń zawartych pod treścią pkt 14.22 SIWZ nie pozostawia wątpliwości, iż odnosi się ona do badań, o których mowa w powołanym pkt 14.19 SIWZ. [...] W ocenie Izby zamknięcie przywołanej tu treści w jednym akapicie {chodzi o akapit pod pkt 14.22 SIWZ: Każdy z oferowanych wzorów liczników będzie podlegał ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każdy oceniany wzór powinien spełniać określone wymogi techniczne. Negatywna ocena któregośkolwiek z wzorów będzie równoznaczna z niespełnieniem wymogów Zamawiającego. Ocena wzorów będzie dokonana zgodnie z wymaganiem Specyfikacji Technicznej pkt 1.23}}, powoduje, iż ocena wzorców, o której mowa w pierwszym i drugim zdaniu tego akapitu, jest tą samą oceną, o której mowa w zdaniu trzecim, a zatem powinna być ona dokonywana zgodnie z treścią przywołanego tu pkt 1.23) ST. Ten zaś ogranicza badanie dostarczonych wzorców do sprawdzenia ich parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych.*

Odwołujący stwierdził, że ujmując to od strony wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, wzory liczników stanowią dokument potwierdzający, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego – próbki w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach, a z powyższych postanowień SIWZ wynika, że wzory liczników były wymagane wyłącznie dla potwierdzenia spełniania wymagań metrologicznych. W rezultacie wymaganie przez Zamawiającego, aby wzory liczników potwierdzały także spełnianie innych wymagań SIWZ, w tym wymagań co do oznaczenia liczników zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników, jest niezgodne w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego w zakresie wykraczającym poza wymagania metrologiczne Zamawiający powinien opierać się na innych dokumentach wymaganych w SIWZ, a złożonych wraz z ofertą przez Konsorcjum Itron. W szczególności spełnianie wymagań dotyczących oznaczeń liczników, w tym umieszczenia oznaczeń zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników, jest objęte treścią oświadczenia wykonawcy wskazanego w pkt 14.15 SIWZ, którego wzór stanowi załącznik nr 7 do SIWZ. Oświadczenie to obejmowało m.in. potwierdzenie umieszczenia na tabliczce znamionowej licznika określonych oznaczeń – w pkt 1.9) oraz ogólne potwierdzenie, że liczniki spełniają wymagania rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników – w pkt 1.1) tiret drugi, w tym wymagania co do oznaczenia liczników zgodnie z § 5 pkt 3 tego rozporządzenia. Natomiast Zamawiający nie wymagał w SIWZ innego sposobu potwierdzenia spełniania wymagań w tym zakresie. Odwołujący dodał, że złożył wymagane oświadczenie (s. 99 i n.), które nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ zamawiający wskazuje oświadczenia lub dokumenty (w tym „próbki” zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach) wymagane do potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Wobec tego wskazanie jakie oświadczenia i dokumenty są wymagane dla potwierdzenia określonych wymagań wiąże zamawiającego. Wynika to z istoty SIWZ, jak również z art. 70 § 4 kc, stosowanego na podstawie art. 14 pzp. Zgodnie z tymi przepisami zamawiający, jako organizator przetargu od chwili udostępnienia warunków przetargu (w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia), jest obowiązany postępować zgodnie z tymi warunkami.

Odwołujący powołał się na to, że powyższa teza znalazła potwierdzenie w orzecznictwie Izby, która w uzasadnieniu jednego z wyroków wskazała, że [...] *specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70(1) § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich*

odstąpić.

Odwołujący podniósł, że zakaz wykroczenia przez zamawiającego poza warunki określone w SIWZ znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby. W jednym z wyroków Izba wskazała, że [...] *wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie znajduje oparcia w treści specyfikacji, a zatem naruszało art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zwrócenie się do wykonawców o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie może prowadzić do zamiany pierwotnego brzmienia specyfikacji tak w zakresie ustalonego warunku, jaki i rodzaju dokumentu mającego potwierdzać, jego spełnienie. [...] Zamawiający jest związany treścią specyfikacji, która w tym zakresie nie budziła wątpliwości żadnego z wykonawców.*

Odwołujący podsumował, że niepotwierdzenie przez złożone wzory liczników spełniania wymagań w zakresie oznaczania liczników, w tym umieszczenia oznaczeń zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników, nie ma znaczenia dla oceny ofert i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ. W konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum Itron było niezgodne z wskazanymi powyżej przepisami.

Ad 2 uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów

Z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że Zamawiający mógł wymagać, aby wzory liczników potwierdzały spełnianie wymagań w zakresie umieszczenia na licznikach oznaczeń zgodnie z § pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty bez uprzedniego wezwania do złożenia w wyznaczonym terminie wzorów liczników potwierdzających spełnianie przez oferowane liczniki tych wymagań. Natomiast odrzucając ofertę Konsorcjum Itron z powodu niezgodności z wymogami SIWZ załączonych do oferty wzorców licznika C114URIDPf nr 01780882-2013 i 01780884-2013, bez uprzedniego wezwania Odwołujących do złożenia wymaganych wzorów liczników, Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający zaniechał dokonania takiego wezwania i tym samym naruszył art. 26 ust. 3 PZP. Na gruncie tego przepisu zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy nie złożyli w określonym terminie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp albo którzy złożyli takie oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy.

Odwołujący domniemywa na podstawie uzasadnienia zawartego w zawiadomieniu z 7 maja 2014 r., że Zamawiający uznał wzorce licznika za część oferty. Tymczasem, jak potwierdza orzecznictwo Izby [z]a treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz Zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i

za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy, musi przybrać postać oświadczenia - do tego złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 1 ustawy, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z powyższego wynika, że Odwołujący – w odniesieniu do stawianych zarzutów, bezzasadnie utożsamiali treść oferty, z ogólną jej zawartością, to jest wszystkimi wymaganymi dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty, fotografie nie tworzą treści oferty, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący podkreślił, że ustawa pzp odróżnia ofertę od dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. W konsekwencji należy uznać, że wzory liczników nie stanowiły części oferty. Według Odwołującego Zamawiający mógłby w ogóle rozważyć zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp tylko wtedy, gdyby wzory taką część stanowiły.

W związku z powyższym, w przypadku uznania, że wzory liczników dołączone do oferty Odwołujących nie były zgodne z wymogami przedstawionymi w SIWZ, Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do wezwania Odwołujących do złożenia wymaganych wzorów liczników. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie KIO, *[w] przeciwieństwie do zakazu uzupełniania treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, statuowanego w art. 87 ust. 1 ustawy, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 tej normy, dokumenty na wykazanie, iż oferowane (objęte treścią oferty) usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, podlegają uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie Zamawiającego, z mocy art. 26 ust. 3 ustawy, który stanowi, że złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty [...] powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane usługi [...] wymagań określonych przez Zamawiającego.*"

Odwołujący podniósł, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby wezwanie przez zamawiającego do „[z]łożenia przykładu (próbki) należy traktować jako obowiązek złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tym bardziej, że żądanie próbki znajduje uzasadnienie w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Teza ta została również potwierdzona przez Urząd Zamówień Publicznych, który w jednej z opinii wyraźnie wskazał, że próbkę należy kwalifikować jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pzp: „[w] myśl § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia [...] w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający [...] zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane

odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może żądać w szczególności, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu przedłożyli próbki oferowanych towarów. Tym samym należy przyjąć, iż przepisy rozporządzenia przesądzają o kwalifikacji próbki jako dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [...]

W ocenie Odwołującego powyższe dowodzi, iż Zamawiający był zobowiązany do wezwania do uzupełnienia odpowiedniego wzorca licznika w sytuacji, w której uznał, że te dołączone do oferty Odwołujących nie były zgodne z SIWZ. Zasadność (konieczność) dokonania wezwania przez Zamawiającego potwierdza orzecznictwo Izby także w przypadkach ewentualnego braku oznakowania danej próbki wskazując m.in. „[z]ałączona do oferty próbka szyny nie zawierała w ogóle oznaczenia CE. W związku z powyższym zasadne było – zdaniem Izby — skierowanie w tym zakresie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia „dokumentu”, tj. próbki w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. [...] próbka jest swoistego rodzaju „dokumentem”, którego zamawiający może żądać [...].

Obowiązek wezwania wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu, jakim jest próbka, potwierdzają również jednolite w tym zakresie głosy doktryny. Tezę taką można znaleźć między innymi w publikacji Justyny Andały-Sępkowskiej. Autorka wyraźnie wskazuje, że obowiązek (wzywania wykonawców - przyp. aut) dotyczy zarówno dokumentów podmiotowych, jak dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wynika z tego, że dotyczy również próbek żądanych w tym kontekście i w przywołanym celu”. Podobne wnioski prezentuje Aleksandra Sasin: [p]róbka traktowana i określona jako dokument przedmiotowy [...] będzie podlegała uzupełnieniu .

Ponadto, dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości co do charakteru próbek w świetle art. 25 pzp oraz zakresu obowiązku wezwania do uzupełnienia próbek nałożonego na zamawiających w art. 26 ust. 3 pzp, Odwołujący zwrócił uwagę, że z [u]kształtowanej linii orzeczniczej wynika, że w przypadku, gdy próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający w toku oceny próbki ma obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w okolicznościach wskazanych w przepisie, jeśli natomiast ma stanowić element oferty (w tym z częstym przełożeniem na kryterium oceny ofert), wówczas wskazany przepis nie ma zastosowania. Innymi słowy „[i] nny [...] będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie

w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione [...].

Teza przedstawiona w wyrokach Izby znajduje również poparcie wśród przedstawicieli doktryny. Justyna Olszewska-Stompel, autorka Komentarza do Rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje *[g]dyby natomiast wymóg próbki był związany jedynie z potwierdzeniem spełniania warunku, zatem miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, to uzupełnienie tego rodzaju jest uzasadnione.*

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że na gruncie pierwszego odwołania Izba wskazała w wyroku (s. 10) na konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 pzp w razie stwierdzenia przez Zamawiającego, że wzorce liczników nie potwierdzają spełniania wymagań SIWZ.

W świetle SIWZ żądanie przez Zamawiającego złożenia próbek miało na celu potwierdzenie spełniania przez oferowane przez dostawców liczniki wymagań określonych w SIWZ (w zakresie wymagań metrologicznych). Wynika to w szczególności z akapitu poprzedzającego pkt 14.15 SIWZ, zgodnie z którym, *[w] celu potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawcę dostawy odpowiadają wymaganiom opisanym przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ - Wykonawca składa następujące dokumenty oraz wzorce.* Powyższe brzmienie SIWZ nawiązuje do art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP, a zatem przepisu regulującego składanie dokumentów przedmiotowych. Potwierdza to także umieszczenie wymagania złożenia wzorów (pkt 14.19 SIWZ) pomiędzy innymi wymaganiami dotyczącymi złożenia dokumentów przedmiotowych. W żadnym razie próbki te nie miały służyć ocenie oferty, w szczególności ich weryfikacja nie stanowiła kryterium oceny ofert w postępowaniu. Zgodnie z pkt 12.1 SIWZ wybór ofert miał być dokonany wyłącznie na podstawie kryterium ceny.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający bezzasadnie uznał, że dołączone do oferty wzory liczników stanowią jej część i tym samym, że braki we wzorcach oznaczają niezgodność oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ. Utożsamienie przez Zamawiającego treści oferty z przedmiotowymi dokumentami potwierdzającymi spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego skutkowało bezzasadnym odrzuceniem oferty Odwołujących. Tym samym Zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz naruszył art. 26 ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie w związku z tym, iż po pierwsze potraktował przedstawione przez Odwołujących wzorce liczników jako część oferty a ponadto, że nie potraktował ich jak dokumentów na gruncie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, potwierdzających zgodność dostaw z

wymaganiami Zamawiającego, co do których zobowiązany był wezwać Odwoływających do ich uzupełnienia.

Ad 3 uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 70¹ § 4 KC w zw. z art. 14 pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp oraz w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów

Odwołujący zrelacjonował, że drugim z powodów odrzucenia jego oferty było stwierdzenie jakoby przedłożone wzory liczników nie pozwalały na ustalenie ich zgodności z Certyfikatem załączonym do oferty Odwoływających (s. 127 oferty - wersja angielska, s. 139 wersja polska). Odwołujący zaznaczył, że choć Zamawiający nie sprecyzował na czym miało polegać ustalenie zgodności wzorów z Certyfikatem, należy jednak przypuszczać, że Zamawiającemu chodziło o możliwość stwierdzenia, że wzorce odpowiadają typowi licznika, dla którego został wydany Certyfikat. Jak Zamawiający wskazał w zawiadomieniu z dnia 7 maja 2014 r., brak możliwości stwierdzenia zgodności wzorów liczników z Certyfikatem miał być skutkiem pierwszego z zarzucanych uchybień, tj. braku umieszczenia na wzorach oznaczenia zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników (tj. numeru certyfikatu badania typu WE).

Odwołujący podniósł, że wykazanie niezasadności pierwszego z zarzucanych przez Zamawiającego uchybień czyni bezzasadnym także drugi zarzut Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Oznacza to także, że wobec drugiej z wskazanych przyczyn odrzucenia oferty aktualne są zarzuty podniesione w stosunku do pierwszej z nich.

Po pierwsze – Zamawiający nie mógł wymagać umieszczenia na wzorach oznaczenia zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia, ani badać zgodności wzorów z Certyfikatem, gdyż zakres oceny wzorów był ograniczony do wymagań metrologicznych. Po drugie – zakładając, że Zamawiający mógł wymagać umieszczenia na wzorach powyższego oznaczenia, jego brak powinien skutkować wezwaniem Odwoływających do złożenia w wyznaczonym terminie wzorów zawierających takie oznaczenie, a Zamawiający nie mógł odrzucić oferty bez takiego wezwania. Odwołujący dodał, że złożone w wykonaniu takiego wezwania wzory usunęłyby powyższy rzekomy brak możliwości stwierdzenia zgodności wzorów z Certyfikatem. W każdym z tych wypadków, druga przyczyna odrzucenia oferty Odwoływających nie mogła stanowić podstawy takiego odrzucenia.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że nie jest prawdą jakoby brak umieszczenia na wzorach nr Certyfikatu wykluczał możliwość stwierdzenia zgodności wzoru z Certyfikatem. Z oznaczeń typu licznika znajdujących się na wzorach liczników złożonych przez Konsorcjum Itron(CIMURİDPf) oraz oznaczeń wskazanych w Certyfikacie wynika, że dokument ten

dotyczy tych wzorów. W Certyfikacie wskazano, że dotyczy rodziny liczników typu CI 14, a zatem także liczników złożonych przez Odwołujących jako wzory. Ponadto, załączony do Certyfikatu opis techniczny liczników Odwołujących (s. 202 oferty - wersja angielska, s. 264 oferty - wersja polska) wskazują rozwinięcie całego oznaczenia CI 14URIDPf, co jednoznacznie identyfikuje zgodność wzoru z Certyfikatem. Żaden z tych dokumentów nie był kwestionowany przez Zamawiającego.

Ad 4 uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 pzp

Odwołujący podniósł, że jak wynika z przebiegu postępowania, jego oferta była przez Zamawiającego badana co najmniej trzykrotnie, za każdym razem z innym skutkiem, przy czym dwa ostatnie badania miały wykazać niezgodność tej oferty z SIWZ (w każdym wypadku na innej podstawie). Za trzecim razem Zamawiający dopatrywał się jeszcze rzekomych niezgodności tej oferty z SIWZ, których przy poprzednich badaniach tej oferty nie stwierdził oraz ponownie odrzucił ofertę Odwołującego.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności wskazują, że postępowanie jest prowadzone w sposób dowolny i daleki od transparentności. W szczególności za każdym razem Zamawiający zmienia kryteria i sposób badania oferty Odwołującego, skoro dochodzi do innych wniosków. Tymczasem zgodnie z orzecnictwem Izby *nie wolno oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania.*

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie z następujących powodów.

W ocenie Zamawiającego odrzucając ofertę Odwołującego jako sprzeczną z SIWZ, działał zgodnie z przepisami ustawy pzp oraz zapisami SIWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę na bezsporność faktu, że załączone do oferty wzory liczników nie są oznaczone nr certyfikatu badania typu WE, które winny posiadać zgodnie z § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników. W ocenie Zamawiającego bez znaczenia prawnego są czynności dokonane przez niego w ramach oceny ofert przed 11 lutym 2014 r., czyli wydaniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazał powtórzenie czynności badania i oceny oferty. Zamawiający podniósł, że na skutek wyroku dokonał powtórnej oceny i ponownie odrzucił ofertę Odwołującego, ale z innej przyczyny niż poprzednio.

Zamawiający oświadczył, że aczkolwiek, według niego, uprawione było badanie wzorów liczników w pełnym zakresie pod kątem spełniania zapisów ofert oraz SIWZ w zakresie techniczno-jakościowym, bezsporna jest okoliczność, że uprawniony był do badania

tychże wzorców w zakresie wskazanym w pkt 1.23) Specyfikacji Technicznej. W ocenie Zamawiającego w odwołaniu z rozmysłem zostało pominięte drugie zdanie tego postanowienia *{Oferowane liczniki będą przez Zamawiającego sprawdzane, wzorcowane lub legalizowane na stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych Zamawiającego produkcji: Instytutu Komputerowych Systemów Automatyki i Pomiarów Sp. z o.o. (IKSAiP) oraz MeterTest Sp. z o.o.}*, które ma bardzo istotne znaczenie, gdyż implikuje zakres i tryb badania przedłożonego wzorca. Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem 4 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników podmiot dokonujący legalizacji, której legalna definicja zawarta jest w ustawie z dnia 11 maja 2001 r. – Prawo o miarach (tj. Dz. U. z 2013 roku, poz. 1069, z późn. zm.) i obejmuje zespół czynności obejmujących sprawdzenie, stwierdzenie i poświadczenie dowodem legalizacji, że przyrząd pomiarowy spełnia wymagania (art. 4 pkt 13 ustawy), czy też kontroli metrologicznej, której legalna definicja także jest zawarta w tej ustawie i obejmuje działanie zmierzające do wykazania, że przyrząd pomiarowy spełnia wymagania określone we właściwych przepisach (art. 4 pkt 9 ustawy) – winien postępować w trybie przewidzianym tym rozporządzeniem.

W myśl § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników pierwszą dokonywaną czynnością są oględziny licznika, na które składa się sprawdzenie, czy: licznik jest zgodny z decyzją zatwierdzenia typu, certyfikatem badania typu WE albo certyfikatem badania projektu WE; osłona licznika, skrzynka zaciskowa oraz mechanizm licznika nie są uszkodzone; obudowa i wnętrze licznika są czyste; połączenia elektryczne licznika są zgodne ze schematem umieszczonym na osłonie skrzynki zaciskowej lub tabliczce znamionowej; połączenia osłony i skrzynki zaciskowej z podstawą licznika są szczelne i uniemożliwiają ingerencję do wnętrza licznika bez naruszenia cech, o których mowa w § 7 rozporządzenia. (§ 12 ust. 2 rozporządzenia). Dopiero po dokonaniu tych czynności można dokonywać dalszych czynności, w tym sprawdzenia parametrów metrologicznych urządzeń.

Zamawiający wywiódł, że mając na uwadze powyższe zapisy, wobec stwierdzenia braku oznakowania nr certyfikatu badania typu WE i naruszenia tym samym § 5 pkt 3 rozporządzenia w sprawie wymagań dla liczników, brak było możliwości przeprowadzenia dalszej procedury badania tegoż wzorca. Co istotne, według Zamawiającego, wobec stwierdzenia takiej wadliwości przedłożonych liczników zwrócił się do jednostki certyfikującej NMI, której certyfikat przedłożył Odwołujący, o potwierdzenie, że przedłożone wzorce liczników typu C114URIDP_f są objęte certyfikatem. W odpowiedzi jednostka certyfikująca stwierdziła, iż wobec braku numeru na nalepce (obudowie licznika) nie jest w stanie potwierdzić zgodności z badaniem nr T10037.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że właściwości metrologiczne danego urządzenia to również czynniki wpływające na ten błąd metrologiczny, a tym samym na

granice błędu metrologicznego {Dyrektywa MID 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych; Załącznik MI-003 Liczniki energii elektrycznej czynnej pkt. 3 błędy graniczne dopuszczalne (MPE)}. Chcąc porównać pod względem jakościowo-technicznym dostarczony wzór pod kątem zgodności z certyfikatem, niezbędne są dane ujęte w certyfikacie typu WE dotyczące błędu granicznego dopuszczalnego (MPE). Według Zamawiającego brak numeru certyfikatu uniemożliwia dokonania porównań oraz dokonania oceny dostarczonego wzorca, który ma stanowić wzór dla liczników dostarczanych w ramach umowy.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że przedłożonym certyfikat obejmuje także dołączone do oferty liczniki. Zamawiający podniósł, że przedstawiony Certyfikat badania typu WE numer T10037 rewizja 7 numer projektu SO13200652 zawiera informację o badaniu typoszeregu liczników C114/B114 i *nie uwzględnienia rozszerzeń pełnej funkcjonalności oferowanych urządzeń*. Z danych producenta wynika, że dostarczone wzory liczników oznaczone C114UR1DPf przeznaczone są do sieci czteroprzewodowej (litera C), z rodziny 114, o stosunku $I_{max}/I_{ref} = 6$ (litera U), z ograniczeniem ruchu wstecznego (oznaczenie R1) oraz posiadającym wskaźnik zaniku fazy ze wskaźnikiem kolejności faz.

Według Zamawiającego brak numeru badania typu lub numeru projektu na załączonych wzorach liczników dostarczonych do badań skutkuje tym, że nie ma możliwości potwierdzenia, że przedstawione urządzenie z jego rozwiązaniami konstrukcyjnymi jest zgodne z dostarczonym certyfikatem i badaniami przeprowadzonymi w jego zakresie. Takiego potwierdzenia nie daje Zamawiającemu również dostarczona przez Odwołującego karta katalogowa produktu, która nie zawiera informacji o wprowadzonych, zgodnie z informacjami producenta, rozwiązaniach konstrukcyjnych. Z kolei zapis, że licznik posiada zatwierdzenie typu GUM może sugerować, że karta dotyczy starszego typu urządzenia funkcjonującego już na rynku. Jednocześnie załączone do oferty karta katalogowa oraz instrukcja użytkowania odnoszą się jedynie do określonego typoszeregu i nie zawierają informacji o numerach badania typu czy numerze projektu przywołanego certyfikatem.

Zamawiający podkreślił, że w sprawie bardzo istotne znaczenie ma również dokonane przez niego w SIWZ zastrzeżenie (str. 14), że dostarczone wraz z ofertą liczniki będą stanowiły wzór dla liczników dostarczanych w ramach wykonania zamówienia, jak również zastrzeżenie, że negatywna ocena któregokolwiek ze wzorców będzie równoznaczna z niespełnieniem wymagań Zamawiającego. Zamawiający zarzucił, że te zapisy SIWZ zostały skrzętnie przemilczane przez Odwołującego. Zamawiający poniósł, że ponieważ nie były one przedmiotem odwołania na etapie publikacji SIWZ, należy uznać je za wiążące dla wykonawców.

Zamawiający wywiódł, że wbrew twierdzeniu Odwołującego przedstawione próbki na mocy postanowień SIWZ stanowią wzorzec dostarczanych urządzeń, nie podlegają zatem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż prowadziłoby do umożliwienia Odwołującemu przedłożenia innych liczników, co stanowiłoby to niedopuszczalną zmianę oferty.

Zamawiający podniósł że w wyroku Izby z 9 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1100/09) wskazano, że jeśli przedstawione przez wykonawcę modele wzorcowe mają nie tylko charakter próbek, do których odnosi się art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale są również w rzeczywistości częścią oferty, tzn. poprzez ich przedstawienie wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia towarów takich jak przedstawione modele wzorcowe, to w świetle art. 87 ust. 1 niemożliwe jest uzupełnienie ww. próbek poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający wywiódł, że w prowadzonym postępowaniu jednoznacznie wskazał, że przedkładane przez wykonawców urządzenia będą służyły ocenie techniczno-jakościowej, a jednocześnie będą wzorcem dla urządzeń dostarczanych przez wykonawcę w ramach podpisanej umowy.

Zamawiający stwierdził, że podobnie w wyroku z 21 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO 919/12, KIO 932/12) uznano, że (...) *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 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 ocenił, że w podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 544/14, KI 555/14) wskazując, iż wykacza poza pojęcie próbki przedłożenie urządzeń, które będą poddawane przez Zamawiającego procedurze testowej mającej potwierdzić czy zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia produktu o określonych cechach technicznych ma realne podstawy.

Zamawiający podsumował, że ponieważ wymóg oznaczania liczników podlegających ocenie zgodności numerem certyfikatu badania typu jest wymogiem obligatoryjnym wynikającym z przywołanych przepisów prawa, licznik nieoznaczony numerem certyfikatu badania typu nie może być wprowadzany do obrotu i użytkowania. Według Zamawiającego taki właśnie licznik zaoferował mu Odwołujący.

19 maja 2014 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu kopię odwołania.

22 maja 2014 r. Fabryka Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S.A. w Świdnicy zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej (pismo z 20 maja 2014 r.) – przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz przy dopełnieniu wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, która stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego naraża tego ostatniego na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby – w przeciwnym razie – liczyć w zadaniu nr 2.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, ze szczególnym uwzględnieniem dokumentacji odzwierciedlającej czynności przeprowadzone w wykonaniu wyroku Izby z 11 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 121/14, która toczyła się pomiędzy tymi samymi Stronami i z udziałem tego samego Przystępującego.

Dla właściwego rozpatrzenia spawy Izba zapoznała się również z całością przywołanego orzeczenia, zarówno w zakresie sentencji, jak i uzasadnienia.

Izba dopuściła również dowody wnioskowane przez Zamawiającego i Odwołującego na okoliczność treści korespondencji jaką Zamawiający prowadził z jednostką certyfikującą NMi.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 5.2 s.i.w.z. przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej – liczników elektromechanicznych dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A. z podziałem na dwie części zamówienia, w tym zadanie nr 2 dotyczące liczników bezpośrednich, elektromechanicznych, energii czynnej, jednofazowych, 3-fazowych. Pkt 5.3 s.i.w.z. odsyła w zakresie szczegółowego opisu wymagań technicznych do Specyfikacji Technicznej {dalej zwanej również w skrócie „ST”}, stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z. Z wzoru formularza ofertowego (stanowiącej załącznik nr 2 do s.i.w.z.) wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje liczniki zarówno legalizowane, jak i nielegalizowane.

W rozdziale 14 s.i.w.z. *Elementy składowe oferty* Zamawiający zażądał, aby wykonawcy, w celu potwierdzenia, że oferowane przez nich dostawy odpowiadają wymaganiom opisanym w s.i.w.z., złożyli w szczególności następujące dokumenty oraz egzemplarze wzorcowe: *Wypełnione „Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu wymagań techniczno-jakościowych” – załącznik nr 7 (dotyczy każdego oferowanego asortymentu)* {pkt 14.15}; *Karty katalogowe lub inne dokumenty potwierdzające parametry techniczne oferowanych liczników energii elektrycznej – w języku polskim (dotyczy każdego zadania – typu oferowanych liczników, zgodnie ze złożoną ofertą)* {pkt 14.17}, *Instrukcję obsługi oferowanych liczników energii elektrycznej w języku polskim (dotyczy każdego zadania – typu oferowanych liczników, zgodnie ze złożoną ofertą)* {pkt 14.18}, *Wzorcowe egzemplarze oferowanych przez Wykonawcę typów liczników energii elektrycznej w poszczególnych zadaniach: 2 szt. licznika bezpośredniego, elektromechanicznego, energii czynnej,*

jednostrefowego 1-fazowego wraz z koniecznym wyposażeniem, 2 szt. licznika bezpośredniego, elektromechanicznego, energii czynnej, jednostrefowego 3-fazowego wraz z koniecznym wyposażeniem typów liczników {pkt 14.19}, Kopię pisemnych deklaracji zgodności CE załączone według wzorów załącznika F lub D lub H1 do Dyrektywy 2004/22/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych, Dziennik Urzędowy UE L nr 135 str. 1, Dziennik Urzędowy UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 13 tom 34 str. 149., w zależności od wyboru procedur oceny zgodności przez producenta {pkt 14.21} oraz Deklarację zgodności MID (wraz z aktualnymi certyfikatami oceny zgodności (wg modułów B+D lub B+F lub H1)) lub aktualne zatwierdzenie typu wydane przez Główny Urząd Miar w Warszawie (dotyczy liczników wprowadzonych do obrotu lub użytkowania na podstawie decyzji zatwierdzenia typu wydanych do dni 7.01.2007 r.) {pkt 14.22}.

W pkt 14.19 zamieszczono również następującą uwagę: Wzory (dostarczone przez wykonawcę wzorcowe egzemplarze liczników) będą poddane przez niego badaniom pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ w zakresie techniczno-jakościowym.

Ponadto pomiędzy pkt 14.22 a 14.23 Zamawiający zamieścił m.in. następujące uwagi:

Dostarczone urządzenia będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników, w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego.

Parametry oferowanych liczników, jak: zakres napięciowy, zakres prądowy, temperatury pracy, klasa dokładności, stopień ochrony obudowy będą sprawdzane na zgodność z wymaganiami na podstawie załączonych zatwierdzeń typów albo deklaracji zgodności MID, wydanych przez uprawnioną jednostkę notyfikującą lub certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę (tylko jeśli ZT lub MID nie określają wymaganego parametru). Każdy z oferowanych wzorców liczników będzie podlegał ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każdy oceniany wzór powinien spełniać określone wymogi techniczne. Negatywna ocena któregośkolwiek z wzorów będzie równoznaczna z niespełnieniem wymogów Zamawiającego. Ocena wzorów będzie dokonana zgodnie z wymaganiem Specyfikacji Technicznej pkt 1.23).

W powołanej Specyfikacji Technicznej Zamawiający wymagał w szczególności, aby liczniki elektromechaniczne spełniały następujące ogólne wymagania formalne i techniczne {pkt 1}:

– Wykonanie zgodnie z obowiązującymi na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej przepisami, między innymi: Ustawą – Prawo o miarach z dnia 11 maja 2001 r. (Dz. U. z 2004 r. nr 243, poz. 2441 z późniejszymi zmianami), Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. 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. z 2008 r. Nr 11, poz. 63), Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie prawnej kontroli metrologicznej przyrządów pomiarowych Dz. U. z 2008 r. Nr 5, poz. 29). {pkt 1.1}

– Wykonanie zgodnie z normami, a w szczególności z normą PN-EN 62053:2006 Urządzenia do pomiaru energii elektrycznej (prądu przemiennego) lub normami ją zastępującymi wydanymi przez Polski Komitet Normalizacyjny. {pkt 1.2}}

– Posiadanie: deklaracji zgodności MID zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz.U. z 2007 r. nr 3 poz. 27), lub aktualnego zatwierdzenia typu wydanych 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.). {pkt1.3}}

– Umieszczone na tabliczce znamionowej oznakowanie „CE” oraz kod paskowy (kreskowy) opisujący 16 cyfrowy numer zawierający w swej składni, kolejno: typ licznika (5 cyfr), niepowtarzalny dla danego typu licznika numer fabryczny (8 cyfr), data produkcji licznika (2 cyfry), cyfra kontrolna (1 cyfra). Standard kodowania zgodny z Interleaved 2 of 5. Liczby, jakimi powinien być opisany typ licznika, Zamawiający poda wybranemu Wykonawcy. {pkt 1.9}}

– Niezależnie od kodu kreskowego przedstawionego w postaci ciągu cyfr na tabliczce znamionowej należy umieścić nr licznika (8 cyfr). {pkt1.11}}

– Konstrukcja liczników powinna umożliwiać sprawdzenie jego parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych. Oferowane liczniki będą przez Zamawiającego sprawdzane, wzorcowane lub legalizowane na stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych Zamawiającego produkcji: Instytutu Komputerowych Systemów Automatyki i Pomiarów Sp. z o.o. (IKSAiP) oraz MeterTest Sp. z o.o. {pkt 1.23}} □

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający pismem z 4 listopada 2013 r. Zamawiający potwierdził zapisy zawarte w pkt 14.19 SIWZ.

Przed upływem terminu składania ofert na zadanie nr 2 o wpłynęły dwie oferty: Konsorcjum Itron oraz PAFAL, przy czym oferta tego pierwszego jest z niższą ceną.

W formularzu ofertowym Konsorcjum Itron dla zadania nr 2 wpisano zarówno w poz. dotyczącej liczników legalizowanych, jaki i liczników nielegalizowanych, że oferowane są liczniki typu: C114UR1DPF, producenta: Gamz Meter Company Ltd.

W Oświadczeniu wykonawcy o spełnieniu warunków techniczno-jakościowych dla zadania nr 2 Konsorcjum Itron potwierdziło przez wpisanie słowa „TAK” spełnianie poszczególnych ogólnych wymagań formalnych i technicznych ST, w tym pkt 1.1) i pkt 1.23).

W skład dokumentów oferty Konsorcjum Itron wchodzi m.in. *Świadectwo badania typu WE Numer T10037 Rewizja 7 Projekt nr SO13200652*, wystawione przez jednostkę notyfikowaną NMI Certin B.V. {zwaną również dalej w skrócie „NMI”}, na rzecz producenta Itron - Ganz Meter Company Ltd., po ustaleniu, że przyrząd pomiarowy – elektromechaniczny licznik energii czynnej typu C114/B114, którego dalsze właściwości {w stosunku do napięcia odniesienia, prądu odniesienia, przeznaczenia do pomiaru, klasy dokładności, kategorii środowiska, zakresu temperatury, które zostały wymienione w głównym dokumencie} opisano w następująco nazwanych załącznikach: *Opis T10037 Rewizja 7, Folder dokumentacji T10037-7*. Folder dokumentacji numer T10037-7 dla Projektu nr 13200652 wyszczególnia w tabeli na pierwszej stronie, że obejmuje 7 dokumentów, w tym m.in. dokument nr 10037/5-02 pn. *Oznaczenie typów* (z uwagą, że jest to przykład) oraz dokument nr 10037/7-01 pn. *Dodatkowy kołek, do zabezpieczenia przed brutalną ingerencją w mechanizm w celu popełnienia oszustwa* (z uwagą, że jest to opcjonalne). Pod tabelą zamieszczono następującą uwagę: *Przyrząd pomiarowy, dla którego wystawione jest świadectwo badania typu, został opisany w wyżej wymienionej dokumentacji, o ile: (a) ta dokumentacja nie pozostaje w sprzeczności z aktami prawnymi lub z zamiarem niniejszego badania typu, (b) niniejsze badanie typu nie odbiega od wskazanej w dokumentacji*. W dokumencie dotyczącym oznaczania typów zawarto objaśnienie znaczenia symboli literowych i liczbowych, którymi są oznaczane liczniki, w szczególności wyjaśniono, że: „C” oznacza typ sieci dla liczników w sieci 4-przewodowej, „114” stanowi oznaczenie rodziny liczników, „U” referuje do stosunku prądów $I_{max}/I_{ref} = 6$, „R1” oznacza ogranicznik ruchu wstecznego z 1 zębem, „DPf” odnosi się do wskaźnika zaniku fazy ze wskaźnikiem kolejności faz.

Wraz z ofertą Konsorcjum Itron złożyło Zamawiającemu wzorce liczników typu C114UR1DPf o nr seryjnych 01780882-2013 i 01780884-2013.

W toku powtórnego badania i oceny oferty Konsorcjum Itron Zamawiający prowadził korespondencję elektroniczną z NMI:

- 1) email Zamawiającego z 4 kwietnia 2014 r. godz. 11:36: (...) *w nawiązaniu do państwa wiadomości uprzejmie proszę o informację czy wzór licznika C114UR1DPf nr 01780882-2013 został przesłany do NMI (...) i czy podjęliście decyzję o zgodności modelu z certyfikatem nr SO13200652 z 18.02.2013 r. (...)*

- 2) email NMI z 4 kwietnia 2014 r. godz. 12:48: (...) *To by oznaczało sprawdzenie zgodności przez NMI musimy sprawdzić z właściwymi rysunkami lub czy licznik jest zbudowany zgodnie z zatwierdzeniem. Koszt tego wyniesie około 1.750 EURO. Tańszym rozwiązaniem dla państwa byłoby zwrócenie się do producenta o oświadczenie czy licznik jest zbudowany zgodnie z zatwierdzeniem (producent przekaze państwu deklarację zgodności).*
- 3) email Zamawiającego z 9 kwietnia 2014 r. godz. 8:03: (...) *Dziękujemy państwu za poświęcony czas i propozycję zbadania licznika. Informujemy państwa, że nie jesteśmy zainteresowani badaniem licznika. Uprzejmie prosimy o odpowiedź na nasze pytanie czy dokument MID certyfikat, zgodnie z modułem B nr SO13200652 (przygotowany przez państwa firmę) dotyczy przykładu licznika, który państwu przestaliśmy. Ten licznik był przesłany wraz z dokumentem (...)*
- 4) email NMI z 11 kwietnia 2014 r. godz. 8:42: *Nie mogę potwierdzić, że licznik jest zbudowany zgodnie z T10037 ponieważ nie ma numeru na nalepce. Jednakże, skontaktowałem się z Itronem, potwierdzili, że jest zgodność, ale zapomnieli umieścić numeru. Więc licznik powinien być zgodny.*

W odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego, Zamawiający uznał ostatecznie (w piśmie z 7 maja 2014 r.), że oferta złożona przez Konsorcjum Itron *nie spełnia następujących wymogów Zamawiającego zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a mianowicie:*

Zamawiający w pkt. 1 podpunkt 1.1) Specyfikacji Technicznej (...) wskazał, iż przedłożone urządzenia pomiarowe winny być wykonane zgodnie z obowiązującymi na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej przepisami w tym, m.in.:

Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. 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. z 2008 r. Nr 11, poz. 63). Zgodnie z § 5 pkt 3 przywołanego rozporządzenia liczniki powinny być oznaczone w sposób trwały i czytelny numerem certyfikatu badania typu WE albo certyfikatu badania projektu WE.

Przedstawione wzorce licznika C114UR1DPf nr 01780882-2013 i 01780884-2013 są niezgodne z ww. przepisem, ponieważ na wzorach brak jest oznaczenia w postaci certyfikatu badania typu WE.

Ponadto, w związku z powyższym brakiem, przedłożone wzory licznika nie pozwalają na stwierdzenie ich zgodności z załączonym do oferty certyfikatem WE o numerze T10037 rewizja 7.

Tym samym oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ i jako taka została odrzucona.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu – Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, gdyż żadna z dwóch okoliczności wskazanych w uzasadnieniu decyzji przez Zamawiającego nie świadczy o niezgodność treści oferty Konsorcjum Itron z treścią s.i.w.z. obowiązującą w postępowaniu, a druga z tych okoliczności w rzeczywistości nie miała miejsca.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego

w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Nie ulega również wątpliwości, że dla zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców).

W ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie wywiódł z faktu braku uwidocznienia certyfikatu badania typu WE na wzorcach liczników załączonych do oferty Konsorcjum Itron, że treść tej oferty jest niezgodna z pkt 1.1) specyfikacji technicznej. Zamawiający – pomimo zawartego w treści oferty Konsorcjum Itron zobowiązania do dostarczenia liczników sprecyzowanego {w pkt 5 formularza oferty} typu i producenta, dla których potwierdzone zostało m.in. wykonanie zgodne z rozporządzeniem w sprawie wymagań dla liczników {w pkt 1 *Oświadczenia Wykonawcy o spełnianiu warunków techniczno-jakościowych*}, a także konstrukcja liczników umożliwiająca sprawdzenie jego parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych, przy uwzględnieniu, że oferowane liczniki będą sprawdzane, wzorcowane lub legalizowane na stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych Zamawiającego – wyłącznie w oparciu o próbkę zażadaną na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, uznał, że przedmiotem oferty Konsorcjum Itron są liczniki, które nie będą oznaczone w sposób trwały i czytelny numerem certyfikatu badania typu WE. Tymczasem o ile oświadczenie o spełnianiu warunków techniczno-jakościowych obejmowało potwierdzenie spełniania każdego wymagania specyfikacji technicznej, o tyle wzorce liczników zostały zażądane wyłącznie dla potwierdzenia parametrów metrologicznych oferowanych typów liczników podczas kontroli metrologicznej na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych.

Skład orzekający Izby podkreśla, że ta ostatnia okoliczność została rozstrzygnięta w wyroku Izby z 11 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 121/14, która toczyła się między tymi samymi Stronami i z udziałem tego samego Przystępującego, a na które to orzeczenie żaden z Uczestników nie złożył skargi do właściwego sądu okręgowego. Ponieważ podstawę rozstrzygnięcia Izby stanowiło ustalenie treści i znaczenia s.i.w.z. m.in. w zakresie pkt 1.23) specyfikacji technicznej oraz pkt 14.19 s.i.w.z. wraz z uwagami zamieszczonymi pomiędzy pkt 14.22 a 14.23 s.i.w.z., bezcelowe jest wywodzenie w odpowiedzi na odwołanie odmiennej interpretacji tych postanowień. Przypomnieć należy, że Izba w poprzedniej sprawie stwierdziła w szczególności, że: *Zamawiający kształtując treść zapisów SIWZ, w szczególności treści pkt 14.19, treści dodatkowych zastrzeżeń zawartych pod treścią pkt 14.22 SIWZ, a także treści pkt 1.23 ST, sam wyznaczył sobie granice przysługujących mu*

uprawnień w zakresie badań złożonych wraz z ofertami każdego z wykonawców wzorców liczników. Odnosnie zaś znaczenia podkreślanego w odpowiedzi na odwołanie postanowienia {Każdy z oferowanych wzorców liczników będzie podlegał ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każdy oceniany wzór powinien spełniać określone wymogi techniczne. Negatywna ocena któregośkolwiek z wzorów będzie równoznaczna z niespełnieniem wymogów Zamawiającego. Ocena wzorów będzie dokonana zgodnie z wymaganiem Specyfikacji Technicznej pkt 1.23)}: W ocenie Izby zamknięcie przywołanej tu treści w jednym akapicie, powoduje, iż ocena wzorców, o której mowa w pierwszym i drugim zdaniu tegoż akapitu, jest tą samą oceną, o której mowa w zdaniu trzecim, a zatem powinna być ona dokonywana zgodnie z treścią przywołanego tu pkt 1.23) ST. Ten zaś ogranicza badanie dostarczonych wzorców do sprawdzenia ich parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych.

Zamawiający dokonując w wykonaniu tego wyroku powtórnego badania i oceny oferty Konsorcjum Itron, nie zakwestionował parametrów metrologicznych wzorców liczników, gdyż pod pretekstem braku oznaczenia ich numerem certyfikatu badania typu WE, zaniechał sprawdzenia tych parametrów. Tymczasem wyłącznie niezgodność parametrów metrologicznych dostarczonych wzorców z parametrami wymaganymi mogłaby być podstawą do ewentualnego stwierdzenia niezgodności treści oferty Konsorcjum z treścią s.i.w.z., z powodu niepotwierdzenia przez próbkę spełniania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Natomiast Zamawiający, pomimo otrzymania w poprzedniej sprawie wytycznych co do zakresu sprawdzenia jakim mogą podlegać według treści s.i.w.z. złożone wzory liczników, wbrew treści s.i.w.z. zaczął egzekwować od próbek spełnianie wymagania wynikającego z pkt 1.1) ST, jakby były to już egzemplarze liczników dostarczane w ramach realizacji umowy. Tymczasem dopiero w stosunku do tych egzemplarzy liczników Zamawiający będzie mógł skorzystać z uprawnień wynikających z rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. 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, czyli egzekwować zakres sprawdzeń przewidzianych prawem podczas legalizacji pierwotnej lub wtórnej liczników wprowadzanych do użytkowania.

Odnosnie drugiej, enigmatycznie opisanej przez Zamawiającego okoliczności, Izba stwierdziła, że już analiza Świadectwa badania typu WE nr T10037 rewizja 7 dla projektu nr SO13200652, z uwzględnieniem załączonego do niego folderu dokumentacji technicznej, pozwala na ustalenie, że dotyczy ono m.in. liczników typu C114 o oznaczeniu szczegółowym C114UR1DPf, czyli oznaczenia typu, które noszą oba wzory liczników przedstawione przez

Konsorcjum Itron. Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do Zamawiającego jednostka certyfikująca uważała za naturalne, dla rozwiania ewentualnych wątpliwości co do tego, czy wzory liczników dotyczą wspomnianego świadectwa, zwrócić się do ich producenta o potwierdzenie tego faktu. Ponadto, również w przeciwieństwie do Zamawiającego, jednostka certyfikująca uznała uzyskane od producenta potwierdzenie za wystarczające.

Ponadto Izba zważyła, że wbrew stanowisku Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, z postanowień s.i.w.z. nie wynika, że w przypadku wadliwości złożonych wraz z ofertą próbek w postaci wzorcowych liczników, nie podlegałyby one uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, z tego względu – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis, a także jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które zostały potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem.

Przewodniczący: