

**Sygn. akt: KIO 884/14**  
**KIO 895/14**

**WYROK**  
**z dnia 20 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawcę Elmess Metering Sp. z o.o. w Zgierzu (KIO 884/14),
- B. w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawcę Landis+Gyr Sp. z o.o. w Warszawie (KIO 895/14),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego - RWE Stoen Operator Sp. z o.o. w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. w Świdnicy oraz UAB "ELGAMA-ELEKTRONIKA" z siedzibą w Wilnie, Litwa, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 884/14 oraz KIO 895/14 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. A. Oddala odwołanie KIO 884/14.  
B. Uwzględnia odwołanie KIO 895/14 i nakazuje RWE Stoen Operator Sp. z o.o. w Warszawie przywrócić ofertę Landis+Gyr Sp. z o.o. w Warszawie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę liczników specjalnych energii

elektrycznej (w częściach 1, 2 i 3 zamówienia) oraz powtórzenie oceny ofert z uwzględnieniem ww. oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Elmess Metering Sp. z o.o. w Zgierzu oraz RWE Stoen Operator Sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Elmess Metering Sp. z o.o. w Zgierzu i Landis+Gyr Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Elmess Metering Sp. z o.o. w Zgierzu na rzecz RWE Stoen Operator Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od RWE Stoen Operator Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Landis+Gyr Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

**Sygn. akt: KIO 884/14**

**Sygn. akt: KIO 895/14**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, RWE Stoen Operator Sp. z o.o. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę liczników specjalnych energii elektrycznej (z podziałem na trzy części zamówienia).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 1 lutego 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014/S 023-036908.

W dniu 25.04.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

### **Odwołanie KIO 884/14**

W dniu 5 maja 2014 r. ELMESS Metering Sp. z o.o. w Zgierzu wniosła odwołanie względem ww. czynności zamawiającego w zakresie części 1 zamówienia, konkretnie wobec odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum firm: Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o oraz UAB ELGAMA-ELEKTRONIKA (zwanym dalej „Konsorcjum Elgama”), co miało odbyć się z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty Wykonawcy - „Konsorcjum Elgama” z postępowania;
- 4) wyboru i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności przedstawiono zarzuty dotyczące bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odnosnie pierwszej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, tj. stwierdzonego przez Zamawiającego, że "W ofertowanym liczniku dziennik zdarzeń nie rejestruje niepoprawnej sekwencji wirowania wektorów napięć", Odwołujący wskazał, iż jest to niezgodne ze stanem faktycznym funkcjonalności licznika będącego wzorcem w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z dokumentacją techniczną licznika AS1440, będącą częścią złożonej oferty w rozdziale dotyczącym dziennika zdarzeń opisany jest bit b9 rejestrujący wykrycie niedozwolonych warunków pracy jakim jest niepoprawna sekwencja wirowania wektorów napięć oraz bit b10 rejestrujący koniec niedopuszczalnych warunków pracy jakim jest niepoprawna sekwencja wirowania wektorów napięcia.

Bezspornym dowodem i rozwinięciem spełniania w/w wymogu jest zarezerwowany bufor pamięci, zgodny ze standardem prezentacji danych z urządzeń pomiarowych "OBIS" pod kodem C.73 będący niezależnym dziennikiem zdarzeń zwracający datę oraz godzinę początku i końca niepoprawnej sekwencji wirowania wektorów napięć.

Odnosnie drugiej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, opisanej przez Zamawiającego jako "W ofertowanym liczniku brak wydzielonego bufora zdarzeń sieciowych dla zaników napięcia i podwyższeń napięcia, co nie gwarantuje zachowania w pamięci licznika co najmniej 50 pozycji oraz ogranicza czytelność danych" – odwołujący stwierdził, że wymaganie zawarte w SIWZ w punkcie 3.4.22 brzmi: *bufor zdarzeń sieciowych (zaniki napięcia, podwyższenia napięcia) - co najmniej 50 pozycji; bufor zdarzeń pozostałych - co najmniej 50 pozycji.*

Zamawiający wymaga by bufor rejestrował co najmniej 50 pozycji dla zdarzeń sieciowych i co najmniej 50 pozycji dla zdarzeń pozostałych a taka funkcjonalność jest w pełni spełniona, co jest bezsporne również w opinii Zamawiającego. Subiektywna ocena Zamawiającego iż licznik nie gwarantuje rejestracji 50 zdarzeń jest nie zasadna, nie uprawniona oraz nie poparta argumentami ją potwierdzającymi.

W przedmiocie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Elgama Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał oceny i wyboru w/w oferty pomimo

niepełnienia przez nią szeregu obowiązkowych wymagań technicznych i funkcjonalnych.

Po pierwsze licznik zaoferowany przez Konsorcjum Elgama nie spełnia tego samego wymogu z pkt. 3.1 SIWZ dotyczącego funkcjonalności za który Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego, tj. wymagania SIWZ, według którego licznik winien:

- *posiadać dziennik zdarzeń rejestrujący (opatrzone datą i czasem wystąpienia) co najmniej:*

- *nieprawidłową sekwencję wirowania wektorów napięć,*

Według Odwołującego, dziennik zdarzeń ww. licznika nie rejestruje zdarzeń jakim jest niepoprawna sekwencja wirowania wektorów napięć. Powyższe wynika zarówno z samego licznika, oprogramowania do parametryzacji oraz dokumentacji technicznej w punkcie 8.3 REJESTR ZDARZEŃ, które miały pochodzić ze złożonej oferty dla wybranego licznika.

Po drugie, według Odwołującego, licznik zaoferowany przez Konsorcjum Elgama nie spełnia wymogu z punktu 3.1:

*Dopuszczone do stosowania na terenie RWE Stoen Operator liczniki MUSZĄ spełniać poniższe wymagania:*

- *być wyposażone w wyświetlacz LCD pozwalający wyświetlić co najmniej 8 cyfr mierzonej wielkości z możliwością ich programowania w zakresie 0-4 miejsc po przecinku,*

Zamawiający określił opisując wymogi jakie w normalnym trybie liczniki MUSZĄ spełniać jako możliwość ich programowania w zakresie od 0 do 4. Wybrany licznik oferuje jedynie zakres od 1 do 3.

Punkt ten nie jest również spełniony czego dowodem jest rozdział 12. PARAMETRYZACJA LICZNIKA w załączonej do oferty dokumentacji, gdyż programowanie parametrów jakim jest ilość miejsc po przecinku dostępna jest z poziomu M a więc producenta, a nie Operatora jak wymaga Zamawiający.

Odwołujący wykazywał, że Zamawiający przy ocenie tego niezbędnego wymogu nie zapoznał się z dokumentacją licznika jak również nie dokonał zmian w programie licznika mając taką możliwość a wręcz obowiązek przy ocenie ofert.

Po trzecie w wymaganiach szczegółowych dla liczników bezpośrednich w punkcie 3.4.16 jako wymóg standardowy i obowiązkowy jest aby licznik posiadał:

*wyjście komunikacyjne: aktywny RS485*

Tymczasem zgodnie z dokumentacją rozdział 14. INSTALOWANIE wybranego licznika wyjście to jest dostępne na zaciskach 25-26. Przy oględzinach licznika okazuje się jednak że wzorcowy licznik nie posiada opisanych zacisków, a więc wymaganego wyjścia komunikacyjnego.

## **Odwołanie KIO 895/14**

W dniu 5 maja 2014 r. Landis+ Gyr Sp. z o.o. w Warszawie wniosła odwołanie względem odrzucenia jej oferty we wszystkich częściach zamówienia, unieważnienia postępowania w części 3 zamówienia, a także zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Elgama w częściach nr 1 i 2 zamówienia (odwołanie referowane w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego oraz rozpoznanych przez Izbę).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie jego oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Elgama, a w konsekwencji wnosił o przywrócenie swojej oferty do postępowania, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenie oferty Konsorcjum Elgama – odpowiednio we wskazanych wyżej częściach zamówienia.

Odnosnie zarzutów dotyczących jego ofert Odwołujący wskazał, iż czynność ta nastąpiła z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – w ocenie Odwołującego są one zgodne z punktem 3.2 Wymagania konstrukcyjne Załącznika nr 4 Specyfikacja Techniczna do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, według którego dopuszczone do stosowania na terenie RWE Stoen Operator liczniki MUSZĄ być wyposażone w aktywny szeregowym interfejs elektryczny RS485 z możliwością zdefiniowania stałej prędkości odczytowej w zakresie co najmniej 300-9600 bd.

Odpowiednio w tabelach zawartych punktach 3.4, 3.5 i 3.6 Załącznik nr 4 do SIWZ, Zamawiający określił szczegółowe wymagania dotyczące liczników, gdzie wskazał również szczegółowe wymogi dotyczące aktywnego szeregowego interfejsu elektrycznego RS485:

- 1) szybkozłączkowe zaciski pomocnicze (interfejsy szeregowy, synchronizacja itd.) (punkt 3.4 Tabela punkt 9 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, punkt 3.5 Tabela punkt 10 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna oraz punkt 3.6 Tabela punkt 9 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna),
- 2) wyjście komunikacyjne: aktywny RS485 (punkt 3.4 Tabela punkt 16 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, punkt 3.5 Tabela punkt 17 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna oraz punkt 3.6 Tabela punkt 14 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna)
- 3) wyjście komunikacyjne: USB (punkt 3.4 Tabela punkt 26 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, punkt 3.5 Tabela punkt 29 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna oraz punkt 3.6 Tabela punkt 28 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna)

Dodatkowo Zamawiający przydzielał punkty techniczne za następujące spełnianie kryteriów technicznych przez aktywny szeregowy interfejs elektryczny RS485:

- 1) kryterium "szybkozłączkowe zaciski pomocnicze" (interfejsy szeregowy, synchronizacja itd. - 3 punkty (punkt 16 SIWZ Tabela Kryteria techniczne w Części 1 punkt 1, punkt 16 SIWZ Tabela Kryteria techniczne w Części 2 punkt 1);
- 1) kryterium drugie wyjście komunikacyjne: USB - 1 punkt (punkt 16 SIWZ Tabela Kryteria techniczne w Części 1 punkt 3, punkt 16 SIWZ Tabela Kryteria techniczne w Części 2 punkt 3, punkt 16 SIWZ Tabela Kryteria techniczne w Części 3 punkt 2)

Tym samym, Aktywny Szeregowy Interfejs Elektryczny RS485 jest interfejsem komunikacyjnym, a nie „obwodem pomocniczym”. Nazwy „obwód pomocniczy” używa się do opisu obwodów, które są dodatkowe względem głównych funkcji urządzenia, w przypadku licznika będą to wejścia i wyjścia, zasilanie dodatkowe.

Natomiast interfejs RS485 jest odrębnym elementem komunikacyjnym, bez którego nie można zdalnie odczytać licznika, więc ten interfejs traktuje się jako komunikacyjny obwód podstawowy.

Z samej treści SIWZ, wynika (poprzez dodatkowe punktowanie szybkozłączek czy wyjścia komunikacyjnego USB), że interfejsy komunikacyjne nie podlegają pod definicję obwodów pomocniczych zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Zastosowanie wymogu zacisków śrubowych lub sprężynowych wyklucza z technicznego punktu widzenia zastosowanie wyjścia komunikacyjnego USB i szybkozłączy, które zapewniają możliwość podłączenia się do licznika bez użycia dodatkowych narzędzi.

Dodatkowo wskazuję, iż producenci liczników wyraźnie wskazują w Instrukcjach do liczników iż interfejs RS485 jest interfejsem komunikacyjnym, a nie obwodem pomocniczym.

Jako dowód powyższego powołano dane techniczne licznika E550 - strona 4 i 5 (opis interfejsu komunikacyjnego).

Wymagania określone w Załączniku 5 do SIWZ Wymagania dotyczące obudowy i skrzynki zaciskowej liczników w punkcie 2 dotyczą tylko obwodów pomocniczych, do których nie zalicza się Interfejsu USB ani też Aktywnego Szeregowego Interfejsu Elektrycznego RS485, którego podłączenie jest wykonane poprzez szybkozłącze, tym samym wskazując, że Zamawiający wyraźnie rozróżnia interfejsy komunikacyjne (USB, RS485) od szeroko rozumianych obwodów pomocniczych.

Odnośnie zarzucanej niezgodności z SIWZ liczników oferowanych przez Konsorcjum Elgama wskazano, iż w punkcie 3.4 i 3.5 Załącznika nr 4 do SIWZ - Specyfikacja Techniczna, zostały określone wymagania szczegółowe dla liczników bezpośrednich i półpośrednich, wśród których określono wymagania standard, których nie spełniają ww. liczniki – mianowicie nie spełniają wymagania: *„możliwość przewijania za pomocą przycisków na obudowie, zaprogramowanej listy wyświetlacza”*;

Według posiadanych informacji technicznych dotyczących zaoferowanych liczników przez Konsorcjum ELGAMA, licznik GAMA300 nie ma możliwości przewijania ręcznego za pomocą przycisków na obudowie, zaprogramowanej listy wyświetlacza. Przewijanie odbywa się automatycznie to znaczy niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający w związku z niezasadnym odrzuceniem jego oferty nieprawidłowo zastosował art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. unieważnił postępowanie w części 3 zamówienia uznając błędnie, iż dla tej części nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, które w odniesieniu do wskazanej podstawy faktycznej zarzutów odwołań miał naruszyć Zamawiający, które jako jedyne mogą w tym przypadku znaleźć zastosowanie do eliminacji z postępowania ofert Odwołujących oraz Konsorcjum Elgama, wskazać należy, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Natomiast powołany w art. 89 ust. 1 pkt 2 przepis art. 87 ust. 1 stanowi w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
  - 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
  - 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba wskazuje również na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomią postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

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

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w

swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp). Ponadto zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych, ograniczonych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).

Odnosząc powyższe do poszczególnych zarzutów odwołań, Izba stwierdziła, co następuje.

#### **KIO 884/14**

Zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego uznano za niezasadne – Izba potwierdza prawidłowość czynności Zamawiającego w tym zakresie.

Jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego w części I zamówienia, Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj.:*

- a) z pkt 3.1 Załącznika nr 4 do siwz – specyfikacja techniczna, gdyż licznik nie spełnia wymogu:*
  - posiadania dziennika zdarzeń rejestrującego (opatrzonego datą i czasem wystąpienia) co najmniej:*
  - nieprawidłową sekwencję wirowania wektorów napięć.*
- b) z pkt 3.4 ppkt 22 Załącznika nr 4 do siwz - specyfikacja techniczna, gdyż licznik nie spełnia wymogu:*

*bufor zdarzeń sieciowych (zaniki napięcia, podwyższenia napięcia) – co najmniej 50 pozycji; bufor zdarzeń pozostałych – co najmniej 50 pozycji.*

*W oferowanym liczniku brak wydzielonego bufora zdarzeń sieciowych dla zaników napięcia i podwyższeń napięcia, co nie gwarantuje zachowania w pamięci licznika co najmniej 50 pozycji oraz ogranicza czytelność danych.*

Powołane i zacytowane wyżej postanowienia SIWZ pozostają jasne i wyraźnie sformułowane. Dziennik zdarzeń oferowanego licznika winien rejestrować specyficznie, tj. w sposób wyodrębniony, właściwy tylko danemu zdarzeniu, przy pomocy przypisanych jedynie temu zdarzeniu zwrotów lub symboli – zdarzenie polegające na nieprawidłowej sekwencji wirowania wektorów napięć. Za tego typu interpretacją postanowień pkt 3.1 Załącznika nr 4 do SIWZ i zawartego tam wyliczenia zdarzeń, które powinny być rejestrowane, przemawia oczywisty fakt, iż interpretacja przeciwna prowadzi logicznie do konsekwencji absurdalnych, których nie sposób pogodzić z postulatem racjonalnego odczytania dokumentów przetargowych i nadania im sensownej treści. Mianowicie przyjęcie, iż w dzienniku zdarzeń zapisy poszczególnych zdarzeń mogą być agregowane, tj. oznaczane wspólnym symbolem, oznaczeniem lub zwrotem, a dla dokładne ustalenie ich charakteru należy wykonywać dodatkowe operacje i sięgać do rejestrów dodatkowych, prowadzi do konsekwencji, że w dzienniku zdarzeń zamawianego licznika każde z wymienionych w SIWZ zdarzeń mogłoby być opisywane i rejestrowane w taki sam sposób, np. jako „warunki niedopuszczalne”. Przecież zarówno spadek napięcia, jak i nieprawidłowa sekwencja wirowania wektorów napięć może być „warunkiem niedopuszczalnym”.

Dziennik zdarzeń oferowanego licznika nie rejestruje nieprawidłowej sekwencji wirowania wektorów napięć w wymagany w SIWZ sposób (opisany powyżej), ale wymaga odwołania się do dodatkowych rejestrów wskazanych w odwołaniu.

Powyższe jest właściwie okolicznością bezsporną i możliwą do ustalenia na podstawie danych podanych w treści odwołania, a także przesądzającą o niezgodności oferowanego licznika z SIWZ. Z tego względu w trakcie wyrokowania pominięto wszystkie dowody wnioskowane przez strony jako bezprzedmiotowe i nie wnoszące niczego dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Oferowany przez Odwołującego licznik nie spełnia również drugiego z wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty warunku SIWZ – nie zapewnia oddzielnych rejestrów zdarzeń na min. 50 pozycji dla zdarzeń sieciowych i pozasieciowych, albo w inny sposób nie gwarantuje, iż w przypadku zapelnienia całego rejestru dziennika zdarzeń przez zdarzenia sieciowe, pozostanie 50 wolnych pozycji na zdarzenia pozasieciowe (i *vice versa*).

Brak tego typu mechanizmu w liczniku Odwołującego pozostaje okolicznością bezsporną. Odwołujący wywodził jedynie i dowodził, że zapelnienie licznika przez zdarzenia któregośkolwiek rodzaju jest niemożliwe ze względu na wielką pojemność dziennika zdarzeń rejestrującego razem zdarzenia sieciowe i pozasieciowe, sięgającą 10 000 pozycji. Powyższa okoliczność jest bez znaczenia przy ocenie wskazanego formalnego wymogu SIWZ, który wymagał bezwzględnego zagwarantowania oddzielnej rejestracji minimum 50 zdarzeń sieciowych i 50 zdarzeń pozasieciowych. Odwołujący w tego typu argumentacji zdaje się mylić możliwość z prawdopodobieństwem. Fakt, iż przepelnienie całego bufora zdarzeń przez zdarzenia jednego rodzaju i niepozostawienie wolnych 50 miejsc dla zdarzeń drugiego rodzaju jest mało prawdopodobne, nie jest równoważny z tym, że nie jest to możliwe. Natomiast tak sformułowane wymagania SIWZ oznaczają, iż możliwość taka powinna być wykluczona, a w liczniku Odwołującego konstrukcyjnie wykluczona niestety nie jest. Licznik ten nie posiada oddzielnych buforów albo innych limitów zapisu poszczególnych zdarzeń, teoretycznie jest więc możliwe, że w jego rejestrze zostaną zapisane 951 zdarzenia sieciowe (przyjmując, że pojemność buforu to 10 000 pozycji) i dla zapisania 50 zdarzeń pozasieciowych zabraknie już miejsca (lub na odwrót). Dla stwierdzenia powyższego nie potrzeba żadnych indukcyjnych dowodów, ale jest to oczywiste *a priori* – wystarczy zasymulować test w którym kolejno 951 razy zostanie odcięte napięcie albo 951 razy zostanie zdjęta pokrywa licznika.

W uwagi na bezsporność ww. właściwości licznika pominięto wszystkie dowody wnioskowane przez strony w zakresie tego zarzutu jako bezprzedmiotowe i nie wnoszące niczego dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

W związku z powyższym zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego oddalono, a czynność Zamawiającego w tym zakresie utrzymano w mocy.

Odnośnie zarzutów odwołania dotyczących oferty Konsorcjum Elgama, Izba wskazuje, iż są one oparte na błędnych, nieodpowiadających rzeczywistości ustaleniach faktycznych i z tego względu zostały uznane za niezasadne. Odwołujący w treści odwołania przytacza dane i informacje albo nie odnoszące się do licznika oferowanego w niniejszym postępowaniu, albo istotne dane dla oceny zgodności licznika z SIWZ pomija.

I tak licznik GAMA 300 oferowany przez Konsorcjum Elgama spełnia wymóg z pkt. 3.1 SIWZ dotyczący funkcjonalności polegającej na posiadaniu dziennika zdarzeń rejestrującego (opatrzone datą i czasem wystąpienia) nieprawidłową sekwencję wirowania wektorów napięć.

Powyższe ustalono na podstawie Instrukcji obsługi licznika GAMA 300 załączonej do oferty Konsorcjum Elgama (str. 124 oferty) – pkt. 8.3 tiret 1 subtiret 2 Instrukcji wprost wskazuje na taką funkcjonalność i jest przesądzający w tym zakresie. Przy czym z pewnością nie jest to dokumentacja, którą powoływał Odwołujący w treści odwołania. Natomiast oceny tej okoliczności nie zmienia wydruk z dziennika zdarzeń próbki licznika załączonej do oferty, którą przedstawił na rozprawie Odwołujący – w przedstawionym rejestrze nie zarejestrowano ww. zdarzenia. Wyjaśnieniem powyższego jest fakt, iż warunków tego typu Zamawiający w trakcie badania ofert po prostu nie zasymulował.

Licznik zaoferowany przez Konsorcjum Elgama spełnia również wymogi SIWZ co do wyposażenia w wyświetlacz LCD pozwalający wyświetlić co najmniej 8 cyfr mierzonej wielkości z możliwością ich programowania w zakresie 0-4 miejsc po przecinku. Przesądzającym dowodem na powyższe jest Instrukcja obsługi licznika załączona do oferty, opisywana wyczerpująco w piśmie procesowym Przystępującego złożonym na rozprawie, a także dowody przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego: wydruk zrzutu ekranu - „Okno oprogramowania ELGAMA - konfiguracja miejsc po przecinku 0” oraz wydruk zrzutu ekranu „Okno oprogramowania ELGAMA - konfiguracja miejsc po przecinku 5”

W sposób oczywisty i nie budzący wątpliwości wynika z nich, że na wyświetlaczu licznika można programować wyświetlanie wymaganej ilości cyfr po przecinku z poziomu operatora licznika.

Bezpodstawne pozostają twierdzenia Odwołującego, że licznik oferowany przez Konsorcjum Elgama w części 1 zamówienia nie spełnia wymagania co do wyjścia

komunikacyjnego RS485. Oferowany licznik bezpośredni posiada wymagane wyjście na portach nr 23 i 24, co jest zgodne z dokumentacją licznika (rozdz. 14 Instrukcji użytkownika załączonej do oferty), a także zostało ustalone na podstawie oględzin okazanej na rozprawie przez Zamawiającego próbki licznika załączonej do oferty Konsorcjum Elgama oraz przedłożonych na rozprawie przez Zamawiającego: wyciągu z dziennika przyrządu dla licznika bezpośredniego dla części 1 zamówienia oraz wyciągu z dziennika przyrządu dla licznika półpośredniego z części 2 zamówienia.

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołania dotyczące oferty Konsorcjum Elgama oddalono.

#### **KIO 895/14**

Odnosnie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż uznanie przez Zamawiającego ww. zarzutu za zasadny jest okolicznością procesowo istotną, jednakże nierozstrzygującą. Stanowi ono po prostu przyznanie pewnych faktów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, nie jest jednak uwzględnieniem odwołania skutkującym brakiem rozpoznania zarzutów odwołania i umorzeniem postępowania. Instytucji częściowego uwzględnienia odwołania i związanych z tym skutków procesowych przepisy ustawy nie przewidują (w szczególności w art. 186 Pzp). Zarzut został postawiony w odwołaniu, w trakcie rozprawy był podtrzymywany przez Odwołującego, i jako taki winien być rozpoznany przez Izbę w celu orzeczenia o jego zasadności. Orzekanie w tym przypadku jest jedynie ułatwione w sferze dowodowej – pewne okoliczności przestają być pomiędzy stronami sporne, jednakże należało również wziąć pod uwagę okoliczności podnoszone przez Przystępującego, niezależnie od relacji w jakiej pozostawały w stosunku do stanowiska Zamawiającego.

Oceniając stanowiska podniesione na rozprawie i w pismach procesowych Izba uznała, że zarzuty odwołania dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego są zasadne.

Podaną przez Zamawiającego podstawę odrzucenia oferty Landis+Gyr we wszystkich częściach zamówienia stanowił art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp oraz następujące uzasadnienie faktyczne:

[...] treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj.:

a) Z pkt 3.2 Załącznika nr 4 do siwz – specyfikacja techniczna, oraz z Załącznika nr 5 pkt 2 do siwz gdyż licznik nie spełnia wymogu:

*Podłączenia obwodów pomocniczych MUSZĄ być wykonane jako zaciski śrubowe lub klatkowe (zwykłe lub smozaciskające sprężynowe) i umożliwić swobodne zamocowanie przewodu o przekroju do 2,5 mm<sup>2</sup>.*

*W oferowanym liczniku obwód pomocniczy rs485 jest wyprowadzony na szybkozłącze rj12.*

Należy podzielić stanowisko Odwołującego oraz Zamawiającego, iż w treści SIWZ nie zdefiniowano pojęcia obwód pomocniczy na tyle dokładnie (również przez odesłanie do jakichkolwiek norm branżowych), aby w odniesieniu do Aktywnego Szeregowego Interfejsu Elektrycznego RS485 przesądzić, iż w rozumieniu SIWZ jest on obwodem pomocniczym, a nie podstawowym obwodem komunikacyjnym, zwłaszcza w zestawieniu z innymi postanowieniami SIWZ dotyczącymi zastosowania przy RS485 szybkozłączy i portu USB.

W związku z powyższym, a także ogólnym postulatem interpretowania wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawców, zarzut odwołania w tym zakresie uwzględniono i nakazano przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania.

Oddalono natomiast zarzut odwołania dotyczący oferty Konsorcjum Elgama jako oczywiście niezasadny, tj. oparty na nieprawidłowych ustaleniach faktycznych.

Liczniki oferowane przez Konsorcjum Elgama spełniają wymagania wskazywanych w odwołaniu postanowień pkt 3.4 i 3.5 Zał. nr 4 do SIWZ (pkt 3.4 poz. 8 i pkt 3.5 poz. 9 – *możliwość przewijania za pomocą przycisków na obudowie, zaprogramowanej listy wyświetlacza*), a także niewskazanych w treści odwołania wymagań z pkt 3.1 Zał. nr 4 do SIWZ (tiret trzeci od końca – *posiadać dwie dodatkowe, niezależnie konfigurowane przez zamawiającego listy odczytowe dla wyświetlacza, w tym jedną ręcznie przewijaną, drugą automatyczną dla odczytów danych przez interfejs szeregowy lub optozłącze*).

Licznik Konsorcjum Elgama posiada dwie, niezależnie konfigurowane listy wyświetlacza: zarówno listę przewijaną automatycznie, jak i listę przewijaną ręcznie – opisane odpowiednio w pkt 11.2 i 11.3 Instrukcji użytkownika (str. 133 oferty)

zapewniające spełnienie wymogów Zamawiającego, opisanych w pkt. 3.1 tiret 3 od końca Zał. nr 4 do SIWZ, a także w pkt. 3.4 poz. 8 i pkt. 3.5 poz. 9. Ponadto posiada dodatkowe, niewymagane przez Zamawiającego „rezerwowe” cykliczne automatyczne wyświetlanie danych (pkt 11.1 Instrukcji użytkownika) w tzw. trybie bateryjnym.

Dowodem na powyższe jest ww. Instrukcja obsługi załączona do oferty oraz do pisma procesowego Przystępującego złożonego na rozprawie, a także przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego wydruki - print screen'y z okna oprogramowania ELGAMA (lista obiektów w trybie cyklicznym, lista obiektów w trybie ręcznym oraz lista obiektów w trybie bateryjnym).

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp w części 3 zamówienia jest wtórny w stosunku do potwierdzonego zarzutu nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp względem oferty Odwołującego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 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).