

WYROK

z dnia 20 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **19 lipca 2017 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **5 lipca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- A. ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov (sygn. akt KIO 1381/17)**
- B. Systemy Pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie (Litwa) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1397/17)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa statycznych i bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej (Postępowanie nr 2)* (nr postępowania 2017/TD-CN/TD-CN/00410/L)

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. Systemy Pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie (Litwa) wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1381/17)**
- B. ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov (sygn. akt KIO 1397/17)**
- C. Apator S.A. z siedzibą w Toruniu (sygn. akt: KIO 1381/17, KIO 1397/17)**

orzeka:

- 1. Oddala odwołania.**
- 2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1381/17 obciąża odwołującego ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **odwołującego ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov** na rzecz **zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania **w sprawie o sygn. akt KIO 1397/17** obciąża **odwołującego Systemy Pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Systemy Pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Systemów Pomiarowych ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** na rzecz **zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

{KIO 1381/17, KIO 1397/17}

Zamawiający TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Tauron”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawy pn. *Dostawa statycznych i bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej (Postępowanie nr 2)* (nr postępowania 2017/TD-CN/TD-CN/00410/L).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 8 lutego 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_027 pod nr 048250. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.tauron-dystrybucja.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

27 czerwca 2017 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej w częściach {zwanych również „zadaniami”} 1 i 2 zamówienia oferty złożonej przez Apator S.A. z siedzibą w Toruniu {dalej również: „Apator”}, a także o odrzuceniu ofert złożonych przez ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov {dalej również: „ZPA”} oraz przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Systemy Pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie (Litwa) {dalej również: „Konsorcjum Elgama”}

{KIO 1381/17}

5 lipca 2017 r. Odwołujący ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov wniósł

w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego w zadaniu 1. i 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp {oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania, których jednak do zamknięcia rozprawy nie sprecyzował} – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego oparte na nieprawidłowej ocenie spełnienia wymagań określonych w pkt 1.55. załącznika nr 2 do SIWZ w zakresie zadania nr 1 oraz pkt. 1.56.+ załącznika nr 3 do SIWZ w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Poprawnej interpretacji przedłożonych dokumentów w świetle zapisów ustawy pzp oraz SIWZ.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Zgodnie z pkt 1.13. załączników nr 2 i 3 do SIWZ wymagane jest, aby licznik posiadał skróconą legendę wyświetlanych podstawowych wartości na LCD według standardu OBIS, przy czym legenda ta powinna obejmować razem 7 OBIS kodów, tj. 0.9.1 - czas, 0.9.2 - data, 0.2.2. - rodzaj taryfy, 15.8.0 - stan liczydła - suma wszystkich stref, 15.8.1 - stan liczydła w strefie 1, 15.8.2 - stan liczydła w strefie 2 oraz 15.8.3 - stan liczydła w strefie 3.

Wymaganie z pkt 1.55 (zadanie 1.) i pkt 1.56 (zadanie 2.): *Dla liczników Wykonawca zapewnia narzędziowe oprogramowanie do komputerów/laptopów (instalacja na komputerach przenośnych z systemem operacyjnym Windows 7 32 bit oraz Windows 7 64 bit z zainstalowaną przeglądarką Internet Explorer 8 lub wyższą). Oprogramowanie musi być zabezpieczone przed nieuprawnionym dostępem do parametryzacji licznika poprzez indywidualny klucz sprzętowy lub hasło. Oprogramowanie musi umożliwiać eksport danych pomiarowych (w tym profilu) i rejestru zdarzeń do plików tekstowych (txt lub csv) o udokumentowanej strukturze. Oprogramowanie narzędziowe musi posiadać w swoim menu kody OBIS wraz z przypisanymi im opisami w języku polskim*".

Zamawiający podał następujące uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty: *Wykonawca wraz z ofertą dostarczył oprogramowanie narzędziowe do konfiguracji*

i parametryzacji i pozyskiwania danych z liczników o nazwie EMTools. Oprogramowanie to w menu konfiguracji LCD „okno konfiguracji przewijania ręcznego” nie posiada paska przewijania ręcznego, co uniemożliwia wyświetlenie wszystkich możliwych opcji konfiguracji, a w tym samym wykorzystania pełnych możliwości aplikacji. Brak możliwości wyświetlenia wszystkich kodów OBIS oznacza również brak wymaganych, przypisanych im opisów w języku polskim. Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.55 Załącznika nr 2 do SIWZ i z tej przyczyny podlega odrzuceniu.

Zamawiający oparł swoją decyzję o wyniki badań technicznych nr 17/2017 oraz 18/2017 z 27 marca 2017 r., w których, przy pkt 1.55. załącznika nr 2 do SIWZ oraz przy pkt 1.56. załącznika nr 3 do SIWZ przyjęto że: *Oprogramowanie narzędziowe w menu konfiguracji LCD „okno konfiguracji przewijania ręcznego” nie posiada paska przewijania ręcznego, co uniemożliwia wyświetlenie wszystkich możliwych opcji konfiguracji.*

Według pkt 3.3.4. SIWZ ocena spełniania wymagań miała odbywać się na zasadzie „spełnia lub nie spełnia”.

Odwołujący podniósł następujące zastrzeżenia do oceny jego oferty przez Zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że przedstawione wraz z próbką licznika oprogramowanie narzędziowe do konfiguracji i parametryzacji oraz pozyskiwania danych z liczników o nazwie EMTools w pełni odpowiada wymogom pkt 1.55. załącznika nr 2 oraz pkt 1.56. załącznika nr 3, gdyż zgodnie z pkt 1.13 tych załączników liczniki posiadają skróconą legendę wyświetlanych podstawowych wartości na LCD według standardu OBIS, która obejmuje 7 wymaganych kodów.

Z kolei program parametryzacyjny EMTools posiada 2 możliwości wyboru wyświetlania kodów OBIS, co jest standardowe dla wszystkich liczników produkowanych przez Odwołującego, tj.:

1. Przewijanie automatyczne – na LCD licznika automatycznie (bez interwencji użytkownika) wyświetlają się z ustawioną prędkością przewijania wybrane kody OBIS i ich wartości. Przy czym lista zawiera więcej niż 7 kodów OBIS wymaganych wg pkt 1.13. (około 30 kodów jest widocznych, a następne można zobaczyć za pomocą paska przewijania widocznego po prawej stronie części okna).
2. Przewijanie ręczne – na LCD licznika po naciśnięciu przycisku umieszczonego na liczniku wyświetlane są wybrane kody OBIS i ich wartości. Przy widoczna lista zawiera

około 30 kodów, w tym wszystkie 7 wymaganych wg pkt 1.13 OBIS kodów.

Zdaniem Odwołującego fakt, że w tym drugim przypadku następne kody są niewidoczne, gdyż brakuje paska przewijania (scrollbar), nie powoduje utraty żadnej funkcji programu EMTools, w tym możliwości wyboru któregośkolwiek spośród zarówno 7 wymaganych, jak i innych umieszczonych w oprogramowaniu.

Odwołujący zauważył, że z SIWZ nie wynika, ile i jakie dane powinny być do wyboru w ramach przewijania ręcznego czy automatycznego, oprócz tych, które podane są w pkt 1.13. załącznika nr 2 i załącznika 3 do SIWZ, tj. 7 OBIS kodów opisanych przez Zamawiającego. To, że zaoferowane liczniki posiadają około 30 pozycji ponad 7 wymaganych OBIS kodów daje użytkownikowi rozszerzoną możliwość wyboru do wyświetlenia wartości na LCD licznika. Fakt, że w przypadku przewijania ręcznego widocznych jest około 30 OBIS kodów, a następne są niewidoczne, gdyż brakuje paska przewijania (scrollbar), nie powoduje utraty funkcjonalności programu EMTools czy licznika i możliwości wyboru któregośkolwiek z wymaganych wg pkt 1.13 - 7 OBIS kodów. W razie potrzeby zmiany któregośkolwiek z tych kodów jest to możliwe za pomocą myszki i strzałek na klawiaturze, co nie jest sprzeczne, a wręcz spełnia wymagania SIWZ

Odwołujący podniósł, że powołane pkt 1.55. i 1.56. wcale nie odnoszą się do kwestii wyświetlenia wszystkich możliwych opcji konfiguracji, ale do konieczności zabezpieczenia przed nieuprawnionym dostępem do parametryzacji licznika poprzez indywidualny klucz sprzętowy lub hasło, możliwości eksportu danych pomiarowych (w tym profilu) i rejestru zdarzeń do plików tekstowych (txt lub csv) o udokumentowanej strukturze oraz konieczności posiadania w menu kodów OBIS wraz z przypisanymi im opisami w języku polskim.

Odwołujący zarzucił również, że ocena w tych pkt odbiegała od wprowadzonej zerojedynkowej zasady i polegała na zamieszczeniu powyżej przytoczonej uwagi.

Odwołujący podniósł, że częścią oferty była próbka (wzorzec) licznika, a więc Zamawiający mógł dokładnie przeprowadzić badanie techniczne przedmiotowego licznika wraz z oprogramowaniem i stwierdzić, w jaki konkretny sposób wyświetlają się dane, i jak obsługiwać dany licznik.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z demonstracji oprogramowania (parametryzacji) licznika na posiedzeniu Izby na wzorcowym liczniku dostarczonym przez Zamawiającego na to posiedzenie.

{KIO 1397/17}

5 lipca 2017 r. Odwołujący Systemy Pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie (Litwa), wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego w zadaniu 1. i 2. oraz zaniechania wykluczenia Apatora oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w części nr 1 tj. błędne przyjęcie, że nie spełnia ona wymagania określonego w pkt. 1.55. załącznika nr 2 do SIWZ.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania w części nr 2 tj. błędne przyjęcie, że nie spełnia ona wymagania określonego w pkt 1.56. załącznika nr 3 do SIWZ.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania w części nr 2 tj. błędne przyjęcie, że nie spełnia ona wymagania określonego w pkt 1.57. załącznika nr 3 do SIWZ.
4. Art. 24 ust. 17 – przez zaniechanie wykluczenia Apatora, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Apatora w części nr 1 i 2, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie żądanego przez Zamawiającego certyfikatu MID.
6. Art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Apatora, pomimo że po przeprowadzeniu prawidłowo badania i oceny ofert Zamawiający powinien obniżyć punktację oferty Apatora i wybrać jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert.\
2. Ponownego badania i oceny założonych ofert oraz wykluczenie Apatora z postępowania i odrzucenie jego oferty, ewentualnie obniżenia przyznanej tej ofercie punktacji.
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

W pkt 3.3.1. SIWZ Zamawiający określił, że wymagane jest aby oferowany licznik i oprogramowanie spełniały wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ dla zadania nr 1 i załącznika nr 3 do SIWZ dla zadania nr 2.

W pkt 1.24. załącznika nr 2 i 3 do SIWZ dopuścił spełnienie wymagania dotyczącego możliwości kasowania przez służby Zamawiającego informacji o zdjęciu osłonki listwy zaciskowej w sposób wariantowy (sprzętowo lub programowo) tj. aby kasowanie informacji o zdjęciu osłonki możliwe było sprzętowo lub alternatywnie programowo.

Zgodnie z treścią pkt. 3.3.4. SIWZ Zamawiający dokonując oceny potwierdzenia spełnienia wymagań technicznych przez Przedmiot Zamówienia będzie posługiwać się następującymi notacjami: „SPEŁNIA” lub „NIE SPEŁNIA”.

Odwołujący złożył próbkę licznika, która posiada sprzętową możliwość kasowania informacji o zdjęciu osłonki listwy zaciskowej oraz możliwość kasowania tej informacji przy użyciu dołączonego oprogramowania Gama Link.

Zamawiający w trakcie badania licznika na zgodność z pkt 1.24. załącznika nr 2 i 3 do SIWZ wykonał testy dotyczące zarówno sprzętowego (sekwencja kroków wykonywana przyciskiem wielofunkcyjnym), jak i programowego kasowania (za pomocą klawisza „wyczyść ostrzeżenia”) informacji o zdjęciu osłony listwy zaciskowej, które zakończyły się wynikiem pozytywnym.

Zamawiający w pkt 1.55. protokołu badania technicznego licznika zaoferowanego przez Odwołującego dla części 1 oraz w pkt 1.56 protokołu badania technicznego licznika zaoferowanego przez Odwołującego dla części 2 potwierdził zapisem, że dostarczone oprogramowanie spełnia założone wymagania.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że Odwołujący wraz z ofertą dostarczył oprogramowanie narzędziowe o nazwie GamaLink dedykowane do obsługi liczników produkowanych przez Elgama-Elektronika. W trakcie czynności badania ofert stwierdzono wadliwe działanie oprogramowania. Po wykasowaniu znaczników ostrzeżeń („wyczyść ostrzeżenia”) i próbie odczytu dziennika zdarzeń („99.98.32 dziennik otwarcia osłony skrzynki zaciskowej”) program narzędziowym samoczynnie wyłącza się. Wyłączenie

się programu uniemożliwia dalszą pracę, w tym odczytanie wyszczególnionego powyżej dziennika w bieżącej sesji. Odczytanie dziennika zdarzeń wymaga ponownego uruchomienia programu, ponownego logowania, w tym ponownego wprowadzenia hasła użytkownika.

Odwołujący zarzucił, że SIWZ dopuszczała spełnienie wymagania w sposób wariantowy tj. aby kasowanie informacji o zdjęciu osłonki możliwe było sprzętowo lub alternatywnie programowo.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający wbrew postanowieniom pkt 3.3.4. SIWZ dodał zapis dotyczący opinii na temat zachowania programu w odniesieniu do wymagań, których spełnienia nie wymagał. Odwołujący podniósł, że niedopuszczalne jest, aby Zamawiający na etapie oceny ofert określił podlegający ocenie wymóg dotyczący funkcjonalności nadmiarowej, która działa w sposób prawidłowy tj. pozwala usunąć ostrzeżenia bez konieczności demontażu licznika i ponownej legalizacji. W specyfikacji Zamawiający nie zawarł zastrzeżenia, aby wszystkie czynności w programie miały być wykonywane w ramach jednej sesji i nieuzasadnione jest rozszerzenie tego wymagania na etapie oceny ofert o konieczność kasowania ostrzeżeń i odczytania dziennika zdarzeń 99,98.32 w ramach jednej sesji, stąd powyższa okoliczność nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Według Odwołującego istotna jest okoliczność, że programowe kasowanie ostrzeżeń jest czynnością związaną z kasowaniem danych wrażliwych i po jego wykonaniu należy się wylogować z oprogramowania, a w celu kontynuacji pracy z licznikiem (np. w celu odczytu dziennika 99.98.32) należy zalogować się ponownie. W przypadku niewylogowania się w trakcie sesji w której wygenerowano zdarzenie, które zostało zapisane do dziennika zdarzeń, a następnie usunięto wygenerowany znacznik, program wyłączy się samoczynnie (nie powoduje to żadnych negatywnych skutków, w tym utraty wcześniej odczytanych danych i wprowadzonych nastaw do licznika). Opisane zachowanie programu jest jego cechą, a nie wadliwym działaniem. Zamawiający jest świadomy, że czynność kasowania ostrzeżeń jest szczególną funkcjonalnością programu i określił swoje dodatkowe wymagania w tym zakresie tj. aby po tej czynności nie było konieczności demontażu licznika i jego ponownej legalizacji, tym samym oczywistym jest, że opisane działanie programu spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego dla tej funkcjonalności. Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie wymagał, aby kasowanie znaczników ostrzeżeń było możliwe wraz z odczytem dziennika zdarzeń 99.98.32 w ramach jednej sesji.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że dodatkowo w zadaniu nr 2 Zamawiający wskazał jako przyczynę odrzucenia oferty, że Odwołujący wraz z ofertą dostarczył oprogramowanie narzędziowe o nazwie GamaLink dedykowane do obsługi liczników produkowanych przez Elgama-Elektronika, z którym w trakcie czynności badania ofert nie udało się nawiązać komunikacji pomiędzy urządzeniem mobilnym a dostarczonym wzorcem (próbką) licznika.

Odwołujący zarzucił, że powyższe uzasadnienie jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż istnieje możliwość nawiązania komunikacji pomiędzy urządzeniem mobilnym a dostarczonym wzorcem licznika przy ustawieniu prędkości portu COM na wartość 300 bodów. Nieudana próba nawiązania komunikacji pomiędzy urządzeniem mobilnym a dostarczonym wzorcem (próbką) licznika spowodowana jest błędem Zamawiającego, który nie zastosował się do załączonej do Oferty wymaganej przez Zamawiającego instrukcji obsługi, która w sposób jasny informowała o konieczności wprowadzenia prawidłowych parametrów dla głowicy optycznej. Na str. 56 instrukcji (str. 122 oferty) zamieszczono adnotację, że przed rozpoczęciem korzystania z oprogramowania GamaLink Mobile należy wprowadzić prawidłowe parametry pracy głowicy optycznej tj. nazwa portu COM oraz prędkość portu COM.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie stawiał w SIWZ wymagań odnośnie oczekiwanej prędkości komunikacji. W związku z powyższym podczas badania ofert Zamawiający powinien dostosować prędkość komunikacji do wartości odpowiedniej dla stosowanej przez siebie głowicy optycznej. Zdaniem Odwołującego wprowadzenie przez Zamawiającego prawidłowych ustawień jest niezbędne, gdyż działanie oprogramowania jest ściśle związane z jakością i rodzajem stosowanego urządzenia komunikacyjnego, w tym przypadku głowicy optycznej. Z informacji uzyskanych od obserwatorów testów wynika, że w trakcie testów Zamawiający próbował nawiązać komunikację z prędkościami 9600 bodów oraz 4800 bodów (pominął pozostałe nastawy prędkości), a następnie odnotował negatywny wynik testu.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z wykonania testu komunikacji pomiędzy urządzeniem mobilnym, a dostarczoną próbką licznika z ustawioną prędkością 300 bodów.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Zgodnie z pkt. 4.5.1.3. SIWZ Kryterium oceny ofert „Walory techniczne” oferta otrzyma 2 pkt w sytuacji, gdy zaoferowane liczniki posiadać będą następującą funkcję: listwa zaciskowa umożliwiająca podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 2,5 mm² - 25 mm² (minimalna średnica otworu O 6 mm), w konstrukcji której wszystkie zaciski są typu klatkowego.

Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ wskazał, że *brak w MID jednoznacznego określenia typu zacisków jaki może być stosowany w zatwierdzonym liczniku, będzie uznany przez Zamawiającego jako brak spełnienia przedmiotowego wymagania. Dodatkowe punkty za spełnienie przedmiotowego wymagania zostaną przyznane wyłącznie wtedy, gdy w certyfikacie MID typ zacisków licznika zostanie określony jako „klatkowy” i dostarczony wzorzec licznika będzie posiadał wszystkie robocze zaciski typu klatkowego o parametrach z pkt. 2.2.*

Aparator angielskie słowo „clamp”, które oznacza „zacisk”, kilkakrotnie przetłumaczył w sposób nieuprawniony jako „zacisk klatkowy”.

Odwołujący zarzucił, że Aparator wprowadził Zamawiającego w błąd, podając nieprawdziwe informacje w złożonej przez siebie ofercie w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach dodatkowych kryteriów kwalifikacji. Zamawiający jednoznacznie przesądził, że przyzna dodatkowe punkty jedynie, gdy w certyfikacie MID typ zacisków licznika zostanie określony jako „klatkowy”. Nie znajdując w swoim certyfikacie jednoznacznego określenia stosowanych zacisków bezpodstawnie rozszerzył tłumaczenie oryginalnej wersji dokumentu „clamp” o słowo „klatkowe”, co w konsekwencji doprowadziło do uzyskania nienależnych 2 dodatkowych punktów

Przy czym według Odwołującego błędne przetłumaczenie przez Aparator angielskiego słowa „clamp” nastąpiło w wyniku co najmniej niedbalstwa. Aparator S.A. jako profesjonalista działający w branży dostawy liczników energetycznych powinien upewnić się, czy składane przez niego tłumaczenia dokumentów odpowiadają rzeczywistości.

Powyższe działanie uczyniło ofertę bardziej konkurencyjną, co w sposób oczywisty miało wpływ na ocenę oferty Apatora a następnie na decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty.

{ad pkt 5. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Zamawiający w pkt. 1.47. załącznika nr 2 do SIWZ wymagał posiadania listwy zaciskowej umożliwiającej podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 2,5 mm²-25 mm² (minimalna średnica otworu fi 6 mm) oraz w pkt. 1.48. załącznika nr 3 do SIWZ wymagał posiadania listwy zaciskowej umożliwiającej podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 4 mm² - 35 mm² (minimalna średnica otworu fi 7 mm).

Zamawiający określił, że weryfikacja powyższych wymagań dotyczących listwy zaciskowej licznika powinna nastąpić w szczególności na podstawie certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający błędnie dokonał pozytywnej weryfikacji spełnienia przez Apatora powyżej wskazanych wymagań, pomimo że treść przedłożonego certyfikatu MID nie potwierdza ich spełnienia – w certyfikatach tych brak informacji odnośnie dopuszczalnego zakresu przekrojów przewodów czy średnicy otworu listwy zaciskowej.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania.

Zamawiający w pkt. 2.2. załączników nr 2 i 3 do SIWZ ustalił, że weryfikacja spełnienia wymagań dotyczących dodatkowo punktowanej funkcjonalności polegającej na posiadaniu przez zaoferowane liczniki listwy zaciskowej umożliwiającej:

- w zadaniu 1 podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 2,5 mm²-25 mm² (minimalna średnica otworu fi 6 mm), w konstrukcji której wszystkie zaciski są typu klatkowego,
- w zadaniu 2 podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 4 mm²-35 mm² (minimalna średnica otworu (fi 7 mm), w konstrukcji której wszystkie zaciski są typu klatkowego nastąpi na podstawie badania technicznego licznika oraz certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami.

Odwołujący wywiódł, że weryfikacja spełnienia wymagań w zakresie pkt. 2.2. powinna nastąpić w szczególności na podstawie certyfikatu MID.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bezpodstawnie uznał spełnienie dodatkowej funkcjonalności przez ofertę Apatora, przyznając jej dodatkowe dwa punkty, pomimo że treść

przedłożonego certyfikatu MID nie potwierdza tego, gdyż z treści certyfikatu MID wynika jedynie, że znajduje się tam nieprawdziwe określenie zacisków jako „klatkowe”, a nie ma tam jednak nigdzie informacji odnośnie dopuszczalnego zakresu przekrojów przewodów czy średnicy otworu listwy zaciskowej.

{KIO 1381/17, KIO 1397/17}

18 lipca 2017 r. wpłynęły do Izby odpowiedzi na odwołania, w których Zamawiający wniósł o ich oddalenie, podając w szczególności następujące uzasadnienie swojego stanowiska.

{KIO 1381/17}

Zamawiający podał, że w pkt. 4.2.1. lit. G i H SIWZ wymagał złożenia wraz z ofertą po 1 egz. oferowanego licznika dla każdego zadania, w zakresie którego wykonawca składa ofertę, wraz z oprogramowaniem narzędziowym w wersji instalacyjnej nagranej na nośniku elektronicznym. Elementy oferty w postaci wzorca licznika i oprogramowania narzędziowego, zgodnie z SIWZ, stanowić miały „treść oferty” i nie podlegały uzupełnieniu lub wyjaśnieniu na podstawie przepisu art. 26 ustawy pzp.

Zgodnie z pkt. 3.3. SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowany licznik i oprogramowanie spełniały wymagane przez niego parametry techniczno-użytkowe określone w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ dla zadania nr 1 i załącznik nr 3 do SIWZ dla zadania nr 2.

Zamawiający zrelacjonował również, że weryfikacja spełniania przez licznik i oprogramowanie wymagań określonych w załącznikach 2 i 3 do SIWZ została przeprowadzona przez niego na podstawie badań technicznych przedłożonych wzorców liczników w obecności oferenta.

W wyniku badania wzorców liczników ZPA Smart Energy a.s., zarówno 1-fazowego, jaki 3-fazowego, stwierdzono, że zaoferowane oprogramowanie nie spełnia wymagania określonego w pkt 1.55. załącznika nr 2 do SIWZ dla zadania nr 1 oraz nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.56. załącznika nr 3 do SIWZ dla zadania nr 2.

Zamawiający wyjaśnił na wstępie, że oprogramowanie narzędziowe do parametryzacji liczników posiada dwa menu kodów OBIS wraz z opisem w języku polskim, co dany kod przedstawia. Jedno menu służy do tworzenia listy przewijania automatycznego – wybrane przez zamawiającego do tej listy kody automatycznie wyświetlają się na wyświetlaczu LCD licznika wraz z przypisaną im wartością. Lista ta jest krótka i służy użytkownikowi (odbiorcy) do kontroli zużycia energii oraz sprawdzenia podstawowych ustawień licznika energii elektrycznej. Drugie menu kodów OBIS służy do tworzenia listy przewijania ręcznego – uruchamianej za pomocą przycisku licznika. Zamawiający wybiera znacznie więcej kodów OBIS niż ma to miejsce w przypadku listy przewijania automatycznego, gdyż lista ta służy pracownikom Zamawiającego do odczytu różnych danych związanych nie tylko z rozliczeniami ale również z analizą poboru i zużycia energii elektrycznej i mocy, diagnostyki parametrów zasilania (np. prądu, napięcia).

Zamawiający stwierdził, że oprogramowanie EMTools przedłożone przez ZPA posiada dwa menu kodów OBIS, jedno do tworzenia listy przewijania automatycznego i drugie menu do tworzenia listy przewijania ręcznego. Menu kodów do tworzenia listy przewijania ręcznego nie posiada paska przewijania (tzw. scrollbar) – w menu wyświetlana jest tylko część kodów OBIS, a pozostałe kody wraz z opisami ich dotyczącymi są niewidoczne z uwagi na wadę oprogramowania. Zamawiający nie ma możliwości skorzystania ze wszystkich kodów OBIS obsługiwanych przez liczniki.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący sam w odwołaniu potwierdził, że w menu oprogramowania widocznych jest tylko część kodów OBIS, a część jest niewidocznych, z powodu braku paska przewijania, a zatem jest to okoliczność bezsporna.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że brak paska przewijania nie powoduje utraty żadnej funkcji programu EMTools, bo gdyby tak faktycznie było, wówczas takie samo rozwiązanie jak przy menu listy przewijania ręcznego, Odwołujący zastosowałby w przypadku menu listy automatycznej, gdzie jednak pasek przewijania występuje.

Zamawiający podkreślił, że wymagania określone w pkt 1.13. załączników nr 2 i 3 do SIWZ nie mają żadnego związku z ilością kodów OBIS w menu oprogramowania oraz tworzeniem list automatycznego i ręcznego przewijania, a dotyczą wymogu zamieszczenia (nadrukowania) na liczniku skróconej legendy zawierającej opis 7 podstawowych kodów OBIS z całej automatycznej listy kodów wyświetlanych na LCD licznika. Legenda ta pełni funkcję informacyjną dla użytkownika licznika (odbiorcy energii) w zakresie wyświetlanych

podstawowych wartości na LCD licznika i nie ma żadnego związku z tworzeniem list ręcznego i automatycznego przewijania.

Zdaniem Zamawiającego wymóg, aby oprogramowanie narzędziowe posiadało w swoim menu kody OBIS wraz z przypisanymi im opisami w języku polskim oznacza, że wszystkie mierzone wartości określone w SIWZ muszą być opisane kodami OBIS. Jest to standardowe wymaganie, które dla każdego producenta liczników oznacza pełne listy kodów z możliwością skorzystania z każdego z nich. Odwołujący jako wieloletni producent i znawca branży licznikowej powinien rozumieć ten wymóg i powinien zawrzeć w oprogramowaniu pełną listę kodów OBIS, zarówno dla przewijania automatycznego, jak i przewijania ręcznego. W menu do tworzenia listy przewijania ręcznego występuje ewidentny błąd (wada oprogramowania), polegający na braku paska przewijania. Bezzasadne jest zatem przenoszenie odpowiedzialności na Zamawiającego, że (rzekomo) nie doprecyzował co lista ma zawierać. Ewidentnym przykładem tego błędu jest połowiczne przesłonięcie opisu ostatniego występującego w oknie programu kodu OBIS.

Zamawiający wyjaśnił, że tworzy listę przewijania ręcznego na etapie programowania liczników przed zawieszeniem na sieci, według swoich potrzeb i dostęp do pełnego menu kodów jest Zamawiającemu niezbędny. Dla wszystkich uczestników postępowania wymóg był jasny i zrozumiały, ponieważ wszyscy wykonawcy (poza Odwołującym) złożyli oferty z oprogramowaniem zawierającym po dwa pełne zestawy kodów OBIS, z pełną możliwością ich wykorzystania w zakresie tworzenia listy przewijania automatycznego i ręcznego. Rozwiązanie to wielu lat jest uważane za standard na rynku układów pomiarowo-rozliczeniowych.

W opinii Zamawiającego również Odwołujący prawidłowo zrozumiał ten wymóg, co wynika z instrukcji oprogramowania dołączonej do oferty, w której na str. 25 przedstawiono zasadę tworzenia automatycznej i ręcznej listy przewijania na przykładzie tabeli menu kodów przewijania automatycznego. Co istotne, przykład tabeli posiada pasek przewijania. Opis pod tabelą „Lewa kolumna przewijania automatycznego i ręcznego zawiera wybór z możliwych rejestrów. Prawa kolumna przewijania automatycznego i ręcznego zawiera pozycje wybrane do wyświetlenia na ekranie (LCD licznika)” wskazuje, że tworzenie listy przewijania automatycznego i ręcznego powinno odbywać się w identyczny sposób.

Ponieważ Odwołujący w ofercie przedstawił konkretny sposób tworzenia list przewijania, taki sposób był testowany. Według Zamawiającego nie do zaakceptowania jest wskazywanie w odwołaniu innego sposobu, nieopisanego w ofercie, gdyż zmienia tym

samym ofertę. Jest to sposób nie do zaakceptowania przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że lista ta definiowana jest przez służby techniczne Zamawiającego i musi być w sposób przejrzysty i logiczny definiowalna przy pomocy oprogramowania narzędziowego.

Zamawiający podniósł również, że Odwołujący w postępowaniu prowadzonym równoległe do przedmiotowego postępowania (postępowanie na dostawę liczników tego samego przeznaczenia, o takim samym wolumenie, z takimi samymi wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego) różniącym się jedynie sygnaturą i terminem składania ofert, również wniósł odwołanie, w którym to przedstawił argumentację o treści identycznej do zgłoszonej w tym postępowaniu odwoławczym. Krajowa Izba Odwoławcza 19 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1112/17) wydała wyrok w całości oddalając odwołanie wniesione przez ZPA Srnart Energy a.s. A uzasadnienie Izby zawarte na str. 11 i 12 wyroku nie pozostawia złudzeń co do wady oprogramowania, które zostało wraz z ofertą dostarczone Zamawiającemu i potwierdza, że działania Zamawiającego, w konsekwencji których oferta Odwołującego została odrzucona, nie naruszyły w żaden sposób przepisów ustawy pzp.

Jako uzasadnienie wniosku o przeprowadzenie dowodu z eksperymentu procesowego Zamawiający wskazał, że dowód ten został przeprowadzony we wspomnianym wyżej postępowaniu odwoławczym oraz był kluczowy dla pełnego wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności dotyczących wad oprogramowania EMTools.

{KIO 1397/17}

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Zamawiający wskazał, że za punkt wyjścia przyjmuje założenie, że oferowane przez wykonawców oprogramowanie narzędziowe do obsługi liczników nie może posiadać żadnych wad, które skutkowałyby utrudnieniami w realizacji prac przy obsłudze liczników.

Zamawiający zwrócił uwagę na to, że w żadnym miejscu nie wskazał, jakoby metoda sprzętowa była metodą podstawową, a metoda programowa alternatywną, gdyż na równi postawił obie metody

Zamawiający podniósł, że zaoferowanie produktu, który wg zapewnień dostawcy ma spełniać dwie funkcjonalności, a w rzeczywistości spełnia tylko jedną, należy zakwalifikować jako wadę. Zgodnie bowiem z definicją wady przyjętą w art. 556' kc, wada fizyczna polega m.in. na niezgodności rzeczy sprzedanej z umową; w szczególności jeżeli nie ma

właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego. Skoro Odwołujący w zaferowanych licznikach umożliwił obsługę obu metod bez względu na to, że jedna z nich jest nadmiarowa, nie jest dopuszczalne, aby któraś z tych metod nie działała prawidłowo, powodując destabilizację pracy osób prowadzących eksploatację liczników w sieci Zamawiającego.

Zamawiający ocenił, że w kontekście treści odwołania za bezsporną należy uznać okoliczność zachowania się oprogramowania w sposób opisany w protokole z badania (tj. że operacja kasowania informacji o zdjęciu osłony listwy zaciskowej skutkuje nagłym, samoczynnym zamknięciem oprogramowania, co wymaga ponownego uruchomienia wraz z koniecznością zalogowania się użytkownika). Rozbieżność dotyczy kwalifikacji tego zachowania.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący próbuje wywołać przekonanie, że typowym rozwiązaniem stosowanym przy projektowaniu oprogramowania jest rozwiązanie opisane przez niego w odwołaniu, podczas gdy sytuacja, w której po usunięciu danych wrażliwych następuje wylogowanie z oprogramowania nie ma żadnego technicznego uzasadnienia. Za takim rozwiązaniem nie przemawiają w szczególności względy bezpieczeństwa. Ponadto takie zachowanie nie zostało zastosowane w żadnym z licznych programów, którymi dysponuje Zamawiający. Dotyczy to zresztą nie tylko programów do obsługi liczników, ale wszystkich, przy pomocy których Zamawiający przetwarza (w tym usuwa) dane sensytywne.

Według Zamawiającego określenie, że po wykasowaniu danych należy się wylogować wskazuje jednoznacznie na to, że wylogowanie się jest następstwem polecenia wydanego oprogramowaniu. Tymczasem test wykonany na oprogramowaniu pokazał, że nie następuje wylogowanie na polecenie osoby obsługującej oprogramowanie, lecz jego wyłączenie, co zresztą następuje automatycznie. Takiego działania programu nie można uznać za przejaw jego (normalnej) funkcjonalności. Funkcjonalność to cecha, która wzbogaca walory użytkowe oprogramowania. Tymczasem opisane wyżej zachowanie programu Odwołującego tak rozumianej funkcjonalności nie wykazuje.

Zamawiający podniósł również, że w analogicznym postępowaniu przetargowym z 2016 r. złożona została przez Odwołującego na taki sam zakres, z tymi samymi licznikami 1-fazowymi oferta, a wraz z nią identyczne oprogramowanie narzędziowe GamaLink, posiadające identyczną wadę oprogramowania. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo UZA/DR/779/2016 z 9.09.2016) pismem z 12.09.2016 r. (znak DG/0089/2016) w pkt 4 dokonał wyjaśnienia, że błąd oprogramowania GamLink nie jest jego

standardowym działaniem (*Niestabilna praca oprogramowana GamaLink jest zachowaniem nie-standardowym, a możliwość uzupełnienia dokumentu w postaci oprogramowania narzędziowego pozwoli Zamawiającemu potwierdzić możliwość kasowania informacji a zdjęciu osłonki skrzynki zaciskowej sprzętowo przy pomocy przycisku na obudowie oraz programowo przy użyciu oprogramowania GamaLink z zachowaniem jego stabilnej pracy (bez przerwania) podczas wykonywania tej czynności.* Po wezwaniu do uzupełnienia przedmiotowego oprogramowania (pismem UZA/DR/798/2016 z 16.09.2016 r.), Odwołujący usunął kwestionowaną wadę, co zostało potwierdzone w pkt 3 pisma Odwołującego z 21.09.2016 r. (znak DG/0105/2016) oraz badaniami technicznymi. Dodatkowo Zamawiający zawarł z Odwołującym 10.01.2017 r umowę nr 2017/UM/TD/CNUZA/00354/S na dostawę liczników 1-fazowych, w ramach której dostarczył również oprogramowanie GamaLink działające prawidłowo.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Zamawiający wyjaśnił, że wymagał dostarczenia wraz ofertą wzorów liczników odpowiednio sparametryzowanych, a badania próbek przeprowadził opierając się na dołączonej do oferty instrukcji. Dodatkowo przedstawiciele Odwołującego uczestniczący w badaniach nie zdołali poradzić sobie z błędem w komunikacji z licznikiem 3-fazowym.

Zamawiający dodał, że przeprowadzał badania w identyczny sposób dla liczników 1-fazowych oraz 3-fazowych. Komunikacja z licznikami 1-fazowymi odbywała się w sposób prawidłowy, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek zmian w ustawieniach prędkości transmisji w oprogramowaniu, a próba odczytu licznika 3-fazowego kończyła się błędem. Obecni na badaniach przedstawiciele Odwołującego tłumaczyli błąd w komunikacji z licznikiem 3-fazowym faktem skonfigurowania go do pracy z innym rodzajem głowicy optycznej bezprzewodowej bluetooth, której Zamawiający nie stosuje.

Zdaniem Zamawiającego ze względu na zaoferowanie wspólnego oprogramowania dla obu liczników 1 i 3-fazowych nie może istnieć taka sytuacja, że w zależności od rodzaju licznika w oprogramowaniu odczytowym konieczne jest indywidualne ustawianie prędkości transmisji.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Na wstępie Zamawiający wyjaśnił, że w ofertach wszystkich producentów liczników spotkać można dwa rodzaje listew zaciskowych:

- typu klatkowego, gdzie elementem dociskającym przewody zasilające oraz odpływowe są tzw. klatki, czyli blaszki ukształtowanej np. w literę „U”, a sodatkowe radełkowanie zacisku klatkowego uniemożliwia wysunięcie przewodu.
- typu blokowego (śrubowego), gdzie elementem dociskającym przewody zasilające oraz odpływowe są bezpośrednio śruby, które wrzynają się w przewód, zapewniając skuteczne połączenie, przy równoczesnym jego odkształcaniu.

Sugestia Odwołującego, że Zamawiający będzie dokonywał oceny spełnienia wymogu posiadania przez licznik zacisków klatkowych na podstawie stwierdzenia występowania w certyfikacie MID na oferowany licznik słowa „klatkowy” jest mylne. Użyte w odpowiedzi na pytanie przywołane w piśmie Odwołującego „*zostanie określony jako „klatkowy”*” oznacza, że stwierdzenie, czy zacisk licznika jest klatkowy czy blokowy (śrubowy) może nastąpić również na podstawie rysunku lub zdjęcia zamieszczonego w certyfikacie MID.

Zamawiający podał, że w certyfikacie MID złożonym przez Apatora rys. nr 9 przedstawia rysunek listwy zaciskowej licznika typu klatkowego, do czego Zamawiający jest w pełni przekonany. Użycie w tłumaczeniu certyfikatu MID określenia „zacisk klatkowy” w miejsce angielskiego słowa „clamp” nie jest podaniem nieprawdziwych informacji mających na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, gdyż te zaciski są w rzeczywistości typu klatkowego, co potwierdziły również badania techniczne dostarczonych wzorów.

{ad pkt 5 i 6 listy zarzutów}

Zamawiający wskazał, że ocena spełnienia wymagań zawartych w pkt 1.47. załącznika nr 2 i 1.48. załącznika nr 3 do SIWZ, dotyczących wymiarów zacisków listwy liczników odnośnie średnicy oraz przekrojów przewodów, jakie mogą być podłączane do liczników, zostały w pierwszej kolejności dokonana na podstawie badania technicznego wzorów liczników. Na podstawie badania technicznego zaoferowanych przez Apatora liczników stwierdzono ich zgodność z wymaganiami Zamawiającego. Dodatkowo na podstawie instrukcji obsługi liczników potwierdzono na stronie 77 oferty (str. 37 instrukcji licznika 1-fazowego NORAX1) oraz str. 115 oferty (strona 35 instrukcji licznika 3-fazowego NORAX3), że zamieszczone są tam szczegółowe informacje odnośnie wymiarów zacisków

zaoferowanych liczników oraz przekroje przewodów jakie mogą być przyłączane, co również potwierdziło zgodność zaoferowanych liczników z wymaganiami Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający wezwał oferenta do złożenia certyfikatu MID. Po analizie certyfikatu Zamawiający nie stwierdził żadnych ograniczeń w zakresie wymiarów średnicy zacisków oraz przekrojów przewodów, jakie mogą być do nich przyłączane, zarówno minimalnych jak i maksymalnych.

{KIO 1381/17, KIO 1397/17}

Do Prezesa Izby wpłynęły zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego w rozpatrywanych sprawach ze strony następujących wykonawców:

- Systemów Pomiarowych ELGAMA sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” z siedzibą w Wilnie (Litwa) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1381/17)
- ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov (sygn. akt KIO 1397/17)
- Apatora S.A. z siedzibą w Toruniu (sygn. akt: KIO 1397/17, KIO 1397/17)

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu od otrzymania kopii odwołania oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołań.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczzone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której

Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących obu spraw, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień i dalszych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z 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 legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro złożyli oferty. Jednocześnie ponieważ objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą odrzucenia ich własnych ofert, naraża to Odwołujących na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w poszczególnych częściach, których dotyczą wniesione odwołania.

{rozstrzygnięcie zarzutów odwołania ZPA
i pkt 1-3 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Elgama}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Odnosnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Pkt 3.3. Wymagania dla dostaw:

- pkt 3.3.1. *Wymaga się, aby oferowany licznik i oprogramowanie spełniały wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ dla Zadania nr 1 i Załącznik nr 3 do SIWZ dla Zadania nr 2.*
- pkt 3.3.2. *Zamawiający dokona weryfikacji oferowanych liczników i oprogramowania*

narzędziowego pod kątem zgodności z pozostałą częścią oferty oraz pod kątem spełniania przez licznik i oprogramowanie wymagań określonych w Załączniku nr 2 do SIWZ (dla Zadania nr 1) oraz w Załączniku nr 3 do SIWZ (dla Zadania nr2).

– pkt 3.3.4. Zamawiający dokonując oceny potwierdzenia spełniania wymagań technicznych przez Przedmiot Zamówienia będzie posługiwać się następującymi notacjami: „SPEŁNIA” lub „NIE SPEŁNIA”.

–pkt 3.3.5. Przedstawiciele wykonawcy mogą uczestniczyć (jako obserwatorzy) w badaniach technicznych mających na celu potwierdzenie zgodności oferowanej próbki licznika z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

Pkt 4.2.1. Zawartość oferty

Oferta musi zawierać:

(...)

C. Wypełniony Formularz Oferty (wg Załącznika nr 1 do SIWZ);

(...)

G. jeden egzemplarz („Wzorzec”) oferowanego licznika dla każdego zadania/zadań, w zakresie którego/których wykonawca składa swoją ofertę;

H. oprogramowanie narzędziowe w wersji instalacyjnej nagrane na nośnik elektroniczny (pendrive);

I. wszelkie niezbędne licencje i wyposażenie licznika (z wyłączeniem sondy optycznej), bez którego nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających;

J. instrukcję obsługi oferowanego licznika w języku polskim;

K. instrukcję obsługi oprogramowania narzędziowego w języku polskim;

(...)

Elementy oferty w postaci wzorca licznika i oprogramowania narzędziowego (pkt. G i H powyżej) stanowiąc będą „treść oferty”, a w przypadku wyboru oferty jako najkorzystniejszej będą również Wzorcami dla liczników i oprogramowania narzędziowego, dostarczanych w ramach realizacji umowy.

Wzorzec licznika i Wzorzec oprogramowania narzędziowego jako część oferty nie będą podlegały uzupełnieniu i/lub wyjaśnieniu na podstawie przepisu art. 26 PZP.

{w oryginale powyższe postanowienie podkreślono}

{W następnym akapicie powtórzono brzmienie postanowienia zawartego w pkt 3.3.2.}

(...)

Załączniki nr 2 i 3 do SIWZ

Pkt 1.55. i 1.56. *Dla liczników Wykonawca zapewnia narzędziowe oprogramowanie do komputerów/laptopów (instalacja na komputerach przenośnych z systemem operacyjnym Windows 7 32 bit oraz Windows 7 64 bit z zainstalowaną przeglądarką Internet Explorer 8 lub wyższą). Oprogramowanie musi być zabezpieczone przed nieuprawnionym dostępem do parametryzacji licznika poprzez indywidualny klucz sprzętowy lub hasło. Oprogramowanie musi umożliwiać eksport danych pomiarowych (w tym profilu) i rejestru zdarzeń do plików tekstowych (txt lub esy) o udokumentowanej strukturze. Oprogramowanie narzędziowe musi posiadać w swoim menu kody OBIS wraz z przypisanymi i opisami w języku polskim.*

Pkt 1.57. *Dla liczników Wykonawca zapewnia narzędziowe oprogramowanie dla urządzeń mobilnych z systemem operacyjnym Windows Mobile 6.5 lub wersję wyższą. Oprogramowanie to musi umożliwiać ustawienie daty, czasu, wczytania pliku taryfowego (przygotowanego w oprogramowaniu narzędziowym) oraz odczytu danych pomiarowych. Oprogramowanie weryfikowane będzie przez zamawiającego na urządzeniu PSION OMNI RT 15 oraz Workabout Pro4. W oferowanym programie musi istnieć możliwość wyboru dowolnego portu komunikacyjnego (com).*

Odnosnie oferty ZPA i jej badania.

W złożonym w ofercie podręczniku użytkownika (instrukcji użytkownika) EMTools opisano dla konfiguracji LCD (licznika), że lewa kolumna przewijania automatycznego i ręcznego zawiera wybór możliwych rejestrów. Natomiast prawa kolumna przewijania automatycznego i ręcznego zawiera pozycje wybrane do wyświetlania na ekranie (licznika). Wymagane pozycje można dodać lub usunąć przy pomocy strzałek poziomych. A kolejność wybranych pozycji można zmienić przy pomocy strzałek pionowych. Ponadto zamieszczono zrzut ekranu, na którym widać, że do przewijania w lewej kolumnie, z uwagi na większą liczbę kodów niż wyświetlana, służy widoczny pasek przewijania {str. 25 instrukcji}.

Zamawiający 27 marca 2017 r. przeprowadził badanie techniczne zaoferowanych przez ZPA liczników wraz z oprogramowaniem narzędziowym EMTools, którego przebieg i wynik odzwierciedlił w protokołach z badań technicznych nr 17/2017 i 18/2017 z tej daty. W obu tych dokumentach dla wszystkich podlegających badaniu wymagań technicznych wpisano „SPEŁNIA”, z wyjątkiem odpowiednio pkt 1.55. i 1.56., gdzie wpisano: *Oprogramowanie narzędziowe w menu konfiguracji LCD „okno konfiguracji przewijania*

ręcznego” nie posiada paska przewijania ręcznego, co uniemożliwia wyświetlenie wszystkich możliwych opcji konfiguracji.

Protokoły zostały podpisane przez przedstawicieli Zamawiającego i ZPA, którego przedstawiciele nie wnieśli do niego uwag.

Izba uznała za zbędne powtarzanie eksperymentu procesowego, który został przeprowadzony na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 1112/17, dotyczącego prezentacji działania oprogramowania narzędziowego EMTools na okoliczność możliwości tworzenia listy przewijania automatycznego i ręcznego kodów OBIS. Niesporne było bowiem, że w trybie automatycznym występuje możliwość przewijania listy kodów OBIS w menu kodów, za pomocą paska przewijania, a w związku z tym istnieje możliwość przeniesienia wybranego kodu do okna odpowiadającego informacjom prezentowanym na wyświetlaczu licznika, służące utworzeniu listy wybranych kodów przewijania automatycznego. Natomiast po przejściu do konfiguracji trybu ręcznego w lewym oknie na ekranie widoczna jest pewna liczba kodów OBIS (około 30), ograniczona wielkością wyświetlanego okna (ostatni kod jest widoczny w połowie, co uniemożliwia jego odczytanie), a ponieważ nie ma paska przewijania, nie można spośród tych niewidocznych na ekranie kodów wybrać i przenieść wybranego kodu do okna wyświetlacza licznika w powyższy sposób. Kod niewidoczny na ekranie można wybrać na chybił-trafił – nie wiedząc, jaki kod jest wybierany i jaki jest jego opis – i przenieść do okna odpowiadającego wyświetlaczowi licznika, gdzie jest on widoczny jako symbol, bez opisu. Symbol przeniesionego w ten sposób kodu może być rozszyfrowany przez powrót do listy kodów w menu przewijania automatycznego, gdzie dany kod można odszukać i przeczytać jego opis.

Niesporne było również, że instrukcja oprogramowania EMTools złożona w ofercie nie opisuje takich różnic w sposobie tworzenia list przewijania automatycznej i ręcznej.

Izba stwierdziła, że nie znajduje oparcia w treści SIWZ twierdzenie Odwołującego ZPA, jakoby zamkniętą listą wymaganych kodów OBIS wynikała z pkt 1.13. załącznika nr 2 i 3 do SIWZ. Zawarte w tym pkt postanowienie określa bowiem jednoznacznie sformułowany wymóg fizycznego nadrukowania na każdym egzemplarzu licznika listy 7 opisanych w tym punkcie kodów OBIS. W oczywisty sposób nie odnosi się zatem do kwestii, jakie kody miały być dostępne z poziomu oprogramowania w celu skonfigurowania listy kodów OBIS w trybie automatycznego i ręcznego przewijania na wyświetlaczu LCD licznika.

Izba uznała natomiast za wiarygodne twierdzenie Zamawiającego, że liczba i rodzaj kodów OBIS, która powinna być zawarta w menu kodów oprogramowania narzędziowego do konfiguracji danego licznika, jest ściśle związana z ilością i rodzajem funkcjonalności licznika, w tym wymaganych przez Zamawiającego obligatoryjnie, z uwzględnieniem funkcjonalności dodatkowo punktowanych, które mogli zaoferować wykonawcy (a takie funkcjonalności zaoferował ZPA). Stąd liczba i rodzaj kodów OBIS nie została wprost określona przez Zamawiającego w treści opisu przedmiotu zamówienia, gdyż mogła być różna dla różnych liczników oferowanych w tym postępowaniu, w zależności od posiadanych przez dany licznik funkcji.

Bez znaczenia jest natomiast dla sprawy, w jaki sposób określano zakres wymaganych kodów OBIS obsługiwanych przez liczniki lub oprogramowanie w innych postępowaniach.

Odnosnie oferty Konsorcjum Elgama i jej badania.

Złożona w ofercie instrukcja użytkownika programu GamaLink przewiduje możliwość programowego kasowania wpisów w dzienniku zdarzeń, co oznacza że Konsorcjum Elagama zaoferowała taką funkcję.

Instrukcja oprogramowania GamaLink w wersji mobilnej nie wskazuje, że w razie negatywnego wyniku prób komunikacji z licznikiem, należy wybrać najniższą możliwą prędkość transferu danych.

Zamawiający 27 marca 2017 r. przeprowadził badanie techniczne zaoferowanych przez Konsorcjum Elgama liczników wraz z oprogramowaniem narzędziowym GamaLink, którego przebieg i wynik odzwierciedlił w protokołach z badań technicznych nr 13/2017 i 14/2017 z tej daty. W obu tych dokumentach dla wszystkich (z poniższym zastrzeżeniem) podlegających badaniu wymagań technicznych wpisano „SPEŁNIA”, z wyjątkiem odpowiednio pkt 1.55. i 1.56, gdzie wpisano: *Dostarczone oprogramowanie spełnia założone wymagania. Jednak po skasowaniu zdarzeń i odczytaniu dziennika 99.98.32, program parametryzacyjny na komputerze nagle samoczynnie zamyka się i wymaga ponownego uruchomienia wraz z koniecznością zalogowania się użytkownika.*

Ponadto w drugim z protokołów w odniesieniu do wymagania z pkt 1.57. wpisano: *NIE SPEŁNIA (Brak komunikacji z licznikiem 3-fazowym).* Podczas gdy nie było żadnych problemów ze spełnieniem analogicznego wymagania dla licznika 1-fazowego.

Niesporne było, że:

- instrukcja oprogramowania GamaLink złożona w ofercie nie opisuje takiego sposobu działania funkcji programowego kasowania informacji o zdarzeniach, jak stwierdzone w toku badania technicznego;
- instrukcja oprogramowania GamaLink Mobile nie różnicuje prędkości komunikacji w zależności od tego, czy komunikacja odbywa się z licznikiem 1-fazowym czy 3-fazowym;
- głowice (sondy) optyczne używane do komunikacji z licznikiem są urządzeniami, których wykonanie jest zestandaryzowane w stosownych normach.

W postępowaniu na analogiczny przedmiot zamówienia z 2016 r., w którym Zamawiający stwierdził analogiczną wadę oprogramowania odnośnie kasowania informacji o zdjęciu osłonki listwy zaciskowej, Konsorcjum ELGAMA nie kwestionowało, że jest to wada oprogramowania {pkt 3 pisma Zamawiającego z 16 września 2016 r. i pisma Konsorcjum Elgama z 21 września 2016 r. – załączone do odpowiedzi na odwołania}.

W ocenie Izby zmiana stanowiska w tej sprawie wynika li tylko z faktu, że w tym postępowaniu, odmiennie niż w poprzednio prowadzonym, nie ma możliwości uzupełnienia próbki oprogramowania złożonego wraz z ofertą.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołań są niezasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, 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 precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który 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.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to 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 konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia

zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 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 (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”). Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Odmiennie przedstawia się sytuacja, w której próbka zostanie w s.i.w.z. uznana za swoisty rzeczowy element treści oferty podlegający badaniu pod względem zgodności z treścią pisemnego oświadczenia woli wykonawcy, gdyż w takim przypadku brak praktycznego potwierdzenia treści oferty nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Ewentualna zmiana treści oferty może być bowiem jedynie wynikiem zastosowania instytucji

z art. 87 ust. 1 pkt 3 pzp. Natomiast złożenie oferty, której treść „słowna” nie znajduje potwierdzenia w treści „rzeczowej” oznacza zaistnienie nieusuwalnej wewnętrznej sprzeczności treści oferty, co również należy uznać za przejaw niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Reasumując, przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp powszechnie interpretowana jest przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. W zakresie zastosowania tej podstawy prawnej mieści się jednak szersze spektrum sytuacji, w których można jednoznacznie stwierdzić, że złożona oferta nie odpowiada treści s.i.w.z.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę 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 ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp 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 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspomianej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

W tej sprawie, jak Izba powyżej ustaliła, Zamawiający w s.i.w.z. uczynił z próbek liczników i oprogramowania oraz instrukcji ich działania integralny element treści oferty, przewidując praktyczne sprawdzenie, czy w praktyce wzorcowe liczniki i oprogramowanie spełniają funkcje, które zostały zadeklarowane w instrukcjach obsługi.

Przeprowadzona zgodnie z procedurą opisaną w s.i.w.z weryfikacja treści ofert złożonych przez ZPA i Konsorcjum Elgama ujawniła istotną rozbieżność pomiędzy wynikającym z instrukcji obsługi oprogramowania sposobem realizacji wymagań opisu

przedmiotu zamówienia a faktycznym funkcjonowaniem dostarczonej próbki oprogramowania, która nie działała w taki sposób, jaki opisano w instrukcji jako właściwy. Tym samym ujawniła, że oprogramowanie zawiera błąd, który w jednym przypadku uniemożliwia prawidłowy wybór kodów OBIS dla menu dostępnego w trybie przewijania ręcznego, zaś w drugim faktycznie uniemożliwia prawidłowe skorzystanie z funkcji programowego kasowania wpisów do dziennika zdarzeń o zdjęciu osłony listwy zaciskowej lub z funkcji przesłania danych pomiędzy licznikiem a urządzeniem mobilnym. Odwołujący Konsorcjum Elgama nie zaprzeczył przy tym twierdzeniom Zamawiającego na rozprawie, że zastosowanie sposobu postępowania *ad hoc* zaproponowanego w odwołaniu (ponowne zalogowanie się po uprzednim wylogowaniu po skasowaniu informacji o zdarzeniu, aby uzyskać wgląd do dziennika zdarzeń) powoduje takie wydłużenie czasu potrzebnego na czynności obsługowych, że biorąc pod uwagę liczbę zamawianych liczników, korzystnie z tej funkcji będzie w praktyce zupełnie nieracjonalne. Podobnie Odwołujący Konsorcjum Elgama nie przedstawił żadnych racjonalnych argumentów, które tłumaczyłyby odmienny rezultat testu komunikacji licznika z urządzeniem mobilnym dla licznika trójfazowego (wynik negatywny) w stosunku do licznika jednofazowego (wynik pozytywny) przeprowadzonych w taki sam sposób według tej samej instrukcji obsługi. Nie budzi zatem wątpliwości, że sposób działania oprogramowania obu Odwołujących nie pozwala na sprawne i profesjonalne korzystanie z tego oprogramowania lub licznika w pełnym zakresie funkcji, które według treści oferty miały być w nich dostępne.

Ponadto Izba zważyła, że przyjęta w odniesieniu do pkt 1.55. i 1.56. w protokołach badań technicznych ofert Odwołujących ocena w formę opisowej zamiast formuły zerojedynkowej, nie stanowi naruszenia postanowień SIWZ, które miało lub mogło mieć jakikolwiek negatywny wpływ na wynik postępowania, w tym zmianę wyniku badania ofert Odwołujących. Wręcz przeciwnie, stanowi szczegółową ocenę, z której jasno wynika, w jakim zakresie wymagania nie zostało spełnione. Podkreślić należy, że niespełnienie nawet tylko w części danego wymagania – skutkuje niespełnieniem danego wymagania w całości (nawet jeśli w pozostałej części jest ono spełnione).

{ad pkt 4-6 listy zarzutów odwołania Konsorcjum Elgama}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Pismem z 13 lutego 2017 r. Zamawiający wprowadził zmianę treści s.i.w.z. polegającą na dodaniu pkt 3.1.6.1. nakładającego wyłącznie na wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie każdego z zadań, aby w terminie zakreślonym przez Zamawiającego, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy określonych przez niego wymagań, złożył m.in. kserokopię certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydanego przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z dyrektywą 2014/32/EU Parlamentu Europejskiego oraz Rady z 26 lutego 2014 r. w sprawie urządzeń pomiarowych.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie w pkt 4.2.1. s.i.w.z. {przywołanym powyżej} Zamawiający ustalił zakres dokumentów, które ma zawierać złożona oferta, niezależnie od wyjaśnień przywołanych w odwołaniu Konsorcjum Elgama, z oczywistych względów Zamawiający wyłącznie na podstawie tych dokumentów mógł przyznawać punktację poszczególnym ofertom w kryterium walorów technicznych, aby stwierdzić, którego wykonawcy oferta została oceniona najwyżej.

Slovenska Legalna Metrologia (SLO), jednostka notyfikowana nr 1432 do spraw oceny zgodności przyrządów pomiarowych zgodnie z dyrektywą 2014/32/EU Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych z późniejszymi zmianami (MID) {poprzednio: dyrektywa 2004/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2014 r. odnośnie przyrządów pomiarowych}, która wydała certyfikaty MID zarówno dla liczników produkowanych przez Konsorcjum Elgama, jak i liczników produkowanych przez Apatora, odnośnie tych ostatnich (dokładnie: certyfikatu badania typu UE nr SK 16-071 MI-003 w.3 dla jednofazowego licznika typu NORAX1 oraz certyfikatu badania typu UE nr SK 16-072 MI-003 w.4 dla trójfazowego licznika typu NORAX3) wyjaśniła, że:

- opisowy aneks do certyfikatu obejmuje licznik wyposażony w konkretny typ skrzynki zaciskowej z zaciskami klatkowymi o średnicy otworu fi 7 mm (dla NORAX 1) lub fi 9 mm (dla NORAX 3), co pozostaje w zgodności ze złożonymi w SLM opisem technicznym oraz wzorcami tych liczników;
- w zależności od zakresu modyfikacji oraz jednostki notyfikowanej w kontekście konkretnego certyfikatu badania typu UE jednostka notyfikowana decyduje po otrzymaniu informacji od producenta, czy konieczna jest rewizja lub uzupełnienie certyfikatu, czy też nie;

– jeżeli dany typ zacisku został opisany w danej rewizji certyfikatu badania typu UE, każdy inny typ zacisku powinien zostać opisany w dodatkowym wydaniu lub rewizji do certyfikatu.

{pismo z 31 maja 2017 r. złożone na rozprawie przez Przystępującego Apatora}

Izba stwierdziła na podstawie powyższego, że jednostka notyfikująca jednoznacznie potwierdziła, że w pełni uprawnione jest przetłumaczenie oryginału wydanych dla liczników NORAX 1 i NORAX 3 certyfikatów jako wskazujących na zastosowanie zacisków typu klatkowego o średnicach otworów większych niż wymagane minimum i odpowiadających średnicom wynikającym z dokumentów oferty złożonej przez Apatora.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące oferty Apatora są bezzasadne.

Zgodnie z przepisami ustawy pzp, których naruszenie zarzucił Zamawiającemu Odwołujący Konsorcjum Elgama odnośnie oferty Przystępującego Apator:

Art. 24 ust. 1 pkt 17 – z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Art. 89 ust. 1 pkt 2 – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Art. 91 ust. 1 – zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, że nie doszło do naruszenia żadnego z powyższych przepisów, gdyż odpowiednio:

- Apator nie zawarł w tłumaczeniu certyfikatów MID dla oferowanych liczników nieprawdziwych informacji odnośnie klatkowego typu zacisków listwy zaciskowej oferowanych liczników;
- treść oferty złożonej przez Apatora odpowiadała treści s.i.w.z. w zakresie minimalnych średnic otworów listw zaciskowych oferowanych liczników;
- oferta Apatora została oceniona zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, w tym odnośnie walorów technicznych oferowanych liczników odnośnie typu zacisków i ich średnic na listwach zaciskowych.

{KIO 1381/17, KIO 1397/17}

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w każdej ze spraw orzeczono stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – 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). Ponadto stosowanie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego w każdej ze spraw poniesione przez niego koszty z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: