

Sygn. akt: KIO 544/14

Sygn. akt: KIO 555/14

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 marca 2014 r.:** przez wykonawców:

A.1. SONEL S.A. ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica (sygn. KIO 544/14),

B.1. APATOR S.A. ul. Gdańska 4a lok.C4, 87-100 Toruń (sygn. KIO 555/14),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENEA Operator Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań,** przy udziale:

A. konsorcjum firm: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o., ul. Budowlana 3, 58-100 Świdnica; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Elektrometer” D..... S....., ul. Budowlana 3, 58-100 Świdnica,** zgłaszającego swoje przystąpienie do obydwu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego,

orzeka:

A.1. Oddala odwołanie wykonawcy: **SONEL S.A. ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica (sygn. KIO 544/14),**

A.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **SONEL S.A. ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **SONEL S.A. ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica**, tytułem wpisu od odwołania,

B.1. Oddala odwołanie wykonawcy: **APATOR S.A. ul. Gdańska 4a lok.C4, 87-100 Toruń** (sygn. KIO 555/13),

B.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **APATOR S.A. ul. Gdańska 4a lok. C4, 87-100 Toruń**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **APATOR S.A. ul. Gdańska 4a lok.C4, 87-100 Toruń**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 544/14

Sygn. akt: KIO 555/14

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę komunalnych liczników energii elektrycznej na rok 2014 w podziale na dwa zadania, (Publikacja w Dzienniku Wspólnot Europejskich w dniu 15.03.2013r. pod nr 2013/S 053-087001), w dniu 21 marca 2013 r. zostały wniesione w zakresie 1 i 2 -ej części zamówienia następujące pisemne odwołania:

- A. przez wykonawcę: 1) SONEL S.A. z siedzibą w Świdnicy (sygn. akt KIO 544/14),
 - B. przez wykonawcę: 2) APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu (sygn. KIO 555/13),
- w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 11 marca 2014 r. o odrzuceniu ofert złożonych przez odwołujących.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, zarzucili zamawiającemu ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp.

Sygn. akt: KIO 544/14

Odwołujący SONEL S.A. wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych w postępowaniu, polegających na:

- odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie zadania 1, poprzez błędne przyjęcie, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ” i tym samym przez pozbawienie go możliwości uzyskania i realizacji przedmiotu zamówienia;
- zaniechaniu przez zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty w zakresie dostarczenia dla każdego zadania po jednym egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników po dwa kompletne egzemplarze oferowanych liczników, świadectwa pochodzenia towarów, dokumentacji technicznej, instrukcji obsługi, instrukcji serwisowej, instrukcji montażowej dla dostarczonych towarów oraz kart katalogowych baterii;

- dokonania sprzecznego z treścią pkt 12.2 SIWZ ustalenia, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na to, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50 %.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż podejmując wyżej wymienione czynności, naruszył następujące przepisy:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przedwczesne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ przed wezwaniem odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożonych oświadczeń;

2) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. - w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), poprzez zaniechanie obowiązku wezwania odwołującego się do uzupełnienia oferty w zakresie:

a) punktu 2.1.6 tiretu 2,

b) punktu 2.1.7 tiretu 3,4 i 5

c) oraz punktu 2.1.8 tiretu 1 zawartych w II rozdziale SIWZ,

- co skutkowało przedwczesnym podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ spowodowanej błędnym przyjęciem, iż braki w tym zakresie nie podlegają uzupełnieniu;

3) art. 138c ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z pkt 12.2 SIWZ w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie błędnych ustaleń, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na to, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub Państwa, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy przekracza 50%, kiedy w rzeczywistości taka kwalifikacja oferty odwołującego pozostaje w zgodzie z pkt 12.2 SIWZ;

4) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niedokładne i niezgodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego w zakresie niezgodności oferty odwołującego z pkt 12.2 SIWZ.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

I. unieważnienie czynności odrzucenia złożonej oferty na część 1 zamówienia,

II. wezwanie odwołującego do uzupełnienia złożonej przez niego oferty poprzez dołączenie w zakresie:

a) punktu 2.1.6 tiretu 2 - świadectwa pochodzenia towarów,

b) punktu 2.1.7. tiretu 3 i 4 - dokumentów technicznych,

- c) 2.1.7 tiretu 5 - kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników,
- d) punktu 2.1.8 tiretu 1 w zakresie dostarczenia 2 kompletnych egzemplarzy liczników;

III. nakazanie zamawiającemu po wezwaniu do uzupełnienia oferty przez odwołującego i uzupełnieniu jej we wskazanym zakresie powtórzenia czynności oceny dostarczonych próbek pod kątem spełniania wymagań technicznych określonych w SIWZ oraz dokonania oceny oferty odwołującego się w ramach kryterium jakościowego;

IV. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę,

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę charakteryzującą się najniższą ceną, która według obiektywnych kryteriów wypełniała warunki wymienione w SIWZ, a dokonanie jej oceny pod kątem spełniania wymagań technicznych i jakościowych byłoby możliwe, gdyby zamawiający zrealizował dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp i wezwał odwołującego do uzupełnienia próbek oferowanych przez niego liczników, czego zaniechanie przez zamawiającego w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego się i pozbawiło go możliwości oceny jego oferty pod kątem kryteriów wymienionych w art. 91 Pzp i ewentualnego uzyskania zamówienia publicznego i jego realizacji.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 11 marca 2014 r. został powiadomiony o wyniku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tzn. iż najkorzystniejszą ofertę w zakresie zadnia 1 i 2 złożyło konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Elektrometer” Dorota Sabat w Świdnicy.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty podał, iż odrzucił ofertę odwołującego w zakresie zadnia 1 z powodu niespełnienia przez nią kryteriów SIWZ, albowiem:

- w zakresie punktu 2.1.7 tiret 5 - wykonawca winien dostarczyć, dla każdego zadnia po 1 egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami i instrukcją obsługi:
- w zakresie punktu 2.1.8 tiret 1 - wykonawca winien dostarczyć po 2 kompletne egzemplarze oferowanych liczników stanowiących treść oferty wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z

przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami.

Uzasadniając swoje stanowisko w tym zakresie zamawiający podniósł, że odwołujący nie dostarczył wraz z ofertą 2 kompletnych egzemplarzy liczników, które stanowić winny treść oferty. Wobec tego, zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy spełniają wymagania techniczne określone w SIWZ, a także brak jest podstaw do oceny oferty odwołującego w ramach jakościowego kryterium, o którym mowa w SIWZ. Nadto wskazał, że odwołujący nie może zmieniać, ani uzupełniać treści oferty po upływie terminu składania ofert. W przeciwnym wypadku wykonawca byłby w korzystniejszej sytuacji w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, a działania zamawiającego i odwołującego w tym zakresie zostałyby uznane, jako sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została także odrzucona na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z pkt 12.2 SIWZ z uwagi na złożenie oferty, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%.

Argumentując swoje rozstrzygnięcie w tym zakresie zamawiający podał, iż odwołujący zamieścił w ofercie oświadczenie, z którego wynika, że jedynym producentem towaru jest podmiot mający siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej (Holley Metring Ltd, No. 181 Wuchang Avenue, Yuhang, Hangzhou 310023, Chiny). Brakowało również w ofercie dokumentów - świadectw pochodzenia towarów zgodnie z Rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiającym Wspólnotowy Kodeks Celny z dnia 12 października 1992 r. (Dz. Urz. UE.L 1922 Nr 302, str. 1) oraz Prawo celne z dnia 19 marca 2004 r. (Dz. U. Nr 68, poz. 622). Zatem odwołujący nie wykazał spełnienia postawionego przez zamawiającego w SIWZ warunku pochodzenia towaru.

I. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w kwestii niedostarczenia w zakresie punktu 2.1.7. tiret 5 oraz 2.1.8 tiret 1 SIWZ kompletnych egzemplarzy liczników odwołujący podnosił, iż brak ten w pierwszej kolejności winien podlegać uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu

albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi z kolei, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert - oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: warunków udziału w postępowaniu, przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Natomiast przepis § 6 ust 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) mówi, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;

Analizując przywołane przepisy prawa, odwołujący w pierwszej kolejności podkreślał, że należy dla potrzeb niniejszej sprawy dokonać oceny - jak na gruncie przywołanych przepisów należy zakwalifikować próbki liczników mające być dostarczone przez odwołującego wraz z ofertą, i czy ewentualne braki w tym zakresie winny podlegać uzupełnieniu w drodze wezwania przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący powołał się na poglądy orzecznictwa i literatury w tym przedmiocie, zgodnie z którymi próbkę przedmiotu zamówienia należy traktować jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), - zwanej dalej „ustawą Pzp” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. KIO/UZP 33/07). Również literatura w sprawach zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający może więc żądać próbek, ale jeśli ich żąda, a wykonawca nie złoży ich wraz z ofertą, to i do próbek ma zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp (Halina Olszowska, Przewodnik po zamówieniach publicznych, Presscom sp. z o. o., Wrocław 2011, str. 32). Również w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r., KIO 178/13 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: Wzorce wyrobów (próbki) mieszczą się w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 Pzp, tym samym ich brak, czy też ich

niezgodność z SIWZ zamawiający obowiązany jest usunąć przez zastosowanie art. 26 ust 3 Pzp.

Odwołujący podnosił, że w orzecznictwie zarysował się jeszcze pogląd, zgodnie z którym próbka kwalifikowana może być albo jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (dokument przedmiotowy) albo jako treść oferty. W odniesieniu do dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, winien być zastosowany tryb wskazany w art. 26 ust. 3 Pzp, natomiast braki w ofercie prowadzić mogą do odrzucenia oferty albo do dokonania jej poprawienia w razie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lipca 2013 r., KIO 1496/13).

Odwołujący argumentował, że w świetle orzecznictwa przedstawionego w powyższym akapicie, dla rozstrzygnięcia charakteru próbki w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy wzoru do oferty. Inny będzie status próbki, gdy:

- był on wymagany wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy jakościowego (np. oceny, czy oferowany system posiada wszystkie opisane w SIWZ funkcjonalności),
- a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego.

W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to uzupełnienie elementu oferty (niekompletnej) o brakujący element, co prowadzi do niedopuszczalnej na gruncie Pzp zmiany treści oferty po wyznaczonym terminie składania ofert. W drugim wypadku, uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r., KIO 1320/13).

Odwołujący wyjaśniał, że na gruncie niniejszego postępowania zamawiający w pkt 2.1.7 tirecie 5 SIWZ wskazał, iż w ofercie ostatecznej muszą być zamieszczone dla celów testowych, dla każdego zadania, po jednym egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami i instrukcją obsługi). Ponadto w pkt 2.1.8 tirecie 1 zamawiający zażądał przedłożenia po 2 kompletne egzemplarze oferowanych liczników stanowiących treść oferty wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami.

Nawiązując zatem do zapisów punktów 2.1.7 tiretu 5 i 2.1.8 tiretu 1 SIWZ, zdaniem odwołującego należy je przeanalizować, czy wymagane przez zamawiającego próbki były wymagane tylko i wyłącznie celem dokonania na ich podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno jakościowego, czy też jakościowego (na co powołuje się zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego), czy raczej próbki te miały być użyte do dokonania przez zamawiającego oceny pod kątem spełniania przez oferowane przez odwołującego liczniki wymagań określonych przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego ustalone kryterium jakości „nie daje się ubrać w jakieś miary,” a w dużej mierze opiera się na uznaniu i przez to kryterium to jest nieostre i może prowadzić do nadużyć - zwłaszcza w postaci dowolności oceny.

W przeświadczeniu odwołującego treść SIWZ, a w szczególności pkt 2.1.8 tiretu 1 stanowiącego, że zamawiający żąda przedłożenia 2 kompletnych egzemplarzy oferowanych liczników „w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami”, wskazuje bezsprzecznie, iż dostarczone próbki liczników miały służyć do dokonania przez zamawiającego oceny ich pod kątem spełniania przez nie wymagań określonych przez zamawiającego, a nie oceny oferty w ramach kryterium techniczno jakościowego, czy też jakościowego.

Ponadto na poparcie powyższej tej tezy odwołujący przywołał użycie przez zamawiającego w pkt 2.1.8 SIWZ zwrotu „Zamawiający żąda przedłożenia”. Przywiodło to odwołującego do wniosku, że na kanwie prawa zamówień publicznych zasadniczo zamawiający od wykonawcy może żądać jedynie dokumentów w rozumieniu przepisów art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 Pzp, co świadczy zdaniem odwołującego, że wbrew zapisom SIWZ jakoby próbki liczników miały być częścią oferty, należy je kwalifikować jako dokumenty w rozumieniu powołanych przepisów, których braki podlegają uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Podsumowując powyższe odwołujący stwierdził, iż wskazana przyczyna odrzucenia jego oferty - w postaci niedostarczenia wraz z ofertą 2 kompletnych egzemplarzy liczników jest bezzasadna. W przypadku, kiedy bowiem zamawiający dostrzegł braki w zakresie liczników (próbek), mających w niniejszej sprawie charakter dokumentów w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp powinien zażądać ich uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Zaznaczył, że: obowiązek wzywania przez zamawiającego wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń musi być realizowany w sposób wyczerpujący, a więc zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wszystkich oświadczeń lub dokumentów, dotkniętych wadami lub też nieprzedłożonych. Jednocześnie z przepisu art. 26 ust. 3 Pzp wynika dla zamawiającego obowiązek oznaczenia zakresu wezwania i odpowiadające temu

uprawnienie wykonawcy uzupełnienia czy też skorygowania błędnych dokumentów, z zastrzeżeniem, że brak skorzystania z przedmiotowego uprawnienia lub niewypełnienie dyspozycji wezwania skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r., KIO 2217/13). Tym samym odwołujący przyjął, iż zamawiający (pomimo ciężącego na nim obowiązku) poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia próbek (dokumentów) poprzez dostarczenie dwóch egzemplarzy liczników dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) oraz odrzucając z tego powodu ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez przedwczesne odrzucenie tej oferty.

Na marginesie odwołujący nadmienił, iż w trakcie przedmiotowego postępowania zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę - ZPA Smart Energy a.s. Komenskeho o uzupełnienie złożonej przez niego oferty poprzez dołączenie Certyfikatu Badania Typu WE z dnia 17.02.2014 r., a więc wydanego po dacie składania ofert ostatecznych. Co uznał za niezrozumiałe, gdyż w przypadku odwołującego wezwanie takie nie nastąpiło. Przedmiotowa okoliczność według odwołującego wskazuje na brak konsekwencji w stosowaniu prawa w odniesieniu do poszczególnych wykonawców oraz na wybiórcze traktowanie zapisów SIWZ w ramach postępowania.

II. W dalszej kolejności odwołujący odniósł się do drugiej ze wskazanych przyczyn odrzucenia złożonej oferty, jako oferty, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekracza 50%. W tym miejscu odwołujący zaznaczył, iż ta podstawa odrzucenia oferty pozostaje w wewnętrznej sprzeczności z pkt 12.2 SIWZ, zgodnie z którym zamawiający odrzuci ofertę, w której udział towarów z UE nie przekracza 50%". Zatem zamawiający odrzucił przy dokonanych przez niego ustaleniach faktycznych ofertę odwołującego ze względu na spełnienie przez niego kryterium, które sam ustanowił właśnie w pkt 12.2 SIWZ.

W tym zakresie zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niedokładne i niezgodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego w zakresie niezgodności oferty odwołującego z pkt 12.2 SIWZ.

Abstrahując od powyższego, wskazane wyżej uchybienia można kwalifikować jako omyłkę zamawiającego, to jednak zaznaczył, że nawet gdyby przyjąć, że zamawiający faktycznie uznał, że przedmiotowy udział towarów pochodzących z państw Unii Europejskiej bądź państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu

przedsiębiorców w ofercie odwołującego nie przekracza 50%, to w świetle oświadczenia złożonego przez odwołującego o spełnieniu tego wymogu, na zamawiającym ciążył obowiązek zwrócenia się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący podał, że zgodnie z ze złożonym oświadczeniem udział towarów w jego ofercie przekracza 50% towarów z państw członkowskich lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu. Oświadczenie to zostało złożone zgodnie z wzorem pochodzącym od zamawiającego potwierdzając, zgodnie z prawdą że producentem jest HOLLEY Metering Ltd, a udział towarów będących przedmiotem jego oferty - pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców - wynosi ponad 50%.

Zdaniem odwołującego, sam fakt, iż producent ma siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej nie może powodować przyjęcia a priori, że towary zaoferowane zamawiającemu nie spełniają wymogu ponad 50% pochodzenia z krajów Unii Europejskiej lub krajów, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców.

Nawiązując do zarzutów niewzewania odwołującego się do dostarczenia dwóch egzemplarzy liczników, odwołujący zaznaczał, że nie mógł dostarczyć zamawiającemu świadectwa pochodzenia towarów zgodnie z rozporządzeniem (EWG) nr 2913 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Celny oraz ustawy z dnia 19 marca 2004 r. - Prawo celne (Dz. U. Nr 68, poz. 622).

Odwołujący przyznał, iż zamawiający ma co prawda, prawo weryfikować oświadczenia złożone przez wykonawców przystępujących do postępowania, ale może to uczynić wyłącznie w trybie wskazanym w § 1 rozporządzenia z dn. 19 lutego 2013 r. w sprawie w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...). Natomiast, jeżeli zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił rozbieżności w ofercie odwołującego, jak również nie usunął omyłki zawartej w skierowanej do odwołującego informacji (która następnie negatywnie wpływała na ocenę oferty odwołującego), to w zasadzie nie mógł należycie ocenić takiej oferty, a co za tym idzie - kompetentnie stwierdzić, czy powinna ona podlegać odrzuceniu, czy też nie. Dopuszczając się, zatem odrzucenia oferty odwołującego bez uprzedniego wyjaśnienia powyżej wskazanych wewnętrznie niespójnych treści i poprawienia opisywanej omyłki, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25.09.2013 r., KIO 2170/13).

Z powyższego odwołujący wywiódł, iż również w tym aspekcie zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do sprecyzowania złożonego oświadczenia w przedmiocie pochodzenia oferowanych towarów

przyjmując bezzasadnie, iż jedynie z powodu, że siedziba producenta mieści się w Chinach, to warunek ten nie może zostać spełniony, przez co jednocześnie zamawiający naruszył art. 138c ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp bezpodstawnie odrzucając ofertę odwołującego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 marca 2014 r. przekazane drogą elektroniczną pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożyło w dniu 24 marca 2014 r. po stronie zamawiającego konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Politech Sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Elektrometr D..... S....., z siedzibą w Świdnicy.

Zgłaszający przystąpienie żądał oddalenia odwołania w całości i podał, że przystępując do postępowania odwoławczego posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego z uwagi na fakt, że konsorcjum złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert została wybrana jako najkorzystniejsza na część 1 - w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i ewentualne uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez konsorcjum, co w konsekwencji spowoduje poniesienie przez niego szkody w postaci utraty spodziewanych korzyści z realizacji zamówienia.

Z następujących względów konsorcjum nie zgodziło się ze stawianymi zarzutami wobec zamawiającego.

„Ad. Zarzutu 1 - Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie jego świadomych działań i w wyniku przedłożonych informacji w postępowaniu.

Ad. Zarzutu 2 - Zamawiający na stronie 23 SIWZ w punkcie 2.1.8 jasno żądał, aby oferujący złożyli „po dwa kompletne egzemplarze oferowanych liczników stanowiących treść oferty”.

Z racji takiego zapisu było oczywiste, że próbki muszą być przekazane w takim samym trybie jak formularz ofertowy z cenami, i nie podlegają możliwości uzupełnienia. Zamawiający wzywając SONEL S.A. do uzupełnienia próbek naraziłby się na zarzut o nierównym traktowaniu oferentów.

Ad. Zarzutu 3 - Zamawiający skorzystał z ustawy i miał prawo żądać, aby oferowany towar był wytworzony w przeszło 50% na terenie UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Odwołujący zaoferował liczniki potwierdzając, iż są one produkowane na terenie Chin. Odwołujący załączył do oferty decyzje GUM nr ZT 52/2006 gdzie urząd miar informuje, że zaoferowany licznik jest produkowany przez firmę HOLLEY METERING Ltd 501 Moganshan 310005 Hangzhou Chiny. Po uzyskaniu takiej informacji od Odwołującego Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości o pochodzeniu towaru.

Ad. Zarzut 4 - Zamawiający na podstawie posiadanych informacji oraz zgodnie z prawem miał obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego.

W świetle powyższego, zdaniem Konsorcjum, wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany zgodnie z siwz i przepisami ustawy Pzp.”

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Politech Sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Elektrometr D..... S....., z siedzibą w Świdnicy do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając że wykonawca posiada niewątpliwy interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania w mocy wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia – zadanie nr 1.

Zamawiający potrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o wynikach przetargu z argumentacją przedstawioną do protokołu rozprawy.

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, dowody załączone do odwołania.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z dokumentacji akt postępowania wynika następujący stan faktyczny.

SIWZ na oferty wstępne nosi datę 13.12.2013 r. i została wykonawcom przekazana wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych.

SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia. Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

I – liczniki jednofazowe;

II - liczniki trójfazowe;

Punkt 3.6. SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w rozdziale II SIWZ.

Punkt 7.2. SIWZ oferta wstępna musi zawierać niżej wymienione dokumenty:

- a) Wypełniony i podpisany formularz oferty wstępnej wraz z załącznikiem „wymagania techniczne” (zał. nr 1 do SIWZ). Wykonawca zobowiązany jest również do złożenia oferty w wersji elektronicznej (...).

Punkt 12.1. SIWZ zamawiający odrzuci ofertę wstępną, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Pkt 12.2 SIWZ udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, winien przekraczać 50%.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia podaje rozdział II SIWZ.

Punkt 2.1.5 rozdziału II SIWZ. Oprogramowanie do liczników powinno spełniać poniższe wymagania:

- a) umożliwiać dokonanie przez interfejs optyczny i elektryczny licznika parametryzacji licznika, odczytu danych rozliczeniowych bieżących i archiwalnych, profili obciążenia;
- b) umożliwiać kasowanie alarmów i statusów występujących w licznikach;
- c) być zabezpieczone przed użyciem przez osoby nieuprawnione;
- d) oprogramowanie przystosowane do pracy na przenośnych komputerach typu laptop z systemem operacyjnym Windows XP;
- e) umożliwiać zaprogramowanie liczników w każdej z grup taryfowych zgodnie z obowiązującą Taryfą dla usług dystrybucji energii elektrycznej ENEA Operator Sp. z o.o.,
- h) umożliwiać wizualizację konfiguracji licznika w programie i jej eksport do plików w formacie ~TXT lub XLS;
- i) umożliwiać wizualizację danych pomiarowo-rozliczeniowych w programie i eksport danych pomiarowo-rozliczeniowych z programu do plików w formacie: ~TXT lub XLS;
- j) zapewniać co najmniej dwa poziomy dostępu do licznika i plików parametryzujących:

- poziom 1 - umożliwiający wyłącznie odczyt danych pomiarowych i konfiguracji z licznika i z pliku parametryzującego;

- poziom 2 - umożliwiający odczyt danych pomiarowych i konfiguracji z licznika i z pliku parametryzującego, zapis nastaw konfiguracyjnych do pliku parametryzującego, a po zerwaniu plomby z przycisku kasowania i wprowadzenia licznika w tryb parametryzacji, zmianę konfiguracji licznika w pełnym zakresie, zgodnie z dokumentacją techniczną licznika.

Punkt 2.1.6 rozdziału II SIWZ. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w niniejszej SIWZ, zamawiający żąda w ofercie ostatecznej przedstawienia następujących dokumentów:

- dokumenty dopuszczające zaoferowane liczniki do obrotu lub użytkowania w wyniku oceny zgodności, które spełniają wymagania określone w SIWZ.

Punkt 2.1.7 rozdziału II SIWZ. W ofercie ostatecznej muszą być zamieszczone:

- kserokopie wszelkich uzyskanych atestów i certyfikatów dotyczących oferowanego wyrobu;
- deklaracje zgodności CE;
- dokumentacje techniczne, instrukcje obsługi, instrukcje serwisowe, instrukcje montażowe dla wszystkich dostarczonych urządzeń;
- dostarczenie kart katalogowych baterii;
- dla celów testowych wykonawca dostarczy dla każdego zadania po I egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami).

Punkt 2.1.8 rozdziału II SIWZ. Zamawiający żąda przedłożenia:

- po 2 kompletne egzemplarze zaoferowanych liczników wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez Zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez Zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami. Dołączone do oferty egzemplarze oferowanych przez wykonawcę liczników stanowią jej treść i nie podlegają uzupełnieniu.

2.2 Wymagania dodatkowe. Wykonawca dostarczy przed podpisaniem Umowy strukturę zapisu danych w zaoferowanych licznikach (protokół odczytowy wg IEC 62056-21 lub DLMS). W ofercie Wykonawca może zamieścić dodatkowe materiały, które nie zostały wyszczególnione w wymaganiach ogólnych np.: zestawienie dodatkowych właściwości technicznych lub parametrów znamionowych, które producent uważa za istotne w oferowanym produkcie.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w SIWZ dla składania ofert ostatecznych określił następujące kryteria oceny (pkt 9.1 SIWZ):

1. Cena oferty-waga 70%
2. Parametry techniczne - waga 20%,
3. Okres gwarancji - waga 10%,

- przy czym parametry techniczne miały być oceniane:

- a) klasa dokładności dla energii czynnej co najmniej B (B1+25 pkt)
- b) skrzynka zaciskowa licznika z zaciskami klatkowymi (zaciski zwijane) B2=25 pkt
- c) wejście taryfowe do przełączania stref B3=25 pkt
- d) dioda impulsowa energii czynnej świecąca przy braku przepływu energii B4=25 pkt.

W dniu 13 grudnia 2013 r. zamawiający zaprosił odwołującego do złożenia oferty wstępnej w terminie do 27 grudnia 2013 r., poprzez wypełnienie formularza - wzór oferty wstępnej oraz stosownych załączników.

W zakresie części 1 zamówienia na liczniki 1 fazowe oferty ostateczne złożyli:

1. SONEL S.A. w Świdnicy, cena 5 350 765,68 zł brutto,
2. APATOR S.A. w Toruniu, cena 5 894 074,20 zł brutto,
3. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Politech Sp. z o.o.;
Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Elektrometr D..... S....., z siedzibą w Świdnicy, cena – 6 153 380,53 zł.

Odwołujący SONEL S.A. w załączniku formularzu oferty wstępnej zaoferował typ (model) licznika energii elektrycznej o znaku DDSD285, produkowanych przez Holley Metering LTD, 501 Moganshan Rd, Hangzhou, Chiny i potwierdził spełnianie wymaganych parametrów, za wyjątkiem niektórych pozycji co do których proponował wprowadzenie zmian w trakcie negocjacji.

Zamawiający potwierdził, że nie odrzucił ofert wstępnych odwołujących APATOR i SONEL z powodu nie spełnienia wymagań.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 30.01.2014 r. przesłanej wykonawcom zaproszonym do składania ofert ostatecznych, zamawiający w rozdziale II SIWZ Opis przedmiotu zamówienia podał w odniesieniu do zarzutów odwołania - te same wymagania i parametry – jak w SIWZ przekazanej wykonawcom przy złożeniu ofert wstępnych za wyjątkiem parametrów niezwiązanych z zarzutami odwołania, a w zakresie objętym zarzutami odwołania wniesionego przez Apator zmienił w pkt 2.1.3 ppkt 58 załącznika rozdziału II do SIWZ. Licznik powinien posiadać pamięć profilu obciążenia pozwalającą na rejestrację wielkości energii (P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4) dla cyklu uśredniania 60 minutowego przez okres 63 dni, a było pierwotnie 252 dni.

Wprowadził również w pkt 43 załącznika II do SIWZ zmianę w zakresie oznaczenia liczników kodem OBIS dla określonych rejestrów.

Po uznaniu, że oferta wstępna odwołującego SONEL S.A. nie podlega odrzuceniu (art. 58 ust. 1 Pzp) zamawiający zaprosił odwołującego do przeprowadzenia negocjacji.

Zamawiający zaprosił odwołującego wykonawcę SONEL S.A. w dniu 30 stycznia 2014 r. do złożenia oferty ostatecznej.

W ofercie ostatecznej, opatrzonej datą 6 lutego 2014 r. odwołujący SONEL S.A. składał jedynie formularz ofertowy z ceną i z deklaracją, że „oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, za cenę (...). Punkt f) - akceptujemy treść SIWZ.

Do oferty wykonawca załączył

- deklaracje zgodności EC;
- wyniki badań typu statycznych liczników energii elektrycznej
- Decyzję Prezesa GUM ZT 52/2006
- oświadczenie wykonawcy w zakresie pochodzenia towaru, że producentem liczników jest Holley Metering LTD, No 181, Wuchang Avenue, Yuhang Hangzhou 310023, Chiny .

Odwołujący nie załączył.

- dokumentacji technicznej, instrukcji obsługi, instrukcji serwisowych, instrukcji montażowe dla wszystkich dostarczonych urządzeń;
- kart katalogowych baterii.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że wykonawca SONEL S.A. nie dołączył po 2 kompletne egzemplarze zaofiarowanych liczników wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez Zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez Zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami i nie dołączył również kompletnego zestawu do parametryzacji liczników.

Zamawiający potwierdził, że procedura testowa nie miała się ograniczać do oględzin liczników jako ewentualnych próbek wyrobu, ale w jej trakcie w oparciu o urządzenie licznika wraz z jego wewnętrznym oprogramowaniem przy pomocy oprogramowania do parametryzacji, o którym mowa w pkt 2.1.7 rozdziału II SIWZ - zamawiający sprawdzał czy licznik posiada wymagane funkcjonalności, a w oparciu o wynik tych testów też przyznawał punktację w kryterium jakościowym. Wynik testów rzutował na punktację.

Zamawiający przyznał, że poza punktem 2.1.8 zał. II do SIWZ nigdzie indziej nie opisał procedury testowej, jej przebiegu i zakresu.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 marca 2014 r. podał, że ofertę SONEL S.A. ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica, odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustaw - Prawo zamówień publicznych.

„Zamawiający odrzuca ofertę w zakresie Zadania 1, albowiem jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj.:

- *w zakresie punktu 2.1.7 tiret 5 - wykonawca winien dostarczyć dla każdego zadania po 1 egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami i instrukcja obsługi);*

- w zakresie punktu 2.1.8 tiret 1 - wykonawca winien dostarczyć po 2 kompletne egzemplarze oferowanych liczników stanowiących treść oferty wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez Zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez Zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami.

Wykonawca nie dostarczył wraz z ofertą 2 kompletnych egzemplarzy liczników, które stanowić winny treść oferty. Wobec tego, zamawiający nie jest w stanie stwierdzić czy spełniają wymagania techniczne określone w SIWZ, a także brak jest podstaw do oceny oferty wykonawcy w ramach jakościowego kryterium, o którym mowa w SIWZ. Nadto, wskazuje się, że Wykonawca nie może zmienić, ani uzupełnić treści oferty po upływie terminu składania ofert. W przeciwnym wypadku wykonawca byłby w korzystniejszej sytuacji od pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a działania zamawiającego i wykonawcy w tym zakresie uznane zostałyby, jako sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie oferta ww. wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z pkt 12.2 SIWZ z uwagi na złożenie oferty, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%.

Wykonawca w ofercie zamieścił oświadczenie, z którego wynika, że jedynym producentem towaru jest podmiot mający siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej (Holley Metering Ltd, No. 181 Wuchang Avenue, Yuhang, Hangzhou 310023, Chiny). Brak również w ofercie dokumentów - świadectw pochodzenia towarów zgodnie z Rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiającym Wspólnotowy Kodeks Celny z dnia 1992-10-12 (Dz. Urz. UE. L 1992 Nr 302, str. 1) oraz Prawo celne z dnia 19 marca 2004 r. (Dz. U. Nr 68, poz. 622).

Zatem, wykonawca nie wykazał spełnienia postawionego przez zamawiającego w SIWZ warunku pochodzenia towaru.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wykonawcy wybranego – miała szansę zostać wybrana. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody – poprzez odrzucenie złożonej oferty.

Bezsporne pozostawało, że odwołujący nie spełnił wymagań rozdziału II SIWZ:

- w zakresie punktu 2.1.7 tiret 5 dostarczenia dla każdego zadania po 1 egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami i instrukcją obsługi);
- w zakresie punktu 2.1.8 tiret 1 dostarczenia po 2 kompletne egzemplarze oferowanych liczników stanowiących treść oferty wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami
- nie przedstawił kompletu wymaganych dokumentów.

Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert - oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie (...), przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Natomiast przepis § 6 ust 1 rozporządzenia mówi, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że przywoływane wyżej warunki SIWZ punktu 2.1.8 tiret 1 rozdziału II - nie dotyczyły próbki wyrobu w rozumieniu § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. - w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Z postanowień SIWZ jasno wynika, że dostarczenie po 2 kompletnych egzemplarzy oferowanych liczników wraz ze zgodą na ich przebadanie przez zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami wraz z dostarczaniem dla każdego zadania po 1 egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi

urządzeniami i instrukcją obsługi) - miało służyć do przeprowadzenia procedury testowej, w celu prezentacji możliwości i dotrzymania wyznaczonych parametrów, a zwłaszcza funkcjonalności przez oferowany licznik wraz z jego oprogramowaniem.

Stawiany wymóg SIWZ w ocenie Izby, wykaczał poza pojęcie „próbki wyrobu”, która mogłaby być oceniona poprzez proste oględziny.

Zamawiający nie poprzestał jedynie na żądaniu dołączenia do oferty ostatecznej opisanych w punkcie 2.1.6 i 2.1.7 rozdziału II SIWZ dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań przez zaoferowane liczniki, ale w punkcie 2.1.8 SIWZ zapowiedział przeprowadzenie procedury testowej, dla potrzeb której wymagane było dostarczenie 2 oferowanych liczników i oraz zestawu do parametryzacji i odczytu danych.

Zamawiający w punkcie 2.1.8 SIWZ, wymaganiom tym jednoznacznie nadał rangę obligatoryjnych warunków, których spełnienie zaświadczało o zgodności treści oferty z SIWZ.

Spełnienie parametrów technicznych liczników i ich funkcjonalności związanych z ich wewnętrznym oprogramowaniem opisanych w rozdziale II SIWZ przynależało do treści oferty, gdyż obligatoryjne cechy techniczne, którymi winno charakteryzować się oferowane urządzenie w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 Pzp, wpisują się w definicję istotnej treści oferty.

Ponadto procedura testowa została przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegały ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem jakościowym.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, należało uwzględnić, że zamawiający wymagał przedstawienia wraz ofertą ostateczną oferowanych liczników, ale nie *stricte*, jako próbek o których stanowi § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – lecz w celu przeprowadzenia procedury testowej, w wyniku, której mógł ocenić, czy zobowiązanie wykonawcy i zaoferowanie produktu o oznaczonych cechach technicznych, a w szczególności funkcjonalnych opartych na oprogramowaniu tych urządzeń – posiada realne podstawy.

Brak złożenia egzemplarzy oferowanych wyrobów przez odwołującego, zgodnie z wymaganiami SIWZ, uniemożliwił wykazanie podczas procedury testowej zakresu wyznaczonych obligatoryjnych parametrów i funkcjonalności podlegających sprawdzeniu. Tym samym spowodował, że odwołujący wykonawca nie wykazał, iż oferowane przez niego produkty spełniają wyznaczone parametry.

Przeprowadzanie procedury testowej (prezentacji) zwłaszcza w odniesieniu do systemów komputerowych, stosowanych rozwiązań systemowo-sprzętowych, jest rozpowszechnione w postępowaniach przetargowych i nie budzi wątpliwości, chociaż nie jest wprost uregulowane w ustawie Pzp. Z tych też względów opiera się na ustalonych w tym zakresie regułach w SIWZ.

Przepisy ustawy Pzp, ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym postępowaniu, nie przewidują możliwości powtarzania procedury testowej (prezentacji wyrobu). Nie przewidują również, po wyznaczonym terminie składania ofert – uzupełniania wyznaczonych komponentów, umożliwiających przeprowadzenie testów. W tym sensie dołączone do oferty egzemplarze oferowanych przez wykonawcę liczników stanowią jej treść i nie podlegają uzupełnieniu.

Brak złożenia wraz z ofertą odwołującego liczników do przeprowadzenia testów, uniemożliwił sprawdzenie i uzyskanie przez zamawiającego pewności, że oferowane liczniki zapewniają realizację wszystkich celów, dla których są zakupywane.

W ocenie Izby jest to równoznaczne z niewykazaniem przez odwołującego, że treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ, w zakresie jej istotnych postanowień odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Jeżeli odwołujący uznawał, że opis przedmiotu zamówienia, czy sposób oceny ofert, w tym procedura testowa - wbrew postanowieniom art. 29 ustawy Pzp - narusza zasady uczciwej konkurencji, bądź jest niepełny, mógł we właściwym czasie wnieść odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, zamawiający oraz wykonawcy uczestniczący w przetargu są nimi bezwzględnie związani. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień SIWZ jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09).

Procedura testowa, czy też inaczej mówiąc prezentacja wyrobu i jego możliwości przeprowadzana jest jednokrotnie i nie podlega powtórzeniom, jeżeli została przeprowadzona zgodnie z ustalonymi warunkami.

Odwołujący ani nie kwestionował prawidłowości procedury testowej, ani nie miał do tego podstaw, skoro nie przedstawił oferowanego wyrobu do zbadania.

Zachodziły zatem podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy SONEL S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że wykonawca nie wykazał, że treść tej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie uwzględniła stanowiska odwołującego, że żądanie przedłożenia po 2 egzemplarzy liczników w oparciu o postanowienia pkt 2.1.8 SIWZ – sprowadza się jedynie do charakteru próbki, która na równi z dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mogłaby zostać uzupełniona na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec niewyznaczenia w SIWZ szczegółowego zakresu i trybu przeprowadzenia procedury testowej liczników, w szczególności, gdy odwołujący w ogólności nie umożliwił sprawdzenia oferowanych liczników, Izba nie znalazła podstaw przypisania zamawiającemu naruszenia ustalonych zasad procedury testowej, aby nakazać zamawiającemu powtórzenia testów (przeprowadzenia prezentacji wyrobu), z uprzednim wezwaniem odwołującego do przedstawienia oferowanych liczników do badań.

Zasadny był także zarzut zamawiającego, że odwołujący nie wykazał, iż zgodnie z art. 138c ust. 1pkt 4 Pzp udział towarów w jego ofercie przekracza 50% towarów z państw członkowskich Unii Europejskiej, lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu.

Wykonawca SONEL S A. w ofercie zamieścił oświadczenie, z którego wynika, że jedynym producentem towaru jest podmiot mający siedzibę w Chińskiej Republice Ludowej (Holley Metering Ltd, No. 181 Wuchang Avenue, Yuhang, Hangzhou 310023, Chiny). Brak również w ofercie dokumentów - świadectw pochodzenia towarów zgodnie z Rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiającym Wspólnotowy Kodeks Celny z dnia 1992.10.12 (Dz. Urz. UE. L 1992 Nr 302, str. 1) oraz Prawo celne z dnia 19 marca 2004 r. (Dz. U. Nr 68, poz. 622).

Rzeczą odwołującego wykonawcy było wykazanie w ofercie, że udział towarów będących przedmiotem jego oferty - pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wynosi ponad 50%.

Wymóg ten miał charakter merytoryczny oparty wprost na przepisie art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który zezwala zamawiającemu sektorowemu na odrzucenie oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków preferencji unijnych.

Skarżone w odwołaniu działania zamawiającego nie naruszają wskazanych w odwołaniu przepisów również w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: „Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest

sporządzona merytorycznie odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1567/09). Przy tym nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku, muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie byli zdolni wykazać, iż dysponują produktem o wymaganych właściwościach.

Część wymaganych dokumentów, których zabrakło w ofercie odwołującego, jak: dokumentacji technicznej, instrukcji obsługi, instrukcji serwisowej, instrukcji montażowej dla dostarczonych towarów oraz kart katalogowych baterii, z formalnego punktu widzenia nadawałaby się do uzupełnienia, jednakże z uwagi na niedostarczenie wyrobu do przeprowadzenia testów, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu, bez możliwości jej uzupełnienia. Ponadto należało też uwzględnić, że dokumentacja ta była niezbędna dla przeprowadzenia testów.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Skoro oferta odwołującego podlegała odrzuceniu ze względu na fakt uniemożliwienia przeprowadzenia procedury testowej, uzupełnianie brakujących dokumentów było bezprzedmiotowe.

W zaistniałych okolicznościach bezprzedmiotowe byłby również wzywanie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia sprzeczności pomiędzy złożonym oświadczeniem, że udział towarów będących przedmiotem jego oferty - pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców wynosi ponad 50%, a innymi dokumentami zawartymi w ofercie.

Bez znaczenia pozostawała argumentacja odwołującego, że na wcześniejszym etapie postępowania przy złożeniu oferty ostatecznej, nie mógł złożyć wymaganych dokumentów, w tym świadectwa pochodzenia towaru z przyczyn obiektywnych, ponieważ był

zbyt krótki czas był na przygotowanie przedstawienia liczników do testów pomiędzy zaproszeniem do złożenia ofert ostatecznych. Termin był wyznaczony na 11 lutego 2014 r., a zaproszenie miało miejsce 31 stycznia 2014 r. Wyznaczenie takiego terminu znajdowało umocowanie w przepisach ustawy Pzp, a wykonawca nie zwracał się o jego przedłużenie.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności zarzutów odwołania, że zamawiający naruszył:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez przedwczesne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ - przed wezwaniem odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożonych oświadczeń;

2) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), poprzez zaniechanie obowiązku wezwania odwołującego się do uzupełnienia oferty w zakresie:

a) punktu 2.1.6 tiretu 2,

b) punktu 2.1.7 tiretu 3,4 i 5

c) oraz punktu 2.1.8 tiretu 1 zawartych w II rozdziale SIWZ,

- co skutkowało podjęciem czynności o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ;

3) art. 138c ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z pkt 12.2 SIWZ w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie ustaleń, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub Państwa, z którym Wspólnota Europejska zawarła umowy nie przekracza 50%, co pozostaje w sprzeczności z pkt 12.2 SIWZ;

4) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niedokładne i niezgodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego w zakresie niezgodności oferty odwołującego z pkt 12.2 SIWZ. Uzasadnienie zamawiającego zawierało wprawdzie widoczną omyłkę, ale sens tego uzasadnienia był jednoznaczny i zrozumiały.

Oferta odwołującego była merytorycznie niepełna - wadliwa i nie mogła podlegać uzupełnieniu w żadnym z dopuszczalnych w ustawie Pzp trybów, art. 87 ust 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 ustawy, ani wyjaśnieniom w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp. Usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości - musiałby istotnie ingerować w treść złożonej oferty i kształtować ją odmiennie po upływie wyznaczonego terminu złożenia. Zamawiający był zobligowany odrzucić tę ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia zasad postępowania wynikających z art. 7 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt: KIO 555/14

Odwołujący APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych w postępowaniu na zadanie 2, oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy zarzucając mu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo, że oferta spełnia wymagania określone w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej SIWZ),
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w przedmiocie kodu OBIS umieszczonego na obudowie licznika,
- 3) art. 8 ustawy poprzez zaniechanie ujawnienia odwołującemu pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm PPH „Politech” Sp. z o.o. i PPHU „Elektrometer, D..... S..... i odmowę udostępnienia odwołującemu treści oferty w zakresie „świadczenia pochodzenia towaru”, jakie należało dołączyć do oświadczenia wykonawcy w zakresie pochodzenia towaru,
- 4) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 8 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że świadectwo pochodzenia towarów przedłożone przez konsorcjum firm PPH „Politech” Sp. z o.o. i PPHU

„Elektrometer” D..... S....., może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki uznania go za tajemnicę przedsiębiorstwa,

5) art. 7 ust. 1 ustawy w konsekwencji naruszenia wyżej wymienionych przepisów poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

6) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z treści uzasadnienia.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,
- b) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c) poprawienia omyłki w ofercie odwołującego polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w przedmiocie kodu OBIS umieszczonego na obudowie licznika,
- d) ujawnienia części oferty konsorcjum firm PPH „Politech” Sp. z o.o. i PPHU Elektrometer D..... S..... w zakresie „świadectwa pochodzenia towarów” oraz udostępnienie go odwołującemu do wglądu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która spełnia wymagania SIWZ, w szczególności w odniesieniu do szczegółowych wymagań dla liczników 3-fazowych z zadania 2 określonych w pkt 2.1.3 pozycja 58 i pozycja 43 lit. e). Natomiast odrzucenie oferty z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy uniemożliwia ocenę oferty odwołującego w kryteriach określonych w SIWZ i uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu, co w konsekwencji może spowodować, iż odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty spodziewanych korzyści z realizacji zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 11 marca 2014 r. został powiadomiony za pośrednictwem poczty elektronicznej o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego w zadaniu 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zamawiający, jako powód podał:

- odnośnie punktu 2.1.3. pozycja 58, tj. Liczniki powinny posiadać pamięć profilu obciążenia pozwalającą na rejestrację wielkości energii (P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4) dla cyklu uśredniania 60 - minutowego przez okres co najmniej 63 dni. Zdaniem zamawiającego licznik zaoferowany przez wykonawcę nie pozwala na rejestrację wielkości energii do profilu Q4 oraz - błędny kod OBIS na obudowie (jest 15.6.0 zamiast 1.6.0), co jest niezgodne z treścią punktu 2.1.1 pozycja 43 lit. e) SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

W rozdziale II - Opis przedmiotu zamówienia, punkt 2.1.3 Wymagania dla liczników 3-fazowych w pozycji 58 zamawiający wymagał, aby Liczniki 3-fazowe posiadały pamięć profilu obciążenia pozwalającą na rejestrację wielkości energii (P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4) dla cyklu uśredniania 60 minutowego przez okres, co najmniej 63 dni.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z ww. wymaganiami przygotował licznik 3-fazowy spełniający wszystkie parametry wskazane przez zamawiającego. Ponadto odwołujący zapewniał, że przeprowadził testy przygotowanych wzorów, które potwierdziły, iż zaoferowane liczniki spełniają wymagania SIWZ, a w szczególności pozwalają na rejestrację wielkości energii dla profilu Q4 zgodnie z wymogiem punktu 2.1.3. pozycja 58 SIWZ.

W ocenie odwołującego, zamawiający zastosował niewłaściwą procedurę badania licznika w zakresie kwestionowanej funkcji, dlatego wystąpiły rozbieżności zdań. Odwołujący argumentował, że skoro zamawiający nie mógł zbadać kwestionowanej funkcji, to powinien skorzystać z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie, co zapobiegłoby przedmiotowemu sporowi.

Podkreślał fakt, że badania były dokonywane przez zamawiającego bez udziału wykonawców, ponadto nie są odwołującemu znane warunki w jakich były wykonywane badania ani nawet kompetencje osób dokonujących takich badań. Z powyższego odwołujący wywiódł, że dokonano błędnej oceny zaoferowanego licznika lub oceniano ten punkt po wcześniejszym przeparametryzowaniu licznika na rejestrację w profilu innych wielkości energii niż podlegało ocenie. Zaznaczał, że zamawiający powinien zweryfikować wyniki poprzez zgłoszenie tego faktu do odwołującego.

Odwołujący podsumował, że takim nieuzasadnionym działaniem, zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz podstawową zasadę udzielania zamówień zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący podnosił, że zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania zawarł uzasadnienie, że m.in. powodem odrzucenia oferty odwołującego ze względu na niezgodność z SIWZ jest:

- błędny kod OBIS na obudowie (jest 15.6.0 zamiast 1.6.0) co jest niezgodne z treścią punktu 2.1.1 pozycja 43 lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego okoliczność ta nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty, gdyż należy wziąć pod uwagę, że wielkości mierzone przez zaoferowany licznik opisane są odpowiednimi kodami OBIS zgodnie z SIWZ.

Zamawiający w pkt 43 e) na str. 20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodatkowo wymagał, aby wybrane przez niego kody OBIS wraz z ich skróconym objaśnieniem zostały umieszczone na obudowie lub osłonie skrzynki zaciskowej licznika.

Odwołujący przyznał, że w jego ofercie faktycznie doszło do omyłki polegającej na umieszczeniu na obudowie licznika opisu kodu 15.6.0 zamiast opisu kodu 1.6.0. Przy czym licznik mierzy zarówno wielkość opisaną kodem 15.6.0 jak i wielkość opisaną kodem 1.6.0 i umieszczenie na obudowie licznika opisu kodu 15.6.0 czy kodu 1.6.0 nie ma żadnego wpływu na funkcje i właściwości realizowane przez licznik. Opis wybranych kodów OBIS na obudowie licznika pełni tylko i wyłącznie funkcję informacyjną.

Według odwołującego zaistniała omyłka kwalifikuje się do poprawy jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty w myśl przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zamawiający miał obowiązek jej poprawienia.

Ponadto, odwołujący wskazywał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zamawiający przewiduje możliwość dokonywania ustaleń w zakresie oznaczeń licznika z wybranym wykonawcą. Z tego wywiódł, że same opisy na obudowie licznika nie są na etapie wyboru ofert istotne dla zamawiającego, ponieważ powszechną praktyką jest ustalanie na etapie realizacji umowy szczegółów dotyczących dodatkowych oznaczeń umieszczonych na obudowie licznika, a zatem nie ma żadnych przeciwwskazań do zmiany kodu OBIS z 15.6.0 na 1.6.0. Ponadto podkreślał, że wymagane opisy kodów OBIS nie są w myśl obowiązującej normy licznikowej PN-EN 50470-1 informacjami obligatoryjnymi.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że licznik 3-fazowy zaoferowany przez konsorcjum firm PPH „Politech” Sp. z o.o. i PPHU „Elektrometer ”D..... S....., również posiada błędy w opisach kodów OBIS, a mimo to oferta tego konsorcjum nie została odrzucona z uwagi na ten fakt. Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, naruszenie podstawowej zasady udzielania zamówień określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ w przypadku oferty odwołującego błędny kod skutkuje odrzuceniem oferty a w przypadku oferty konsorcjum firm PPH „Politech” Sp. z o.o. i PPHU „Elektrometer” D..... S..... - nie ma takich skutków.

Odwołujący podtrzymał zarzut, że zaniechanie przez zamawiającego poprawienia przedmiotowej omyłki w ofercie odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp oraz art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący podnosił, co następuje.

Mając na uwadze zapisy rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia, punkt 2.1.6 zamawiający wymagał od wykonawców załączenia oświadczenia wykonawcy dotyczącego

pochodzenia oferowanego towaru, wraz z dokumentami celnymi stanowiącymi dowód pochodzenia towarów (świadcstwo pochodzenia towarów) - w celu dokonania weryfikacji przez zamawiającego udziału towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców.

Po dokonaniu wglądu do dokumentacji przetargowej przez odwołującego w siedzibie zamawiającego w dniu 13 marca 2014 r. zauważono, że w przypadku oferty złożonej przez konsorcjum firm PPH Politech Sp. z o.o. i PPHU Elektrometer D..... S....., nie załączono świadectwa pochodzenia towarów zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiającej Wspólnotowy Kodeks Celny z dnia 1992-10-12 (Dz. Urz. UE. L 1992 Nr 302, str. 1) oraz Prawo celne z dnia 19 marca 2004 r. (Dz. U. Nr 68, poz. 662).

Zamawiający poinformował odwołującego, iż dokumenty te zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i w związku z tym nie mogą być udostępnione odwołującemu do wglądu.

Mając powyższe na uwadze odwołujący podnosił, iż zgodnie z art. 8 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Jest to jedna z najważniejszych zasad prawa zamówień publicznych, zasada jawności, która przejawia się między innymi w dokumentowaniu postępowania, o których traktują art. 96 - 98 ustawy. Natomiast ust. 3 art. 8 ustawy Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w myśli której przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zatem informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa muszą spełniać kumulatywnie następujące warunki:

- informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny
- informacje nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej
- w stosunku do tych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowaniu poufności.

W ocenie odwołującego, świadectwo pochodzenia towarów, które uzyskiwane jest od urzędu państwowego nie spełnia warunków określonych powyżej, a więc nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone przez konsorcjum świadectwo nie ma szczególnego charakteru zawierającego niepowtarzalne dane o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, nie zawiera informacji znanych tylko temu wykonawcy (ma charakter powszechny), a jego zastrzeżenie ma raczej na celu uniemożliwienie

odwołującemu dokonania oceny oferty konkurencji. Wobec tego zamawiający powinien uznać zastrzeżenie za bezskuteczne i ofertę w tym zakresie odtajnić.

Odwołujący argumentował, że zastrzeżenie tajemnicy, ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, ale powinien zweryfikować prawidłowość tych zastrzeżeń. Jest to obowiązkiem zamawiającego, a nie jego uprawnieniem.

Odwołujący zwracał uwagę, że oferta wykonawcy SONEL S.A. została odrzucona z uwagi na nie załączenie świadectw pochodzenia towarów. A zatem doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie oferty jednego z wykonawców z uwagi na brak właściwego dokumentu i objęcie tego samego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa wobec innego wykonawcy, co nie dało możliwości ustosunkowania się do treści złożonej oferty przez danego wykonawcę, lub nawet sugeruje brak takiego dokumentu w dokumentacji przetargowej.

Odrzucenie własnej oferty uznał odwołujący za zbyt pochopne w świetle niewzmania go do złożenia wyjaśnień zaistniałych na gruncie postępowania rozbieżności, natomiast wskazane przez zamawiającego podstawy odrzucenia nie znajdują obiektywnego uzasadnienia faktycznego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 21 marca 2014 r. przekazane drogą elektroniczną, pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom, złożyło w dniu 24 marca 2014 r. po stronie zamawiającego konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Politech Sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Elektrometr D..... S....., z siedzibą w Świdnicy.

Zgłaszający przystąpienie żądał oddalenia odwołania w całości i podał, że przystępując do postępowania odwoławczego posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego z uwagi na fakt, że konsorcjum złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert została wybrana, jako najkorzystniejsza dla zadania 2, i ewentualne uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co w konsekwencji spowoduje poniesienie przez niego szkody w postaci utraty spodziewanych korzyści z realizacji zamówienia.

Z następujących względów konsorcjum nie zgodziło się ze stawianymi zarzutami wobec zamawiającego.

„Ad. Zarzutu 1 - zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie jego świadomych działań i w wyniku przedłożonych informacji w postępowaniu. Zamawiający na postawie

oferty stwierdził, iż oferta odwołującego nie spełnia podstawowych wymagań SIWZ. Zarzut bezpodstawny.

Ad. Zarzutu 2 - zamawiający na stronie 23 SIWZ w punkcie 2.1.8 jasno żądał, aby oferujący złożyli „po dwa kompletne egzemplarze oferowanych liczników stanowiących treść oferty wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez Zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez Zamawiającego oraz zgodę na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami.”

Z racji takiego zapisu było oczywiste, że:

- próbki muszą być przekazane w takim samym trybie jak formularz ofertowy z cenami
- nie podlegają możliwości uzupełnienia,
- oraz bezwzględnie muszą być zgodne z przedmiotem zamówienia,

Zamawiający na stronie 43 SIWZ żądał, aby umieścić w sposób trwały (bez możliwości usunięcia) następujące kody OBIS wraz z ich skróconym objaśnieniem dla następujących rejestrów:

- a. Oznaczenie grupy taryfowej,
- b. Numer licznika;
- c. Data,
- d. Czas,
- e. Moc maksymalna czynna pobór,
- f. Stan liczydła energii czynnej 1.8.0 , 2.8.0 , 15.8.0,
- g. Stan liczydeł energii czynnej w strefach 1.8.T , 2.8.T , 15.8.T,
- h. Kod błędu.

Zamawiający w tym punkcie nie narzuca jak ma wyglądać skrócony opis wartości mierzonej, tylko ponad wszelką wątpliwość ustala tutaj wielkości, jakie miały być nadrukowane na obudowie licznika lub osłonie skrzynki zaciskowej. Odwołujący nie umieścił kodu OBIS wraz z opisem parametru z punktu e. tj. moc maksymalna czynna pobór. W tym miejscu umieścił zupełnie inną wartość mierzona tj. moc maksymalna mierzona w obu kierunkach przepływu prądu. Nie można tu mówić, ani o omyłce, ani o możliwości poprawy. Odwołujący podobnie jak Zamawiający w sposób profesjonalny i techniczny porusza się po tematach związanych z pomiarem energii elektrycznej. Nie ma tu miejsca na słowa omyłka. Odwołujący miał czas na zadawanie pytań do Zamawiającego w sytuacji, gdyby zapisy budziły jego wątpliwości. Według naszej wiedzy w tym zakresie takich pytań nie zadał.

Informuje też, że zgodnie z zapisem Zamawiającego, w/w parametry miały być naniesione na obudowę licznika w sposób „ bez możliwości usunięcia” a co za tym idzie również bez

możliwości poprawy. Więc propozycja Odwołującego, że Zamawiający mógł i miał obowiązek ją poprawić absolutnie jest niezasadna. Napisy na obudowę licznika zostały naniesione drukarką laserową, która jednorazowo wypala je w obudowie licznika. Uniemożliwia to w przyszłości manipulacje przez klientów Zamawiającego.

Zamawiający sprecyzował tylko jednoznacznie, jakie rejestry oferenci mają obowiązek nanieść na obudowę licznika. Opisy miały mieć skróconą formę i odnosić się w sposób czytelny do wielkości mierzonych przez licznik. W takiej sytuacji nie może być mowy o pomyłkach w opisie na próbkach liczników złożonych przez Przystępującego. Komisja badająca próbki liczników powołana przez Zamawiającego składała się na pewno z profesjonalnie przygotowanych fachowców w dziedzinie obsługi liczników. Żaden z oferentów nie znał jej składu i nie brał udziału w badaniu liczników. Taka sytuacja mogła mieć miejsce w sytuacji dyskusyjnej. Taka sytuacja nie zaistniała i w związku z tym badanie jest ważne i jednoznaczne. Zaoferowany licznik przez Odwołującego nie posiadał również możliwości ustawienia jednocześnie profilu dla mierzonych wielkości P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4 w cyklach uśredniania 60 min przez okres 60 dni. Dostęp do liczników przez służby Odwołującego mogło spowodować przez port optyczny licznika zmianę funkcjonalności licznika i mogło to narazić Zamawiającego na zarzut o nierównym traktowaniu.

Z jakiś powodów, znanych tylko Odwołującemu jego oferta została przygotowana w sposób niewłaściwy, niespełniający wymagań zapisanych przez Zamawiającego w SIWZ i podlega ewidentnemu odrzuceniu.

Podkreślam jednocześnie, że oferta Przystępującego została pozytywnie oceniona przez komisję badającą wzory pod kątem spełnienia wszystkich wymagań SIWZ. Zarzut bezpodstawny.

Ad. Zarzutu 3 - Wniosek Odwołującego jest bezcelowy. Ze wszystkich dokumentów i oświadczeń złożonych w ramach postępowania wynika, że Przystępujący spełnia wymagania w zakresie pochodzenia towaru, a towar oferowany tj. liczniki są produkowane w kraju należącym do Unii Europejskiej tj. w Słowenii. Zarzut bezpodstawny.

Ad. Zarzutu 4 - Informujemy, że Odwołujący nie ma podstaw powoływać się na art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż w stosunku do wszystkich złożonych dokumentów w postępowaniu dotyczących próbek liczników, konstrukcji i wykonania liczników oraz służb producenta posiadających specjalistyczne uprawnienia nadane przez Centralny Urząd Celny w Słowenii tj. firmy ISKRAEMECO opatrzonych klauzulą „Tajemnica firmy” zaszyły trzy przesłanki, o których mowa w ustawie tj.:

- informacje muszą mieć charakter techniczny i organizacyjny
- informacje nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej

- w stosunku do tych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności. Zarzut bezpodstawny.

Ad. Zarzut 5 i 6 - Zamawiający dopełnił wszelkich starań, aby na podstawie posiadanych informacji tj. oferty, próbek liczników oraz zawartych innych informacji w ofertach, zgodnie z prawem ocenić oferty i na tej podstawie miał obowiązek odrzucić ofertę Odwołującego. Wybrać, jako wygrywającą ofertę Przystępującego. Zarzuty bezpodstawne.

W świetle powyższego, zdaniem Konsorcjum, wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany zgodnie z SIWZ i przepisami ustawy Pzp.”

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Politech Sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Elektrometr D..... S....., z siedzibą w Świdnicy do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając że wykonawca posiada niewątpliwy interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania w mocy wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia – zadanie nr 2.

W dniu 31 marca 2014 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie do sprawy sygn. akt KIO 555/14, następującej treści.

„Zamawiający w odpowiedzi na wniesione przez odwołującego się odwołanie - bez odnoszenia się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy - wnosi o odrzucenie w całości odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t. jedn. z Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), jako wniesione przez podmiot nieuprawniony z uwagi na brak interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zadaniu nr 2. Uzasadnienie.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest „Dostawa komunalnych liczników energii elektrycznej na rok 2014”, (...).

Zamawiający podzielił przedmiotowe postępowanie na dwie części (dopuszczając złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału na jedno lub więcej zadań), tj.:

1. zadanie nr 1 - Dostawa komunalnych liczników energii elektrycznej na 2014 r. (liczniki 1 fazowe);
2. zadanie nr 2 - Dostawa komunalnych liczników energii elektrycznej na 2014 r. (liczniki 3 fazowe).

Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowe odwołanie Apator S.A. dotyczy wyłącznie czynności zamawiającego dokonanych w postępowaniu w zakresie zadania nr 2.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił następujące kryteria oceny (pkt 9.1 SIWZ):

4. Cena oferty-waga 70%

5. Parametry techniczne - waga 20%

6. Okres gwarancji - waga 10%

W przypadku przywrócenia oferty odwołującego do przedmiotowego postępowania stosowna punktacja złożonych ważnych ofert przedstawiałaby się następująco:

ZADANIE 2 - LICZNIKI 3 FAZOWE						
Wykonawca	cena jednost netto	cena całkowita	par. techniczne	gwarancja [m-c]	gwarancja [lata]	Uwagi
Politech	124,54	11 966596,52	4	96	8	
Apator	114,00	10 953846,18	2	96	8	
ZPA	105,00	10 089068,85	-	96	8	Oferta odrzucona
	PUNKTACJA ŁĄCZNA	pkt. cena	pkt. par. tech.	Pakt gwarancja		
Politech	94,08	64,08	20,00	10,00		
Apator	90,00	70,00	10,00	10,00		

Z powyższego wynika jednoznacznie, że w przypadku uwzględnienia przez KIO odwołania, odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia z uwagi na zajęcie w rankingu złożonych ofert drugiego miejsca, jego sytuacja zatem nie uległaby zmianie.

Nadto, co istotne odwołujący nie wnosi żadnych zarzutów co do prawidłowości złożonej oferty przez zwycięskiego wykonawcę, tj. Konsorcjum Politech Sp. z o.o. i D..... S....., a jedynie wnosi o „przywrócenie” własnej oferty do postępowania. Nadto, odwołujący nie kwestionuje również uzyskanej oceny własnej oferty w ramach kryteriów oceny oferty (Parametry techniczne) dokonanej przez zamawiającego.

Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.05.2013 r. o sygn. akt KIO 1025/13 legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia. Stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym

odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany jest wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (opubl. Legalis nr 736605).

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie wykazał spełnienia pierwszej przesłanki, bowiem nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem jego odwołanie podlega odrzuceniu.”

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jak wynika z powiadomienia, oferta odwołującego, jako podlegająca odrzuceniu nie została przez zamawiającego oceniona według kryteriów, zatem nie otrzymała żadnej punktacji, na której zamawiający opierał swój wniosek, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, gdyż i tak jego oferta zajęłaby drugą lokatę. Ponadto ewentualny brak interesu po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie kwalifikowany jest, jako przesłanka merytoryczna – powodująca oddalenie odwołania, a nie jego odrzucenie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego.

Złożony przez odwołującego dowód – z wyników badań własnych liczników, nie mógł stanowić podstawy do podważenia oceny testowej zamawiającego w tym zakresie, opartej na upoważnieniu wyznaczonym w warunkach zaakceptowanej przez wykonawców SIWZ.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o wynikach przetargu i do protokołu rozprawy przedstawił stosowną argumentację.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z dokumentacji przetargowej wynika, jak niżej.

SIWZ na oferty wstępne nosi datę 13.12.2013 r. i została wykonawcom przekazana wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych.

SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia. Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

I – liczniki jednofazowe; II - liczniki trójfazowe.

Punkt 3.6. SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w rozdziale II SIWZ.

Punkt 7.2. SIWZ oferta wstępna musi zawierać niżej wymienione dokumenty:

- b) Wypełniony i podpisany formularz oferty wstępnej wraz z załącznikiem „wymagania techniczne” (zał. nr 1 do SIWZ) Wykonawca zobowiązany jest również do złożenia oferty w wersji elektronicznej (...).

Punkt 12.1. SIWZ zamawiający odrzuci ofertę wstępną, jeżeli jej treść nie odpowiada treści Formularz oferty wstępnej miał potwierdzać spełnienie przez oferowane liczniki wymagań technicznych zawartych w rozdziale II SIWZ.

Na etapie badania oferty wstępnej nie były wymagane dokumenty potwierdzające ani przedstawienie liczników do badań. Oferta wstępna stanowiła jedynie oświadczenie, zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Oferta wstępna stanowiła „stanowisko wykonawcy” w sprawie załącznika nr II do SIWZ, które były przedmiotem dalszych negocjacji. Zamawiający nie odrzucił oferty wstępnej odwołującego - jako niezgodnej z SIWZ.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia podaje rozdział II SIWZ.

2.1.5 Oprogramowanie do liczników powinno spełniać poniższe wymagania:

- a) umożliwiać dokonanie przez interfejs optyczny i elektryczny licznika parametryzacji licznika, odczytu danych rozliczeniowych bieżących i archiwalnych, profili obciążenia;
- b) umożliwiać kasowanie alarmów i statusów występujących w licznikach;
- c) być zabezpieczone przed użyciem przez osoby nieuprawnione;
- d) oprogramowanie przystosowane do pracy na przenośnych komputerach typu laptop z systemem operacyjnym Windows XP;
- e) umożliwiać zaprogramowanie liczników w każdej z grup taryfowych zgodnie z obowiązującą Taryfą dla usług dystrybucji energii elektrycznej ENEA Operator Sp. z o.o.,
- h) umożliwiać wizualizację konfiguracji licznika w programie i jej eksport do plików w formacie ~TXT lub XLS;
- i) umożliwiać wizualizację danych pomiarowo-rozliczeniowych w programie i eksport danych pomiarowo-rozliczeniowych z programu do plików w formacie: ~TXT lub XLS;
- j) zapewniać co najmniej dwa poziomy dostępu do licznika i plików parametryzujących:
 - poziom 1 - umożliwiający wyłącznie odczyt danych pomiarowych i konfiguracji z licznika i z pliku parametryzującego;
 - poziom 2 - umożliwiający odczyt danych pomiarowych i konfiguracji z licznika i z pliku parametryzującego, zapis nastaw konfiguracyjnych do pliku parametryzującego, a po

zerwaniu plomby z przycisku kasowania i wprowadzenia licznika w tryb parametryzacji, zmianę konfiguracji licznika w pełnym zakresie, zgodnie z dokumentacją techniczną licznika.

Specyfikacja z dnia 13 grudnia 2013 r. oraz z dnia 30 stycznia 2014 r. przy złożeniu oferty ostatecznej przewidywała:

2.1.6 W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w niniejszej SIWZ, zamawiający żąda w ofercie ostatecznej przedstawienia następujących dokumentów:

- dokumenty dopuszczające zaoferowane liczniki do obrotu lub użytkowania w wyniku oceny zgodności, które spełniają wymagania określone w SIWZ.

2.1.7 W ofercie ostatecznej muszą być zamieszczone:

- kserokopie wszelkich uzyskanych atestów i certyfikatów dotyczących oferowanego wyrobu;

- deklaracje zgodności CE;

- dokumentacje techniczne, instrukcje obsługi, instrukcje serwisowe, instrukcje montażowe dla wszystkich dostarczonych urządzeń;

- dostarczenie kart katalogowych baterii;

- dla celów testowych Wykonawca dostarczy dla każdego zadania po 1 egzemplarzu kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami).

2.1.8 Zamawiający żąda przedłożenia:

- po 2 kompletne egzemplarze zaoferowanych liczników wraz ze zgodą na przebadanie przedłożonych liczników przez Zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez Zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami. Dołączone do oferty egzemplarze oferowanych przez wykonawcę liczników stanowią jej treść i nie podlegają uzupełnieniu.

W ofercie Wykonawca może zamieścić dodatkowe materiały, które nie zostały wyszczególnione w wymaganiach ogólnych np.: zestawienie dodatkowych właściwości technicznych lub parametrów znamionowych, które producent uważa za istotne w oferowanym produkcie.

W dniu 13 grudnia 2013 r. zamawiający zaprosił odwołującego do złożenia oferty wstępnej w terminie do 27 grudnia 2013 r. poprzez wypełnienie formularza wzór oferty wstępnej oraz stosownych załączników.

Odwołujący APATOR S.A. w załączniku formularzu oferty wstępnej zaferował typ (model) licznika 3-fazowego – CORAX 3 i potwierdził spełnianie wymaganych parametrów, za wyjątkiem poz. 12,54,57, co do których proponował wprowadzenie zmian.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 30.01.2014 r. przesłanej wykonawcom zaproszonym do składania ofert ostatecznych, zamawiający w rozdziale II SIWZ Opis przedmiotu zamówienia podał w odniesieniu do zarzutów odwołania - te same parametry – jak w SIWZ przekazanej wykonawcom przy złożeniu ofert wstępnych, za wyjątkiem parametrów niezwiązanych z zarzutami odwołania, a w zakresie objętym zarzutami odwołania wniesionego przez Apator zmienił w pkt 2.1.3 ppkt 58 załącznika rozdziału II do SIWZ. Licznik powinien posiadać pamięć profilu obciążenia pozwalającą na rejestrację wielkości energii (P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4) dla cyklu uśredniania 60 minutowego przez okres 63 dni, a było pierwotnie 252 dni.

Wprowadził również w pkt 43 załącznika II do SIWZ zmianę w zakresie oznaczenia liczników kodem OBIS dla określonych rejestrów.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił następujące kryteria oceny (pkt 9.1 SIWZ):

1. Cena oferty-waga 70%
 2. Parametry techniczne - waga 20%,
 3. Okres gwarancji - waga 10%,
- przy czym parametry techniczne miały być oceniane:
- a) klasa dokładności dla energii czynnej co najmniej B (B1+25 pkt)
 - b) skrzynka zaciskowa licznika z zaciskami klatkowymi (zaciski zwijane) B2=25 pkt
 - c) wejście taryfowe do przełączania stref B3=25 pkt
 - d) dioda impulsowa energii czynnej świecąca przy braku przepływu energii B4=25 pkt.

Po uznaniu, że oferta wstępna odwołującego APATOR S.A. nie podlega odrzuceniu (art. 58 ust. 1 Pzp) zamawiający zaprosił odwołującego do przeprowadzenia negocjacji.

Zamawiający zaprosił odwołującego wykonawcę APATOR S.A. w dniu 30 stycznia 2014 r. do złożenia oferty ostatecznej, przyjmując do wiadomości zmiany zaproponowane podczas negocjacji.

W zakresie części 2 zamówienia na liczniki 3 fazowe oferty ostateczne złożyli:

1. APATOR S.A. w Toruniu, cena 10 953 846,18 zł brutto,
2. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Politech Sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Elektrometr D..... S....., z siedzibą w Świdnicy, cena – 11 966 596,52 zł brutto,

3. ZPA Smart Energy a.s. – oferta odrzucona.

W ofercie ostatecznej, opatrzonej datą 10 luty 2014 r. odwołujący APATOR S.A. składał jedynie formularz ofertowy z ceną i z deklaracją, że „oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, za cenę (...). Punkt f) - akceptujemy treść SIWZ.

Do oferty wykonawca załączył wymagane kserokopie uzyskanych atestów i certyfikatów dotyczących oferowanego wyrobu;

- deklaracje zgodności CE;
- dokumentacje techniczne, instrukcje obsługi, instrukcje serwisowe, instrukcje montażowe dla wszystkich dostarczonych urządzeń;
- karty katalogowe baterii.

Okolicznością bezsporną pozostaje, że wykonawca APATOR S.A. dołączył po 2 kompletne egzemplarze zaoferowanych liczników wraz ze zgodą na ich przebadanie przez zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez zamawiającego oraz zgodą na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami. Odwołujący APATOR S.A. jest producentem oferowanych liczników.

Dołączył również laptopa z oprogramowaniem do parametryzacji liczników celem umożliwienia wykonania testów.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Elektrometer” D..... S..... w Świdnicy, w jawnej części swojej oferty podało, że producentem oferowanych liczników jest Iskraemeco dd, Savska loka 4, 4000 Kranj, Slovenia. W niejawnej części oferty znajdują się dokumenty potwierdzające wymagany udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej i związanych umową o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekraczający 50% komponentów. Z treści przystąpienia, które nie zostało utajnione wynika, że zgodnie z procedurą obowiązującą w Słowenii producent ten był uprawniony, aby we własnym zakresie potwierdzać spełnienie preferencji unijnych przez dedykowanych pracowników.

Zamawiający wzywał przystępującego do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych dokumentów i analizował uzyskane wyjaśnienia.

W protokole z dnia 10.03.2014 r. informacji z badania liczników, załącznik do protokołu postępowania podano: „II. APATOR S.A. Centrum Ostaszewo 57C, 87-148 Łysomice:

Licznik 3 fazowy typu Corax 3 nr fabryczny 70887467 - licznik nie spełnia wymagań technicznych określonych w SIWZ przez Zamawiającego:

- Punkt 2.1.3 pozycja 58, tj. Liczniki powinny posiadać pamięć profilu obciążenia pozwalającą na rejestrację wielkości energii (P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4) dla cyklu uśredniania 60-minutowego przez okres, co najmniej 63 dni.

Licznik zaoferowany przez wykonawcę nie pozwala na rejestrację wielkości energii dla profilu Q4.

Zamawiający wyjaśniał, że są to dane, które są mu potrzebne do jego działalności, do stwierdzenia charakteru odbioru energii przez danego klienta i profilu. Co godzinę są zapisywane oznaczone dane. Zamawiający ma możliwość poprzez dostęp do tego urządzenia pomiarowego stwierdzić te dane. Licznik musi te dane utrzymywać przez, co najmniej 63 dni. Zamawiający w wyniku testów licznika produkcji APATOR stwierdził, że oferowany licznik nie dokonuje pomiaru profilu Q4.

- Punkt 2.1.3 pozycja 40 lit. e) SIWZ. Błędny kod OBIS na obudowie (jest 15.6.0 zamiast 1.6.0).

Zamawiający wyjaśniał, że miało to być trwałe oznakowanie dla wyznaczonych rejestrów. Kod OBIS na obudowie licznika wskazuje szereg danych. Wskazany kod 15.6.0 nie dotyczył danej mocy maksymalnej czynnej poboru takiej, jaką zamawiający wymagał. Gdyby był wskazany kod 1.6.0 to wówczas wskazywałoby, że moc maksymalna czynna poboru przez to urządzenie byłaby właściwa taka, jaką zamawiający oznaczył w postanowieniach rozdziału II SIWZ, a jeżeli obudowa jest oznaczona kodem OBIS 15.6.0 to wskazuje, że dany licznik nie ma wymaganej mocy maksymalnej czynnej poboru, lub też może mieć taką moc.

Zamawiający wyjaśniał, że kodów OBIS może być wiele dla różnorodnych układów rejestrów. Zamawiającego *stricte* interesował rejestr 1.6.0. Odwołujący w ofercie wstępnej zaoferował dostarczenie licznika z kodem OBIS na obudowie 1.6.0 dla wymienionych w SIWZ rejestrów, w tym moc maksymalna czynna poboru.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty APATOR S.A. z dnia 11 marca 2014 r. podał następujące uzasadnienie tej czynności.

„I. APATOR S.A. Centrum Ostaszewo 57C, 87-148 Łysomice. Ofertę odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający odrzuca ofertę w zakresie Zadania 2, albowiem jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

- odnośnie punktu 2.1.3 pozycja 58, tj. Liczniki powinny posiadać pamięć profilu obciążenia pozwalającą na rejestrację wielkości energii (P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4) dla cyklu uśredniania 60-minutowego przez okres co najmniej 63 dni. Licznik zaoferowany przez wykonawcę nie pozwala na rejestrację wielkości energii dla profilu Q4.

- Błędny kod OBIS na obudowie (jest 15.6.0 zamiast 1.6.0), co jest niezgodne z treścią punktu 2.1.3 pozycja 43 lit. e) SIWZ.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wykonawcy wybranego miała szansę zostać wybrana (punktacja w kryterium jakościowym nie została odwołującemu podana). Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny jego oferty - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły go narażać na poniesienie szkody.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, należało uwzględnić, że zamawiający wymagał przedstawienia wraz ofertą ostateczną 2 egzemplarzy oferowanych liczników w celu przeprowadzenia procedury testowej, w wyniku, której mógł ocenić, czy zobowiązanie wykonawcy i zaoferowanie produktu o oznaczonych cechach technicznych, a w szczególności funkcjonalnych opartych na oprogramowaniu tych urządzeń – posiada realne podstawy. Przeprowadzanie procedury testowej zwłaszcza w odniesieniu do systemów komputerowych, stosowanych rozwiązań systemowo-sprzętowych jest rozpowszechnione w postępowaniach przetargowych i nie budzi wątpliwości.

Brak wykazania podczas procedury testowej zakresu wyznaczonych obligatoryjnych parametrów i funkcjonalności podlegających sprawdzeniu, powoduje że zachodzą podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że treść takiej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzuty, że oferta odwołującego spełnia wymagania SIWZ podane w rozdziale II - Opis przedmiotu zamówienia, punkt 2.1.3 wymagania dla liczników 3-fazowych w pozycji 58, aby liczniki 3-fazowe posiadały pamięć profilu obciążenia pozwalającą na rejestrację wielkości energii (P+, P-, Q1, Q2, Q3, Q4) dla cyklu uśredniania 60 minutowego przez okres, co najmniej 63 dni - w odniesieniu do profilu Q4 - nie mogły zostać uwzględnione.

Przeprowadzone procedura testowa nie potwierdziła, że zgodnie z ww. wymaganiami oferowany przez odwołującego licznik 3-fazowy o nazwie Corax 3 spełnia wszystkie parametry wskazane przez zamawiającego, a w szczególności że pozwala na rejestrację wielkość energii dla profilu Q4 zgodnie z wymogiem punktu 2.1.3. pozycja 58 SIWZ – o czym zaświadcza wynik testów.

Poprzez zaakceptowanie w formularzu ofertowym postanowień SIWZ, a także w osobno złożonym oświadczeniu - odwołujący dał zamawiającemu zgodnie z punktem 2.1.8 rozdziału II SIWZ pełne upoważnienie na przebadanie przedłożonych liczników - przez zamawiającego lub laboratorium wskazane do tej czynności przez zamawiającego oraz

zgodę na zdjęcie plomb producenta z przedłożonych liczników (ich otwarcie) w celu weryfikacji zgodności z przedmiotem zamówienia i przedłożonymi dokumentami. Liczył się zatem wynik oceny dokonanej przez zamawiającego. Okoliczność, iż odwołujący w trakcie własnych badań tego samego modelu liczników uzyskał kompletne potwierdzenie spełniania deklarowanych funkcjonalności – nie mogła zostać uwzględniona przez Izbę.

Dołączone do oferty egzemplarze oferowanych przez wykonawcę liczników, zgodnie z wyznaczonymi warunkami SIWZ stanowiły treść oferty, w aspekcie wykazania wszystkich obligatoryjnych parametrów i funkcjonalności, którymi urządzenie to miało się charakteryzować.

Sposób przeprowadzenia procedury testowej zgodnie z ustalonymi warunkami, został pozostawiony wyłącznie w gestii zamawiającego. Nie zachodziły, zatem żadne podstawy, aby wzywać odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień. Zamawiający nie zarzucał ofercie odwołującego, że „nie mógł zbadać kwestionowanej funkcji,” ale że oferowane liczniki nie pozwalają na rejestrację wielkości energii dla profilu Q4 zgodnie z wymogiem punktu 2.1.3. pozycja 58 SIWZ.

Zarzuty odwołującego, że zamawiający zastosował niewłaściwą procedurę badania licznika w zakresie kwestionowanej funkcji, dlatego wystąpiły rozbieżności wyników badań, czy też, że dokonywano badań bez udziału wykonawców oraz w nieznanymi warunkach, w jakich testy były wykonywane, do tego przez osoby o nieznanymi kompetencjach - w świetle podanych w SIWZ i przyjętych przez wykonawców zasad procedury testowej nie podlegały uwzględnieniu.

Twierdzenia odwołującego, że dokonano błędnej oceny zaoferowanego licznika lub oceniano ten punkt po wcześniejszym przeparametryzowaniu licznika na rejestrację w profilu innych wielkości energii niż podlegało ocenie – nie zostały dowiedzione.

Procedura testowa nie została dokładnie opisana w SIWZ. Wynik testów pokazał, że oferowany licznik Corax 3 produkcji APATOR S.A. nie dokonuje pomiaru dla profilu Q4.

Zgłaszany zarzut należało zakwalifikować, jako odnoszący się do postanowień SIWZ i tym samym spóźniony w świetle postanowień art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Okoliczności, że badania były dokonywane przez zamawiającego bez udziału wykonawców, ponadto nie są odwołującemu znane warunki w jakich były wykonywane, ani nawet kompetencje osób dokonujących takich badań, wobec braku regulacji w SIWZ w tym zakresie, pozostawały bez znaczenia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała w razie negatywnych wyników testów, że zamawiający powinien je zweryfikować poprzez zgłoszenie tego faktu do wykonawcy.

Jeżeli odwołujący uznawał, że opis przedmiotu zamówienia, czy sposób oceny ofert (w tym przeprowadzenia testów) - wbrew postanowieniom art. 29 ustawy Pzp - narusza zasady uczciwej konkurencji, bądź jest niepełny, mógł wnieść odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane. Zamawiający oraz wykonawcy uczestniczący w przetargu są nimi bezwzględnie związani. Obowiązek przestrzegania na każdym etapie postępowania postanowień SIWZ jest nie tylko wyrazem formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi również realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2009 r., KIO/UZP 133/09). Krajowa Izba Odwoławcza, poddaje skarżone czynności zamawiającego weryfikacji, w tym ustala czy miały one umocowanie w wiążących postanowieniach SIWZ.

Brak więc podstaw do rewidowania wyników oceny przeprowadzonych badań liczników, która wykazała, że nie spełniają one wszystkich obligatoryjnych wymagań. Zamawiający oparł czynność odrzucenia oferty odwołującego na wynikach przeprowadzonych testów.

Wobec niewyznaczenia w SIWZ szczegółowego zakresu i trybu przeprowadzenia testów liczników, Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia ustalonych zasad procedury testowej, aby nakazać zamawiającemu powtórzenie tych czynności.

Okoliczność przyznaną stanowiło, że odwołujący niezgodnie z punktem 2.1.3 pozycja 43 lit. e) SIWZ podał błędny kod OBIS na obudowie (jest 15.6.0 zamiast 1.6.0). Nie umieścił kodu OBIS wraz z opisem parametru z punktu e. tj. moc maksymalna czynna pobór. W tym miejscu umieścił zupełnie inną wartość mierzoną tj. moc maksymalna mierzona w obu kierunkach przepływu prądu.

Oznaczenie liczników w sposób trwały kodem OBIS obejmowało umieszczenie bez możliwości usunięcia następujących kodów OBIS wraz z ich skróconym objaśnieniem dla wymienionych rejestrów:

- a. Oznaczenie grupy taryfowej,
- b. Numer licznika,
- c. Data,
- d. Czas,
- e. Moc maksymalna czynna pobór,
- f. Stan liczydła energii czynnej 1.8.0 , 2.8.0 , 15.8.0,

- g. Stan liczydeł energii czynnej w strefach 1.8.T , 2.8.T , 15.8.T,
- h. Kod błędu.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że podanie niewłaściwego kodu OBIS, nieobejmującego pozycji „Moc maksymalna czynna pobór,” było wynikiem jego omyłki. Oprócz swego stwierdzenia, że omyłkowo podał kody OBIS nie wskazał z czego wyniknęła taka omyłka.

Oznaczenia na tablicy znamionowej liczników w zakresie kodów, które mają znaczenie dla ich eksploatacji, tzn. właściwy kod, który jest niezbędny do tego, aby pracownik zamawiającego mógł ustalić z jakim urządzeniem ma do czynienia - i co konkretnie może odczytać ze wskazań danego licznika i jego wyświetlacza - stanowi o spełnieniu istotnej funkcji użytkowej, a tym samym dotyczy treści oferty.

W ocenie Izby trwałe oznaczenie na obudowie (tablica znamionowa) parametrów mierzonych przez oferowany licznik, biorąc pod uwagę charakter tego urządzenia - jako narzędzia pomiarowego, należy do istotnej treści oferty i nie może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż stanowiłoby to nadmierną ingerencję w istotną treść oferty. Nie można tu, zatem mówić, ani o omyłce, ani o możliwości poprawy.

Skarżone w odwołaniu działania zamawiającego nie naruszają wskazanych w odwołaniu przepisów również w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: *„Oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1567/09).

Z ugruntowanego orzecznictwa Izby wynika również, że nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku, muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach.

Nie podlegał również uwzględnieniu zarzut bezpodstawnego braku odtajnienia w ofercie przystępującego konsorcjum firm PPH Politech Sp. z o.o. i PPHU Elektrometer D..... S....., dokumentu świadectwa pochodzenia towarów - potwierdzającego, że zgodnie z art. 138c ust. 1pkt 4 Pzp udział towarów w jego ofercie przekracza 50%

towarów z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu.

Producentem oferowanych liczników jest firma Iskraemeco dd, Savska loka 4, 4000 Kranj, Slovenia, co podano w jawnej części oferty. W niejawniej części oferty znajdują się dokumenty potwierdzające wymagany udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej i związanych umową o równym traktowaniu przedsiębiorców.

Producent ma siedzibę w Słowenii, a więc kraju należącym do Wspólnoty Europejskiej. Potwierdzenie tej okoliczności podlega ustawodawstwu kraju wystawienia odpowiedniego zaświadczenia, a więc nie zawsze będzie to dokument o charakterze urzędowym, z reguły podlegający udostępnieniu.

Wbrew zarzutom odwołania, zamawiający zweryfikował podstawy do zastrzeżenia świadectwa pochodzenia towaru – jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego i zasadnie nie dokonał wnioskowanego przez odwołującego odtajnienia przedmiotowego dokumentu.

Tak, jak podał przystępujący w nieutajnionym piśmie w sprawie zgłoszenia przystąpienia, odwołujący nie ma podstaw powoływać się na art. 8 ustawy Pzp, gdyż przepis art. 8 ust. 3 Pzp ustanawia uprawniony wyjątek od zasady jawności postępowania. Zostały wykazane przesłanki utajnienia kwestionowanych informacji określone w art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z 2003 r. ze zm.), gdyż w stosunku do złożonych dokumentów w niniejszym postępowaniu - wystawionych przez służby producenta posiadające specjalistyczne uprawnienia nadane przez Centralny Urząd Celny w Słowenii tj. firmy ISKRAEMECO opatrzonych klauzulą „tajemnica firmy” zaszły łącznie przesłanki, o których mowa w tej ustawie tj.:

- a) informacje mają charakter techniczny, organizacyjny, a zwłaszcza handlowy,
- b) informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- c) w stosunku do tych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wbrew zarzutom odwołującego, opisany dokument potwierdzenia pochodzenia towarów mógł być przedmiotem skutecznego wyłączenia jawności na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło, że zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust, 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, gdyż oferta nie spełniała wszystkich obligatoryjnych wymagań określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego polegającej na niezgodności oferty z SIWZ w przedmiocie kodu OBIS umieszczonego na obudowie licznika, gdyż kod ten należy do trwałych oznaczeń przedmiotu zamówienia, związanych z jej właściwościami; brak podstaw do uznania niezgodności za wynik omyłki kwalifikującej się do poprawy;
- 3) art. 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia odwołującemu pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm PPH „Politech” Sp. z o.o. i PPHU „Elektrometer, D..... S..... i odmowę udostępnienia odwołującemu treści oferty w zakresie „świadczenia pochodzenia towaru” jakie należało dołączyć do oświadczenia wykonawcy w zakresie pochodzenia towaru, gdyż wbrew argumentom odwołującego – przedstawiony dokument nie pochodzi od organu państwowego.
- 4) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 8 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że świadectwo pochodzenia towarów przedłożone przez konsorcjum firm PPH „Politech” Sp. z o.o. i PPHU „Elektrometer” D..... S....., może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż zostały spełnione przesłanki uznania dokumentu za tajemnicę przedsiębiorstwa,

Oferta odwołującego była merytorycznie wadliwa i nie mogła podlegać uzupełnieniu w żadnym z dopuszczalnych w ustawie Pzp trybów, art. 87 ust 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 ustawy, ani wyjaśnieniom w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp - działania konieczne dla usunięcia nieprawidłowości - musiałby ingerować w istotną treść złożonej oferty i ją modyfikować oraz uzupełniać po wyznaczonym terminie złożenia.

Oferta odwołującego w swej istotnej treści nie odpowiada wymaganiom treści SIWZ, zatem zamawiający był zobligowany odrzucić tę ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia zasad postępowania wynikających z art. 7 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzuty odwołania wobec wadliwego przygotowania postępowania według postanowień SIWZ - w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności do procedury testowej liczników - w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp - nie są dopuszczalne na etapie po wyborze oferty.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....