

Sygn. akt: KIO 121/14

**WYROK**  
z dnia 11 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie (30-702), ul. Tadeusza Romanowicza 6 oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Trancsics M u. 11, H-2101 Godollo, Węgry** w postępowaniu prowadzonym wspólnie przez zamawiających: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna (26-110), al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 51, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin (20-340), ul. Garbarska 21 oraz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość (22-400), ul. Koźmiana 1, którzy wyznaczyli spośród siebie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz**

przy udziale wykonawcy: **Fabryka Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S. A. w Świdnicy (58-100), ul. Łukasińskiego 26** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającym: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna (26-110), al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 51, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin (20-340), ul. Garbarska 21 oraz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość (22-400), ul. Koźmiana 1, którzy wyznaczyli spośród siebie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty**

**złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie (30-702), ul. Tadeusza Romanowicza 6 oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Trancsics M u. 11, H-2101 Godollo, Węgry, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiających: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna (26-110), al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 51, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin (20-340), ul. Garbarska 21 oraz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość (22-400), ul. Koźmiana 1, którzy wyznaczyli spośród siebie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie (30-702), ul. Tadeusza Romanowicza 6 oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Trancsics M u. 11, H-2101 Godollo, Węgry** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiających: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna (26-110), al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 51, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin(20-340), ul. Garbarska 21 oraz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość (22-400), ul. Koźmiana 1, którzy wyznaczyli spośród siebie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie (30-702), ul. Tadeusza Romanowicza 6 oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Trancsics M u. 11, H-2101 Godollo, Węgry** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej – liczników elektromechanicznych dla potrzeb PGE Dystrybucja S.A.” zostało wszczęte wspólnie przez zamawiających: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna , PGE Dystrybucja S.A. Oddział Lublin oraz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Zamość którzy wyznaczyli spośród siebie PGE Dystrybucja S.A. Oddział Skarżysko-Kamienna do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz, a zwanych dalej łącznie Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 195-337322) w dniu 8 października 2013 r.

W dniu 24 stycznia 2014 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Węgry, zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego podjętych w zakresie zadania nr 2. W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia

- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie złożonej przez niego oferty,
- art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zastosowanie polegające na dokonaniu zmiany typu licznika podanego w formularzu oferty wykonawcy FAP PAFAL S.A.,
- art. 8 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie protokołu, poprzez naruszenie jawności postępowania przez udostępnienie tylko protokołu postępowania bez zawnioskowanych przez Odwołującego załączników.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Fabryka Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S. A. w Świdnicy oraz wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 2.

W dniu 27 stycznia 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Fabryka Aparatury Pomiarowej „PAFAL” S. A. w Świdnicy, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty i zdjęcia przedstawione przez Strony w toku postępowania odwoławczego, w tym również wraz z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, zgodnie z treścią pkt 5.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), podzielił zamówienie na dwie części, przy czym zadanie nr 2 obejmowało dostawę liczników bezpośrednich, elektromechanicznych, energii czynnej, jednostrefowych, 3-fazowych. W pkt 5.3 SIWZ zawarte zostało wskazanie, iż szczegółowy opis wymagań technicznych znajduje się w Specyfikacji Technicznej (ST) stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ.

W rozdziale 14 SIWZ – „*Elementy składowe oferty*” – Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, w celu potwierdzenia, że oferowane przez nich dostawy odpowiadają wymaganiom opisanym w SIWZ, złożyli mu m.in. karty katalogowe lub inne dokumenty

potwierdzające parametry techniczne (pkt 14.17 SIWZ), instrukcje obsługi oferowanych liczników (pkt 14.18 SIWZ), wzorcowe egzemplarze oferowanych typów liczników (pkt 14.19 SIWZ), kopie pisemnych deklaracji zgodności CE (pkt 14.21 SIWZ) oraz deklarację zgodności MID (pkt 14.22 SIWZ). W pkt 14.19 SIWZ Zamawiający wskazał ponadto, że wzory (dostarczone przez wykonawcę wzorcowe egzemplarze liczników) będą poddane przez niego badaniom pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ w zakresie techniczno-jakościowym. Poniżej, pod treścią pkt 14.22 SIWZ, Zamawiający poczynił kilka dodatkowych zastrzeżeń odnoszących się do wymagań stawianych przez niego dostarczonym mu licznikom oraz ich wzorcom składanym wraz z ofertami wykonawców, m.in. następujące: *„Dostarczone urządzenia będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników, w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego. Parametry oferowanych liczników, jak: zakres napięciowy, zakres prądowy, temperatury pracy, klasa dokładności, stopień ochrony obudowy będą sprawdzane na zgodność z wymaganiami na podstawie załączonych zatwierdzeń typów albo deklaracji zgodności MID, wydanych przez uprawnioną jednostkę notyfikującą lub certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę (tylko jeśli ZT lub MID nie określają wymaganego parametru). Każdy z oferowanych wzorców liczników będzie podlegał ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każdy oceniany wzór powinien spełniać określone wymogi techniczne. Negatywna ocena któregośkolwiek z wzorów będzie równoznaczna z niespełnieniem wymogów Zamawiającego. Ocena wzorów będzie dokonana zgodnie z wymaganiem Specyfikacji Technicznej pkt 1.23).”* W powołanej Specyfikacji Technicznej Zamawiający wymagał aby:

- liczniki wykonane były zgodnie z obowiązującymi na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej przepisami, między innymi: ustawą – Prawo o miarach z dnia 11 maja 2001 r., rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych, a także rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie prawnej kontroli metrologicznej przyrządów pomiarowych (pkt 1.1 ST),
- liczniki wykonane były zgodnie z normami, a w szczególności z normą PN-EN 62053:2006 Urządzenia do pomiaru energii elektrycznej (prądu przemiennego) lub normami ją zastępującymi wydanymi przez Polski Komitet Normalizacyjny (pkt 1.2 ST),

- obudowa licznika powinna być tak zbudowana, by żadne chwilowe jej odkształcenie (nie powodujące jej uszkodzenia) nie miało wpływu na prawidłową pracę licznika (pkt 1.17 ST),
- obudowa licznika oraz osłona skrzynki zaciskowej muszą umożliwić, skuteczne i nieograniczające funkcjonalności licznika, plombowanie każdej z nich przy użyciu jednej plomby, uniemożliwiając dostęp do wewnętrznych elementów licznika bez uszkodzenia oplombowania (zabezpieczenia) lub uszkodzenia obudowy bądź osłony licznika (pkt 1.21 ST),
- konstrukcja liczników powinna umożliwiać sprawdzenie jego parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych (pkt 1.23 ST). Zawarto tam wyraźne oświadczenie, iż oferowane liczniki będą przez Zamawiającego sprawdzane, wzorcowane lub legalizowane na stacjach określonych w ST.
- liczniki dostarczane w ramach zadania drugiego posiadały optyczną sygnalizację nieprawidłowej kolejności faz (pkt 2.2.9) ST) oraz optyczną sygnalizację przerwy w torze napięciowym licznika (pkt 2.2.10) ST).

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

Przed upływem terminu składania ofert dwóch wykonawców – Odwołujący i Przystępujący – złożyli Zamawiającemu swoje oferty w zakresie zadania drugiego.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego, Zamawiający uznał ostatecznie, że oferowany mu licznik nie spełnia wymagań opisanych w pkt 1.1 oraz 1.2 ST. Wskazał on, iż podczas oględzin wnętrza wzorca stwierdził, iż znajdujący się w nim element (kołek) podpierający szybę obudowy licznika nie jest stale przymocowany do ramy licznika, co umożliwia jego przemieszczanie się. W jego ocenie, badany licznik, będący po ocenie zgodności i posiadający certyfikat MID, nie spełniał wymogów określonych w „*normie PN-EN 50470 Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego), w szczególności Części 1 tej normy, tj. Wymagania ogólne, badani i warunki badań urządzeń do pomiarów (klas A, B i C), pkt 5.1 Ogólne wymagania techniczne – <<Części składowe powinny być przymocowane i zabezpieczone przez poluzowaniem się połączenia>>*”. Niezależnie od powyższego, Zamawiający stwierdził również, że licznik ten nie spełnia również wymagań określonych w pkt 1.17 ST. Jak wskazał w uzasadnieniu pisma z dnia 16 stycznia 2014 r., „*po przeprowadzeniu próby ingerencji do wnętrza licznika stwierdzono możliwość dostępu do wewnętrznych elementów bez uszkodzeń osłony oraz oplombowania. Osłona daje możliwość odkształcenia od podstawy płaskim narzędziem i*

*wprowadzenia przedmiotu obcego zakłócającego prawidłową pracę licznika. Wzór nie spełnia wymagań pkt 1.17 ST (...). Ponadto zgodnie z normą PN-EN 50470 Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) pkt 5.2.1 Wymagania - <<Obudowa licznika powinna być tak zbudowana, by żadne chwilowe jej odkształcenie nie miało wpływu na poprawną pracę licznika>>”.*

W odniesieniu do drugiej z ofert, złożonej przez Przystępującego, Zamawiający ustalił, że w formularzu ofertowym „wpisano typ licznika 6C8d zamiast 6C8dz. Załączone od oferty wzory liczników, jak również dokumentacja, w tym zatwierdzenie typu wydane przez Główny Urząd Miar (oferta str. 94-97), karty katalogowe (oferta str. 70-80) i oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków techniczno-jakościowych (oferta str. 57-60) – dotyczą licznika typu 6C8dz”. Mając to na uwadze, Zamawiający, powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, uznał zawarte w formularzu oferty wskazanie na „typ licznika 6C8d” za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a następnie poprawił treść formularza oferty złożonej przez Przystępującego, tak aby zawarte tam zostało wskazanie na „typ licznika 6C8dz”. Pismem z dnia 12 grudnia 2013 r. o podjętych przez siebie działaniach zawiadomił Przystępującego pouczając go o treści przepisu art. 87 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Przystępujący pismem z dnia 12 grudnia 2013 r. potwierdził zasadność ustaleń dokonanych przez Zamawiającego i wyraził zgodę na dokonanie stwierdzonej przez Zamawiającego omyłki.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ofertę złożoną przez Odwołującego i uznał w zakresie zadania nr 2 ofertę złożoną przez Przystępującego za najkorzystniejszą, o czym poinformował wykonawców pismem z dnia 16 stycznia 2013 r.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego podjętych w zakresie zadania nr 2, Odwołujący wniósł odwołanie.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez nieuprawnione odrzucenie złożonej przez niego oferty. Podnosił on, iż Zamawiający pierwotnie, zgodnie z treścią protokołu nr 1 z dnia 19 listopada 2013 r., uznał, że licznik oferowany przez Odwołującego odpowiada wszystkim wymaganiom opisanym w SIWZ, a w szczególności w ST. W jego ocenie, Zamawiający, powtarzając badanie próbek oraz przeprowadzając dodatkowe testy, dopuścił się naruszenia postanowień SIWZ, a tym samym przepisów ustawy Pzp. Podkreślał przy tym, iż zgodnie z pkt 14.19 SIWZ oraz pkt 1.23 ST, Zamawiający był uprawniony do wykonania sprawdzeń dostarczonych mu próbek jedynie w opisanym tam zakresie, a wszelkie



sprawdzenia wykraczające poza ten opis stanowiły naruszenie zapisów SIWZ. Twierdził także, że Zamawiający nie posiadał odpowiednich kompetencji ku temu, aby oceniać konstrukcję licznika pod kątem jego zgodności z wymogami odpowiednich norm.

Odwołujący zarzucał ponadto Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez jego nieuprawnione zastosowanie polegające na dokonaniu zmiany typu licznika podanego w formularzu oferty Przystępującego. Twierdził on, iż decydującą powinna być treść formularza oferty – Przystępujący oświadczył bowiem, „*że oferuje licznik typu 6C8d, a z drugiej strony załączył dokumenty i próbkę licznika typu 6C8dz*”. W ocenie Odwołującego Zamawiający w tej sytuacji nie był uprawniony do podjętych wobec oferty Przystępującego działań.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 8 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia w sprawie protokołu, poprzez naruszenie jawności postępowania przez udostępnienie tylko protokołu postępowania bez zawnioskowanych przez Odwołującego załączników.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż część zarzutów sformułowanych przez Odwołującego znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Dla rozstrzygnięcia o zasadności pierwszego z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, koniecznym było w pierwszej kolejności ustalenie stanu faktycznego istotnego dla rozstrzygnięcia. Zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego zaprezentowanymi w toku rozprawy, w dniu 19 listopada 2013 r. został przeprowadzony pierwszy etap sprawdzania wzorców liczników dostarczonych przez Odwołującego, zaś w dniu 3 grudnia 2013 r. przeprowadzono dalszy etap tych badań. W twierdzeniu tym zawarta została sugestia, iż zakres prób, jakim poddano badane wzorce każdego z dni badań, nie pokrywał się ze sobą i był przewidziany jako całość i objęty jednym zamiarem już w dniu 19 listopada 2013 r. Tymczasem w opinii Odwołującego, już badanie przeprowadzone w dniu 19 listopada 2013 r. wyczerpywało katalog czynności, które w świetle zapisów SIWZ uprawniony był podjąć Zamawiający w toku czynności badania przedstawionych mu wzorców. Tym samym podjęcie badań w dniu 3 grudnia 2013 r. stanowiło nieuprawnione powtórzenie tych badań,

do tego wykraczające poza zakres czynności opisanych w SIWZ, w szczególności w pkt 14.19 SIWZ oraz 1.23 ST.

W odniesieniu do zaistniałych rozbieżności co do oceny poprawności działań Zamawiającego, Izba w pierwszej kolejności uznała, iż sam fakt powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania złożonych mu wraz z ofertami wzorców liczników nie może zostać uznany, sam w sobie, za działanie sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej i podpisanie umowy z wykonawcą, który tę umowę złożył. Pamiętać przy tym należy, że Zamawiający w toku postępowania jest zobowiązany dokonywać wszelkich czynności zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Jeśliby zatem pod dokonaniu określonej czynności powziął wiedzę o naruszeniu przy jej dokonaniu przepisów ustawy Pzp uprawniony jest do jej powtórzenia (oczywiście, o ile to tylko możliwe w świetle przepisów ustawy Pzp na danym etapie postępowania), tak aby zapewnić zgodność prowadzonej przez siebie procedury z przepisami prawa. Stąd też samo powtórzenie przez Zamawiającego czynności badania przedstawionych mu próbek nie może zostać uznane za działanie naruszające przepisy prawa.

Odrębną kwestią jest to, czy takie powtórzenie czynności w rozpoznawanej sprawie miało miejsce. W ocenie Izby stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w toku rozprawy nie znajduje oparcia w dokumentach opisujących prowadzone przez niego postępowanie. W szczególności załącznik nr 1 do protokołu nr 1 z dnia 19 listopada 2013 r. zawiera odniesienia do pełnej treści ST. Co istotne, zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, znajduje się tam potwierdzenie, iż osoby wyznaczone do tego przez Zamawiającego uznały, iż liczniki oferowane przez Odwołującego spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ (pkt 1.5.a) protokołu nr 1, pkt 3 i 4 notatki nr 1 będącej załącznikiem do protokołu nr 1, a wreszcie pełna treść sprawozdania z oceny wzorców nr 1). Brak zatem podstaw, aby uznać, że badanie wzorców z dnia 3 grudnia 2013 r. było elementem pewnej większej całości zaplanowanej przed dniem 19 listopada 2013 r. Wziąć przy tym należy również pod uwagę treść pisma z dnia 27 listopada 2013 r. złożonego Zamawiającemu przez Przystępującego, w którym wykonawca ten wskazuje na elastyczną obudowę i możliwość ingerencji z zewnątrz w prace licznika, a zatem na ten sam zakres czynności, które zostały dokonane następnie przez Zamawiającego w dniu 3 grudnia 2013 r. Dlatego też badania przeprowadzone w dniu 3 grudnia 2013 r. mogą być ocenione jedynie jako działanie polegające na powtórzeniu pewnego elementu badań już raz w dniu 19 listopada 2013 r. przeprowadzonych.

Wobec dopuszczenia przez Izbę możliwości powtórzenia badań próbek, których przeprowadzenie w SIWZ zostało pierwotnie przewidziane, do rozstrzygnięcia pozostawało jedynie, czy działanie Zamawiającego podjęte w dniu 3 grudnia 2013 r. (którego wyniki wprost oddziaływały na decyzję o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty) nie wykraczało poza zapisy SIWZ oraz przepisy ustawy Pzp.

W ocenie Izby w powołanym tu zakresie podzielić należało stanowisko Odwołującego.

Zamawiający kształtując treść zapisów SIWZ, w szczególności treści pkt 14.19, treści dodatkowych zastrzeżeń zawartych pod treścią pkt 14.22 SIWZ, a także treści pkt 1.23 ST, sam wyznaczył sobie granice przysługujących mu uprawnień w zakresie badań złożonych wraz z ofertami każdego z wykonawców wzorców liczników. Tak treść tych zapisów, jak i graficzna ich prezentacja w samej SIWZ, nie pozwala uznać, jak chciałby tego Zamawiający w toku rozprawy, iż przewidział on trzy różne oceny zgodności składanych mu wzorców. W pkt 14.19 zawarte zostało ogólne stwierdzenie, iż złożone Zamawiającemu wzorce poddane zostaną badaniom pod kątem ich zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ w zakresie techniczno-jakościowym. W ocenie Izby, treść dodatkowych zastrzeżeń zawartych pod treścią pkt 14.22 SIWZ nie pozostawia wątpliwości, iż odnosi się ona do badań, o których mowa w powołanym pkt 14.19 SIWZ. Treść tychże zastrzeżeń, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia podzielona została na trzy kolejne akapity.

W pierwszym Zamawiający wskazał, iż *„Dostarczone urządzenia będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach umowy. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie liczników, w przypadku gdy to uszkodzenie będzie następstwem użytkowania lub testów funkcjonalnych przeprowadzonych przez Zamawiającego”*. Z zapisu tego wynika jedynie, iż dostarczone Zamawiającemu próbki muszą być tożsame z oferowanymi urządzeniami, które będą mu dostarczane w toku realizacji dostawy. Zapisy o możliwości zniszczenia próbek w trakcie testów nie są dla rozstrzygnięcia istotne.

W kolejnym, drugim akapicie, Zamawiający określa, że *„parametry oferowanych liczników, jak: zakres napięciowy, zakres prądowy, temperatury pracy, klasa dokładności, stopień ochrony obudowy będą sprawdzane na zgodność z wymaganiami na podstawie załączonych zatwierdzeń typów albo deklaracji zgodności MID, wydanych przez uprawnioną jednostkę notyfikującą lub certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę (tylko jeśli ZT lub MID nie określają wymaganego parametru)”*. Zapisem tym ograniczył sobie możliwość badania przedstawionych mu próbek. Zgodnie z przywołaną tu treścią, określony zbiór cech (w tym *„stopień ochrony obudowy”*) oferowanych Zamawiającemu liczników (za wyjątkiem

cech, o których mowa w kolejnym, trzecim akapicie, o czym poniżej), o ile znajduje potwierdzenie w przedstawionych wraz z ofertą dokumentach, powinien być weryfikowany na podstawie tych właśnie dokumentów. Tak właśnie należy interpretować, zdaniem Izby, przywołany tu zapis SIWZ. Dlatego też, rozstrzygającą dla Zamawiającego w zakresie parametrów liczników powinna być treść wymaganych w SIWZ dokumentów, tj. odpowiednio: karty katalogowych lub innych dokumentów potwierdzających parametry techniczne (pkt 14.17 SIWZ), instrukcji obsługi oferowanych liczników (pkt 14.18 SIWZ), kopii pisemnych deklaracji zgodności CE (pkt 14.21 SIWZ) oraz deklaracji zgodności MID (pkt 14.22 SIWZ), ze szczególnym podkreśleniem znaczenia tej ostatniej.

Co szczególnie istotne dla rozstrzygnięcia, Zamawiający nie kwestionował prawidłowości (ich treści, zasadności wystawienia, czy też faktu potwierdzania przez nie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia) żadnego z szerokiego katalogu dokumentów przedstawionych mu przez Odwołującego na potwierdzenie, iż oferowane przez tego wykonawcę liczniki spełniają wymagania określone dla nich w treści SIWZ.

Okoliczność ta jest rozstrzygającą, w kontekście treści kolejnego, trzeciego, akapitu dodatkowych zastrzeżeń zawartych pod treścią pkt 14.22 SIWZ. Brzmi on następująco: *„Każdy z oferowanych wzorców liczników będzie podlegał ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każdy oceniany wzór powinien spełniać określone wymagania techniczne. Negatywna ocena któregośkolwiek z wzorów będzie równoznaczna z niespełnieniem wymogów Zamawiającego. Ocena wzorów będzie dokonana zgodnie z wymaganiem Specyfikacji Technicznej pkt 1.23)”. W ocenie Izby zamknięcie przywołanej tu treści w jednym akapicie, powoduje, iż ocena wzorców, o której mowa w pierwszym i drugim zdaniu tegoż akapitu, jest tą samą oceną, o której mowa w zdaniu trzecim, a zatem powinna być ona dokonywana zgodnie z treścią przywołanego tu pkt 1.23) ST. Ten zaś ogranicza badanie dostarczonych wzorców do sprawdzenia ich parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo-legalizacyjnych.*

Tak jak to już wskazano, Zamawiający nie kwestionował prawidłowości żadnego z szerokiego katalogu dokumentów przedstawionych mu przez Odwołującego, podczas gdy w SIWZ postanowił, iż to treść tych właśnie dokumentów będzie rozstrzygającą dla oceny, czy parametry (wszystkie, za wyjątkiem metrologicznych, o których mowa w pkt 1.23) ST) oferowanych mu liczników odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ.

Dlatego też Izba uznała, iż w piśmie z dnia 16 stycznia 2014 r. nie zostało wykazane, aby w świetle zapisów SIWZ, oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiadała, w swej treści, treści SIWZ.

Na marginesie, zauważyć należy, iż zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na odwołanie, nie kwestionował on badań zgodności typu licznika, a jedynie cechy egzemplarza licznika dostarczonego jako wzorzec. Co ważne – twierdzenie to nie zostało zawarte w uzasadnieniu pisma z dnia 16 stycznia 2014 r. Stanowisko to, pozwala również stwierdzić, iż Zamawiający nie uwzględnił w swym postępowaniu normy wpływającej z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, zaznaczenia wymaga fakt, iż zgodnie z treścią sprawozdania z badań przeprowadzonych przez Zamawiającego obudowa licznika przedstawionego do badań (egzemplarz nr 01780882 – zgodnie ze zdjęciami stanowiącymi załącznik nr 7 do odwołania, jest to ten sam egzemplarz, na którym Zamawiający dokonał próby podniesienia obudowy – okoliczność ta nie była przez Zamawiającego kwestionowana) była uszkodzona, co, jak zasadnie podnosił to Odwołujący, podważa wiarygodność uzyskanego wyniku.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów, Izba uznała, iż w toku postępowania odwoławczego nie zostało, wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, iż elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Ponadto ich omyłkowe (odmienne) określenie musi wskazywać, iż wykonawca oferuje inny zakres świadczenia niż przewidziany w SIWZ. Należy także wskazać, iż ich dokonanie przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

W rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby, nie zostało wykazane, aby dokonanie poprawienia wskazania w formularzu ofertowym złożonym przez Przystępującego pociągałoby za sobą konieczność przeprowadzenia niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji Zamawiającego z tym wykonawcą. Co istotne nie zostało udowodnione, aby z dokumentów załączonych do oferty Przystępującego (w tym również z załączonych wzorców liczników), wynikało, że przedmiotem tej oferty nie został objęty produkt opisany symbolem 6C8dz. Przyznał to nawet sam Odwołujący w uzasadnieniu wniesionego

przez siebie odwołania (str. 8 odwołania), który stwierdził, że Przystępujący do oferty „załączył dokumenty i próbkę licznika typu 6C8dz”. Dopiero na etapie rozprawy podjął on próbę zaprzeczenia temu twierdzeniu, co uczyniło jego stanowisko wewnątrznie sprzecznym, a tym samym mało wiarygodnym. Działanie takie zostało ponadto ocenione przez Izbę, jako podjęcie niedopuszczalnej w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp próby rozszerzenia granic zarzutów zakreślonych w odwołaniu. Analogicznie oceniony został fakt sformułowania przez Odwołującego dopiero na etapie rozprawy przed Izbą twierdzenia o złożeniu przez Przystępującego dwóch ofert oraz o zaniechaniu Zamawiającego polegającego na odstąpieniu od wezwania tegoż wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający dokonując poprawienia stwierdzonej omyłki w treści formularza ofertowego złożonego przez Przystępującego dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby nie zostało również wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 8 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia w sprawie protokołu, które mogłyby zostać uznane za przemawiające za uwzględnieniem odwołania. W rozpoznawanej sprawie nie było między Stronami sporu co do faktów. W dniu 17 stycznia 2014 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu treści protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami. W dniu 20 stycznia 2014 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu z pośrednictwem poczty elektronicznej protokół postępowania sporządzony na określonym odpowiednimi przepisami wzorze, a także stanowiące załącznik do niego 3 protokoły z posiedzeń komisji przetargowych. W dniu 23 stycznia 2014 r. Odwołujący zapytał Zamawiającego, czy przekazany mu protokół jest kompletny. W odpowiedzi, tego samego dnia, przekazano mu wyjaśnienie, że kompletny nie jest, a pełna dokumentacja, z uwagi na jej objętość dostępna jest do wglądu w siedzibie Zamawiającego.

Zdaniem Izby, o ile pierwotnie podjęte przez Zamawiającego działanie (pismo z dnia 20 stycznia 2014 r.) ocenić należy jako niewyczerpujące w pełni ciężącego na nim, zgodnie z § 5 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu, obowiązku, to już poczynszy od przekazania Odwołującemu drugiego pisma (z dnia 23 stycznia 2014 r.) trudno czynić Zamawiającemu zarzut, iż z obowiązku tego się nie wywiązał. Powołany przepis stanowi, iż zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Pamiętać jednak należy, iż zgodnie z § 5 ust. 4 tegoż rozporządzenia jeżeli przesłanie kopii protokołu lub załączników zgodnie z wyborem wnioskodawcy (w tym przypadku – pocztą elektroniczną) jest z przyczyn technicznych znacząco utrudnione,

w szczególności z uwagi na ilość żądanych do przesłania dokumentów, zamawiający informuje o tym wnioskodawcę i wskazuje sposób, w jaki mogą być one udostępnione. W rozpoznawanej sprawie, oczywistym jest, iż ostatecznie Odwołujący został poinformowany, zgodnie z § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołu o sposobie, w jaki mogły mu zostać udostępnione pełne akta postępowania. Tym samym Zamawiający ostatecznie, jeszcze przed upływem terminu na wniesienie odwołania, wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku. Istota zarzutu stawianego przez Odwołującego sprowadzała się do tego, iż Zamawiający nie podjął odpowiednich działań niezwłocznie. Niemniej jednak zauważyć należy, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, jak naruszenie to mogło oddziaływać na jego prawa – w jaki sposób (w wyniku naruszenia przez zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów) poniósł lub mógł on ponieść szkodę. Na marginesie zauważyć należy, iż w dniu 22 stycznia 2013 r., zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, przedstawiciel Odwołującego stawiał się w siedzibie Zamawiającego i żądał okazania mu jedynie wzorców liczników. Twierdzeniom tym Odwołujący nie zaprzeczył, a ich zasadność potwierdzają stanowiące załącznik nr 7 do odwołania zdjęcia wzorców liczników złożonych przez Odwołującego, które zgodnie z oświadczeniem Odwołującego wykonane zostały w siedzibie Zamawiającego w dniu 22 stycznia 2014 r. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przywołanych w odwołaniu art. 8 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 rozporządzenia w sprawie protokołu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....