

Sygn. akt: KIO 2591/18

WYROK
z dnia 9 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2018 r. przez Odwołującego: ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov – Střední Předměstí (Czechy) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy: APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, ze zm.), dalej jako „PZP” lub „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 lipca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr S 127 poz. 290278.

I. W dniu 17 grudnia 2018 r. Odwołujący - ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov - Střední Předměstí (Czechy) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 3, tj. wobec:

- 1) bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP;
- 2) wyboru oferty APATOR S.A. (dalej jako: „APATOR” lub „wykonawca APATOR”), która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w Postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty APATOR jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także jako „SIWZ”);
- 4) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Ponadto, z ostrożności procesowej, również wobec:

- 5) zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 PZP dotyczącej spełnienia przez oferowane liczniki wymogu z pkt 2.23 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ (dalej także jako: „OPZ”), a więc funkcji wyświetlania komunikatu zdjęcia i założenia osłony listwy zaciskowej licznika;
- 6) zaniechania poprawienia omyłki w treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy z treści oferty oraz dołączonych do niej dokumentów, w tym Certyfikatu badania projektu (MID) (dalej jako: „Certyfikat MID”) oraz oświadczenia jednostki notyfikującej Český Metrologický Institute (dalej jako: „CMI”) z dnia

4 października 2018 r. oraz badań przeprowadzonych przez Zamawiającego wynika, iż jest ona zgodna z treścią SIWZ, w tym w szczególności z OPZ, a w konsekwencji nie podlega odrzuceniu;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, iż oferta APATOR jest zgodna z treścią SIWZ podczas, gdy 1) w licznikach wykonawcy APATOR zastosowano przyciski umożliwiające dostęp do wewnętrznych części licznika wbrew wymaganiom z pkt 1.7 oraz 2.7 OPZ, 2) rozwiązanie zaoferowane przez APATOR w zakresie baterii wymiennej oraz 3) dowodów potwierdzających badania poboru mocy próbki, o którym mowa w pkt 1.53 oraz 2.54 OPZ, nie odpowiadają postanowieniom SIWZ;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP i art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie sporządzenia należytego uzasadnienia Decyzji o odrzuceniu w zakresie podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego, co w znacznym stopniu uniemożliwia ustalenie, jakimi przesłankami kierował się Zamawiający odrzucając ofertę, jak również uniemożliwia weryfikację prawidłowości skarżonej czynności;
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w treści oferty Odwołującego, pomimo że ewentualne niespójności oferty Odwołującego w stosunku do treści SIWZ mają charakter nieistotny i możliwe jest poprawienie treści oferty Odwołującego w oparciu o jej treść, co nie spowoduje niedopuszczalnej zmiany oferty ani złożenia nowej oferty;

Ponadto, z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie następujących przepisów:

- 5) art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty dotyczącej spełnienia przez oferowane liczniki wymogu z pkt 2.23 OPZ, a więc funkcji wyświetlania komunikatu zdjęcia i założenia osłony listwy zaciskowej licznika, podczas gdy Zamawiający powziąwszy wątpliwości w zakresie spełnienia przez licznik Odwołującego funkcjonalności z ww. pkt OPZ powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie;
- 6) art. 87 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i dopuszczenie możliwości zmiany oferty przez wykonawcę APATOR w drodze wyjaśnień pismem z dnia 5 października 2018 r. w zakresie rozwiązania przyjętego przez APATOR umożliwiającego dostęp do wewnętrznych części licznika wbrew wymaganiom pkt 1.7 i 2.7 OPZ, podczas gdy w toku wyjaśnień niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) odrzucenie oferty APATOR; ewentualnie
- 6) wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty; a także:
- 7) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

Bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Zarzut dotyczący rzekomego niespełnienia przez Odwołującego wymagań normy PN- EN 62056-6-1:2014-02E - pkt 2.1 OPZ.

Zamawiający mylnie wskazał w Zawiadomieniu (s. 6), jakoby wbrew wymogom zawartym w pkt 2.1 OPZ Odwołujący zaoferował liczniki, które nie spełniały wymagań wynikających z normy PN-EN 62056-6-1:2014-02E. Na dowód tego twierdzenia Zamawiający wskazał enigmatycznie w Zawiadomieniu na fakt, iż w Certyfikacie badania MID wraz z aneksami i załącznikami złożonymi przez Odwołującego nie przywołano ww. normy, lecz normę nieaktualną tj. EN 62056-61 (która została zastąpiona przez normę PN-EN 62056-6-1:2014-02E), a jednocześnie odmówił wiarygodności dowodom przedłożonym wraz z Wyjaśnieniami przez Odwołującego. Decyzja Zamawiającego w tym przedmiocie jest jednak całkowicie nieprawidłowa.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że przy ocenie spełnienia wymogów wynikających z normy PN-EN 62056-6-1:2014-02E Zamawiający popadł w wyraźną sprzeczność. Po przeprowadzeniu badań Próbką Odwołującego w dniu 18 września 2018 r. Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, że Próbką spełnia wymagania ww. normy. Dlatego też, w protokole badań z dnia 18 września 2018 r. w kolumnie nr 3 pkt 2.1 OPZ Zamawiający zamieścił adnotację „Spełnia” (s. 1 protokołu z badań z dnia 18 września 2018 r.). Następnie jednak Zamawiający dostrzegł omyłkę w Certyfikacie MID złożonym wraz z Próbką przez Odwołującego, w którym wskazano poprzednio obowiązującą normę. Skutkowało to skierowaniem do Odwołującego Wezwania do wyjaśnień (ad. pkt 2.2 tiret 3, s. 1-2 Wezwania do wyjaśnień). W odpowiedzi na zidentyfikowaną przez Zamawiającego niezgodność Odwołujący wskazał na omyłkowe zamieszczenie w Certyfikacie MID poprzednio obowiązującej normy, a dodatkowo na dowód spełnienia wymagań wynikających z normy PN-EN 62056-6-1:2014-02E złożył wraz z Wyjaśnieniami oświadczenie jednostki notyfikującej CMI, a więc instytucji - wystawcy Certyfikatu MID.

W świetle postanowień SIWZ i OPZ Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność Próbką z OPZ jest dla Odwołującego całkowicie niezrozumiała. W Decyzji o odrzuceniu Zamawiający bowiem wskazał, że „Wykonawca w ramach wyjaśnień

przedstawił oświadczenie Czeskiego Instytutu Meteorologii CMI z dnia 4 października 2018 r., w którym stwierdził, że niezgodność normy jest wynikiem błędu pisarskiego. Jednakże Zamawiający stwierdził, że podmiotem upoważniony do wystawienia takiego oświadczenia może być tylko Jednostka notyfikowana, a CIM nie występuje w takim charakterze w złożonym wyjaśnieniu.” (s. 6 Decyzji o odrzuceniu). Należy przy tym wskazać, że w pkt 2.1 w kolumnie nr 3 OPZ Zamawiający wymagał, aby spełnienie wymagań normy nastąpiło przy pomocy 1) Oświadczenia wykonawcy; 2) Instrukcji obsługi licznika, a nie Certyfikatu MID czy oświadczenia jednostki notyfikującej. Tymczasem, treść Decyzji o odrzuceniu sugeruje, że - wbrew postanowieniu pkt 2.1 w kolumnie nr 3 OPZ - Zamawiający zmodyfikował wymagania określone w OPZ, uznając, że dowodem potwierdzającym spełnienie wymagań normy powinno być wyłącznie oświadczenie jednostki notyfikującej o bliżej niesprecyzowanych cechach, których brak dyskwalifikuje wiarygodność wystawcy tego dokumentu, a więc instytucji CMI. W tym świetle argumentacja zawarta w Decyzji o odrzuceniu jest całkowicie niezrozumiała i nie może się ostać.

Poniżej przedstawiony został fragment Instrukcji obsługi licznika wskazujący na właściwe normy:

UŻYTE NORMY

Liczniki prowadzą pomiar w zakresie od minimalnego do maksymalnego prądu oraz przeciążenia zgodnie z normami EN 50470-1:2008, EN 50470-3:2009, EN 62053-23, EN 62056-21:2003, EN 62056-6-1:2014-02E Na liczniku zamieszczono znak zgodności CE oraz numer Jednostki Notyfikowanej która dokonała oceny zgodności licznika „1383” (CMI) oraz numer Certyfikatu Badania Typu „TCM 221/14 -5143”

Na marginesie, należy również zauważyć, że gołosłowne są twierdzenia Zamawiającego w treści Decyzji o odrzuceniu, jakoby CMI nie działała w charakterze jednostki notyfikującej. Fakt, że CMI posiada uprawnienia jednostki certyfikującej wynika z ogólnodostępnych rejestrów i działając w oparciu o te uprawnienia wystosowała pismo z dnia 31 października 2018 r. wyjaśniające, że błędne wskazanie nieaktualnej normy było wynikiem omyłki, zaś liczniki typu ZE114.Dx i ZE314.Dx spełniają wymogi normy obecnie obowiązującej.

Dowód: pismo CMI z 31 października 2018 r. (wraz z tłumaczeniem)

Powyższe uwagi jednoznacznie prowadzi do wniosku, że liczniki Odwołującego spełniają wymagania normy PN-EN 62056-6-1:2014-02E, co zarówno potwierdził sam Zamawiający w protokole z dnia 18 września 2018 r., zaś Odwołujący w oświadczeniu m.in. zawartym w Wyjaśnieniach oraz oświadczeniu instytucji uprawnionej do wystawienia Certyfikatu MID. Z tego względu należy uznać, że zarzut niespełnienia ww. normy przez liczniki Odwołującego dowodzi jedynie nieuzasadnionego w świetle postanowień SIWZ wadliwego podejściu

Zamawiającego do oceny ofert. Z kolei, zaniechanie poprawienia ww. omyłki jednoznacznie dowodzi naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Warto przy tym zauważyć, że sam Zamawiający był świadom stopnia złożoności ofert oraz dokumentów, które wraz z nimi należało przedłożyć. Z tej przyczyny zgodnie z pkt. 4.2.2.10 SIWZ „niedochowanie przez Wykonawcę wymogów techniczno-redakcyjnych oferty nie stanowi podstawy jej odrzucenia, lecz wszystkie negatywne konsekwencje mogące wynikać z niezachowania tych wymagań będą obciążały Wykonawcę.” Ilość obowiązków związanych z udokumentowaniem zgodności oferty z wymogami SIWZ zwiększała ryzyko błędów redakcyjnych (omyłkowe posłużenie się nieaktualnym dokumentem, omyłkowe odwołanie się do nieobowiązującej normy itd.). Jednakże przed odrzuceniem oferty to obowiązkiem Zamawiającego było upewnienie się, że badana oferta w rzeczywistości nie spełnia wymogów w SIWZ, a na obowiązek ten sam zwrócił uwagę, wskazując, że niezgodność ta nie może wynikać wyłącznie z przyczyn „techniczno-redakcyjnych”.

Zarzut dot. wskaźnika zdjęcia osłony listwy zaciskowej - pkt 2.23.

Należy podkreślić, że Odwołujący zaoferował liczniki spełniające wymaganie określone w pkt 2.23 OPZ. Uzasadnienie Decyzji o odrzuceniu w lit. b) (s. 6) jest bardzo ogólne, co sprawia, że wszelkie dalsze uwagi Odwołujący sformułuje na podstawie przypuszczeń co do powodów, na podstawie których Zamawiający prawdopodobnie doszedł do błędnego wniosku, iż liczniki Odwołującego nie spełniają wymagań z pkt 2.23 OPZ.

W Decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający zarzucił Odwołującemu niezgodność licznika z pkt 2.23 OPZ, stanowiącym, że Liczniki muszą prezentować na wyświetlaczu dedykowaną sygnalizację faktu zdjęcia i założenia osłony listwy zaciskowej licznika, z zapisem faktu w rejestrze zdarzeń ze znacznikiem daty i czasu każdego zdarzenia zarówno pod napięciem - w sposób ciągły, jak i przy braku napięcia - po pobudzeniu wyświetlacza przyciskiem. Po założeniu osłony listwy zaciskowej wskaźnik jej zdjęcia musi być aktywny zgodnie z powyższymi warunkami.” Jednocześnie jednak w lit. b) Decyzji o odrzuceniu oferty (s. 6) Zamawiający nie kwestionował tego, że licznik Odwołującego posiada funkcję sygnalizacji na wyświetlaczu faktu zdjęcia i założenia osłony licznika, o której mowa w pkt 2.23 OPZ. Należy bowiem zauważyć, że w trakcie badań przeprowadzonych przez Zamawiającego wskaźnik też uruchomił się prawidłowo w chwili zdjęcia osłony listwy zaciskowej licznika. Pomimo znacznego stopnia lakoniczności Decyzji o odrzuceniu oferty przypuszczać można, że rzekomą niezgodność licznika z pkt 2.23 OPZ Zamawiający upatruje w fakcie, że w trakcie badań przeprowadzonych przez Zamawiającego:

- 1) początkowo wskaźnik zdjęcia osłony listwy zaciskowej prawidłowo pojawił się po zdjęciu osłony,

2) a następnie pomimo braku osłony wskaźnik ten zniknął w chwili, gdy Zamawiający manualnie go skasował.

Na powyższe wskazywać zdaje się treść uzasadnienia Decyzji o odrzuceniu, w której Zamawiający wskazał, iż „Przy otwartej osłonie listwy zaciskowej dokonano skasowania wskaźnika sygnalizującego jej otwarcie i wskaźnik ten w dalszym działaniu nie aktywował się pomimo wciąż otwartej osłony.” Stawianie Odwołującemu zarzutu rzekomej niezgodności z OPZ z uwagi na ręczne skasowanie przez Zamawiającego wskaźnika otwarcia pokrywy jest całkowicie nieuprawnione. Za bezzasadnością omawianej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego przemawia w szczególności fakt, że sam Zamawiający w pkt 2.25 OPZ wymagał, aby licznik posiadał funkcję kasowania informacji o zdjęciu osłony listwy. Zgodnie z pkt 2.25 OPZ „Liczniki muszą posiadać możliwość kasowania przez służby Zamawiającego informacji o zdjęciu osłonki listwy zaciskowej (sprzętowo i programowo), bez konieczności demontażu licznika i ponownej legalizacji.” Przy czym Zamawiający w postanowieniach SIWZ i OZP nie doprecyzował, w jakich okolicznościach funkcja kasowania wskaźnika może zostać uruchomiona, a w jakich ma być zablokowana. Licznik Odwołującego posiada funkcjonalność polegającą na ręcznym kasowaniu wskaźnika otwarcia osłonki także w chwili zamknięcia okresu rozliczeniowego. To najpewniej właśnie w chwili zamknięcia okresu rozliczeniowego Zamawiający dokonywał skasowania wskaźnika otwarcia pokrywy podczas przeprowadzonych badań. Należy jednocześnie zauważyć, że powiązanie funkcjonalności kasowania wskaźnika z zamknięciem okresu rozliczeniowego nie może zostać uznane za niedopuszczalne w świetle wymagań Zamawiającego, bowiem ani SIWZ, ani OPZ w żadnym z postanowień nie przewidywały szczególnej specyfikacji czy też warunków kasowania wskaźnika, a tym samym uznać należy, że postanowienia te dopuszczały wyposażenie liczników w mechanizm umożliwiający kasowanie wskaźnika także w chwili zamknięcia okresu rozliczeniowego.

Powyższy mechanizm związany z manualnym kasowaniem przez Zamawiającego wskaźnika można przedstawić następująco:

- 1) Zamawiający zdjął osłonę listwy zaciskowej, która powoduje sygnalizację tego faktu na wyświetlaczu jako ▲2
- 2) Następnie Zamawiający ręcznie zamknął okres obrachunkowy, co spowodowało skasowanie znacznika. Czynność ta przebiegała w trzech etapach:
 - a) Zamawiający zerwał plombę
 - b) Zamawiający ustawił przycisk czerwony w pozycji pionowej
 - c) Zamawiający aktywował funkcję zerowania okresu rozliczeniowego niebieskim przyciskiem, co jednocześnie spowodowało skasowanie wskaźnika otwarcia osłony listwy

Zwrócenia uwagi wymaga również fakt, że w toku badań próbki dokonywanych przez Zamawiającego Odwołujący dwukrotnie wnosił zastrzeżenia, wskazując na nieprawidłowości podczas przeprowadzenia badań oraz wadliwą interpretacją ich wyników nieopartą w żadnej mierze wymaganiami OPZ. Odwołujący wniósł zastrzeżenia:

- a) w protokole z badań z dnia 18 września 2018 r. z uwagi na fakt, że badanie zostało przeprowadzone podczas nieobecności pracowników Odwołującego, co uniemożliwiło mu kontrolę i odniesienie się do sposobu przeprowadzenia badania i interpretacji wyników;
- b) w protokole z badań z dnia 22 listopada 2018 r., w którym Odwołujący zwrócił uwagę, że zapis wyniku badań Zamawiającego jest nieprecyzyjny: „brak aktywności wskaźnika zdjęcia osłony listwy nastąpiło w wyniku jego skasowania (zamknięcie roku obrachunkowego) przy otwartej osłonie listwy”, (s. 2);
- c) w piśmie z dnia 26 listopada 2018 r., w którym Odwołujący zaznaczył, że „Całkowicie nie zgadzamy się z taką interpretacją, ponieważ Zamawiający nie zawarł w wymaganiach technicznych żadnych wymagań co do warunków kasowania znacznika, w tym w szczególności czy kasowanie następować ma przy otwartej osłonie listwy zaciskowej czy przy zamkniętej listwie zaciskowej. Niedopuszczalne jest wyciągnięcie wniosku o braku wskaźnika skoro wcześniej się go skasowało.”

W świetle powyższych uwag należy uznać, że wskaźnik otwarcia osłony w liczniku Odwołującego posiada funkcjonalność opisaną w pkt 2.23 OPZ, bowiem zgodnie z wymogami Zamawiającego licznik sygnalizuje fakt zdjęcia i założenia osłony listwy w zaciskowej i w żadnym wypadku następuje samoczynne skasowanie licznika.

Z ostrożności należy jednocześnie wskazać, że w niniejszej sprawie Zamawiający naruszył także art. 87 ust. 1 PZP. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wbrew literalnemu brzmieniu tego przepisu, aktywność tego rodzaju, zgodnie z orzecznictwem KIO jest jednak nie tylko uprawnieniem Zamawiającego, ale jego obowiązkiem. Zamawiający mając wątpliwości co do zgodności zaoferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia w zakresie pkt 2.23 OPZ powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. Tymczasem jednak całkowicie zaniechał podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia niejasności. Nie ulega przy tym żadnym wątpliwościom, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania OPZ w zakresie opisanym w pkt 2.23 OPZ. Jeżeli jednak Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności oferty Odwołującego z pkt 2.23 OPZ powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień.

Zarzut o rzekomym braku wymaganego typu listwy zaciskowej i możliwości podłączenia do niej wymaganych przekrojów przewodów zgodnie z pkt 2.52 OPZ.

Odnosząc się do lit. c) Decyzji o odrzuceniu należy wskazać, że Zamawiający całkowicie bezzasadnie uznał, że liczniki oferowane przez Odwołującego nie spełniają wymogu z pkt 2.52 OPZ. Wniosek Zamawiającego jest całkowicie pozbawiony podstaw faktycznych i przeczy treści dokumentów przedłożonych przez Odwołującego.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający w pkt 2.53 OPZ wymagał, aby liczniki posiadały „listwę zaciskową w wykonaniu dwurzędowym (2 śruby na 1 zacisk) umożliwiającą podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 4mm² - 35mm² (minimalna średnica otworu Φ 7mm).” Jednocześnie Zamawiający przewidział, że ocena spełniania tego wymogu nastąpi przy pomocy: 1) Badania technicznego licznika, 2) Certyfikatu badania typu/projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami. W żadnym z postanowień SIWZ czy OPZ Zamawiający nie wskazał jednak, że pozytywna weryfikacja spełnienia wymagań nastąpi łącznie na podstawie obu z ww. elementów.

Z kolei, z treści uzasadnienia lit. c) Decyzji o odrzuceniu oferty wynika, że Zamawiający oparł swoją Decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie rzekomego braku spełnienia przez oferowany licznik wymagań z pkt 2.52 wyłącznie na analizie treści samego Certyfikatu MID, pomijając dołączone do niego załączniki. Twierdzenia Zamawiającego są jednak bezpodstawne, bowiem z dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego wynika fakt wykonania listwy zaciskowej i możliwość podłączenia do niej wymaganych przekrojów przewodów. Na potwierdzenie powyższego wskazuje m.in. treść Załącznika do certyfikatu licznika ZE314, tj. raport z testu o numerze 6011-PT-TS022-16 wystawiony w dniu 16 czerwca 2016 (dostarczony wraz z tłumaczeniem do Zamawiającego w dniu 13 listopada 2018 r.), a w którego treści na stronie 3, znajduje się dowód w postaci zdjęcia licznika ze skrzynką zaciskową zgodną z wymaganiami pkt. 2.53 OPZ czyli „listwę zaciskową w wykonaniu dwurzędowym (2 śruby na 1 zacisk)...” Powyższa dokumentacja stanowi jeden z bezwzględnie wymaganych w procesie certyfikacji, raport testowy, który jednoznacznie i bezsprzecznie potwierdza, iż badaniu i certyfikacji podlegał licznik wyposażony w zacisk o konstrukcji dwurzędowej. Tym samym jednostka notyfikowana CMI Brno, poprzez Raport Testowy, potwierdziła wystawienie certyfikatu MID na licznik o wymaganej przez Zamawiającego konstrukcji. Identycznej oceny dokonał również sam Zamawiający w procesie Badania Technicznego Wzoru zaoferowanego Licznika przy udziale przedstawicieli Odwołującego, czego jednak nie udokumentował w żaden sposób w protokole badania technicznego licznika o numerze AL/30/2018.

Nadto, odnośnie wymaganych w pkt 2.52 OPZ średnic dopuszczalnych do podłączenia przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 4mm² - 35mm², Odwołujący w piśmie Wyjaśniającym z dnia 13.11.2018 r. wskazał, że:

„wystawca certyfikatu Instytut Metrologiczny CMI, zawarł w certyfikacie w pkt 9.2 Dokumentacja zapis o konieczności dołączenia do niniejszego certyfikatu następujących dodatkowych dokumentów technicznych opisujących wymagane przez Zamawiającego parametry:

Do licznika musi zostać załączona dokumentacja. (...) Dokumentacja ta musi zawierać co najmniej dane określone w art. 9.1 (poza numerem seryjnym oraz rokiem produkcji) oraz ponadto następujące dane:

(...)

- Schemat podłączenia listwy zaciskowej (schemat podłączenia musi być wyznaczony również na obudowie licznika)

(...)

- Maksymalny przekrój przewodów łączących”

Uwzględniając powyższą treść samego Certyfikatu Badania Typu UE, oraz załączonej przez Wykonawcę dokumentacji, w tym w szczególności karty katalogowej oraz Instrukcji obsługi licznika, należy uznać, że Wykonawca spełnił wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w OPZ. Zastosowane rozwiązanie zacisku klatkowego wraz z opisem średnicy podłączanych przewodów i skrzynka zaciskowa w wykonaniu dwurzędowym zostały opisane odpowiednio w dokumencie pt. „Specyfikacja techniczna i instrukcja obsługi licznika energii elektrycznej” (złożonym wraz z wyjaśnieniami Odwołującego w dniu 13 listopada br.).

Ponadto w Instrukcji licznika (stanowiącej jednocześnie dodatkową dokumentację - wymaganą przez MID) na str. 14, zawarto bardziej szczegółowy opis, jednoznacznie potwierdzający spełnienie Wymagania Zamawiającego [w odwołaniu: tabela].

Podkreślić przy tym należy, że konstrukcja zacisku w oferowanym liczniku umożliwia użycie zarówno przewodów o przekroju 35 mm² (górna granica wymagana przez Zamawiającego), jak i o przekroju przewodu jedynie 4mm² (dolna granica wymagana przez Zamawiającego). Dodatkowo, konstrukcja zacisku umożliwia użycie przewodów o jeszcze mniejszym przekroju, niż minimalny wskazany przez Zamawiającego. Jednakże taka cecha oferowanego licznika (nadmiarowa w stosunku do wymagań zamawiającego) w żaden sposób nie podważa spełnienia przez licznik wymagań wyartykułowanych w pkt 2.52 OPZ. Przeciwnie, licznik te wymagania spełnia, a nadto umożliwia użycie przewodów o jeszcze mniejszym przekroju.

O tym, że Zamawiający wadliwie ocenił spełnienia przez liczniki Odwołującego wymagań z pkt 2.52 OPZ świadczy jednoznacznie treść Decyzji o odrzuceniu oferty. Wynika z niej bowiem, że Zamawiający nie przeprowadził oceny ww. funkcji na podstawie badań licznika, a zamiar weryfikacji licznika pod kątem spełnienia wymogu z pkt 2.52 OPZ wprost wynikał z pkt 2.52

kolumny nr 3 OPZ. Brak dokonania przez Zamawiającego sprawdzenia wyposażenia licznika w listwę zaciskową wymaganego typu i możliwości podłączenia do niej wymaganych przekrojów przewodów wynika również z protokołu badań z dnia 22 września 2018 r., w którym w kolumnie nr 4 pkt 2.52 OPZ Zamawiający wskazał, iż licznik wymogu „Nie spełnia (brak informacji w MID)”. Tymczasem w rzeczywistości Zamawiający dokonał badania Próbki w ww. zakresie uzyskując wynik potwierdzający spełnienie wymagań OPZ. Informacja o tym fakcie nie została wspomniana jednak ani w Decyzji o odrzuceniu, ani w protokole z badań.

W świetle powyższego należy jednoznacznie podkreślić, że, a Decyzja o odrzuceniu oferty z uwagi na rzekomą niezgodność oferty Odwołującego z pkt 2.52 OPZ jest całkowicie nieprawidłowa, a oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia wszystkie wymagania OPZ.

Brak podstaw faktycznych w Zawiadomieniu potwierdzających niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania wykonawców, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Odwołującego, Zamawiający, co było wielokrotnie podnoszone we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia niniejszego odwołania, nie dopełnił swojego obowiązku polegającego na przedstawieniu podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający podjął Decyzję o odrzuceniu zarzucając Odwołującemu naruszenia rzekomych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które jednak nie zostały wyrażone w SIWZ.

Zamawiający w lit. a) Decyzji o odrzuceniu oferty stwierdził, że Wykonawca zaoferował liczniki, które nie spełniają normy PN-EN 62056-6-1:2014-02E, nie przedstawiając jednak żadnych faktów potwierdzających tą okoliczność. Odnosząc się do lit. b), Zamawiający stwierdza, że przy otwartej osłonie dokonał skasowania wskaźnika sygnalizującego otwarcie pokrywy, jednak nie wskazuje, w czym upatruje niezgodność z pkt 2.23 OPZ. Należy także podkreślić, że z przywołanego postanowienia OPZ nie wynika, aby niedopuszczalna była możliwość skasowania wskaźnika przy otwartej osłonie, a tym samym zarzuty stawiane Odwołującemu przez Zamawiającego są bezpodstawne. Z kolei, w lit. c) Decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie odniósł się do obserwacji poczynionych w trakcie badań Próbki w odniesieniu do wymagania z pkt 2.52 OPZ, a także pominął treść dokumentów złożonych przez Odwołującego, z których wynika wyposażenie licznika w funkcjonalności, o których mowa w pkt 2.52 OPZ.

Zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego ewentualnych tzw. „innych omyłek” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Wobec powyższego należało uznać, iż oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego. Jednakże nawet gdyby uznać, że w ofercie Odwołującego znajdują się omyłki i nieścisłości, to w wyniku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 PZP, Zamawiający powinien był dokonać odpowiedniego poprawienia ewentualnych omyłek, które nie powodowałyby zmiany oferty Wykonawcy. W konsekwencji, Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, a w wyniku otrzymanych wyjaśnień, dokonać ewentualnego poprawienia treści oferty, jako tzw. „innych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

5. Zaniechanie odrzucenia oferty APATOR pomimo jej niezgodności z SIWZ.

5.1. Zastosowanie przez APATOR przycisków umożliwiających dostęp do wewnętrznych części licznika wbrew wymaganiom OPZ.

Treść Decyzji o odrzuceniu oferty wskazuje, że pomimo iż oferta wykonawcy APATOR podlegała odrzuceniu, Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty, czym dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Wskazać bowiem należy, że rozwiązanie oferowane w licznikach APATOR nie zapewnia braku możliwości ingerencji do jakichkolwiek wewnętrznych części licznika bez konieczności zdemontowania plomb, o których to wymaganiach mowa w pkt 1.7 i 2.7 OPZ. Zgodnie z pkt 1.7 OPZ „Liczniki muszą być wykonane w taki sposób, aby dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych części licznika był możliwy tylko i wyłącznie w przypadku uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny) albo zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD.”, a z kolei w pkt 2.7 OPZ, Zamawiający określił, że „Liczniki muszą być wykonane w taki sposób, aby dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych części licznika był możliwy tylko i wyłącznie w przypadku uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny) albo zdemontowania plomby zabezpieczającej.” Powyższy wymóg określony przez Zamawiającego ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania przedmiotu zamówienia. Nieautoryzowany dostęp do wnętrza licznika umożliwia ingerencję w pomiar zużytej energii elektrycznej lub całkowite uszkodzenie licznika. Decyzja o zakupie tak wadliwego rozwiązania technicznego przenosi odpowiedzialność za problemy w/w na Zamawiającego w przyszłości.

Należy zatem stanowczo podkreślić, że oferta APATOR jest niezgodna z pkt 1.7 oraz 2.7 OPZ. Wykonawca APATOR zastosował bowiem w oferowanych licznikach przyciski z gumy silikonowej, które co prawda znacznie obniżają koszty wykonania licznika, lecz w żaden sposób nie chronią dostępu do jego licznika. Silikon - a więc tworzywo, z którego wykonano przyciski - umożliwia nakłucie cienkim stalowym drutem ingerujące we wskazania zużycia energii elektrycznej w liczniku lub całkowite jego uszkodzenie (w tym uszkodzenie pamięci eeprom/procesora, gdzie umieszczone są dane dotyczące energii oraz dzienniki zdarzeń).

Przyjęcie przez Zamawiającego powyższego rozwiązania jest całkowicie niedopuszczalne, szczególnie zważywszy na fakt, że wykonawca APATOR mimo wadliwego materiału przycisków nie zapewnił skutecznego plombowania przycisku, pomimo że budowa posiada w tym celu specjalny otwór przy uchu stosowanym do plombowania przycisku.

Odwołujący zwraca jednocześnie uwagę, że Zamawiający również zidentyfikował ww. niezgodność i wezwał wykonawcę APATOR do złożenia wyjaśnień pismem z dnia 2 października 2018 r. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że „W złożonych wraz z Ofertą na zadanie nr 1,2,3 i 4 wzorcach liczników Wykonawca przedstawił rozwiązanie mogące świadczyć o możliwości ingerencji do wnętrza licznika bez uszkodzenia obudowy licznika oraz bez konieczności zdemontowania plomb zabezpieczających.” Z uwagi na fakt, że wyjaśnienia APATOR zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący nie miał możliwości się z nimi zapoznać. Należy jednak niewątpliwie uznać, że APATOR nie mógł w drodze wyjaśnień sanować ww. niezgodności z SIWZ. Gdyby zaś Zamawiający uznał, że w wyniku wyjaśnień oferta APATOR stała się zgodna z SIWZ, Zamawiający naruszyłby tym samym art. 87 ust. 1 PZP, stanowiący, że „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”

Jednocześnie na marginesie zauważyć należy, że liczniki nie posiadają również opisów złącza RS485. Na schemacie przyłączeniowym są przywołane styki 27 ORAZ 28, a w rzeczywistości takich styków nie ma opisanych obudowie licznika.

5.2 Zastosowanie baterii niezgodnej z SIWZ.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty APATOR, pomimo iż oferta tego wykonawcy zawiera również niezgodność w zakresie zaoferowanej baterii wymiennej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że bateria typu CR 2032 zastosowana przez wykonawcę APATOR nie spełnia wymagań SIWZ uszczegółowionych i doprecyzowanych w wyjaśnieniach postanowień SIWZ z dnia 23 lipca 2018 r. W piśmie tym w odpowiedzi na pytanie nr 8 „Prosimy o wyjaśnienie, czy zapis Zamawiającego w punkcie 1.55 oznacza, że w przypadku magazynowania licznika bez zasilania przez 1 rok Zamawiający dopuszcza okoliczności wyczerpania baterii po tym czasie?” Zamawiający doprecyzował w tym zakresie wymóg SIWZ, wskazując, że „wszystkie elementy licznika winny „wytrzymać” czas legalizacji”, a czas ten w świetle powszechnie obowiązujących przepisów wynosi 8 lat. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający oczekiwał, iż żywotność baterii zastosowanej przez wykonawców w liczniku wyniesie 8 lat

Tymczasem, oferowany przez wykonawcę APATOR typ baterii ma bardzo wąski zakres pracy w kwestii temperatur oraz bardzo małą żywotność, o czym w szczególności świadczy fakt, że

bateria ta stosowana jest w zabawkach i zegarkach. Według kart katalogowych wielu wytwórców baterii tego typu nie ma temperatury, w której taka bateria wytrzyma 8 lat w stanie magazynowym. Tym bardziej bateria ta nie byłaby w stanie pracować tak długi okres w urządzeniu, które musi zapewnić pracę w zakresie temperatury $-40/+70$ stopni. Z doświadczeń Odwołującego wynika, że czas życia w takich urządzeniach nie jest dłuższy niż 2 lata, co również potwierdza sam wykonawca APATOR w dostarczonej instrukcji obsługi licznika (na stronie 40 instrukcji). W instrukcji tej APATOR wskazuje, iż „rezerwa chodu nie jest mniejsza niż 20 000 h”. Z powyższego zapisu jednoznacznie zatem wynika, że czas żywotności baterii wynosi zatem około dwa lata w optymalnej temperaturze. W praktyce jednak - z uwagi na znaczny zakres temperatur, w których urządzenie pracuje - żywotność baterii oferowanej przez APATOR spowoduje konieczność wymiany baterii przed jej instalacją po rocznym magazynowaniu, co musi skutkować stwierdzeniem, że oferta APATOR jest niezgodna z SIWZ, a tym samym skutkuje jej odrzuceniem.

5.3 Zaniechanie przedłożenia przez wykonawcę APATOR certyfikatu akredytowanego laboratorium zgodnie z wymogiem z pkt 1.53 oraz 2.54 OPZ.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zauważa, że Zamawiający wymagał w pkt 1.53 oraz 2.54 OPZ, aby wraz z ofertą zostały przedłożone Zamawiającemu badania poboru mocy próbki sporządzone przez akredytowane laboratorium. Tymczasem, APATOR przedłożył Zamawiającemu świadectwo wzorcowania dla ustalenia poboru mocy w torze napięciowym wystawione przez laboratorium pomiarowe CALMET Sp. z o.o. (dalej jako: „CALMET”) z siedzibą w Zielonej Górze, pomimo że firma CALMET, wydawca ww. świadectwa, nie posiadała akredytacji na pomiar mocy. Niezgodność w ww. zakresie oferty APATOR z treścią SIWZ dostrzegł również Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 2 października 2018 r. Wprawdzie APATOR w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 października 2018 r. uzupełnił w/w dokument przedkładając Zamawiającemu z firmy Slovenska legalna metrologia (dalej: „SLM”), co jednak istotne w ocenie Odwołującego firma ta również nie posiada akredytacji w zakresie badań poboru mocy, a Zamawiający zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności, które zmierzałyby do weryfikacji otrzymanego certyfikatu, w szczególności w zakresie uprawnień jego wystawcy. Odwołujący jednocześnie zwraca uwagę, że na pierwszej stronie certyfikatu SLM data jego wystawienia została w sposób nienaturalny skorygowana (być może przy użyciu korektora). Z powyższych względów Zamawiający co najmniej powinien podjąć dodatkowe czynności zmierzające do ustalenia wiarygodności świadectwa wystawionego przez SLM. Tymczasem, zaniechanie tych czynności i uznanie dokumentu wystawionego przez SLM za wiarygodnego dowodu potwierdzającego wymagania z pkt 1.53 oraz 2.54 OPZ oznacza, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty

wykonawcy APATOR, co skutkowało wyborem oferty wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu.

Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający niesłusznie dokonał oceny oferty APATOR pod kątem kryteriów oceny ofert, gdyż już na etapie jej weryfikacji powinien stwierdzić, że oferta APTOR podlega odrzuceniu.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 3 stycznia 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 21 grudnia 2018 r. wykonawca APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i jednocześnie ustosunkował się do zarzutów odwołania. Pisemne stanowisko w sprawie ww. wykonawca przedstawił również w piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący, wskazując na okoliczność bezpodstawnego odrzucenia jego oferty oraz możliwość poniesienia szkody wskutek niezyskania zamówienia, wykazał spełnienie powyższych przesłanek.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu (dalej także jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania. Dodatkowo, również dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania na rozprawie, jednakże Izba uznała, iż dowody te nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – w zakresie zadania nr 3 została wybrana oferta wykonawcy APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W piśmie zatytułowanym „Uzasadnienie odrzucenia ofert” Zamawiający wskazał, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań określonych w Załączniku nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ (OPZ), tj. a) pkt 2.1, b) 2.23 oraz pkt 2.52. Zgodnie z ww. dokumentem były to następujące wymagania:

Lp. 2.1

- Wymaganie techniczne: *Liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami tj.: (...) PN-EN 62056-6-1:2014-02E -Wymiana danych w pomiarach energii elektrycznej -- Zespół DLMS/COSEM -- Część 6-1: System identyfikacji obiektów (OBIS).*
- Dokument/czynność na podstawie której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania:
 1. *Oświadczenie wykonawcy*
 2. *Instrukcja obsługi licznika*

Lp. 2.23

- Wymaganie techniczne: *Liczniki muszą prezentować na wyświetlaczu dedykowaną sygnalizację faktu zdjęcia i założenia osłony listwy zaciskowej licznika, z zapisem faktu w rejestrze zdarzeń ze znacznikiem daty i czasu każdego zdarzenia zarówno pod napięciem – w sposób ciągły, jak i przy braku napięcia – po pobudzeniu wyświetlacza przyciskiem. Po założeniu osłony listwy zaciskowej wskaźnik jej zdjęcia musi być aktywny zgodnie z powyższymi warunkami.*
- Dokument/czynność na podstawie której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania:
Badanie techniczne licznika

Lp. 2.52

- Wymaganie techniczne: *Liczniki muszą posiadać listwę zaciskową w wykonaniu dwurzędowym (2 śruby na 1 zacisk) umożliwiającą podłączenie przewodów o przekroju w zakresie pomiędzy 4mm² - 35mm² (minimalna średnica otworu Φ 7mm).*
- Dokument /czynność na podstawie której nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania:

1. Badanie techniczne licznika,
2. Certyfikat badania typu/projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami

W trakcie czynności badania i ofert Zamawiający dwukrotnie przeprowadził badanie techniczne licznika oferowanego przez Odwołującego: w dniu 18 września oraz 22 listopada 2018 r. W protokole badania technicznego licznika z dnia 18 września 2018 r.:

- w odniesieniu do wymagania z pkt 2.1 OPZ - stwierdzono spełnianie wymagania;
- w odniesieniu do wymagania z pkt 2.23 OPZ – stwierdzono niespełnianie wymagania (adnotacja: „samoczynne skasowanie znacznika”);
- w odniesieniu do wymagania z pkt 2.52 OPZ - stwierdzono niespełnianie wymagania (adnotacja: „brak informacji w MID”).

W protokole badania technicznego licznika z dnia 22 listopada 2018 r.:

- w odniesieniu do wymagania z pkt 2.23 OPZ – stwierdzono niespełnianie wymagania (adnotacja: „Przy zdjętej osłonie listwy zaciskowej licznika brak na wyświetlaczu LCD aktywnego znacznika zdjęcia osłony listwy zaciskowej.”);
- w odniesieniu do wymagania z pkt 3.1 OPZ – stwierdzono spełnianie wymagania na podstawie badania technicznego licznika oraz niespełnianie wymagania na podstawie Certyfikatu badania typu/projektu MID wraz z aneksami i załącznikami.

Pismem z dnia 6 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów wymienionych w punkcie 3.7.1.2 SIWZ. Zamawiający wskazał, iż dokumenty wraz z wyjaśnieniami winny potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych w punktach 2.2, 2.3, 2.11, 2.52, 2.55 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ. Ponadto Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia przez zaoferowane dostawy wymagania określonego w pkt 2.23 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego Odwołujący udzielił pismem z dnia 13 listopada 2018 r.

Pismem z dnia 26 listopada 2018 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu uwagi dotyczące sposobu oceny przez komisję przetargową Zamawiającego spełniania przez ofertę Odwołującego wymagania wskazanego w pkt 2.23 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ.

Pismem z dnia 2 października 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Apator S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez zaoferowane przez tego wykonawcę liczniki wymagania określonego w pkt 1.7 i 2.7 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ oraz na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do dostarczenia

zgodnie z pkt 1.53 i 2.54 Załącznika nr 5 do SIWZ dla każdego wzorca licznika zaofertowanego w zadaniach 1, 2, 3 i 4 protokołów badania poboru mocy wykonanych przez Laboratorium Akredytowane przez PCA.

Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca APATOR S.A. udzielił pismem z dnia 5 października 2018 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzuty dotyczące bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

1. Zarzut dotyczący rzekomego niespełnienia przez Odwołującego wymagań normy PN- EN 62056-6-1:2014-02E - pkt 2.1 OPZ.

Izba uznała zarzut za zasadny.

Jak wynika z treści uzasadnienia zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził niezgodność oferty tego wykonawcy z pkt 2.1 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ w związku z ustaleniem, iż w Certyfikacie badania typu (MID) wraz z aneksami i załącznikami nie ma informacji o spełnieniu wymaganej normy PN-EN 62056-6-1:2014-02E, jest natomiast przywołana nieaktualna norma EN 62056-61. Wykonawca w ramach wyjaśnień przedstawił oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologii CIM z dnia 4 października 2018 r., jednakże Zamawiający stwierdził, że podmiotem upoważnionym do wystawienia takiego oświadczenia może być tylko Jednostka notyfikowana, a CIM nie występuje w takim charakterze w złożonym oświadczeniu.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ weryfikacja spełnienia wymagania określonego w pkt 2.1 miała się odbywać na podstawie treści oświadczenia wykonawcy oraz Instrukcji obsługi licznika. Z powyższego postanowienia SIWZ wynika zatem, iż:

- po pierwsze: za wystarczające do wykazania spełnienia wymagania określonego w pkt 2.1 należy uznać złożenie przez wykonawcę oświadczenia oraz Instrukcji obsługi licznika potwierdzających ww. okoliczność
- po drugie: Zamawiający określił, iż ocena spełnienia wymagania określonego w pkt 2.1 OPZ nie będzie dokonywana na podstawie treści Certyfikatu badania typu/projektu (MID) – zgodnie zatem z treścią SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby zgodność ze wskazaną powyżej normą znajdowała potwierdzenie w treści Certyfikatu badania typu/projektu (MID), a przynajmniej okoliczność ta nie miała znaczenia dla oceny spełnienia wymagania określonego w pkt 2.1 OPZ.

Jak wynika z treści Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ Certyfikat badania typu/projektu (MID) miał być złożony na potwierdzenie spełnienia innych wymogów, z których wyłącznie wymaganie wskazane w pkt 2.52 OPZ zostało zawarte w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiającego. W szczególności w uzasadnieniu tym nie został wskazany pkt 2.2 OPZ jako wymaganie, z którym oferta Odwołującego jest niezgodna. W protokole badania technicznego z dnia 18 września 2018 r. Zamawiający potwierdził spełnianie wymagania określonego w pkt 2.1 OPZ. Powyższe znajduje również potwierdzenie w treści odpowiedzi na odwołanie: „8. Zamawiający przy tym wyjaśnia, że dokonał notacji „Spełnia” w punkcie 2.1 protokołu badania, ponieważ w dokumentach na podstawie których dokonywana była ocena zgodności podana była prawidłowa norma, zgodna z wymaganiami Zamawiającego.” Z treści protokołu badania technicznego licznika z dnia 18 września 2018 r. wynika natomiast, iż Zamawiający stwierdził brak spełnienia wymagania określonego w pkt 2.2, a nie 2.1 OPZ. Również w treści wezwania do udzielenia wyjaśnień i złożenia dokumentów zostało wskazane wymaganie określone w pkt 2.2 OPZ (pkt 1) uzasadnienia wezwania z dnia 6 listopada 2018 r.). Kwestia niezgodności oferty Odwołującego z pkt 2.2 OPZ nie mogła być jednak przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym, albowiem niezgodność z wymaganiem określonym w pkt 2.2 OPZ nie została przez Zamawiającego wskazana w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odnosząc się do kwestii powiązań pomiędzy poszczególnymi wymaganiami SIWZ należy wskazać, iż w sytuacji, gdy wprowadzie na potwierdzenie określonego wymagania Zamawiający żądał przedstawienia wyłącznie oświadczenia, lecz jego treści zaprzecza treść innego dokumentu, w szczególności mającego charakter urzędowy, oświadczenie takie nie może zostać uznane za potwierdzające spełnienie tego wymagania. W ocenie Izby z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie, albowiem treść Certyfikatu MID złożonego przez Odwołującego nie wyklucza możliwości zgodności z normą wymaganą przez Zamawiającego, lecz jedynie potwierdza zgodność z inną normą. Przeciwnie stanowisko nie było prezentowane przez Zamawiającego. Wymóg zawarty w pkt 2.1 OPZ nie został określony jako potwierdzenie zgodności z normą w Certyfikacie MID, lecz jako zgodność z tą normą, co wykonawca miał potwierdzić poprzez złożone oświadczenie oraz treść Instrukcji obsługi licznika.

Podsumowując, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego m.in. w związku ze stwierdzeniem niezgodności jej treści z wymaganiem określonym w pkt 2.1 OPZ. Jak potwierdził w treści odpowiedzi na odwołanie spełnienie ww. wymagania wynikało z treści dokumentów, na podstawie których była dokonywana jego weryfikacja. Z dokumentacji dotyczącej przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert nie wynika okoliczność stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności w ww. zakresie – dotyczy to natomiast innego postanowienia

SIWZ, tj. określonego w pkt 2.2 OPZ, które jednak nie zostało wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż ww. zarzut potwierdził się.

2. Zarzut dot. wskaźnika zdjęcia osłony listwy zaciskowej - pkt 2.23 OPZ.

Ustosunkowując się do ww. zarzutu należy na wstępie przywołać następujące postanowienia OPZ, do których odnosili się uczestnicy postępowania:

- 2.23: Liczniki muszą prezentować na wyświetlaczu dedykowaną sygnalizację faktu zdjęcia i założenia osłony listwy zaciskowej licznika, z zapisem faktu w rejestrze zdarzeń ze znacznikiem daty i czasu każdego zdarzenia zarówno pod napięciem – w sposób ciągły, jak i przy braku napięcia – po pobudzeniu wyświetlacza przyciskiem. Po założeniu osłony listwy zaciskowej wskaźnik jej zdjęcia musi być aktywny zgodnie z powyższymi warunkami.
- 2.25: Liczniki muszą posiadać możliwość kasowania przez służby Zamawiającego informacji o zdjęciu osłonki listwy zaciskowej (sprzętowo i programowo), bez konieczności demontażu licznika i ponownej legalizacji.
- 2.31: Liczniki muszą umożliwiać ręczne zamykanie okresu rozliczeniowego za pomocą przycisku na liczniku przystosowanego do plombowania.

Z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, iż powodem stwierdzenia niezgodności z pkt 2.23 OPZ było ustalenie, iż przy otwartej osłonie listwy zaciskowej dokonano skasowania wskaźnika sygnalizującego jej otwarcie i wskaźnik ten w dalszym działaniu nie aktywował się pomimo wciąż otwartej osłony.

Ww. okoliczność skasowania wskaźnika sygnalizującego zdjęcie osłony listwy zaciskowej została wyjaśniona przez Odwołującego. Wykonawca ten przyznał, iż w przypadku oferowanego przez niego licznika ręczne zamknięcie okresu rozliczeniowego powoduje skasowanie wskaźnika zdjęcia listwy zaciskowej. Nie następuje zatem spełnienie wymogu określonego w pkt 2.23 OPZ, tj. prezentowania na wyświetlaczu sygnalizacji faktu zdjęcia osłony listwy zaciskowej w sposób ciągły i w konsekwencji wskaźnik ten nie jest również aktywny po założeniu osłony listwy zaciskowej (nie jest więc możliwe jego skasowanie przez służby Zamawiającego). W trakcie przeprowadzonych badań technicznych nie tyle wystąpiła sytuacja skasowania wskaźnika przez Zamawiającego, lecz miało miejsce ręczne zamknięcie przez Zamawiającego okresu rozliczeniowego, skutkujące skasowaniem ww. wskaźnika. W treści pisma z dnia 26 listopada 2018 r. Odwołujący wskazał, iż „Zamawiający nie zawarł w wymaganiach technicznych żadnych wymagań co do warunków kasowania znacznika, w tym w szczególności czy kasowanie następować ma przy otwartej osłonie listwy zaciskowej czy przy zamkniętej listwie zaciskowej.” W ocenie Izby kwestia ta została określona w ostatnim

zdaniu pkt 2.23 OPZ, tj. że „Po założeniu osłony listwy zaciskowej wskaźnik jej zdjęcia musi być aktywny zgodnie z powyższymi warunkami.”. Oznacza to zatem, iż wymóg możliwości kasowania dotyczył sytuacji, gdy osłona listwy zaciskowej została ponownie założona. Natomiast wymaganie określone przez Zamawiającego w pkt 2.31 OPZ: „Liczniki muszą umożliwiać ręczne zamykanie okresu rozliczeniowego za pomocą przycisku na liczniku przystosowanego do plombowania” nie oznacza, iż w tym przypadku została przewidziana możliwość odstępiania od spełniania wymagania zawartego w pkt 2.23 OPZ. W żaden sposób nie wynika to z postanowienia zawartego w punkcie 2.23 OPZ. Wymaganie zawarte w pkt 2.31 OPZ ma odrębny charakter i nie ma wpływu na spełnianie innych wymagań określonych przez Zamawiającego.

Podsumowując, w przypadku licznika oferowanego przez Odwołującego ręczne zamknięcie okresu rozliczeniowego skutkuje skasowaniem wskaźnika zdjęcia osłony listwy zaciskowej i tym samym przerwaniem ciągłości prezentacji na wyświetlaczu sygnalizacji faktu zdjęcia tej listwy. W konsekwencji powyższego po założeniu osłony listwy zaciskowej wskaźnik ten nie jest aktywny. Powyższe stanowi o niezgodności treści oferty Odwołującego z pkt 2.23 OPZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż ww. zarzut nie potwierdził się.

3. Zarzut o rzekomym braku wymaganego typu listwy zaciskowej i możliwości podłączenia do niej wymaganych przekrojów przewodów zgodnie z pkt 2.52 OPZ.

Uzasadniając niezgodności oferty Odwołującego w zakresie pkt 2.52 OPZ Zamawiający stwierdził, iż w certyfikacie badania typu/projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami nie ma informacji odnośnie wykonania listwy zaciskowej licznika oraz informacji o możliwości podłączenia do niej wymaganych przekrojów przewodów.

Z treści Załącznika nr 1 do załącznika nr 5 do SIWZ wynika, iż weryfikacja spełnienia ww. wymagania miała zostać przeprowadzona w oparciu o badanie techniczne licznika oraz treść Certyfikatu badania typu/projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami. Izba nie podziela interpretacji przedstawionej przez Odwołującego, iż wystarczające było wykazanie spełnienia ww. wymagania wyłącznie w oparciu o przeprowadzone badanie techniczne. Taka interpretacja nie znajduje potwierdzenia w brzmieniu ww. postanowienia OPZ. Zamawiający wskazał, iż weryfikacja spełnienia przedmiotowego wymagania będzie obejmować również treść Certyfikatu badania typu/projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami, co w ocenie Izby oznacza, iż Zamawiający nie tylko wymagał faktycznego potwierdzenia spełnienia tego wymogu przez próbkę licznika dostarczoną przez wykonawcę, ale wymagał również potwierdzenia tego wymogu treścią dokumentu, tj. Certyfikatu badania typu/projektu (MID). W przypadku licznika zaoferowanego przez Odwołującego warunek ten nie został spełniony. Jak wskazał Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie raport z testu, na który powołuje się

Odwołujący na stronie 17 odwołania dotyczy licznika jednofazowego, a nie licznika 3-fazowego. Powyższemu Odwołujący nie zaprzeczył, a twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie znajdują potwierdzenie w dokumentacji Postępowania. Wymaga przy tym zauważenia, iż treść ww. dokumentu mogłaby potwierdzać najwyżej spełnienie wymogu dotyczącego dwurzędowego wykonania listwy zaciskowej, W odniesieniu natomiast do kolejnego dokumentu, na którego treść powoływał się do Odwołujący, tj. Instrukcji obsługi licznika, wymaga zauważenia, iż w treści odwołania Odwołujący nie wskazywał, iż dokument ten stanowi załącznik do Certyfikatu MID, lecz że jest to dodatkowa dokumentacja – wymagana przez Certyfikat MID. W pkt 9.2 Certyfikatu MID, na który wskazywał zarówno Odwołujący jak i Zamawiający, nie są wymienione załączniki do Certyfikatu, lecz jest mowa o dokumentacji, jaka ma zostać załączona do licznika. Treść ww. postanowienia Certyfikatu nie potwierdza zatem twierdzenia Odwołującego, iż Instrukcja obsługi licznika stanowi załącznik do Certyfikatu MID.

II. Zarzut braku podstaw faktycznych w Zawiadomieniu potwierdzających niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ - naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 PZP.

Izby uznała, iż zarzut nie potwierdził się. W treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia, postanowienia OPZ, z którymi jego zdaniem oferta Odwołującego jest niezgodna jak i uzasadnienie faktyczne w odniesieniu do poszczególnych postanowień (punktów) OPZ. W istocie uzasadnienie faktyczne jest bardzo związane, jednakże zdaniem Izby jest ono wystarczające na gruncie regulacji art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołującemu zostały przekazane informacje o powodach odrzucenia oferty w zakresie umożliwiającym mu sformułowanie zarzutów odwołania. Ponadto treść uzasadnienia faktycznego stanowi odwołanie do przebiegu czynności badania i oceny ofert, w których to czynnościach Odwołujący brał udział (badanie techniczne, wezwania do wyjaśnień), a zatem nie powinien mieć żadnych problemów ze zrozumieniem stanowiska Zamawiającego przedstawionego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu jego oferty. Jednocześnie należy podkreślić, iż interesy Odwołującego są w tym zakresie chronione w ten sposób, że rozpoznając odwołanie Izba odnosi się tylko do tych przyczyn odrzucenia oferty, które zostały wskazane w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty.

III. Zarzut zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego ewentualnych tzw. „innych omyłek” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Ww. zarzut Izba uznała za oczywiście niezasadny. W odwołaniu nie została wskazana żadna omyłka w treści oferty Odwołującego podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Za taką nie można uznać wskazywanej przez Odwołującego omyłki w zakresie normy podanej w treści Certyfikatu MID, albowiem nawet jeżeliby przyjąć, iż faktycznie mamy tu do czynienia z omyłką, to nie jest to omyłka wykonawcy w treści oferty sensu stricto, do którego to pojęcia odnosi się ww. regulacja ustawy Pzp (a nie pojęcia oferty sensu largo), lecz omyłka podmiotu nie będącego wykonawcą w treści dokumentu składanego na potwierdzenie wymagania o charakterze przedmiotowym. Tego rodzaju omyłki nie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Żadne inne omyłki nie zostały przez Odwołującego wskazane.

IV. Zarzuty zaniechania odrzucenia oferty APATOR pomimo jej niezgodności z SIWZ – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

1. Zarzut dotyczący zastosowania przez APATOR przycisków umożliwiających dostęp do wewnętrznych części licznika wbrew wymaganiom OPZ.

Przede wszystkim należy wskazać, iż zawarte w odwołaniu twierdzenia, które miałyby potwierdzać niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ w zakresie wymagania określonego w punkcie 2.7 OPZ nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób udowodnione. Wymaga przy tym zauważenia, iż jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w trakcie postępowania odwoławczego to odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na odwołującym, w pierwszej kolejności, ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 54/12 należy wskazać, iż "Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7

listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11)."

Wyjaśnienia przedstawione w tym zakresie przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zostały zastrzeżone jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku z tym odniesienie się do ich w treści nie było możliwe na etapie składania odwołania. Należy jednak zauważyć, iż w sposób ogólny zastosowane przez Przystępującego rozwiązanie zostało przez niego wskazane w treści pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienie do postępowania odwoławczego. Do tych informacji Odwołujący jednak nie odniósł się na dalszym etapie postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała iż ww. zarzut nie potwierdził się.

2. Zarzut dotyczący zastosowania baterii niezgodnej z SIWZ.

Zgodnie z pkt 2. 56 OPZ Liczniki muszą umożliwiać odczyt (wszystkie wartości z wyświetlacza) po pozostawaniu w stanie bez napięciowym w okresie minimum 1 roku. W odniesieniu do ww. postanowienia oraz analogicznego wymagania zawartego w pkt 1.55 zostało zawarte następujące pytanie: „Prosimy o wyjaśnienie, czy zapis Zamawiającego w punkcie 1.55 oznacza, że w przypadku magazynowania licznika bez zasilania przez 1 rok Zamawiający dopuszcza okoliczność wyczerpania baterii po tym czasie?” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający podtrzymuje swoje dotychczasowe wymagania. Wszystkie elementy licznika winny „wytrzymać” czas legalizacji.” [wyjaśnienia do SIWZ z dnia 23 lipca 2018 r., odpowiedź na pytanie nr 8].

W ocenie składu orzekającego Izby z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi nie wynika, jak twierdził Odwołujący, iż Zamawiający zmienił wymagania w zakresie ww. postanowień SIWZ. Na wstępie udzielonej odpowiedzi Zamawiający zaznaczył, iż podtrzymuje swoje dotychczasowe wymagania. W związku z tym dalszym ciągu Zamawiający wymagał, aby liczniki umożliwiały odczyt (wszystkie wartości z wyświetlacza) po pozostawaniu w stanie bez napięciowym w okresie minimum 1 roku. Wymaga w tym miejscu podkreślenia, iż można mówić o zmianie czy wprowadzeniu nowego wymagania w ramach odpowiedzi udzielonej na pytanie do SIWZ, jeżeli zostanie to w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazane przez Zamawiającego, co nie miało w tym przypadku miejsca. Skład orzekający Izby podzielił stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego, tj. że pojęcie rezerwy chodu należy odnosić do wymagania zawartego w pkt 2.56 OPZ, a nie do wymogu „wytrzymania czasu legalizacji” (wynika to z brzmienia pkt 2.56 OPZ). Należy również zwrócić uwagę, iż sformułowanie „wytrzymać” zostało przez Zamawiającego użyte w odniesieniu do wszystkich elementów licznika i winno być interpretowane przy uwzględnieniu tej okoliczności,

jak również definicji pojęcia „legalizacja” [zespół czynności obejmujących sprawdzenie i stwierdzenie w drodze decyzji, poświadczonej wyłącznie dowodem legalizacji, że przyrząd pomiarowy spełnia wymagania – art. 4 pkt 13 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach (Dz. z 2018 r. poz. 376, ze zm.)].

Dodatkowo należy wskazać, iż poza odwołaniem się do informacji zawartej w Instrukcji obsługi licznika zaoferowanego przez Przystępującego, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń zaprezentowanych w ramach uzasadnienia przedmiotowego zarzutu.

3. Zarzut dotyczący zaniechania przedłożenia przez wykonawcę APATOR certyfikatu akredytowanego laboratorium zgodnie z wymogiem z pkt 1.53 oraz 2.54 OPZ.

Izba uznała, iż ww. zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie tego, iż podmiot Slovenska legalna metrologia nie posiada akredytacji w zakresie badań poboru mocy. Jak już była o tym mowa powyżej, zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na odwołującym, w pierwszej kolejności, ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe.

W pozostałym zakresie, tj. dotyczącym daty widniejącej na certyfikacie SLM, Odwołujący w toku rozprawy nie podtrzymywał zarzutu. Wobec okazanych przez Przystępującego oryginałów dokumentów twierdzenia podnoszone w tym zakresie przez Odwołującego okazały się oczywiście niezasadne.

V. Zarzuty podniesione przez Odwołującego z ostrożności procesowej:

1. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty dotyczącej spełnienia przez oferowane liczniki wymogu z pkt 2.23 OPZ, a więc funkcji wyświetlania komunikatu zdjęcia i założenia osłony listwy zaciskowej licznika, podczas gdy Zamawiający powziawszy wątpliwości w zakresie spełnienia przez licznik Odwołującego funkcjonalności z ww. pkt OPZ powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie;

Przede wszystkim należy podkreślić, iż pismem z dnia 6 listopada 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia przez zaoferowane dostawy wymagania określonego w pkt 2.23 Załącznika nr 1 do Załącznika nr 5 do SIWZ. Jedynie dodatkowo należy wskazać, iż wobec zaistniałych wątpliwości co do spełnienia przez licznik zaoferowany przez Odwołującego wymagań określonych w pkt 2.23 OPZ Zamawiający przeprowadził w tym zakresie powtórne badanie techniczne, a Odwołujący miał możliwość składania uwag/wyjaśnień do protokołu badania. W

piśmie z dnia 26 listopada 2018 r. Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie. Z dokumentacji Postępowania nie wynika, iż przed podjęciem decyzji o stwierdzeniu niezgodności oferty Odwołującego z pkt 2.23 OPZ Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, co wymagałoby wystosowania do Odwołującego wezwania o udzielenie wyjaśnień. Mając na uwadze powyższe Izba uznała ww. zarzut za niezasadny.

2. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i dopuszczenie możliwości zmiany oferty przez wykonawcę APATOR w drodze wyjaśnień pismem z dnia 5 października 2018 r. w zakresie rozwiązania przyjętego przez APATOR umożliwiającego dostęp do wewnętrznych części licznika wbrew wymaganiom pkt 1.7 i 2.7 OPZ, podczas gdy w toku wyjaśnień niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Powyższy zarzut Izba uznała za niezasadny. Zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W wyniku udzielenia przez Przystępującego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 października 2018 r. nie doszło do zmiany treści oferty tego wykonawcy, lecz do wyjaśnienia rozwiązania zastosowanego w oferowanym liczniku. Treść świadczenia Przystępującego, do którego zobowiązał się ten wykonawca w swojej ofercie, pozostała niezmienną. Twierdzenia Odwołującego o prowadzeniu w ww. zakresie negocjacji pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym należy uznać za niezrozumiałe.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji. Uznanie zasadności pierwszego z zarzutów i stwierdzenie w tym zakresie naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik Postępowania i w konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: