

Sygn. akt KIO/UZP 248/10

WYROK
z dnia 24 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL Spółkę Akcyjną z siedzibą w Cieszynie, Polska oraz KALEKALIP MAKINA VE KALIP SANAYI ANONIM SIRKETI, z siedzibą w Istambule, Turcja (pełnomocnik Bogdan Pagięła; adres: 43 – 400 Cieszyn, ul. Stawowa 71)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląską Spółkę Gazownictwa spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 50 – 507 Wrocław, ul. Ziębicka 44,** protestu z dnia **27 stycznia 2010 r.**

przy udziale wykonawcy **ltron Polska sp. z o.o., 30 – 702 Kraków, ul. T. Romanowicza 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w częściach nr 1, 3 i 5 postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża **Dolnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o.** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL Spółkę Akcyjną z siedzibą w Cieszynie, Polska oraz KALEKALIP MAKINA VE KALIP SANAYI ANONIM SIRKETI, z siedzibą w Istambule, Turcja**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Dolnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o.** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL Spółkę Akcyjną z siedzibą w Cieszynie, Polska oraz KALEKALIP MAKINA VE KALIP SANAYI ANONIM SIRKETI, z siedzibą w Istambule, Turcja** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL Spółkę Akcyjną z siedzibą w Cieszynie, Polska oraz KALEKALIP MAKINA VE KALIP SANAYI ANONIM SIRKETI, z siedzibą w Istambule, Turcja.**

U z a s a d n i e n i e

I. Dolnośląska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawę gazomierzy miechowych o wielkościach od G1,6 do G65 w roku 2010”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 28 października 2009 r., poz. 2009/S 208-299413 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych). Postępowanie prowadzone jest w częściach.

Wartość zamówienia oszacowano na 1 920 208,76 euro.

W dniu 28 stycznia 2010 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ELEKTROMETAL SA oraz KALEKALIP MAKINA VE KALIP SANAYI ANONIM SIRKETI (dalej: Odwołujący) – złożyli protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dn.18.01.2010 r. Zamawiający oddalił protest, w dn. 8.02.2010 r., w związku z czym Odwołujący w dn. 12.02.2010 r. wniósł do Prezesa Zamówień Publicznych odwołanie.

W odwołaniu Odwołujący w całości podtrzymał zarzuty podniesione uprzednio w proteście, wskazując, że nieprawidłowe były następujące zaniechania i czynności Zamawiającego:

1. zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego lub do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów,
2. zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego 16 punktów w kryterium „Walory techniczne: wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej (C)”,
3. czynność odrzucenia oferty Odwołującego dla części nr 1 i części nr 3 przedmiotu zamówienia,
4. czynność wyboru dla części nr 1 przedmiotu zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Intergaz Sp. z o.o.,
5. czynność wyboru dla części nr 3 i części nr 5 przedmiotu zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Iltron Polska Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, iż wskazane powyżej czynności i zaniechania Zamawiającego, jak również rozstrzygnięcie protestu naruszają przepisy:

1. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego 16 punktów w kryterium „Walory techniczne: wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej (C)”,
2. art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla części 5 przedmiotu zamówienia oferty Iltron Polska Sp. z o.o., która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego dla części nr 1 i nr 3 przedmiotu zamówienia, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ,

4. art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszych dla części 3 i dla części 1 przedmiotu zamówienia ofert odpowiednio Intergaz Sp. z o.o. oraz Iltron Polska Sp. z o.o., które nie przedstawiają najkorzystniejszego bilansu ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert,
5. art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego lub do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego dla części nr 1 i nr 3 przedmiotu zamówienia,
2. unieważnienia dokonanego wyboru ofert dla części nr 1, nr 3 i nr 5 przedmiotu zamówienia,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr 1, nr 3 i nr 5 przedmiotu zamówienia, oraz
4. dokonania wyboru dla części nr 1, 3 i 5 przedmiotu zamówienia oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Iltron Polska Sp. z o.o.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w trzech częściach postępowania – w części pierwszej na gazomierze G1,6, w części trzeciej na gazomierze G2,5 i w części piątej na gazomierze G4. Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w częściach 1, 3 i 5 postępowania.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odnoszący się do zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego 16 punktów w kryterium „Walory techniczne: wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej (C)”.

Rozpatrując powyższy zarzut, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w SIWZ wymagał, aby oferowane gazomierze wykazywały się stabilnością charakterystyki metrologicznej zgodną lub lepszą od wymagań określonym w pkt 7.1.2 normy PN-EN 1359:2004 i PN-EN 1359:2004/A1:2006. Na potwierdzenie tego wymogu do oferty należało załączyć wyniki badań dla danego typu gazomierza odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej wykonane przez jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie” (strona 4 i 15 SIWZ, pkt 2 lit. b i pkt 18). Zasadniczo złożenie wyników takich badań nie było konieczne dla prawidłowości oferty – w razie braku badań Zamawiający dopuszczał złożenie oświadczenie o braku takich wyników badań dla oferowanych gazomierzy i deklarację zgodności z normą, złożenie tego dokumentu było opcjonalne i wynik badania decydował o ilości punktów w jednym z kryteriów oceny ofert.
2. Zgodnie z postanowieniami rozdziału XIX SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert w ramach oceny technicznej (W) był parametr oznaczony literą „C”. Zamawiający wskazał, że będzie oceniał „C- za wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej (trwałości) powyżej wymagań normy PN-EN 1359:2004 i PN-EN 1359:2004/A1:2006 na podstawie analizy dostarczonych przez Wykonawcę wyników badań.

Badania punktowane będą za każde 1 000 godzin powyżej normy. Badania o długości równej 10 000 godzin i większej punktowane będą w ilości 20 punktów.

$$C = [(C_0 - 5000) / 5000] * C_w$$

Gdzie:

Co - udokumentowana zbadana stabilność powyżej zakresu wymaganego przez normę PN-EN 1359:2004 i PN-EN 1359:2004/A1:2006.” (strona 24 SIWZ).

3. Odwołujący do oferty załączył wyniki badań gazomierzy odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej – dla typu gazomierzy EM G4, G2,5, G1,6 (potwierdzenie spełnienia wymagań opcjonalnych – wyniki badań odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej, strona 329 oferty – tłumaczenie z języka angielskiego, kopia oferty w aktach sprawy). Z opisu przeprowadzonych prób wynika, że badano gazomierz typu G4 (strona 331 oferty), jednak niektóre z próbek badano „jakby były” próbkami (gazomierzy) G1,6 i G2,5.

4. Zamawiający w SIWZ zastrzegł, że w trakcie realizacji umowy będzie przeprowadzał badania kontrolne gazomierzy, które będą wykonywane zgodnie z metodologią określoną w wskazanych polskich normach (strona 10 SIWZ, pkt 8)
5. W czasie oceny oferty Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego dla części nr 5 zero punktów w kryterium „Walory techniczne: wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej (C)”. Na uzasadnienie takiej oceny oferty Odwołującego w tym kryterium Zamawiający podał, co następuje:
 - wyniki badań przedstawione przez Odwołującego zostały przeprowadzone jedynie na 2 próbkach gazomierza G4, podczas gdy punkt 7.1.2.2. normy PN-EN 1359:2004 wymaga przebadania co najmniej 3 próbek gazomierzy,
 - badanie trwałości nie było przeprowadzone w sposób ciągły, pomiędzy próbą 5000 godzin a dodatkowych 4000 godzin minęły 2 lata (ww. norm nie przewiduje przerw w prowadzeniu tego rodzaju badań),
 - z wyników badań wynika, że podczas przerwy gazomierz wykazuje regenerację krzywej błędu.

Podsumowując, Zamawiający uznał, że nie może brać pod uwagę wyników badań załączonych przez Odwołującego do oferty na stronie 329, bowiem badania przeprowadzono według metodologii odmiennej, niż określona w polskiej normie.

Zasadniczo niesporne było, iż wyniki badań ze strony 329 oferty Odwołującego na zwiększoną trwałość nie zostały przeprowadzone w sposób zgodny z normą (norma określa trwałość do 5 000 godzin i metodologię badania trwałości w tej granicy) oraz że badania trwałości powyżej limitu godzinowego określonego w normie mogą się odbywać według innej metodologii, niż określony w normie. Spór sprowadzał się do rozbieżności w interpretacji postanowień SIWZ odnośnie wyników badań pozwalających na przyznanie dodatkowych punktów w kryterium technicznym: czy z treści SIWZ wynikało, że wyniki badań na zwiększoną trwałość, składane opcjonalnie, musiały się opierać na procedurze zgodnej z metodologią określoną w polskiej normie, czy też nie.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że z SIWZ nie wynikał obowiązek złożenia jako ocenianych w kryterium technicznym takich wyników badań, które miały być zgodne z metodologią określoną w polskich normach, a Odwołujący miał rację kwestionując zaniechanie przyznania mu punktów w kryterium „Walory techniczne: wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej (C)”.

Zamawiający opisując dokument, z którego miała wynikać ilość punktów w kryterium (Rozdział XIX SIWZ), operował wyrażeniem „wyniki badań” bez sprecyzowania, według jakiej metodologii mają być przeprowadzone badania. W postanowieniach SIWZ, gdzie była

mowa o badaniach zgodnych z metodologią normy (badania kontrolne na etapie realizacji umowy, pkt 8, strona 10 SIWZ) zostało to wyraźnie wskazane. Skoro Zamawiający w odniesieniu do dokumentu, na podstawie którego będzie dokonywana ocena ofert, nie wyraził żadnych wymagań w SIWZ, Odwołujący miał prawo złożyć jakiegokolwiek wyniki badań. Przy czym zauważyć należy, że Odwołujący nie załączył dowolnych wyników badań, wykonanych przykładowo, przez siebie samego bądź przez dowolny inny podmiot (czego zasadniczo w świetle postanowień SIWZ również nie można byłoby zakwestionować), lecz wyniki badań wykonane przez akredytowaną jednostkę.

Nie ulega wątpliwości składu orzekającego, że badania przekraczające zakres normy można wykonywać według dowolnej metodologii, oczywiście kwestią dalszą jest, czy te badania (według dowolnej metodologii) spełniają oczekiwania Zamawiającego. Jednak skoro w tym zakresie w SIWZ Zamawiający nie wyraził żadnych żądań, winien zaakceptować wyniki badań przeprowadzone według wybranej przez Odwołującego (czy też jednostkę akredytowaną) metodologii. Zamawiający skutecznie w postępowaniu odwoławczym nie zakwestionował, że dokument który Odwołujący załączył do oferty jest niewiarygodny, błędny, czy zawiera nieprawdziwe informacje, wobec czego nie miał podstaw, aby nie uwzględnić dokumentu, opisującego wyniki badań przeprowadzonych wobec innej metodologii, niż oczekiwał Zamawiający, podczas kiedy oczekiwania te nie zostały wyrażone w SIWZ. Rację miał Odwołujący, że oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie zostały ujawnione dopiero po ocenie ofert, a nie wynikały z SIWZ.

Oczywiście słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że postanowienia SIWZ należy badać całościowo, jednak w odniesieniu do wymagań żądanych od wykonawców dokumentów należy interpretować wymagania Zamawiającego w sposób ścisły i nie można utożsamiać z nimi wymagań określonych w odniesieniu do innego zakresu, a oczekiwanych dopiero na etapie realizacji umowy.

Odnośnie typu gazomierzy poddanych badaniom – z wyników badań jednoznacznie wynika, że dotyczą one trzech typów gazomierzy (strona 329, określenie typu gazomierza). W ocenie składu orzekającego nie musi być to równoznaczne z przebadaniem gazomierzy wszystkich typów (Zamawiający wymagał wyników badań dla danego typu gazomierza), jeżeli jednostka przeprowadzająca badania stwierdzi, że nie jest to konieczne – a tak wynika z dokumentu na stronach 329-340 oferty. Z opisu badanych próbek wynika, że próbki gazomierza G4 były przeprowadzane tak, jakby były próbkami G1,6 i G2,5. Odwołujący nie załączył tych wyników na potwierdzenie trwałości gazomierzy dowolnego typu G – np. G10 lecz właśnie na typy G1,6 i G2,5, wyraźnie w wynikach badań wymienione, które zaoferowano w części pierwszej i trzeciej. Zatem nie ma wątpliwości, że Odwołujący przedstawił wyniki badań dla oferowanych przez siebie typów gazomierzy. W konsekwencji

ofercie Odwołującego Zamawiający powinien przyznać odpowiednio więcej punktów w kryterium „Walory techniczne: wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej (C)”.

Reasumując, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1. Wobec powyższego należy powtórzyć czynność badania i oceny ofert w częściach 1, 3 i 5.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego dla części nr 1 i nr 3 przedmiotu zamówienia, mimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego lub do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów.

Analizując powyższy zarzut, skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

1. Zgodnie z postanowieniem pkt 2 lit. d) w rozdziale IV SIWZ (strona 4 SIWZ) oferowane gazomierze musiały wykazywać odporność na wysoką temperaturę otoczenia zgodnie z punktem 6.5.5 normy PN-EN 1359:2004 i PN-EN 1359:2004/A1:2006. Na potwierdzenie tego wymogu wykonawca miał dostarczyć certyfikat lub wyniki badań dla danego typu gazomierza odnośnie odporności na wysoką temperaturę otoczenia wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie.
2. Na potwierdzenie spełniania powyższego wymogu Odwołujący przedstawił raport z badania przeprowadzonego przez akredytowaną jednostkę badawczą- DGWV (załącznik nr 20 do oferty Odwołującego, „Raport z badań dla danego typu gazomierza odnośnie odporności na wysoką temperaturę otoczenia wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie”, strona 315 oferty). Badanie zostało przeprowadzone na gazomierzu typu G4 (co wyraźnie wynika z określenia typu badanego gazomierza na stronie 315), ale zdaniem Odwołującego wynik tego badania potwierdza odporność na wysoką temperaturę całego typoszeregu gazomierzy oferowanych przez Odwołującego.
3. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego dla części nr 1 i części nr 3 przedmiotu zamówienia, ponieważ w ocenie Zamawiającego załączony do oferty certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę badawczą odnośnie odporności na wysoką temperaturę odnosi się tylko do gazomierza G4 i nie wskazuje odporności na wysoką temperaturę otoczenia gazomierzy G 1,6 i G 2,5, oferowanych w tych częściach.

4. Powyższa czynność została oprotestowana przez Odwołującego, który zarzucił, iż spełnianie powyższego wymogu potwierdza raport z badania przeprowadzonego przez akredytowaną jednostkę badawczą - DGVW (strona 315 oferty, załącznik nr 20).

Według Odwołującego, oferowane przez niego gazomierze G2,5 oraz G1,6 w części pierwszej i trzeciej nie różnią się ani konstrukcją, ani technologią produkcji i montażu od gazomierzy G4. Różnica pomiędzy nimi polega jedynie na odpowiedniej do typu kalibracji wstępnej i końcowej na stanowisku do legalizacji pierwotnej. Wymagania i sposób przeprowadzenia badania w spornym zakresie określa pkt. 6.5.5 normy PN-EN 1359:2004 i PN-EN 1359:2004/A1:2006, i Odwołujący zauważa, że

- wielkość przecieku dla zakresu gazomierzy w zakresie do $Q_{max} = 40 \text{ m}^3/\text{h}$ jest stała i wynosi maksymalnie $150 \text{ dm}^3/\text{h}$, a więc w tym wypadku nie ma znaczenia, dla jakiego gazomierza przeprowadzono badanie;
- w uwadze pkt. 6.5.5.1 normy zalecono przeprowadzenie badania **na pustej obudowie gazomierza** (która jest jednakowa w oferowanych modelach G4, G2,5 i G1,6). W związku z tym nie ma znaczenia, dla którego z gazomierzy całego typoszeregu przeprowadzono badanie.

Ponadto Odwołujący podnosił, iż dodatkowo spełnianie spornego wymogu potwierdza również załącznik nr 18 do oferty (strona 197 oferty), ponieważ badanie odporności gazomierzy na wysoką temperaturę zostało przeprowadzone w ramach badań na zgodność z normą i stanowi część raportu CVN-603 967-01 (aneks 4, strona 21 raportu z badań, strona 225 oferty) oraz wskazywał, że zgodność oferowanych przez Odwołującego gazomierzy G1,6, G2,5 i G4 z wymaganiami normy i wynikami badań przedstawionymi w raporcie CVN-603 967-01 została dodatkowo poświadczona przez jednostkę akredytowaną w załączonym do oferty Świadectwie Zgodności CPC-810783-1 (załącznik nr 30, strona 393 oferty).

W ocenie Odwołującego, nie powinno budzić wątpliwości w świetle złożonych dokumentów, że oferowane gazomierze są wytwarzane przez różnych producentów, jednak na podstawie umów licencyjnych, a zatem przedłożone dokumenty potwierdzają parametry danych typów gazomierzy. Oferowane gazomierze produkowane przez ELEKTROMETAL SA oraz gazomierze produkowane przez iMeter i Contagas są pod względem rozwiązań technicznych tymi samymi gazomierzami. Potwierdza to w szczególności zdaniem Odwołującego Świadectwo Zgodności CPC-810783-1 (załącznik nr 30, strona 393 oferty).

Zamawiający zauważył natomiast, że przedmiotowe Świadectwo Zgodności CPC-810783-01 odwołuje się do wyników badań wskazanych w raportach z badań nr CVN-603967-01 (str. 201 oferty) i CVN-709441-01 (str. 283 oferty), jednakże

w przedstawionych raportach nie został przebadany gazomierz G1,6. Badania CVN-603967-01 dotyczyły gazomierzy G4 i G2,5, natomiast badania CVN-709441-01 dotyczyły gazomierzy G4. W trakcie tych badań przebadano różne gazomierze, co wynika z ich numerów seryjnych. Z wyników badań CVN-603967-01 nie wynika, że przebadano próbkę gazomierza G2,5.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego i stanowisk stron, skład orzekający stwierdził, że rzeczywiście na podstawie dokumentów złożonych do oferty Odwołującego nie można było ustalić w sposób nie budzący wątpliwości, czy potwierdzono, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego – zatem Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, nie wzywając do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w częściach 1 i 3 postępowania.

Wymóg SIWZ w był wyraźnie sprecyzowany: należało przedstawić certyfikat lub badania „dla danego typu gazomierza odnośnie odporności na wysoką temperaturę otoczenia wydany przez jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie”. Izba rozpatrując wcześniejszy zarzut stwierdziła, że nie jest to równoznaczne z przebadaniem próbek wszystkich możliwych typów gazomierzy, jednak z dokumentu załączanego do oferty powinno wynikać, że dotyczy on urządzenia określonego (danego) typu bądź że badanie dotyczy wszystkich bez wyjątku gazomierzy z typoszeregu. Wymóg w tym zakresie został jednoznacznie sprecyzowany w SIWZ i Odwołujący go w odpowiednim czasie nie zakwestionował. Z dokumentu, który załączono na stronie 315 oferty (raport z badania przeprowadzonego przez akredytowaną jednostkę badawczą – DGVW, obejmujący gazomierze G4), w żaden sposób nie wynika, że raport z badania odporności na wysoką temperaturę dotyczy również innych typów gazomierzy, a w szczególności typów G1,6 i G2,5 oferowanych w częściach pierwszej i trzeciej. Z kolei dokument ze strony 393 oferty (świadczenie zgodności) dotyczy wprawdzie wszystkich typów oferowanych gazomierzy – G1,6, G2,5 i G4, jednak nie można go uznać ani za certyfikat, ani za wynik badania potwierdzający wymagany przez Zamawiającego parametr – odporność na wysoką temperaturę. Gdyby na potwierdzenie tego wymogu wystarczało złożenie świadectwa zgodności, zbędne byłoby żądanie przez Zamawiającego w SIWZ innych dokumentów.

O ile można zaakceptować wywody Odwołującego o tożsamości technicznej gazomierzy oferowanych przez różnych producentów na podstawie umów licencyjnych (potwierdza to zarówno świadectwo zgodności ze strony 393 oferty, odnoszące się do badań dotyczących próbek różnych producentów oraz uwaga ze strony 330 oferty (druga strona

załącznika nr 25 do oferty Odwołującego)), to jednak z treści dokumentów nie wynika w ocenie Izby w sposób nie budzący wątpliwości, że wyniki badań na odporność temperaturową obejmują wszystkie typy oferowanych gazomierzy, w szczególności gazomierz typu G1,6.

Z załącznika nr 25 do oferty wynika, że nie przeprowadzono badań na odporność na wysoką temperaturę gazomierzy G1,6, G2,5 i G4, których dotyczy tenże dokument (atest CVN-812559-02, strona 331 oferty, tabela poz. 6.5.5.). Z kolei protokół badania CVN-603967-01 obejmuje wszystkie typy gazomierzy, jednak na stronie nr 5 tegoż dokumentu (strona 201 oferty) wyraźnie zastrzeżono, że przebadano tylko gazomierze G4 i G2,5, przy czym „wyniki podane w niniejszym protokole badania dotyczą wyłącznie badanych mierników” – co w ocenie składu orzekającego oznacza, że tych i żadnych innych.

Jak już wyżej stwierdzono, skoro Zamawiający wymagał wyników badań dla danego typu gazomierza, i z przedstawionych dokumentów powinno w sposób jednoznaczny wynikać, że obejmują one bez wyjątku wszystkie typy gazomierzy z typoszeregu G, bądź wyraźnie wskazywać typ gazomierza, którego dotyczy badanie, przy czym możliwe jest rozszerzenie przez jednostkę badawczą badania jednego typu gazomierza na inny typ – jednak wówczas powinno to wynikać wyraźnie z wyniku badania. W ocenie składu orzekającego wobec wymagań SIWZ nie można oceniając katalog gazomierzy objętych wynikiem badania stosować zasad wiedzy technicznej (w rodzaju, że badaniu odporności na temperaturę podlega wyłącznie obudowa). Wobec bezwzględnego nakazu wynikającego z art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych Zamawiający powinien wezwać do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane w części nr 1 i nr 3 postępowania gazomierze spełniają wymogi Zamawiającego co do odporności temperaturowej.

Reasumując, należało uwzględnić zarzut naruszenia 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych bez uprzedniego przeprowadzenia procedury o której mowa w art. 26 Prawa zamówień publicznych. Można rozważać, na ile właściwe jest uwzględnienie wyjaśnień już złożonych przez Odwołującego w toku wnoszenia środków ochrony prawnej, jednak w niniejszym stanie faktycznym skład orzekający stwierdził, że Zamawiający winien prawidłowo dokonać zaniechanej uprzednio czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych (nie można wykluczyć, że na precyzyjnie sformułowane wezwanie Zamawiającego Odwołujący udzielił równie precyzyjnej odpowiedzi), a dopiero później dokonać czynności ewentualnego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią oferty.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....