

WYROK
z dnia 21 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r. przez **Landis + Gyr Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **ENEA Operator Sp. z o. o. w Poznaniu**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe "Politech" Sp. z o.o. w Świdnicy i Dorota Sabat prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "Elektrometr" Dorota Sabat** zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Landis + Gyr Sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Landis + Gyr Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu, prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę komunalnych liczników energii elektrycznej na 2012 rok na potrzeby ENEA Operator Sp. z o.o., Zadanie 2 - dostawa liczników 3 fazowych, bezpośrednich, wielostrefowych, z wewnętrznym zegarem sterującym, 3x230/400V, 5/min. 100A, min. ki. A.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 21.10.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 203-330802.

W dniu 03.02.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. w Świdnicy oraz Dorota Sabat prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Elektrometer” Dorota Sabat” (zwanymi dalej „Konsorcjum Politech”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 10.02.2012 r. Landis+Gyr Sp. z o.o. w Warszawie wniosła odwołanie od czynności oceny jej oferty, która w świetle przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) kryteriów oceny ofert winna zostać uznana za najkorzystniejszą oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Politech (w Zadaniu nr 2), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 i 2.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) Uwzględnienie odwołania poprzez:

- a) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia czynności badania oferty odwołującego, a w szczególności badania próbek liczników, albowiem spełniają one wszystkie parametry techniczne określone w punkcie 8.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia między innymi parametr techniczny B₃ - „Alfanumeryczny wyświetlacz LCD posiadający wskaźnik zdjęcia obudowy licznika”;
- b) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia czynności badania oferty Konsorcjum Politech, a w szczególności badania czy oferowane liczniki spełniają normę DIN 43857-2, albowiem nie spełniają one wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- c) Nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Politech;
- d) Nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności przyznania 25 punktów za spełnianie kryterium 2 - Parametry techniczne przez liczniki oferowane przez odwołującego;
- e) Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Zadaniu 2 i wybranie oferty odwołującego, która spełnia wymagania Zamawiającego określone w siwz;

2) Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż oprócz tego, że oferta Konsorcjum Politech winna zostać odrzucona jako niezgodna z siwz, to również nie powinna być wybrana albowiem otrzymała 93,51 punktów, zaś oferta Landis+Gyr powinna była otrzymać 95 punktów (w tym 25 punktów w Kryterium parametry techniczne) albowiem spełnia wszystkie parametry techniczne, które Zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie ofert zgodnie Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a w szczególności parametr techniczny B₃ - „Alfanumeryczny wyświetlacz LCD posiadający wskaźnik zdjęcia obudowy licznika” i jest ofertą najkorzystniejszą.

Odnosnie odrzucenia oferty Konsorcjum Politech jako niezgodnej z siwz, w uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zgodnie ze SIWZ, Rozdział II Opis Przedmiotu Zamówienia punkt 2 Wymagania i Parametry Techniczne podpunkt 2.1.3 Wymagania dla liczników 3- fazowych ustęp 3, Zamawiający wymagał aby obudowa i zaciski licznika w zakresie rozstawu wieszaków/otworów montażowych i zacisków skrzynki zaciskowej licznika były zgodne ze standardem DIN 43857.

Wskazane wymaganie, należy do wymagań obligatoryjnych, których nie spełnienie powoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, na podstawie artykułu 89 ustęp 1 punkt 2 ustawy.

Z opisu norm DIN zawartych na stronie Niemieckiego Instytutu Normalizacji (Deutsches Institut für Normierung e.V. zawartego na stronie: <http://www.din.de/cmd7search> searchstring=DIN43857&search realm=DIN ALL &workflowname=dinSearch&languageid=en wynika, że pakiet norm składa się z 5 części:

- DIN 43857-1 - Licznik energii elektrycznej w obudowie izolowanej, do podłączenia bezpośredniego dla prądu granicznego 60A; Wymiary główne dla licznika jednofazowego
- DIN 43857-2 - Licznik energii elektrycznej w obudowie izolowanej, do podłączenia bezpośredniego dla prądu granicznego 60A; Wymiary główne dla licznika trójfazowego
- DIN 43857-3 - Licznik energii elektrycznej w obudowie izolowanej, do podłączenia bezpośredniego dla prądu granicznego 60A; Wymiary pokrywy zacisków dla licznika jednofazowego
- DIN 43857-4 - Licznik energii elektrycznej w obudowie izolowanej, do podłączenia bezpośredniego dla prądu granicznego 60A; Wymiary pokrywy zacisków dla licznika trójfazowego
- DIN 43857-5 - Licznik energii elektrycznej w obudowie izolowanej, do podłączenia bezpośredniego dla prądu granicznego 60A; Część 5:Wymiary pokrywy zacisków dla urządzeń dodatkowych.

Dla liczników 3 fazowych, których dotyczyło zadanie 2 obowiązującymi są więc części 2 i 4.

Norma DIN 43857 określa wymiary tzw. trójkąta zawieszenia licznika. Wymiary trójkąta zawieszenia licznika dotyczą rozstawu otworów dla trzech śrub mocujących licznik do tablicy licznikowej i są istotne z punktu widzenia montażowego. Wymiary trójkąta zawieszenia opisują rozstaw otworów dla dwóch dolnych śrub mocujących (jako 150 mm +/- 1) oraz wysokości otworu dla trzeciej śruby zawieszenia nad poziomem dwóch dolnych śrub (jako 230 mm +/-1).

Na dowód powyższego do odwołania załączono Normę DIN 43857-2 w wersji niemieckiej i w tłumaczeniu przysięgłym na język polski

Odwołujący w dniu 6 lutego 2012 roku po uzyskaniu dostępu do dokumentacji, stwierdził, iż Zamawiający przeprowadził badanie próbek dostarczonych przez Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Elektrometer” Dorota Sabat (dalej „Konsorcjum”) i wykonał stosowną dokumentację określającą zgodność lub brak zgodności próbki z wymaganiami SIWZ (Tabela 1.4 „Zestawienie wyników dokonanej oceny w zakresie spełnienia/niespełnienia przez badane liczniki i oprogramowanie narzędziowe kryteriów określonych w SIWZ”)

W dokumentacji tej dla zadania 2 dla próbki licznika złożonego w ofercie Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Politech” Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „Elektrometer” Dorota Sabat, zamawiający zaznaczył „TAK” dla spełnienia wymogu zgodności z normą DIN, co oznacza, że Zamawiający uznał zgodność wymiarów rozstawu wieszaków/otworów montażowych licznika oferowanego przez Konsorcjum z normą DIN 43857-2.

Tymczasem na stronie 58 Oferty złożonej przez Konsorcjum, znajduje się rysunek licznika MT 174 produkcji ISKRAEMECO, gdzie podano wymiary licznika. Na stronie tej jest zapisane, iż „Wymiary licznika są zgodne ze standardem DIN 43857”, jednakże analiza wymiarów zaprezentowanych przez Konsorcjum wskazuje, iż licznik MT 174 nie spełnia wymogów standardu DIN 43857.

Z dokumentacji Konsorcjum wynika bowiem, iż oferowany licznik nie spełnia wymogów dotyczących wymiarów tzw. trójkąta zawieszenia licznika, albowiem licznik spełnia wymóg dotyczący rozstawu otworów dla śrub dolnych i jest zgodny z DIN, natomiast wysokość otworu dla trzeciej śruby do zawieszenia licznika wynosi 136 mm (bez dodatkowego wieszaka) lub 177 mm (z dodatkowym wieszakiem) i żaden z tych wymiarów nie spełnia wymogów normy DIN 43857 (230 mm +/- 1). Przy czym

norma pochodzi z roku 1978 a dzisiejsze konstrukcje liczników i tablic licznikowych umożliwiają montaż liczników bez spełnienia wymogu aby wysokość otworu trzeciej śruby do zawieszenia licznika wynosiła 230mm. Mimo tego Zamawiający umieścił taki wymóg w SIWZ, co oznacza, że uznał z merytorycznego punktu widzenia ten parametr jako istotny.

Nie spełnianie przez oferowany licznik wymogów technicznych jest równoznaczne z nie spełnianiem przez Ofertę Wykonawcy wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ (liczniki nie spełniające normy DIN 43857) i winno skutkować jej odrzuceniem.

Odnosnie zarzutu nieprawidłowej oceny oferty odwołującego wskazano, iż zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia Rozdział I Informacja dla Wykonawców punkt 8. Sposób Obliczenia Ceny Oferty Ostatecznej podpunkt 8.5 wskazano kryteria, którymi będzie się kierował Zamawiający przy wyborze oferty, określając iż jednym z Kryteriów będą Parametry techniczne o wadze 25%. Określając Kryterium 2 Parametry Techniczne Zamawiający wskazał następujące parametry:

1. Klasa dokładności dla energii czynnej co najmniej B: parametr B_1
2. Możliwość tworzenia przez użytkownika dedykowanej listy rejestrów i danych diagnostycznych odczytywanych z licznika przez optozłaczce i interfejs elektryczny w protokole IEC: parametr B_2 .
3. Alfanumeryczny wyświetlacz LCD posiadający wskaźnik zdjęcia obudowy licznika: parametr B_3 .
4. Zapis stanów liczydeł energii czynnej dla każdego zdarzenia zapisywanego do dziennika zdarzeń na moment wystąpienia zdarzenia: parametr B_4 .
5. Zapis do dziennika zdarzeń informacji o zdjęciu skrzynki zaciskowej licznika w przypadku odłączenia licznika od napięcia zasilającego: parametr B_5 .

Każdemu z powyższych parametrów Zamawiający przyznaje 20 punktów, które zgodnie z wzorem zamieszczonym w SIWZ „ $(B_1+B_2+B_3+B_4+B_5)=C$ ” pozwalają na łącznie uzyskać 100 punktów, co w oparciu o kolejny wzór zamieszczony w SIWZ „ $W_2=C \times 0,25$ ” dawało 25 punktów końcowych. W ramach Kryterium 2 Parametry Techniczne możliwe było uzyskanie po 5 punktów końcowych za każdy spełniony parametr techniczny. Jednocześnie Zamawiający stwierdził w SIWZ, iż w przypadku

braku określonego parametru w zaoferowanym liczniku wykonawca otrzyma 0 punktów.

Zgodnie ze SIWZ Rozdział I Informacja dla Wykonawców punkt 7. Sposób Przygotowania Oferty podpunkt 7.1 e „Oferta ostateczna musi zawierać (...) w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ, Zamawiający żąda przedstawienie dokumentów w tym próbek - zgodnie z Rozdziałem II pkt 2.1.6 SIWZ." Zaś w Rozdziale II SIWZ punkt 2.1.6 Zamawiający wskazał, iż „w ofercie ostatecznej muszą być zamieszczone (...) po 2 kompletne egzemplarze zaoferowanych liczników; dla celów testowych Wykonawca dostarczy 1 egzemplarz kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami)".

Zamawiający w SIWZ Rozdział II Opis Przedmiotu Zamówienia punkt 2 Wymagania i Parametry Techniczne podpunkt 2.1.3 Wymagania dla liczników 3-fazowych ustęp 60 wskazał wymagania dotyczące alfanumerycznego wyświetlacza LCD, który powinien posiadać między innymi wskaźnik zdjęcia osłony skrzynki zaciskowej licznika.

Odwołujący składając ofertę oświadczył w Formularzu Oferty, iż oferowany licznik E230 spełnia wszystkie parametry zawarte w Kryterium 2 Parametry Techniczne, a w szczególności, iż licznik zawiera alfanumeryczny wyświetlacz LCD posiadający wskaźnik zdjęcia obudowy licznika. Odwołujący dołączył wymagane próbki liczników - 2 komplety wraz z 1 egzemplarzem zestawu do parametryzacji i odczytu liczników. Odwołujący dołączył również szczegółową dokumentację techniczną licznik E230, a w szczególności Podręcznik użytkownika. A zatem Odwołujący oczekiwał, iż otrzyma maksymalna ilość punktów końcowych dla Kryterium 2 Parametry Techniczne tj. 25 punktów.

W informacji o wyniku postępowania z dnia 2 lutego 2012 roku, Zamawiający stwierdził, iż Kryterium 2 Parametry Techniczne Odwołujący uzyskał tylko 20 punktów końcowych.

W dniu 6 lutego 2012 roku, Odwołujący zapoznał się z dokumentacją zgromadzoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego, w której znajduje się dokumentacja ze sprawdzenia przedłożonych przez Odwołującego próbek liczników (Tabela 1.5 „Zestawienie wyników dokonanej oceny

w zakresie spełnienia/niespełnienia przez badane liczniki i oprogramowanie narzędziowe kryteriów określonych w SIWZ"). Zamawiający dla jednego z parametrów technicznych kryterium 2 brzmiącego: Alfanumeryczny wyświetlacz LCD posiadający wskaźnik zdjęcia obudowy licznika, zaznaczył nie spełnienie tego parametru, a w uwagach do tego punktu krótko opisał sposób działania wspomnianego wskaźnika: „wskaźnik sygnalizuje zdjęcie osłony skrzynki zaciskowej oraz zdjęcie obudowy licznika”. Zdaniem Odwołującego tym samym, Zamawiający potwierdził działanie wskaźnika zgodnie z dokumentacją techniczną oraz parametryzacją licznika, jednak dokonał błędnej interpretacji w zakresie braku lub istnienia w liczniku parametru technicznego, o którym jest mowa.

Stwierdzić jednoznacznie należy, iż zarówno dokumentacja techniczna jak i same próbki liczników potwierdzają, iż alfanumeryczny wyświetlacz LCD licznika typu E230 posiada wskaźnik zdjęcia obudowy licznika.

W podręczniku użytkownika licznika typu E230 na stronie 33 znajduje się punkt 4.3 Funkcja anty-kradzieżowe, w którym opisano funkcję Detekcja zdjęcia pokrywy obudowy licznika (punkt 4.3.2), w którą może być wyposażony licznik. W przypadku zdjęcia pokrywy obudowy licznika, następuje zarejestrowane zdarzenia w odpowiednim dzienniku zdarzeń oraz zapalenie się symbolu „dzwoneczka” na wyświetlaczu LCD (4.3.5 Sygnalizacja Alertu). Niezależnie od powyższego alertu, licznik może być wyposażony w detekcję zdjęcia osłony zacisków (punkt 4.3.3 Podręcznika Użytkownika), który nadzoruje osłonę zacisków. W tym wypadku licznik jest wyposażony w czujnik zdjęcia osłony zacisków i w przypadku zaistnienia takiego zdarzenia, będzie ono zarejestrowane w dzienniku zdarzeń oraz na wyświetlaczu LCD zapali się symbol „dzwoneczka”. Wyświetlacz LCD licznika wyposażony jest we wskaźnik w postaci specjalnej ikony alertu w kształcie „dzwoneczka”. Każde z dwóch wymienionych zdarzeń powoduje zapalenie się tego wskaźnika, czyli sygnalizację (przy czym zdarzenia pozostają niezależne i niezależnie generują wpisy w dzienniku zdarzeń). Wskaźnik „dzwoneczka” na wyświetlaczu jest zatem wspólny dla dwóch powyższych zdarzeń i tylko dla tych zdarzeń.

Na dowód powyższego do odwołania załączono fragmenty Podręcznika Użytkownika licznika typu E230 strony 1 i 33

Oferowane przez Odwołującego liczniki w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, wyposażone są w powyższe opcje wskazane w punktach 4.3.2 i 4.3.3 Podręcznika Użytkownika.

W Arkuszu parametryzacji fabrycznej liczników typu E230 produkcji Landis+Gyr, wyraźnie zaznaczono w punkcie 4.15.3 Wskaźniki Ingerencji, iż fabrycznie skonfigurowano oferowane liczniki w ten sposób iż detekcja magnesu jest pokazywana na diodzie LED zaś detekcja otwarcia pokrywy obudowy i detekcji otwarcia osłony (pokrywy) zacisków pokazywana jest na wyświetlaczu LCD w formie ikony „dzwoneczka”.

Dowód: Fragmenty Arkusza parametryzacji fabrycznej liczników typu E230 produkcji Landis+Gyr

Zamawiający w SIWZ wskazał wyraźnie iż oczekuje aby zdjęcie pokrywy obudowy licznika (dodatkowo punktowane) posiadało sygnalizację na alfanumerycznym wyświetlaczu LCD licznika, nie wskazując jednocześnie iż ta sygnalizacja ma być „oddzielna” od innych alertów np. zdjęcia osłony zacisków.

Przy czym Zamawiający w innych punktach SIWZ wyraźnie zapisał, kiedy oczekuje „oddzielnych” parametrów technicznych. Do takich zapisów zaliczyć należy wymaganie 12 do Rozdziale II punkt 2.1.3: „Licznik powinien posiadać oddzielny przycisk odczytowy i przycisk kasowania” czy też wymaganie 26 w Rozdziale II punkt 2.1.3: „Możliwość tworzenia przez użytkownika dedykowanej listy rejestrów i danych diagnostycznych wyświetlanych oddzielnie dla automatycznego i ręcznego trybu pracy wyświetlacza” (chodzi w tym punkcie o ten sam wyświetlacz LCD, którego dotyczy meritum odwołania).

Zamawiający użył w obu przykładach słowa oddzielnie, gdyż z punktu widzenia możliwości technicznych i konstrukcyjnych, można funkcje te zrealizować na jednym przycisku lub przy pomocy jednej listy dla automatycznego lub ręcznego trybu pracy alfanumerycznego wyświetlacza LCD.

Jeżeli zatem Zamawiający oczekiwał rozdzielenie obu ww wskaźników w zakresie wymagań dla alfanumerycznego wyświetlacza LCD, to Zamawiający powinien zapisać to tak, jak uczynił to dla innych wymagań technicznych zawartych w SIWZ, jednak taki zapis nie znalazł się w Specyfikacji.

Tym samym Zamawiający dokonując oceny próbek egzemplarzy liczników w zakresie alfanumerycznego wyświetlacza LCD, poprzez zapis w swojej

dokumentacji, brzmiący „wskaźnik sygnalizuje zdjęcie osłony skrzynki zaciskowej oraz zdjęcie obudowy licznika” uznał, że licznik spełnia wymagania SIWZ oraz jednocześnie potwierdził istnienie parametru technicznego dodatkowo punktowanego w kryterium 2. W świetle cytowanego już w punkcie 8 zapisu SIWZ: „W przypadku braku określonego parametru technicznego w zaofertowanym liczniku wykonawca otrzyma 0 pkt.”, Zamawiający dokonał oceny oferty niezgodnie z zapisami SIWZ.

Wymaganie dwóch wskaźników na alfanumerycznym wyświetlaczu LCD licznika, jednego dla zdarzenia zdjęcia obudowy licznika i drugiego dla zdarzenia zdjęcia osłony skrzynki zaciskowej jest kryterium przekraczającym zapisy SIWZ i stanowi naruszenie artykułu 91 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający jest obowiązany do wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przedstawiono stan faktyczny sprawy, w tym przebieg oceny ofert i znajdujące zastosowanie w sprawie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), co zostało zreferowane powyżej.

Dla rekapitulacji powyższego Izba wskazuje:

Zgodnie z postanowieniami rozdz. II siwz - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.1.1 ppkt 3 wymagano aby obudowa i zaciski licznika w zakresie rozstawu wieszaków/otworów montażowych były zgodne ze standardem DIN 43857.

Jak wynika z dowodów załączonych do odwołania oraz co jest pomiędzy stronami bezsporne, norma DIN 43857 określa wymiary tzw. trójkąta zawieszenia licznika. Wymiary trójkąta zawieszenia licznika dotyczą rozstawu otworów dla trzech śrub mocujących licznik do tablicy licznikowej i są istotne z punktu widzenia montażowego. Wymiary trójkąta zawieszenia opisują rozstaw otworów dla dwóch dolnych śrub mocujących (jako 150 mm +/- 1) oraz wysokości otworu dla trzeciej śruby zawieszenia nad poziomem dwóch dolnych śrub (jako 230 mm +/-1).

Zgodnie z Rozdz. I pkt 7.1 lit e) siwz „w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w niniejszej SIWZ, zamawiający żąda przedstawienia dokumentów w tym próbek - zgodnie z Rozdziałem II pkt 2.1.6 SIWZ.”

W Rozdz. II SIWZ punkt 2.1.6 Zamawiający wskazał, iż w ofercie ostatecznej muszą być zamieszczone:

- wymagania transportowe producenta;
- kserokopie wszelkich uzyskanych atestów i certyfikatów dotyczących oferowanego wyrobu;
- deklaracja zgodności CE;
- dokumentacje techniczne, instrukcje obsługi, instrukcje serwisowe, instrukcje montażowe dla wszystkich dostarczonych urządzeń;
-
- po 2 kompletne egzemplarze zaoferowanych liczników;
- dla celów testowych Wykonawca dostarczy 1 egzemplarz kompletnego zestawu do parametryzacji i odczytu liczników (laptop z zainstalowanym odpowiednim oprogramowaniem wraz z niezbędnymi urządzeniami)".

Na stronie 56 Instrukcji Obsługi licznika ME172 ISKRAMECO zaoferowanego przez Konsorcjum Politech w pkt 1.1 wskazano, iż „na odwrocie podstawy licznika, u góry, znajduje się element mocujący. Na żądanie dodatkowy plastikowy lub metalowy wieszak może być wpięty w tył obudowy”. Na stronie 58 w pkt 1.3 wskazano, iż wymiary licznika są zgodne ze standardem DIN 43857. Natomiast przedstawione dalej rysunki mocowań nie obrazowały spełnienia wymogu wysokości otworu dla trzeciej śruby zawieszenia nad poziomem dwóch dolnych śrub - 230 mm +/-1.

Do oferty Konsorcjum Politech załączono próbkę oferowanego licznika, którą wyposażono w dodatkowy wieszak wypełniający wyżej wymienione wymagania co do rozstawienia śrub mocujących.

Zgodnie z postanowieniami rozdz. II siwz - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.1.3 ppkt 60 zamawiający wymagał wyposażenia licznika w alfanumeryczny wyświetlacz

LCD, który zgodnie z lit i) powinien posiadać między innymi wskaźnik zdjęcia osłony skrzynki zaciskowej licznika.

Natomiast zgodnie z pkt 8.5 siwz Kryterium 2 – Parametry Techniczne B₃, w ramach kryteriów oceny ofert dodatkowo punktowane miało być posiadanie przez alfanumeryczny wyświetlacz LCD wskaźnika zdjęcia obudowy licznika.

Licznik Landis+ Gyr E230 zaoferowany przez odwołującego sygnalizuje na wyświetlaczu LCD zdjęcie osłony skrzynki zaciskowej licznika, jak i zdjęcie obudowy licznika przez wyświetlenie jednego, tego samego dzwoneczka.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W dalszej kolejności podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem ewentualnego poprawienia treści oferty wymaganej przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w

ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

W rozpatrywanym przypadku, według zarzutów odwołania, licznik oferowany przez Konsorcjum Politech ma nie spełniać wymagań siwz w zakresie rozmieszczenia otworów mocujących (konkretnie wysokości górnego otworu mocującego – 230 mm, +/-1), a to ze względu na informacje zawarte w dokumentacji producenta licznika podane na stronie 58 oferty wybranej, gdzie jego opisy i rysunki nie spełniają (nie potwierdzają) ww. wymiaru umieszczenia górnego otworu mocującego.

Tymczasem według ustaleń zamawiającego, zaoferowany przez Konsorcjum Politech licznik spełnia ww. parametry i jest jak najbardziej zgodny z siwz w zakresie wymaganego sposobu mocowania. Na stronie 56 oferty wybranej zaznaczono możliwość wyposażenia licznika w dodatkowy wieszak i zaoferowany licznik w wieszak taki rzeczywiście wyposażono. Zestaw licznik plus wieszak spełnia wymagania zamawiającego co do wymiarów otworów mocujących sformułowane przez odesłanie do stosownej normy DIN. Przy czym w świetle postanowień siwz tego typu rozwiązanie konstrukcyjne było jak najbardziej dopuszczalne (takim samym posłużył się również w swojej ofercie odwołujący).

O powyższym przesądza próbka (egzemplarze) licznika załączony do oferty wybranej. W tym przypadku to właśnie tego typu próbka obrazuje przedmiot dostawy, czyli wskazuje jaki asortyment i w jakiej konfiguracji wykonawca zaoferował. Jak wynika z oględzin liczników zaoferowanych przez przystępującego i odwołującego przedstawionych przez zamawiającego na rozprawie, obaj wykonawcy zaoferowali liczniki o właściwie takim samym, prawidłowym w świetle wymagań siwz, rozstawie otworów mocujących. Tym samym nie można mówić o materialnej niezgodności oferowanego przez Konsorcjum Politech przedmiotu dostawy z opisanym w siwz przedmiotem zamówienia. W tym aspekcie należy stwierdzić pełną zgodność oferty wybranej z siwz.

Natomiast jeżeli zarzut odwołania zinterpretować jako wskazanie na niezgodność oferty wybranej z wymaganiami siwz w przedmiocie sposobu prezentacji i potwierdzenia spełnienia wyżej wskazanego parametru rozstawu otworów mocujących, to również w tej postaci zarzut

należy uznać za niezasadny. W świetle wymagań siwz co do sposobu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego (rozdz.. I pkt 7.1 lit e swiz) stwierdzić należy, iż jednostkowa próbka oferowanych liczników jest „dokumentem” potwierdzającym powyższe w rozumieniu siwz. Zamawiający wyraźnie w ww. punkcie siwz wskazał na żądanie dokumentów, a jako takie dokumenty zakwalifikował próbki liczników („w tym próbek”). Przedstawiona próbka wystarczająco potwierdza sposób i rozmiary mocowania licznika.

Próbka obrazuje też jakie liczniki zostaną dostarczone (wnioskowanie indukcyjne na temat całego przedmiotu dostawy jest tu wystarczające), tzn. jaki licznik wykonawca zobowiązał się dostarczyć i jakiego licznika dostarczenie zamawiający winien egzekwować w całym okresie trwania umowy w sprawie zamówienia.

Reasumując, zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako niezgodnej z siwz uznano za niezasadny.

Odnosnie zarzutu dotyczącego oceny oferty odwołującego, tj. braku przyznania jej punktów za sposób realizowania w oferowanym liczniku funkcji sygnalizacji zdjęcia obudowy licznika, Izba podzieliła interpretację siwz zaprezentowaną w tym zakresie przez zamawiającego – dla uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium B₃ wyświetlacz licznika winien posiadać oddzielny wskaźnik zdjęcia obudowy licznika.

Jakkolwiek możliwe jest dwojake formalne zinterpretowanie języka potocznego, którym posługuje się siwz (zastosowanie „logiki”, którą w odpowiedzi na odwołanie przywoływał zamawiający), tzn. zarówno budowa modelu formalnego dla klasycznego rozróżnienia jednostkowych zmiennych nazwowych typu „wskaźnik zdjęcia obudowy” i „wskaźnik zdjęcia osłony zacisków” (co chyba zdaje się postulować zamawiający), jak i odniesienie się do jednego zbioru funkcji, które wskaźniki na wyświetlaczu realizują (co zdaje się przyjmować odwołujący), to jednak na gruncie rzeczowego wymiaru konsekwencji logicznych, do których przyjęte formalizacje prowadzą, należy jednoznacznie opowiedzieć się za pierwszym wariantem interpretacji siwz.

Ujmując powyższe prościej: wskaźnik (dzwoneczek) obrazujący zarówno „zdjęcie obudowy” i „zdjęcie osłony zacisków” jest „wskaźnikiem zdjęcia obudowy licznika i osłony zacisków”, czyli nie jest „wskaźnikiem zdjęcia obudowy licznika”. Przy przeciwnym, niejako kolektywnym ujęciu funkcji wyświetlacza, jedna funkcjonalność (jeden „dzwoneczek”) przyporządkowana i odpowiadająca wszystkim sygnalizowanym czynnościom i zdarzeniom, byłaby funkcją sygnalizacyjną tych zdarzeń, czyli nawet przy zdarzeniach zupełnie ze sobą niepowiązanych

jeden wyświetlany symbol będący wspólnym sygnałem dla wszystkich zdarzeń, byłby jednocześnie wskaźnikiem danego zdarzenia. Przy przykładzie połączenia tylko dwóch sygnalizowanych zdarzeń w jednym wskaźniku intuicyjna ocena tego typu zabiegu jest zaciemniona, tzn. samonarzucające się jest przyznanie, iż wskaźnik x i y, jest wskaźnikiem x. Dopiero przy wyobrażeniu sobie większej ilości „obrazowanych zmiennych” uwidacznia się niedopuszczalność tego typu operacji. Na przykład: przy przyjęciu modelu logicznego postulowanego (w sposób dorozumiany) przez odwołującego wskaźnikiem spełniającym wymagania zamawiającego co do posiadania wskaźnika sygnalizacji niskiego stanu baterii (rozdz. II pkt 2.1.3 ppkt 60 lit. e) na wyświetlaczu LCD, byłby wskaźnik, który przy pomocy jednego symbolu i w ten sam sposób sygnalizuje zarówno zdjęcie obudowy licznika, zdjęcie osłony zacisków, jak i niski stan baterii oraz wszystkie inne możliwe do wyobrażenia zdarzenia – przy takim ujęciu taki „kolektywny” wskaźnik byłby wskaźnikiem każdego z tych zdarzeń.

Tym samym w przypadku gdy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w innym miejscu pojawiło się wymaganie jednego rodzaju wskaźnika (wskaźnik zdjęcia osłony skrzynki zaciskowej licznika), a w innym miejscu siwz wskazano na inny, specyficznie nazwany wskaźnik (wskaźnik zdjęcia obudowy licznika), oznaczało, to iż zamawiający wymaga (czy też będzie punktował) dwóch różnych wskaźników, a nie jednego wskaźnika realizującego wszystkie funkcje, które realizują wskaźniki oddzielnie wymienione przez zamawiającego. Przy czym zbędne było dodatkowe zaznaczanie i zastrzeżenie „oddzielności” wymienianych w różnych miejscach, inaczej opisanych wskaźników. Przykłady takich postanowień podawane przez odwołującego miały inny kontekst i znaczenie – przede wszystkim dotyczyły podawanych w jednym miejscu (wierszu) podobnych predykatów i ich funkcji i w tym kontekście były konieczne dla ich rozdzielenia.

W związku z powyższym zarzut nieprawidłowego przyznania punktacji ofercie odwołującego uznano za niezasadny.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: