

**WYROK**  
**z dnia 17 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie z udziałem stron w dniu 12 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2021 r. przez odwołującego: **APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu** (ul. Gdańska 4a/C4, 87-100 Toruń) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Toruniu** (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków),

przy udziale:

A. wykonawcy: **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnovie** (Republika Czeska, Komenského 821, 541-01 Trutnov - Střední předměstí), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu** (ul. Gdańska 4a/C4, 87-100 Toruń) 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: **Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Toruniu** (ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków) 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 19 lutego 2021 r. przez wykonawcę: APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Toruniu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego „Dostawę statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej”. Numer referencyjny: 2019/TD-CN/TD-CN/03649/S. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2019/S 239-587652 w dniu 11 grudnia 2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 3 i 4 i czynności odrzucenia oferty APATORA w tych zadaniach oraz czynności wyboru w zadaniu nr 3 i 4 jako najkorzystniejszej oferty ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty APATORA w zadaniu nr 3 i 4 pomimo, że w pełni odpowiada ona treści specyfikami istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZPA w zadaniu nr 3 i 4 pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza w tych zadaniach na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania; 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty wykonawcy APATOR w zadaniu nr 3 i 4 oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 3 i 4; 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty wykonawcy APATOR w zadaniu nr 3 i 4.

Wskazał także, że *„W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w każdym ze wskazanych zadań. W zakresie zadania nr 3 oferta Odwołującego zajmuje pierwsze miejsce w rankingu ofert więc uwzględnienie*

*odwołania powinno spowodować wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej. W zadaniu nr 4 oferta Odwołującego zajmuje miejsce drugie,, lecz dopóki umowa z ZPA nie zostanie zawarta, APATOR może pozyskać zamówienie. Nie można wykluczyć bowiem, że ZPA nie zawrze umowy lub Zamawiający powtórzy czynność badania i oceny tej oferty, co może spowodować pozyskanie zamówienia przez Odwołującego się, także w tym zadaniu. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania”.*

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

1. W dniu 9.02.2021r. Zamawiający pismem znak DW/WZA/MZ/60/2021 poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zadaniu nr 3 i 4 z powodu niespełniania wymagania określonego w pkt 2.7 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń) o treści:

*„Liczniki muszą być wykonane w taki sposób, aby dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika był możliwy tylko i wyłącznie w przypadku uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny) albo zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD”.*

2. Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty APATORA w następujący sposób:

*„Wzory liczników trójfazowych NORAX3 złożone z ofertami na zadanie 3 i 4 posiadają pomiędzy zaciskami skrzynki zaciskowej a obudową licznika przestrzeń (prześwit) umożliwiającą wprowadzenie do wnętrza licznika (pod obudowę) ciała stałego w postaci np. drutu o średnicy 1,2mm<sup>2</sup>. Zaoferowane liczniki NORAX3 wykonane są w wersji kompaktowej, czyli nierozbieralnej. Zgodnie z brzmieniem wymagania z punktu 2.7 dostęp do jakichkolwiek elementów wewnętrznych licznika może być możliwy tylko w przypadku widocznego uszkodzenia obudowy licznika lub zerwania plomb Zamawiającego znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej i plomb producenta znajdujących się na śrubach służących do skręcenia obudowy licznika (dla liczników rozbieralnych) lub plomb hologramowych.*

*Dostęp do wewnętrznych elementów liczników nastąpił bez widocznego uszkodzenia obudowy oraz po zerwaniu plomb OSD znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej, bez zrywania plomb producenta. Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 2.7 Załącznika nr 1 do umowy - „Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń)” i z tej przyczyny podlega odrzuceniu.”*

3. Przedmiotowa decyzja Zamawiającego wydaje się być podyktowana uznaniem, choć nie zapisano tego wprost w jej uzasadnieniu, że użycie słowa „i” we fragmencie spornego wymagania „zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD” wskazuje, że aby je

spełnić, to dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika (jeśli nie powoduje widocznego uszkodzenia obudowy), to musi być połączony ze zdemontowaniem jednocześnie wszystkich plomb: i plomb zabezpieczających (za które Zamawiający uznaje plomby producenta), i plomb Zamawiającego (OSD). Powyższe stanowi nadinterpretację przedmiotowego wymagania, która prowadzi do niedorzecznych wniosków, których nie można zaakceptować. Nie istnieje licznik z plombowaniem spełniający tak rozumiane wymaganie. Zamawiający w tym wymaganiu określił katalog plomb, których naruszenie przy okazji dostępu do wewnętrznych elementów licznika będzie świadczyć o jego spełnieniu. Natomiast nie wymaga, aby wszystkie te plomby przy każdym takim dostępie były jednocześnie naruszane.

4. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że licznik energii elektrycznej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego posiada kilka elementów, które podlegają plombowaniu. Elementy te zostały wymienione w:

1) pkt 2.6 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne:

2.6 Liczniki muszą posiadać plomby wykonane z tworzywa sztucznego, na których są nałożone cechy zabezpieczające, w celu zapewnienia prostego i skutecznego plombowania obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika lub innych elementów służących do zmiany ustawień licznika, zabezpieczając wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. – Badanie techniczne licznika”

Przez pojęcie plomba rozumie się element na którym nałożone są cechy zabezpieczające.

W przypadku oferowania licznika w obudowie monolitycznej dopuszcza się zastosowanie plomb hologramowych, gdy takie rozwiązanie przewiduje Certyfikat badania typu/projektu (MID) dla tego licznika. Miejsce nałożenia cech zabezpieczających musi być określone przez producenta w Certyfikacie badania typu/ projektu (MID). Nie dopuszcza się dostarczenia liczników bez nałożonych plomb zabezpieczających.

3.

2) pkt 2.29 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne:

2.29. Liczniki muszą umożliwiać ręczne zamykanie okresu rozliczeniowego za pomocą przycisku na liczniku przystosowanego do plombowania. Dowolna liczba zamknięć okresów w ciągu doby; - Badanie techniczne licznika”.

5. Z powyższego wynika, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego plombowaniu podlegają:

- 1) obudowa licznika - plombowanie pompą producenta,
- 2) pokrywa listwy zaciskowej - plombowanie plombą Zamawiającego (OSD),
- 3) elementy służące do zmiany ustawień licznika (przycisk do ręcznego zamykania okresu rozliczeniowego i aktywacji zestawów taryfowych) - plombowanie plombą Zamawiającego (OSD).

Wskazane elementy stanowią odrębne elementy licznika, które są plombowane niezależnie od siebie, co sam Zamawiający przewidział i wymaga w SIWZ. Plomby założone na te elementy, w tym na obudowę licznika i pokrywę listwy zaciskowej są innymi, odrębnymi od siebie plombami. Co więcej, plomby te są zakładane przez różne podmioty (producenta albo Zamawiającego). Elementy plombowane skrywają różne wewnętrzne elementy licznika, których cel, funkcja i przeznaczenie są odmienne.

6. W tym punkcie zamieścił zdjęcie licznika NORAX 3 - próbki złożonej przez APATOR w zadaniu nr 3, identyczna konstrukcja została zaoferowana w zadaniu nr 4) z widoczną hologramową plombą producenta na obudowie licznika.

7. W tym punkcie zamieścił zdjęcie ukazujące liczniki NORAX 3 (zdjęcie próbki złożonej przez APATOR w zadaniu nr 4, identyczna konstrukcja została zaoferowana w zadaniu nr 3) z widoczną założoną przez TAURON DYSTRYBUCJA S.A. plombą na osłonie listwy zaciskowej.

8. Plomba obudowy licznika jest nakładana przez producenta i licznik musi być dostarczony Zamawiającemu wraz z tą plombą. Natomiast pozostałe plomby są zakładane przez Zamawiającego, w tym plomba osłony listwy zaciskowej. Chodzi o to, że plomby Zamawiającego zabezpieczają dostęp do tych elementów licznika, z których Zamawiający korzysta podczas instalacji lub użytkowania licznika u odbiorcy energii elektrycznej tj:

1) osłona listwy zaciskowej - Zamawiający musi mieć dostęp do listwy zaciskowej znajdującej się pod osłoną listwy, ponieważ jego służby montują licznik w skrzynce licznikowej u odbiorcy energii elektrycznej, podłączają do sieci elektrycznej, w tym podłączają przewody zasilające z sieci do zacisków znajdujących się właśnie w listwie zaciskowej, więc ona nie może być zabezpieczona plombą producenta, musi być dostępna dla służb Zamawiającego. Plombę na osłonę listwy zaciskowej zakłada Zamawiający po wykonaniu instalacji licznika u odbiorcy energii,

2) elementy służące do zmiany ustawień licznika - podczas eksploatacji licznika zachodzi konieczność zamykania okresów rozliczeniowych, może zająć konieczność zmiany taryf, a do tego służą przyciski, które plombuje Zamawiający. Plombę zakłada Zamawiający po wykonaniu instalacji licznika u odbiorcy energii.

9. Plomby Zamawiającego, założone na zainstalowanym liczniku u odbiorcy energii, mogą być zdejmowane i ponownie zakładane tylko i wyłącznie przez Zamawiającego w celu wykonania uprawnionych czynności. Nie jest zatem możliwa jakakolwiek nieuprawniona

ingerencja do wewnętrznych elementów liczników zaoferowanych przez APATOR bez naruszenia przynajmniej jednej ze wskazanych plomb (lub uszkodzenia obudowy w sposób widoczny). Liczniki APATORA są skonstruowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

10. Nie jest zatem możliwe - w świetle wymagań Zamawiającego, aby dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych części licznika był możliwy wyłącznie po zdemontowaniu wszystkich czy części plomb jednocześnie, a tego wymaga Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty APATORA. Jest to niemożliwe ze względu na obiektywne prawa fizyki oraz względy konstrukcyjne liczników, które nota bene są również ukonstytuowane przez wymagania samego Zamawiającego, który przewiduje odrębne osłony i przyciski podlegające, niezależnie od siebie, plombowaniu.
11. Skoro są to odrębne plomby, to tym samym zdemontowanie jednej z nich nie powoduje automatycznie zdemontowania jakiegokolwiek innej, ponieważ zabezpieczają one inne elementy. Nawet, gdyby bardzo chcieć i starać się wszystkie osłony (licznika, listwy zaciskowej) i przyciski parametryzacyjne zabezpieczyć jedną plombą, to i tak jest to niemożliwe, ponieważ osłona licznika musi być zabezpieczona plombą producenta, a jednocześnie producent licznika nie może zabezpieczać plombą producenta osłony listwy zaciskowej, ponieważ Zamawiający musi mieć do niej nieograniczony dostęp, co powoduje, że osłony te muszą być odrębnie plombowane.
12. Co więcej, sam Zamawiający pozostaje niekonsekwentny w swojej interpretacji, ponieważ w uzasadnieniu decyzji wziął pod uwagę jedynie dwie z plomb występujących w liczniku NORAX 3, pomijając plomby elementów służących do zmiany ustawień licznika (przycisk parametryzacyjny), co wynika wprost z uzasadnienia: „Dostęp do wewnętrznych elementów liczników nastąpił bez widocznego uszkodzenia obudowy oraz po zerwaniu plomb OSD znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej, bez zrywania plomb producenta”. Zamawiający plomby te pominął, choć przy jego interpretacji konsekwentnie powinien je uwzględnić - przecież wymaganie stanowi o „plombach OSD” (liczba mnoga), a nie o „plombie OSD” (liczba pojedyncza). Ale wówczas uwypukliłby tylko bezpodstawność swojej decyzji, zwracając uwagę na fakt, że przecież plomba obudowy licznika i osłony listwy zaciskowej licznika, to nie jedyne plomby występujące w zakupywanych licznikach.
13. Jak widać Zamawiający przyjął interpretację, którą sam stosuje w sposób wybiórczy oraz stosuje nie znane wykonawcom i niezapisane w SIWZ kryteria wyboru części spośród wszystkich występujących i wymaganych plomb, których brak jednoczesnego uszkodzenia spowoduje uznanie przez niego przedmiotowego wymagania za niespełnione.
14. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że wbrew stanowisku Zamawiającego, w wymaganiu tym nie zapisano, że zostaje ono spełnione tylko wtedy, gdy dostęp do jakiegokolwiek elementu wewnętrznego nastąpi, gdy co najmniej dwie plomby lub plomba obudowy licznika i plomba osłony listwy zaciskowej lub wszystkie plomby zainstalowane na

liczniku zostaną zdemontowane jednocześnie. Tymczasem na etapie badania i oceny ofert Zamawiający, wbrew treści SIWZ, wprowadził takie wymaganie, ale co ważne, wyłącznie wobec oferty Odwołującego. Takie wymaganie, jak wskazano powyżej, także technicznie nie ma żadnego sensu.

15. Nie sposób nie zauważyć również, że zgodnie z interpretacją Zamawiającego wymagania tego nie spełnia żaden licznik zaoferowany w Postępowaniu, w tym liczniki oferty wybranej jako najkorzystniejsza w zadaniu nr 3 i 4 tj. oferty ZPA. Przede wszystkim dostanie się do przestrzeni listwy zaciskowej liczników ZPA wymaga zdemontowania tylko plomby pokrywy listwy zaciskowej, bez konieczności demontażu plomby producenta na obudowie licznika. Wtedy możliwa jest ingerencja takim samym drutem, jakiego użył Zamawiający do badania liczników Odwołującego. Co więcej, licznik ZPA zaoferowany w tym zadaniu, to licznik w obudowie rozbieralnej. Świadczy o tym złożona próbka i fakt braku przyznania punktów tej ofercie w dodatkowo punktowanym wymaganiu 3.3 załącznika I do umowy - wymagania techniczne o treści:

„3.3. Obudowa licznika w wykonaniu kompaktowym, z nierozbieralną i nieotwieralną osłoną licznika - zgodne z MID; Licznika 1-fazowego i 3-fazowego; 1.Badanie techniczne licznika - 2. Certyfikat badania typu/projektu (W! ID) wraz z aneksami i załącznikami”.

W uzasadnieniu przyznanych punktów poszczególnym ofertom Zamawiający wskazał przy ofercie ZPA w zadaniu nr 3 i 4: „funkcjonalność niespełniona - licznik otwieralny”. Wobec tego wystarczy zdjęć plomby producenta ZPA na obudowie licznika, bez zdejmowania jakiegokolwiek innej plomby Zamawiającego (np. plomby osłony listwy zaciskowej), aby dostać się do wnętrza licznika, po uprzednim, nawet delikatnym poluzowaniu osłony licznika. Wtedy możliwa jest ingerencja drutem lub jakimkolwiek innym narzędziem, np. śrubokrętem. Niezaprzeczalnie istnieje możliwość dostania się do wewnętrznych części licznika ZPA, bez konieczności zdejmowania wszystkich plomb jednocześnie.

16. Podobnie jest w przypadku wszystkich innych ofert złożonych w Postępowaniu, gdzie istnieje możliwość dostępu do przestrzeni listwy zaciskowej wyłącznie po zdjęciu plomby tej listwy, a następnie zdjęciu osłony listwy zaciskowej, pomimo nienaruszenia plomby producenta na obudowie licznika. Wynika to tylko i wyłącznie z faktu, że osłona ta jest zabezpieczana inną plombą, niż plomba producenta na osłonie licznika (czego wymaga Zamawiający) i jest otwierana niezależnie od niej, ponieważ Zamawiający musi mieć swobodny do niej dostęp, co wyjaśniono powyżej.

17. Wobec tego (niezależnie od faktu, że w spornym wymaganiu nie przewidziano obowiązku jednoczesnego zdemontowania wszystkich czy części plomb, aby je spełnić) Zamawiający zinterpretował swoje wymaganie w taki sposób, że obiektywnie nie jest możliwe jego



spełnienie, ale uczynił to wyłącznie w odniesieniu do oferty APATORA, zaś w stosunku do innych wykonawców wymaganie interpretuje już inaczej, tak, że dostęp do jakiegokolwiek wewnętrznego elementu licznika połączony z demontażem jakiegokolwiek plombi stanowi o spełnieniu wymagania. Powyższe świadczy o rażącym naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

18. Zgodnie z decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego: „Dostęp do wewnętrznych elementów liczników nastąpił bez widocznego uszkodzenia obudowy oraz po zerwaniu plomb OSD znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej, bez zrywania plomb producenta”. W rzeczywistości, Zamawiający wcale tej plombi nie zrywał - Zamawiający przystąpił do badania tego wymagania, podczas, gdy osłona listwy zaciskowej była już zdemontowana i miał pełny dostęp do listwy zaciskowej. Zamawiający zastosował fikcję, przyjmując, że ją zerwał. W rzeczywistości musiałby ją zerwać, aby ten dostęp uzyskać. W takim razie sam Zamawiający uznał, że dostęp do listwy zaciskowej i ingerencja do wewnętrznych elementów licznika możliwa jest dopiero po zerwaniu plombi. Tym samym wymaganie Zamawiającego z pkt 2.7 zostało spełnione.
19. Jednocześnie należy zauważyć, że w cytowanym powyżej pkt 2.6 załącznika 1 do umowy zawarto jeszcze jedną bardzo ważną regulację - określono cel plombowania, który jest oczywisty, mianowicie zabezpieczenie wnętrza licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej. Zamawiający przy odrzuceniu oferty Odwołującego cel ten zupełnie pominął. Zamawiający nie zauważył, że zerwanie jakiegokolwiek plombi świadczy o niedozwolonej ingerencji.
20. Należy także wziąć pod uwagę, że zgodnie z pkt 2.6 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne Zamawiający dopuszczał zastosowanie plomb hologramowych. Plombi te zostały dopuszczone tylko w przypadku, gdy licznik ma budowę monolityczną, czyli jak wyjaśnia Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego: „Zaferowane liczniki NORAX3 wykonane są w wersji kompaktowej, czyli nierozbieralnej”. Kwestia ta została szerzej rozwinięta w pkt 3.2 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne, gdzie Zamawiający przewidział przyznanie dodatkowych punktów ofercie za spełnienie wymagania: „Obudowa licznika w wykonaniu kompaktowym, z nierozbieralną i nieotwieralną osłoną licznika - zgodnie z MID”. W licznikach APATORA ich obudowa jest nierozbieralna i się nie otwiera. Skoro się nie otwiera/nie rozbiera, to nie można uszkodzić plombi podczas jej otwarcia, a samo uszkodzenie plombi w żadnej mierze nie zapewnia dostępu do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika. Dlatego tym bardziej oczekiwanie jej uszkodzenia przy nielegalnej ingerencji w zupełnie inny element - skrzynkę zaciskową jest pozbawione jakiegokolwiek sensu. Liczniki APATORA posiadają właśnie plombi hologramowe. W konsekwencji, uszkodzenie plombi takiego licznika wcale nie będzie świadczyło o jego otwarciu/rozebraniu - dostępie do wewnętrznych elementów licznika, ale

wyłącznie o zniszczeniu samej plomby lub może być połączone z uszkodzeniem obudowy - co stanowi o spełnieniu spornego wymagania (część alternatywy: „uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny)”). Podsumowując, Zamawiający wymaga zerwania plomby producenta jako śladu dostępu do wewnętrznych elementów podczas, gdy z opisanych względów taka ingerencja jest niemożliwa przy obudowie monolitycznej bez jednoczesnego uszkodzenia obudowy.

21. Należy zauważyć, że część uzasadnienia Zamawiającego stanowiąca istotę zarzutu do oferty Odwołującego się, tj. „Zgodnie z brzmieniem wymagania z punktu 2.7 dostęp do jakichkolwiek elementów wewnętrznych licznika może być możliwy tylko w przypadku widocznego uszkodzenia obudowy licznika lub zerwania plomb Zamawiającego znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej i plomb producenta znajdujących się na śrubach służących do skręcenia obudowy licznika (dla liczników rozbieralnych) lub plomb hologramowych.” w ogóle nie koreluje z treścią wymagania, którego niespełnienie Zamawiający zrzucił APATOROWI. Także w tym zakresie Zamawiający kreuje nową treść wymagania na etapie badania i oceny ofert. Wypada zauważyć, że w pkt 2.7 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne:

1) nie użyto słowa „lub” - dotyczy fragmentu uzasadnienia o treści: „uszkodzenia obudowy licznika lub zainicjowania plomb”, bowiem w treści wymagania użyto sformułowania „albo” - „uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny) albo zdemontowania plomb”;

2) nie wskazano wcale literalnie na plomby producenta, tak jak ujął to Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty APATORA: „zerwania plomb Zamawiającego znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej i plomb producenta znajdujących się na śrubach służących do skręcenia obudowy licznika (dla liczników rozbieralnych) lub plomb hologramowych” - lecz użyto sformułowania: „zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD”;

3) nie użyto sformułowania „zerwanie”, lecz „zdemontowanie” plomb.

22. Zamawiający przewidział dwa przypadki kiedy możliwy jest dostęp do wewnętrznych elementów licznika, a jednocześnie wymaganie Zamawiającego zostanie spełnione: (i) uszkodzenie obudowy (w sposób widoczny) oraz (ii) zdemontowanie plomb zabezpieczających i plomb OSD. W treści wymagania zostały one połączone za pomocą zwrotu „albo”. W treści informacji Zamawiający wymieniając je używa jednak innego zwrotu „lub”. Różnica jest zasadnicza, bowiem choć obydwa zwroty oznaczają alternatywy, to mają one inne znaczenie. Słowo „lub” oznacza alternatywę zwykłą i zdanie zbudowane w jej użyciu jest prawdziwe, kiedy przynajmniej jedno ze zdań składowych jest prawdziwe (mogą być prawdziwe obydwa). Alternatywa rozłączna - „albo” prawdziwa jest wtedy, kiedy prawdziwe jest tylko jedno ze zdań składowych. Różnica jest zatem diametralna, bowiem przekładając na niniejsze wymaganie Zamawiającego, taka ingerencja, która powoduje i uszkodzenie obudowy, i uszkodzenie wskazanych plomb nie stanowi spełnienia wymagania.

Tylko uszkodzenie obudowy albo tylko zerwanie wskazanych plomb będzie świadczyć o spełnieniu wymagania. Inaczej jest w przypadku alternatywy zwykłej („lub”) bowiem samo uszkodzenie obudowy stanowi spełnienie wymagania, samo zerwania plomb stanowi spełnienie wymagania oraz zarówno jednoczesne uszkodzenie obudowy, jak i zerwanie plomb stanowi spełnienie wymagania. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający starając się nadać swojemu wymaganiu inne znaczenie, niż wynika literalnie z jego treści odwołuje się do zasad zdrowego rozsądku i zasad wykładni celowościowej oraz stara się zinterpretować swoje wymaganie w takim duchu. Jednocześnie nie interpretuje tego wymagania w taki sposób w innym jego elemencie, gdzie stara się odwołać do logiki formalnej i znaczenia zwrotu „i”. Przy czym pomija treść całego wymagania, intencje jakie za nim stoją oraz literalne jego brzmienie.

23. Jednocześnie użycie słowa „zdemontowanie” w przedmiotowym wymaganiu wskazuje, że chodzi o tradycyjne plomby w postaci drutu. Demontować można coś co się montuje. O ile plomba w postaci drutu jest montowana, ponieważ wymaga przewleczenia przez śruby drutu plombowniczego oraz następnie jego zgrzania z cechą zabezpieczającą, o tyle plomba hologramowa jest naklejana i można ją odkleić, zniszczyć, zerwać. Zwłaszcza, że jak wyjaśniono powyżej, plomba hologramowa naklejana jest na liczniki z obudową nieotwieralną, nierozbieralną, więc ona nie zabezpiecza przed dostępem do elementów wewnętrznych, a jej zniszczenie nie daje możliwości takiego dostępu. Dlatego Zamawiający celowo użył słowa „demontaż”, które jest adekwatne do plomb, które mogą być demontowane - a taką nie jest plomba hologramowa. W decyzji o odrzuceniu oferty APATORA Zamawiający używa już innego pojęcia, niż w wymaganiu, tj. posługuje się pojęciem „zerwania” plomb, co jest adekwatne także do plomb hologramowych, ale stanowi nieuprawnioną zmianę treści wymagania, która to zmiana ma na celu objęcie tym wymaganiem, równie plomb hologramowych, choć wymaganie ich nie obejmuje.

24. Niezależnie od tego badanie Zamawiającego doprowadziło do uszkodzenia obudowy próbki licznika APATOR, więc wymaganie pkt 2.7 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne jest spełnione także z tego względu.

#### *Wadliwe badanie próbki*

25. Decyzja o odrzuceniu oferty APATORA jest również wadliwa z tego względu, że została poprzedzona badaniami przeprowadzonymi w sposób nieprawidłowy. Badania wzorów liczników zostały przeprowadzone w dniu 17.12.2020r. przy udziale przedstawicieli wykonawcy APATOR. Badania wzorów na zgodność z wymaganiami załącznika 1 do umowy powinny być przeprowadzone na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika, będącego w pozycji pionowej i zasilonego napięciem. Wymaganie dotyczy licznika pracującego na sieci, bo przecież taki licznik ma chronić przed nieuprawnionym dostępem, w tym nielegalnym poborem energii elektrycznej, więc badanie powinno odwzorowywać

warunki pracy licznika. Licznik pod napięciem podczas nieuprawnionej ingerencji zachowuje się inaczej, niż licznik nie podłączony do sieci. Zatem już sam sposób tego badania dyskwalifikuje decyzję Zamawiającego. Przeprowadzone badanie jest niemiarodajne.

26. Badanie przez Zamawiającego nie zostało przeprowadzone podczas pracy licznika pod napięciem, a tylko na liczniku niezasilanym i polegało na wprowadzeniu drutu przez zacisk. Przypomnieć należy, że podczas przystępowania do wykonania tego badania osłona listwy zaciskowej była już zdjęta, co Zamawiający uznaje za stan równoznaczny z zerwaniem jej plomby. To samo w sobie powoduje, że wymaganie Zamawiającego jest spełnione. Gdyby Zamawiający przeprowadził badanie w liczniku pod napięciem, to należy zauważyć, że badanie które wykonał polegało na wprowadzeniu drutu przez zacisk, czyli element pod napięciem. Drut ten przylega wówczas do obudowy, a przewodząc prąd nagrzewa się i pozostawia kolejne widoczne jej uszkodzenia (np. nadtopienie, osmolenie), co zgodnie z treścią spornego wymagania świadczy o jego spełnieniu. Co więcej kontakt drutu z jakimkolwiek innym elementem wewnętrznym, niż zacisk spowoduje wówczas zwarcie, co zostawia widoczne ślady ingerencji.
27. Warto w tym kontekście wskazać na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z 23.11.2020r., sygn. akt KIO 2371/20, KIO 2381/20, który został wydany w związku z niniejszym Postępowaniem i bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego z powodu rzekomego niespełnienia innego wymagania, tj. z pkt 2.6 załącznika nr 1 do umowy: „Z tych powodów należało uznać za słuszne zastrzeżenia formułowane przez odwołującego. Jeśli wymaganie zamawiającego, sprecyzowane w pkt 2.6. załącznika nr 1 dotyczyło zabezpieczenia licznika przed ingerencją, która miała w efekcie umożliwić nielegalny pobór energii to, aby sprawdzić czy zostało ono spełnione, należało badanie przeprowadzić w taki sposób, aby możliwa była jego weryfikacja, a więc na stanowisku imitującym stanowisko pracy licznika, będącego w pozycji pionowej i zasilanego napięciem”.
28. Podkreślił, że badanie Zamawiającego na podstawie którego podjął decyzję o odrzuceniu oferty APATORA, tj. badanie przeprowadzone w dniu 17.12.2020r. jest kolejnym badaniem oferty Odwołującego. Poprzednie badanie wykonane w dniu w dniu 11.03.2020r. nie wykazało, aby licznik nie spełniał wymagania z pkt 2.7 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne - Zamawiający nie miał w tym względzie żadnych uwag. Przy czym odwołujący nie ma wątpliwości, że nie były to jedyne badania. Zamawiający dopatrywał się uchybień dopiero wtedy, gdy ponownie przeprowadzone badanie licznika zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 23.11.2020r., sygn. akt KIO 2371/20, KIO 2381/20 wykazało, że licznik APATORA spełnia wymagania z pkt 2.6 załącznika 1 do umowy - wymagania techniczne, którego niespełnienie wcześniej zarzucił

- Zamawiający. Zamawiający wynajduje nowe podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, dokonując nadinterpretacji wymagań.
29. Licznik zaoferowany Zamawiającemu spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, jest bezpieczny i zabezpieczony przed dostępem przez osoby nieupoważnione.
  30. Liczniki typu NORAX 3 z takim oplombowaniem i elementami podlegającymi plombowaniu, jak w niniejszym Postępowaniu, oferujemy Zamawiającemu w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Tauron od 2016 roku. We wszystkich tych postępowaniach w latach ( 2016 - 2018) oferta APATORA na licznik 3 fazowy NORAX 3 była wybrana jako najkorzystniejsza bez żadnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego.
  31. Na dzień dzisiejszy dostarczyliśmy do Tauron ponad milion liczników w takim wykonaniu i ponad 1,5 mln sztuk do pozostałych koncernów energetycznych PGE, INNOGY, ENERGA. APATOR jako polski producent z ponad 20-dziesięcioletnim doświadczeniem jest producentem uznanych i bezpiecznych liczników. Nie mamy ani jednego zgłoszenia (reklamacji) ze strony Zamawiającego, ani ze strony PGE, INNOGY, czy ENERGA odnośnie niedozwolonego dostępu do wewnętrznych elementów licznika, w tym kradzieży energii elektrycznej. Żaden z w/w koncernów nie zgłaszał uwag co do skuteczności plombowania. Nie były także zgłaszane uwagi podczas szkoleń bezpośrednich, na których obecni byli elektrycy układów pomiarowych.
  32. Firmy zewnętrzne świadczące na rzecz Tauron Dystrybucja S.A. usługi instalacji naszych liczników, nie mają żadnych zastrzeżeń co do sposobu plombowania i jego bezpieczeństwa. Powyższe świadczy o tym, że stanowisko Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu jest nieuzasadnione, w żaden sposób nie potwierdzone w ponad 2,5 milionach liczników zainstalowanych na sieci na rynku polskim.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 11/03/21) wniósł o jego oddalenie wskazując na następujące okoliczności:

Odrzucenie oferty wykonawcy APATOR z uwagi na niespełnienie wymogu pkt 2.7 wymagań technicznych.

(...)

6. (...) Zamawiający jednoznacznie wskazał, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, że zaoferowany przez Odwołującego licznik NORAX3 nie spełnia wymogu, o którym mowa w pkt 2.7 Wymagań technicznych. W kontekście sformułowanego zarzutu dotyczącego braku podstaw do odrzucenia oferty, bezprzedmiotowe są obszerne rozważania Odwołującego dotyczące punktów 2.6, 2.29 oraz 2.53 Wymagań technicznych, zawarte w pkt 4 i n. Odwołania. Dodatkowo już na wstępie zaznaczyć należy, że zaprezentowana przez

Odwołującego wykładnia pkt 2.7 Wymagań technicznych, zawarta w pkt 9 i n. Odwołania, jest sprzeczna z zasadami logiki oraz wiedzą techniczną dotyczącą zasad konstrukcji liczników oraz konieczną dla prawidłowego użytkowania liczników energii elektrycznej.

7. Podnieść także należy, że Odwołujący nigdy nie zgłaszał wniosku o wyjaśnienie odnośnie pkt 2.7 Wymagań technicznych, ani też nie składał odwołania w związku z wadliwym, zdaniem Odwołującego, i — jak obecnie twierdzi — prowadzącym do „niedorzecznych wniosków” sformułowaniem wymogu z pkt 2.7 Wymagań technicznych. Literalna wykładnia tego postanowienia jest jednoznaczna i, co więcej, była niewątpliwie zrozumiała dla pozostałych wykonawców.
8. Argumentacja zawarta w pkt 9 i n. Odwołania jest oparta na nader formalistycznej analizie postanowień Wymagań technicznych. Odwołujący ignoruje zresztą cel cytowanych przez siebie Wymagań technicznych, starając się sprowadzić wymagania stawiane przez Zamawiającego do absurdu (zob. argumentacja dot. konieczności zerwania wszystkich plomb — również tych, których celem nie jest zabezpieczenie wnętrza licznika, a innych jego elementów, czy też w ogóle konieczności zerwania więcej niż jednej plomby), próbując jednocześnie zbudować narrację opierającą się na rzekomym nierównym traktowaniu wykonawców, która znalazła wyraz w pkt 16 Odwołania. Narracja ta jest jednakże bezpodstawna. Wymagania techniczne mają takie samo znaczenie w stosunku do wszystkich wykonawców — oferta ZPA spełnia te wymogi, natomiast oferta Apatora już nie. Apator jest zresztą przez TAURON Dystrybucja traktowany w każdej sytuacji — nie tylko w tym postępowaniu — tak samo, jak pozostali wykonawcy. Przykładowo wskazać należy, że Odwołującemu w lutym br. zostało udzielone zamówienie na skutek przeprowadzonego postępowania prowadzonego w trybie ofertowym na „Dostawę statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii”.
9. Wykładnia punktu 2.7 Wymagań technicznych) Odrzucenie oferty Odwołującego, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, znajduje podstawę w treści SIWZ i zostało wystarczająco uzasadnione w Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z tego względu nieuprawniony jest również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. z 2004 r.
10. Zgodnie z pkt 2.7 Wymagań technicznych:

Liczniki muszą być wykonane w taki sposób, aby dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika był możliwy tylko i wyłącznie w przypadku uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny) albo zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD.
11. Jak wynika z dosłownej treści cytowanego postanowienia, licznikiem spełniającym wskazany wymóg, będzie licznik o takiej budowie, że uszkodzenie obudowy albo zdemontowanie plomb zabezpieczających i plomb OSD wystąpi w każdym przypadku uzyskania dostępu do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, dla zidentyfikowania celu tego postanowienia nie jest konieczne sięgnięcie do

innych postanowień Wymagań technicznych, w szczególności pkt 2.6 tych Wymagań, które określają sposób zabezpieczenia wnętrza licznika przed nielegalnym poborem energii elektrycznej. Celem cytowanego postanowienia jest bowiem zapewnienie, że w każdym przypadku uzyskania dostępu do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika (a nie tylko w przypadku nielegalnego poboru energii — jak to niezasadnie, zawężająco próbuje wyklądać Odwołujący), na liczniku pozostanie trwały ślad — czy to w postaci uszkodzenia jego obudowy, czy też zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD. Bezprzedmiotowe są zatem nawiązania Odwołującego zawarte w pkt 27 Odwołania, do treści wyroku z dnia 23 listopada 2020 r. wydanego w połączonych sprawach o sygn. KIO 2371/20 i 2381/20, w którym to wyroku Izba rozważała zarzut dotyczący odrzucenia oferty w związku z niespełnieniem wymagania określonego w pkt 2.6 Wymagań technicznych, a które dotyczyło takiej konstrukcji licznika NORAX3, która umożliwiała nielegalny pobór energii elektrycznej. Nie jest to wymóg tożsamy z wymogiem pkt 2.7 Wymagań technicznych, a którego niespełnienie stanowi przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego.

12. Nie ulega bowiem wątpliwości, że każdy przypadek uzyskania nieuprawnionego dostępu do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika jest — z punktu widzenia Zamawiającego, będącego operatorem systemu dystrybucyjnego elektroenergetycznego (dalej jako: „OSD”) — wysoce niepożądany. Skutkiem uzyskania takiego dostępu może być bowiem nie tylko umożliwienie nielegalnego poboru energii elektrycznej (którego dotyczy pkt 2.6 Wymagań technicznych, tj. inny punkt niż ten stanowiący podstawę odrzucenia oferty Odwołującego pkt 2.7), ale również np. jego uszkodzenie, które nie musi być związane z nielegalnym poborem energii lub próbą nielegalnego poboru energii, a także jest działaniem niepożądanym.
13. Konieczność stosowania liczników, które są skonstruowane w taki sposób, że każde uzyskanie dostępu do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika pozostawi widoczny ślad czy to w postaci uszkodzenia obudowy, czy to w postaci zerwania plomb zabezpieczających i plomb OSD, wynika nie tylko z doświadczeń Zamawiającego w użytkowaniu liczników na swojej sieci, ale również z przepisów prawa.
14. Przede wszystkim wskazać należy na wymagania wynikające z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 96, str. 149 z późn. zm., dalej jako: „Dyrektywa MID”).
15. Zgodnie z art. 6 Dyrektywy MID:  
Przyrząd pomiarowy musi spełniać zasadnicze wymagania określone w załączniku I oraz odpowiednim załączniku szczegółowym.
16. Zgodnie zaś z pkt 8.2 Załącznika nr 1 do Dyrektywy MID:

Składniki sprzętowe, istotne dla charakterystyk metrologicznych, są tak zaprojektowane, aby można je było zabezpieczać. Przewidziane środki zabezpieczające zapewniają pozostawienie dowodu ingerencji.

- 17 Dyrektywa MID została zaimplementowana do polskiego systemu prawnego na mocy ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 544 z późn. zm., dalej jako: „ustawa o systemach oceny zgodności”) oraz rozporządzenia wydanego na podstawie art. 12 pkt 1-5 tej ustawy, tj. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie wymagań dla przyrządów pomiarowych (Dz. U. poz. 815, dalej jako: „Rozporządzenie”).
- 18 Zgodnie z 22 Rozporządzenia:  
Części składowe przyrządu pomiarowego, istotne dla charakterystyk metrologicznych, muszą być tak zaprojektowane, aby możliwe było ich zabezpieczenie przed dostępem osób nieuprawnionych, a przewidziane środki zabezpieczające zapewniały pozostawienie dowodu ingerencji.
19. Interpretując powyższe przepisy należy mieć na uwadze, że również Zamawiający i jego pracownicy są w świetle tych przepisów osobami nieuprawnionymi z punktu widzenia dostępu do wnętrza licznika po jego wprowadzeniu do obrotu i rozpoczęciu jego użytkowania na potrzeby realizacji zawieranych z odbiorcami umów o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej.
20. Urządzenia pomiarowe - w tym liczniki energii elektrycznej — są bowiem poddawane procesowi wzorcowania na etapie produkcji, czego Zamawiający wymagał w punktach 2.2 — 2.4 Wymagań technicznych. Zabezpieczenie liczników plombami producenta następuje po zakończeniu procesu wzorcowania, który ma na celu zapewnienie przekazywania wartości legalnych jednostek miar od państwowych wzorców jednostek miar do przyrządów pomiarowych (co wynika z art. 6a ust. 1 ustawy z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2166)).
21. Z tego punktu widzenia nie jest wystarczającym zabezpieczeniem dostępu do wnętrza licznika plomba OSD (tj. Zamawiającego). Konieczne jest więc, aby oferowany licznik posiadał tak skonstruowaną obudowę, aby już na etapie produkcji, po zakończeniu procesu wzorcowania, możliwe było jego zabezpieczenie. Niemożliwa do zaakceptowania — w świetle pkt 2.7 Wymagań technicznych — jest taka konstrukcja licznika, która nie zapewni pozostawienia dowodu ingerencji do wnętrza licznika przez Zamawiającego, a w praktyce jego pracowników, którzy dokonują przecież montażu i demontażu plomb OSI). Sam demontaż plomby OSD nie jest zatem dostatecznym dowodem ingerencji w licznik.
22. Interpretacja użytego w pkt 2.7 Wymagań technicznych spójnika „i” jako kwantyfikatora logicznego koniunkcji wynika więc nie tylko w wykładni literalnej tego postanowienia, ale również i wykładni celowościowej, wbrew temu, co zdaje się twierdzić Odwołujący.



23. Obudowa licznika NORAX3J. Z tego względu bezprzedmiotowe są rozważania Odwołującego zawarte w pkt 18 Odwołania, a dotyczące faktu przeprowadzenia badań próbki po zdjęciu osłony listwy zaciskowej, tym bardziej, że fakt zerwania plomb OSD został potwierdzony w uzasadnieniu odrzucenia oferty i nie wymaga dalszych wyjaśnień ani interpretacji. Istotnym jest — co w swej argumentacji pomija Odwołujący — że dostęp do wnętrza licznika NORA)(3 przez osoby nieuprawnione jest możliwy bez uszkodzenia obudowy i bez zerwania, czy demontażu plomb zabezpieczających (plomb producenta).
24. Możliwość uzyskania dostępu do wnętrza licznika bez pozostawienia dowodu ingerencji w licznik (tj. uszkodzenia obudowy albo zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSI)) — co narusza zarówno wskazane powyżej przepisy prawa, jak również wymagania Zamawiającego wyrażone w pkt 2.7 Wymagań technicznych — wynika, w przypadku licznika NORAX3 zaoferowanego przez Odwołującego, z wadliwej konstrukcji budowy listwy zaciskowej tego licznika. Jest ona wykonana w sposób, który nie zapewnia zachowania szczelności i bezpieczeństwa elementów znajdujących się wewnątrz licznika, w tym odpowiedzialnych bezpośrednio za pomiar i jego dokładność.
25. Wymaganie opisane w punkcie 2.7 Wymagań technicznych nie dotyczy, jak to próbuje nadinterpretować w punkcie 15 i 16 Odwołania Odwołujący, samej listwy zaciskowej licznika, lecz tych elementów licznika, które znajdują się za listwą zaciskową, pod obudową licznika. Chodzi bowiem, na co wprost wskazuje pkt 2.7, o dostęp do wewnętrznych elementów licznika.
26. Odwołujący, konstruując swoją argumentację, miesza pojęcie osłony skrzynki zaciskowej z obudową licznika, próbując wykazać, że żaden z oferowanych liczników nie spełni wymagania określonego w pkt 2.7 Wymagań technicznych, co jednak nie jest zgodne z prawdą i prowadzi do błędnych wniosków. Zamawiający podczas prowadzonych badań próbek załączonych do pozostałych ofert nie stwierdził, aby obudowy liczników innych wykonawców były skonstruowane w sposób umożliwiający dostęp do wnętrza tychże liczników, czy to poprzez listwę zaciskową czy inne elementy licznika, bez pozostawienia widocznego śladu ingerencji, co ma miejsce w przypadku licznika NORAX3, a co zostało wykazane w trakcie badania próbki. Nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że liczniki zaoferowane przez przystępującego ZPA nie spełniają tego wymagania, gdyż było to przedmiotem szczegółowych badań przez Zamawiającego. Komisja dokonująca ponownej oceny próbek potwierdziła, w przypadku licznika ZPA, brak dostępu do wewnętrznych elementów licznika bez uszkodzenia obudowy albo zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSI). Warto zauważyć, że okoliczność tę zdaje się zauważać także i Odwołujący. Wnioski Odwołania nie zmierzają bowiem do odrzucenia oferty Przystępującego.

27. Należy mieć również na uwadze postanowienia normy zharmonizowanej nr PN-EN 50470-1 – Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) Część 1 Wymagania ogólne, badania i warunki badań. Urządzenia do pomiarów (Was A, B, C) wydanej w roku 2008, w której wymaganie dotyczące prawidłowej konstrukcji licznika opisano w punkcie „5.1:

*5. Wymagania i badania mechaniczne*

*5.1 Ogólne wymagania mechaniczne*

*Wytwórca licznika powinien podać warunki środowiska mechanicznego przeznaczone dla licznika.*

*Liczniki powinny być zaprojektowane i wykonane w taki sposób, by nie stanowiły żadnego zagrożenia podczas normalnego użytkowania w normalnych warunkach pracy, a w szczególności, żeby była zapewniona:*

- *ochrona osób przed porażeniem elektrycznym;*
- *ochrona osób przed skutkami wysokiej temperatury;*
- *ochrona przed rozprzestrzenianiem się ognia;*
- *ochrona przed wnikaniem ciał stałych, pyłu i wody”.*

28. Dodatkowo w punkcje 5.2 normy opisane zostały wymagania odnośnie obudowy licznika, z których wynika, że ma ona zabezpieczać wnętrze licznika:

*„5.2 Obudowa*

*5.2.1 Wymagania*

*Licznik powinien mieć obudowę przystosowaną do plombowania lub zamykania w taki sposób, aby zabezpieczyć wnętrze, odpowiednie części związane z parametrami metrologicznymi aby nie był możliwy tam dostęp bez zerwania plomb (plomb) lub rozbicia obudowy.*

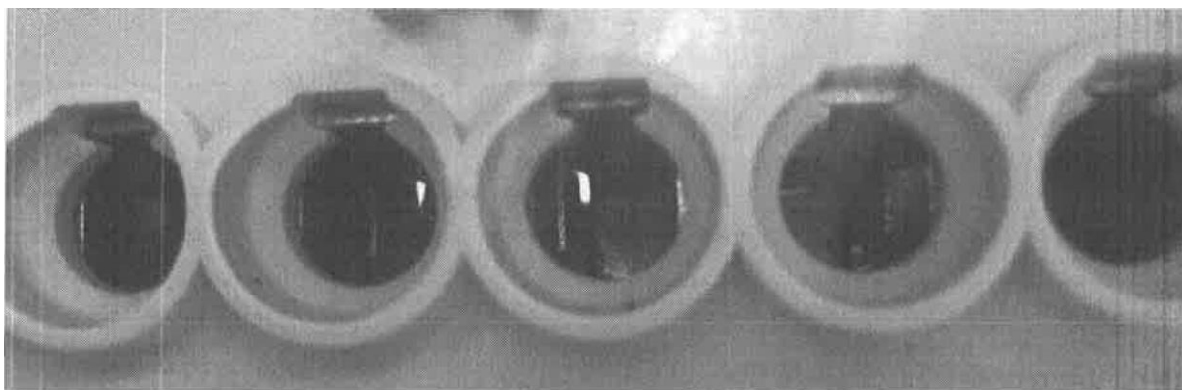
*Nie powinno być możliwe zdejmowanie osłony bez użycia narzędzi.*

*Obudowa licznika powinna być tak zbudowana, by żadne chwilowe jej odkształcenie nie miało wpływu na poprawną pracę licznika”.*

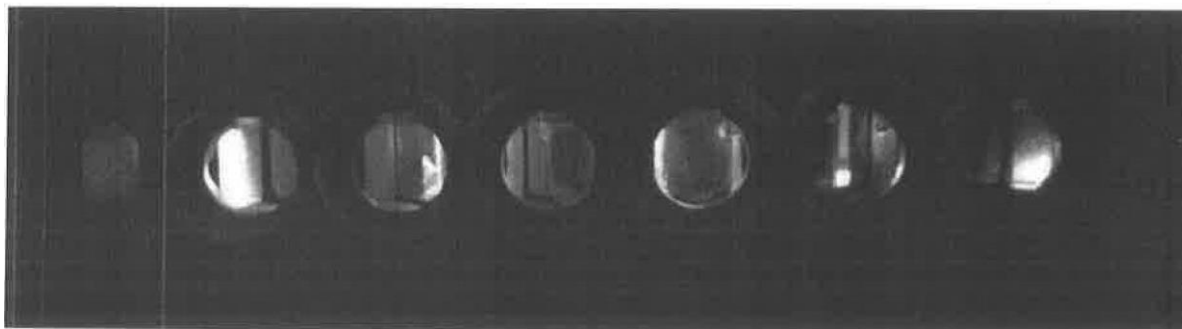
28. Postanowienie pkt 2.7 Wymagań technicznych nawiązuje zatem nie tylko do wskazanych w ust. 14 — 20 powyżej przepisów prawa, ale również do pkt 5.1 i 5.2 normy PN-EN 504701 i ma na celu również zapewnienie, że wnętrze zakupionych przez OSD liczników będzie zabezpieczone przed dostępem bez zerwania wskazanych przez Zamawiającego plomb lub rozbicia obudowy, przy czym dostęp ten może polegać również na wnikaniu ciał stałych, o czym mowa w pkt 5.2 ww. normy.

29. Jak wskazuje Odwołujący, obudowa (podstawa i osłona) licznika NORAX3, którego próbka została załączona do oferty Odwołującego, została skonstruowana w taki sposób, że listwa zaciskowa jest usytuowana w obudowie licznika, stanowiąc integralną całość z obudową, co stanowi rozwiązanie dopuszczalne w świetle SIWZ. Listwa zaciskowa jest elementem

licznika, w którym zainstalowane są zaciski przyłączeniowe licznika. Zaciski przyłączeniowe przeznaczone są do podłączenia przewodów zasilających oraz przewodów instalacji odbiorczej klienta do licznika. Badanie próbki licznika NORAX3 przeprowadzone w dniu 17 grudnia 2020 r. wykazało, że zaciski przyłączeniowe licznika NORAX3 są zabudowane w listwie zaciskowej w taki sposób, że od strony listwy zaciskowej istnieje prześwit do wnętrza licznika, który jest widoczny „gołym okiem”. Zostało to przedstawione na poniższych zdjęciach:



Zdjęcie nr 1 — widok listwy zaciskowa licznika NORAX3 z widocznym prześwitem w świetle dziennym.



Zdjęcie nr 2 — widok listwy zaciskowa licznika NORAX3 z widocznym prześwitem po oświetleniu wyświetlacza dodatkowym źródłem światła.

Zamawiający wnosi również o dopuszczenie dowodu z oględzin próbki licznika NORAX3, celem wykazania na rozprawie, że skutkiem takiej budowy licznika (a konkretnie jego listwy zaciskowej), możliwe jest uzyskanie dostępu do jego wnętrza bez konieczności uszkodzenia obudowy, czy zdemontowania plomb zabezpieczających.

Dowód: 1/ Oględziny próbki licznika NORAX3, złożonej wraz z ofertą przez Aparator.

32. Na dowód powyższego, w trakcie badania próbek w dniu 17 grudnia 2020 r. przedstawiciele Komisji przetargowej dokonali, w obecności przedstawicieli Odwołującego, udanej próby wsunięcia do wnętrza licznika, poprzez opisany powyżej prześwit w listwie zaciskowej, ciała stałego w postaci drutu o średnicy 1 mm, co potwierdza, że konstrukcja obudowy licznika

umożliwia dostęp do jego wnętrza (w tym wniknięcie ciał stałych), a co zostało przedstawione na zdjęciach:

Zdjęcie nr 3 — widok badanego licznika z widocznym drutem znajdującym się pomiędzy wyświetlaczem LCD a przezroczystą osłoną.

Zdjęcie nr 4 — widok badanego licznika z widocznym drutem za przezroczystą osłoną, na t/e wyświetlacza LCD.

33. Przeprowadzony w trakcie badań próbki eksperyment potwierdził zatem, że istnieje dostęp do elementów wewnętrznych licznika od strony listwy zaciskowej. Dostęp ten nie wymaga uszkodzenia obudowy, które powinno być widoczne po takiej ingerencji we wnętrze licznika. Przed takim dostępem nie zabezpieczają również plomby nałożone na obudowę przez producenta, ponieważ z badania wynika, że nie zostały one naruszone — dostęp do wnętrza jest od strony licznika nie objętej tymi zabezpieczeniami.

Dowód: 2/ Oględziny próbki licznika NORAX3, złożonej wraz z ofertą przez Apator.

34. [Bezasadność wywodów Odwołującego w zakresie wykładni pkt 2.7 Wymagań technicznych) Wywody Odwołującego dotyczące rodzajów plombowania mają na celu jedynie zagmatwanie obrazu sprawy i de facto sprowadzają postawione przez Zamawiającego wymogi, zawarte w pkt 2.7 Wymagań technicznych, do absurdu, kiedy w istocie ich treść oraz cel są obiektywnie jasne i zrozumiałe. Odwołujący dąży bowiem do odwrócenia uwagi Izby od istoty niezgodności jego oferty z SIWZ, tj. braku zgodnego z SIWZ zabezpieczenia wnętrza licznika przed dostępem z zewnątrz, będącego faktyczną przyczyną odrzucenia jego oferty.
35. Zamawiający nie kwestionuje miejsc i elementów licznika, które poddane są plombowaniu w licznikach będących przedmiotem postępowania i w tym zakresie nie ma zastrzeżeń do zaoferowanych przez Odwołującego APATOR liczników NORAX3. Zamawiający wskazał wadliwie zaprojektowany element konstrukcji obudowy licznika (listwę zaciskową), która nie zapewnia zachowania szczelności i bezpieczeństwa elementów znajdujących się wewnątrz licznika, w tym odpowiedzialnych bezpośrednio za pomiar i jego dokładność, która skutkuje niezgodnością oferty Odwołującego z pkt 2,7 Wymagań technicznych.
36. Odwołujący w punktach 3 - 14 Odwołania dokonał obszernej, lecz chybionej i zbędnej z punktu widzenia wymagania określonego w pkt 2.7 Wymagań technicznych analizy rodzajów plomb, elementów licznika podlegających plombowaniu oraz podmiotów uprawnionych do ich zakładania, doprowadzając ostatecznie do nieuprawnionego pomieszczenia wszystkich wymagań Zamawiającego dotyczących zabezpieczenia wnętrza licznika oraz elementów związanych z konfiguracją, ignorując fakt, że w świetle pkt 2.7 Wymagań technicznych nie jest konieczne sięganie — w celu jego wykładni — do innych postanowień SIWZ, w tym do innych punktów Wymagań technicznych.

37. Używanie stwierdzeń o obowiązku jednoczesności zdemontowania plomb w celu dostania się do wnętrza licznika jest próbą nadinterpretowania wymagań Zamawiającego w sposób sprzeczny z zasadami logiki i wiedzą techniczną.
38. Również wywody Odwołującego zawarte w pkt 21 i 22 Odwołania dotyczące skutków użycia spójników „lub” oraz „albo” nie wytrzymują konfrontacji z faktami, udowodnionymi w trakcie badania próbek przeprowadzonego w dniu 17 grudnia 2020 r. Wymaganie pkt 2.7 Wymagań technicznych jest spełnione jedynie wtedy, gdy uzyskanie dostępu do wnętrza licznika pozostawi ślad w postaci uszkodzenia obudowy albo w postaci naruszenia plomb zabezpieczających obudowę i plomb OSD. Wymogu tego nie spełnia licznik zaoferowany przez Odwołującego, niezależnie od tego, czy użyty w pkt 2.7 Specyfikacji technicznej spójnik „albo” zostanie zinterpretowany jako alternatywa rozłączna, czy też zwykła. Faktem pozostaje, że możliwy jest taki dostęp do wnętrza licznika NORAX3, którego uzyskanie nie spowoduje ani uszkodzenia obudowy, ani zerwania jednocześnie plomb zabezpieczających obudowę i plomb OSD, co stanowi o niezgodności tego licznika z pkt 2.7 Wymagań technicznych.
39. W punkcie 23 odwołania Odwołujący podejmuje próbę wprowadzenia zamieszania odnośnie definiowania znaczenia słów „demontaż” i „zerwanie”, co zdaniem Zamawiającego jest nieistotne z punktu widzenia niezgodności w konstrukcji zaoferowanych liczników NORAX3, a pokazuje jedynie słabość argumentacji Odwołującego, który próbuje uciekać się do procesu „formułkowego”. Bez względu bowiem na to, jakiego słowa użyjemy, oznacza ono usunięcie plomby, co jest oczywiste z punktu widzenia wykładni tego postanowienia. I bez względu na to, którego wyrażenia użył Zamawiający, uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał wprost na pkt 2.7 Wymagań technicznych jako na przyczynę odrzucenia, tak że przyczyny odrzucenia były Odwołującemu znane. Niewątpliwie zostały one sformułowane w sposób zrozumiały i korespondujący z literalną treścią pkt 2.7 Wymagań technicznych. Należy zauważyć, że Odwołujący nie zgłaszał wątpliwości co do rozumienia pkt 2.7 Wymagań technicznych, w kontekście użytego w nim słowa „demontaż”, ani na etapie wyjaśnień do SIWZ, ani żadnym innym.
40. Nie znajduje również podstaw użycie w punkcie 24 odwołania sformułowania, że badanie liczników doprowadziło do uszkodzenia obudowy próbki licznika APATOR, co świadczyć ma o spełnieniu wymagania punktu 2.7 Załącznika nr 1 do umowy. Jest to kolejny przykład na próbę wprowadzenia w błąd Izby. Przeczy temu stosowny zapis, wprowadzony przez przedstawicieli APATOR uczestniczących w badaniach, w protokole z uczestnictwa w badaniu próbki, a wskazujący na brak uszkodzenia obudowy: Zdjęcie nr 5 — wyciąg z protokołu uczestnictwa w badaniach podpisany przez przedstawicieli APATOR.

41. Nie można również zgodzić się z zaprezentowanym przez Odwołującego rozumieniem słowa „uszkodzony”. Zdaniem Zamawiającego licznik można nazwać „uszkodzonym” w sytuacji, gdy nastąpi zmiana w konstrukcji mechanicznej licznika, elementach pomiarowych lub metrologicznych, która powoduje, że nie będzie on w pełni sprawny lub będzie posiadał uszkodzenia mechaniczne wpływające na jego poprawne działanie lub integralność. Drobne rysy obudowy lub przewodnic elementów rozłączalnych, nie wpływające na parametry eksploatacyjne oraz metrologie licznika, nie spełniają powyższego warunku i powinny być nazywane zadrapaniami obudowy, a nie uszkodzeniem. Przedmiotowe próbki złożone przez Odwołującego posiadają jedynie drobne zarysowania wynikające z ich użytkowania, związane są z wykonywanymi badaniami kontrolnymi i używaniem narzędzi monterskich, co jest typowe dla prac eksploatacyjnych i nie wpływa na funkcjonalność i integralność metrologiczną oraz nie zmienia parametrów licznika. Za uszkodzenie obudowy w rozumieniu pkt 2.7 Wymagań technicznych, uznaje się np. takie uszkodzenia, które powodują widoczne rozszczelnienie konstrukcji obudowy licznika, naruszenie jej integralności czy spowodowanie w niej ubytków, które pozwolą na niekontrolowany dostęp do wnętrza licznika, w tym elementów odpowiedzialnych za poprawność pomiaru.
42. Nieuprawnione są również zarzuty sformułowane w pkt 25-28 Odwołania, dotyczące rzekomo nieprawidłowo przeprowadzonego badania próbki licznika NORAX3. Badania te zostały przeprowadzone zgodnie z pkt 7.3.4 SIWZ, do czego Odwołujący, ani jego przedstawiciele uczestniczący w badaniach, nie wnosili zastrzeżeń. Liczniki zainstalowane były podczas badań na typowej tablicy licznikowej oraz w typowej szafce pomiarowej stosowanej przez Zamawiającego. Licznik zainstalowany był w pozycji pionowej, co potwierdzają zdjęcia zawarte w niniejszym piśmie, jak również zdjęcia wykonane przez przedstawicieli APATOR, które zostały zawarte w Odwołaniu.
43. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu w pkt 25 Odwołania, że podczas badania liczniki nie były podłączone do zasilania, gdyż jego zdaniem: „Wymaganie dotyczy licznika pracującego na sieci, bo przecież taki licznik ma chronić przed nieuprawnionym dostępem, w tym nielegalnym poborem energii elektrycznej”.
44. Odwołujący takim stwierdzeniem kolejny raz podejmuje próbę odwrócenia uwagi od wady licznika NORAX3, która stanowi o jego niezgodności z SIWZ, próbując sugerować, że z punktu widzenia wymagania sformułowanego w pkt 2.7 Wymagań technicznych, istotna jest możliwość nielegalnego poboru energii, a nie już sam fakt możliwości uzyskania dostępu do wnętrza licznika (w tym wnikięcia ciała stałego do wnętrza licznika), bez pozostawienia widocznych dowodów ingerencji czy to poprzez uszkodzenie obudowy, czy to zerwanie wskazanych w pkt 2.7 Wymagań technicznych plomb.
45. Dla wykazania, że możliwe lub niemożliwe jest uzyskanie dostępu do wnętrza licznika w sposób sprzeczny w pkt 2.7 Wymagań technicznych nie jest konieczne przeprowadzenie

badania na liczniku podłączonym do zasilania. W szczególności nie jest konieczne wykazanie przez Zamawiającego, że skutkiem uzyskania dostępu do wnętrza licznika bez pozostawienia widocznych dowodów takiej ingerencji jest możliwość nielegalnego poboru energii. Dla wykazania, że wymóg określony w pkt 2.7 Wymagań technicznych jest spełniony, wystarczy stwierdzenie, że możliwy jest dostęp do wnętrza licznika bez pozostawienia widocznych — określonych w pkt 2.7 Wymagań technicznych — dowodów takiej ingerencji.

46. Należy podkreślić, że Zamawiający na potrzeby badania próbek przygotowuje odpowiednie warunki laboratoryjne pozwalające przeprowadzić badanie w sposób bezpieczny dla obsługi oraz niepowodujący zniszczenia badanej próbki. Twierdzenia Odwołującego o rzekomej konieczności przeprowadzenia badań próbek na zgodność z pkt 2.7 Wymagań technicznych na liczniku podłączonym do zasilania, w sytuacji, gdy do wniosku takiego nie prowadzi analiza pkt 2.7 Wymagań technicznych, należy uznać za nierozsądne i nieoparte podstawową wiedzą inżynierską. Brak bowiem uzasadnienia, aby zespół badawczy Zamawiającego miał zostać narażony na utratę zdrowia lub życia poprzez przeprowadzanie prób wniknięcia do wnętrza licznika podłączonego do zasilania, w sytuacji, gdy nie jest to uzasadnione treścią SIWZ i załączników do niej.
47. Należy podkreślić w tym miejscu, że Odwołujący nie neguje faktu, iż konstrukcja obudowy licznika NORAX3 umożliwia dostęp do jego wnętrza, bez konieczności uszkodzenia obudowy, czy zerwania plomb producenta. Odwołujący przyznaje bowiem, że konstrukcja licznika umożliwia wprowadzenie ciała stałego (w tym przypadku drutu) do wnętrza licznika: „kontakt drutu z jakimkolwiek innym elementem wewnętrznym, niż zacisk spowoduje wówczas zwarcie, co zostawia widoczne ślady ingerencji” (pkt 26 in fine Odwołania).
48. Abstrahując od okoliczności, że do wnętrza licznika NORAX3, przez jego wadę opisaną powyżej (brak szczelności obudowy), mogą dostać się także inne niż drut elementy zewnętrzne niekoniecznie powodujące zwarcie, to Odwołujący pomija także, że ewentualne zwarcie, nawet jeśli zostawi „ślady ingerencji”, nie musi doprowadzić do „uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny albo zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD’ (por. pkt 2.7 Wymagań technicznych). Innymi słowy, sama tylko okoliczność, że może dojść do zwarcia nie przesądza jeszcze, że licznik spełnia wymagania z pkt 2.7 Wymagań technicznych. Wymogów tych licznik NORAX3 definitywnie nie spełnia.
49. Niezwykle istotnym z punktu widzenia działalności operatora sieci dystrybucyjnej, jakim jest Zamawiający, jest fakt, że niezależnie od tego, jaki przedmiot zostałby zastosowany do ingerencji do wnętrza licznika (np. drut metalowy czy materiał izolacyjny), ślady ingerencji występujące wyłącznie wewnątrz licznika nie pozwalają na ustalenie czasu i miejsca ich powstania (proces produkcyjny, transport, instalacja na sieci) i dlatego nie są wystarczające dla udowodnienia np. uszkodzenia układu pomiarowego przez klienta.

50. Odwołujący potwierdza zatem, że możliwość uzyskania dostępu do wnętrza licznika istnieje i może powodować zwarcie, przy czym zauważyć należy, że mowa tu o wewnętrznym zwarciu obwodów licznika i w konsekwencji — uszkodzeniu jego elementów wewnętrznych, które nie pozostawi jednak widocznego śladu uszkodzenia obudowy. Bezsprzeczne wydaje się więc być to, że dostęp do wnętrza licznika NORAX3 jest możliwy bez uszkodzenia obudowy licznika i bez zerwania czy też demontażu plomb. A to z kolei już samo w sobie świadczy o niespełnieniu przez licznik Odwołującego wymogów SIWZ i potwierdza wnioski zawarte w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odnosząc się do punktu 28 Odwołania, Zamawiający wskazuje, że każde badanie wykonywane jest niezależnie, w sposób pełny, weryfikujący kompletny zakres wymagań stawianych licznikowi w danym postępowaniu. Jest to także oczywista konsekwencja poprzedniego wyroku Izby odnoszącego się do tego Postępowania (KIO 2371/20 i KIO 2381/20), którym nakazano Zamawiającemu m.in. dokonanie ponownego badania i oceny ofert, bez ograniczenia zakresu takich badań. Fakt stwierdzonej niezgodności w powtórnym badaniu dotyczy sytuacji powtórzenia kompletnego badania próbki i został opisany jednoznacznie w wynikach z prowadzonych prac weryfikacyjnych, a także dodatkowo został wskazany przedstawicielom Odwołującego w trakcie tych badań. Odnoszenie się przez Odwołującego do wyników wcześniejszych badań, nie zmienia faktu wykazania niezgodności próbki w trakcie badań powtórnych, co jest możliwe do odtworzenia. Tak licznik Odwołującego, jak i liczniki pozostałych wykonawców, zostały zatem zbadane, również w powtórnym badaniu, pod kątem spełniania warunku określonego w pkt 2.7 Wymagań technicznych. Jedynie w przypadku licznika NORAX3 okazało się, że wymóg ten nie jest spełniony, co uzasadnia odrzucenie oferty Odwołującego.
51. Na koniec wskazać należy, że Zamawiający oceniając oferty złożone w danym postępowaniu odnosi się jedynie do treści tych właśnie ofert. Nieuprawnionym działaniem byłoby dokonywanie przez Zamawiającego oceny oferty w oparciu nie o samą ofertę (w tym próbkę urządzenia) złożoną w postępowaniu, a o inne okoliczności. Z tego względu dla oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego nie mają znaczenia podnoszone przez Odwołującego argumenty dotyczące jego wieloletniego doświadczenia w produkcji oferowanych liczników tego typu w skali całego kraju oraz o dostawach tych liczników w ilości ponad 1,5 mln sztuk.
52. Powyższe nie świadczy w szczególności o tym, że liczniki NORAX3 zaoferowane w postępowaniu są prawidłowo skonstruowane i spełniają wymagania Zamawiającego stawiane w Postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany do oceny zgodności oferty z SIWZ na podstawie treści tej oferty, w tym w drodze badania dostarczonej mu próbki. Nie wpływa na tę ocenę fakt dostarczania przez Odwołującego liczników NORAX3 do innych OSD, gdyż urządzenia zaoferowane innym OSD nie stanowią przedmiotu badania przez



Zamawiającego w toku oceny ofert. Wymagania stawiane przez innych OSD w toku innych postępowań nie stanowią również dla Zamawiającego, dokonującego badania i oceny ofert, punktu odniesienia. Wreszcie wskazać należy, że wedle wiedzy Zamawiającego, liczniki NORAX3 są oferowane do różnych Spółek Dystrybucyjnych, w różnych wersjach wykonania, co można stwierdzić chociażby po ilości wariantów budowy listwy zaciskowej liczników NORAX3 przedstawionych w Certyfikacie Badania Typu (MID) nr SK 16-072 MI-003 rev. 14 (załącznik do oferty - „SK\_16-072\_MI\_003\_Rev.14\_Add.0\_DA\_PL\_zadanie nr 3, zadanie nr 4\_podpisany — Rysunki 7a, 7b; 8a, 8b; 9a, 9b. Z tego względu miarodajna dla Zamawiającego jest jedynie złożona w Postępowaniu oferta wraz z dołączoną do niej próbką urządzenia.

53. Podobnie powoływanie się, w punkcie 32 Odwołania, na rekomendacje firm instalujących liczniki firmy APATOR na sieci TAURON Dystrybucja S.A., nie może wpłynąć na ocenę spełniania przez ofertę Odwołującego wymogu określonego w pkt 2.7 Wymagań technicznych, gdyż niezgodność ta nie rzutuje na proces instalacji licznika. Stwierdzona wada konstrukcyjna licznika NORAX3 może za to wpływać na problemy z eksploatacją i pracą liczników na sieci Zamawiającego (abstrahując od możliwości celowego uszkodzenia wnętrza licznika przez osoby postronne, możliwe jest np. „kolonizowanie” wnętrza licznika przez różne gatunki owadów lub wnikanie zanieczyszczeń w trudnych warunkach środowiskowych), co zwykle wiąże się ze wzrostem awaryjności urządzeń. Wada konstrukcji licznika mogłaby zostać wykorzystana również w postępowaniach reklamacyjnych klientów, kwestionujących właściwe zabezpieczenie elementów pomiarowych licznika.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpienie zgłosił wykonawca ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnowie (Republika Czeska), wnosząc także o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 19 lutego 2021 r. Izba zatem wydając wyrok w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta wykonawcy APATOR S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym przypadku niezgodność tej oferty z postanowieniami specyfikacji, która to niezgodność nie może być poprawiona na podstawie wskazywanego w przepisie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy wymagania z punktu 2.7 Załącznika nr 1 (Wymagania techniczne) do umowy stanowiącej załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zgodnie ze wskazanym wymaganiem pkt. 27 – Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń):

*„2.7 Liczniki muszą być wykonane w taki sposób, aby dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika był możliwy tylko i wyłącznie w przypadku uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny) albo zdemontowania plomb zabezpieczających i plomb OSD”.*

Zamawiający w piśmie z dnia 9 lutego 2021 r. (Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty”) w jego załączniku podał: *„Wzory liczników trójfazowych NORAX3 złożone z ofertami na zadanie 3 i 4 posiadają pomiędzy zaciskami skrzynki zaciskowej a obudową licznika przestrzeń (prześwit) umożliwiającą wprowadzenie do wnętrza licznika (pod obudowę) ciała stałego w postaci np. drutu o średnicy 1,2 mm<sup>2</sup>. Zaoferowane liczniki NORAX3 wykonane są w wersji kompaktowej, czyli nierozbieralnej. Zgodnie z brzmieniem wymagania z punktu 2.7 dostęp do jakichkolwiek elementów wewnętrznych licznika może być możliwy tylko w przypadku widocznego uszkodzenia obudowy licznika lub zerwania plomb Zamawiającego znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej i plomb producenta znajdujących się na śrubach służących do skręcenia obudowy licznika (dla liczników rozbieralnych) lub plomb hologramowych.*

*Dostęp do wewnętrznych elementów liczników nastąpił bez widocznego uszkodzenia obudowy oraz po zerwaniu plomb OSD znajdujących się na pokrywie skrzynki zaciskowej, bez zrywania plomb producenta.*

*Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 2.7 Załącznika nr 1 do umowy – „Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń)” i z tej przyczyny podlega odrzuceniu”.*

Okoliczności powyższe, Zamawiający potwierdził w toku rozprawy – w trakcie przeprowadzonego (na wniosek Zamawiającego oraz z udziałem Odwołującego oraz Przystępującego) badania próbki, który to eksperyment potwierdził, że istnieje dostęp do

elementów wewnętrznych licznika od strony listwy zaciskowej. Tak jak ustalił Zamawiający dostęp taki licznik posiada pomiędzy zaciskami listwy zaciskowej a obudową licznika przestrzeń (prześwit) umożliwiającą wprowadzenie do wnętrza licznika (pod obudowę) ciała stałego. Przed takim dostępem nie zabezpieczają plomby nałożone na obudowę przez producenta. W czasie eksperymentu te plomby nie zostały naruszone — możliwy jest dostęp do wnętrza licznika nie objętej zabezpieczeniami.

Izba, nie zgodziła się z argumentacją Odwołującego, co do interpretacji wymagania z punktu 2.7 w kontekście rozważań wykonawcy dotyczących punktów 2.29 oraz 2.53 i 2.6 a także 3.3. Wymagań technicznych.

W okolicznościach tej sprawy, tak jak podnosił Zamawiający, powoływane i cytowane w odwołaniu postanowienia (wg dokumentacji) nie mają wpływu na wykładnię spornego wymagania z punktu 2.7. Ze wskazanych postanowień bezspornie wynika, że dotyczą one innych obszarów i tak:

- ✓ pkt 2.6 - określa sposób zabezpieczenia wnętrza licznika przed nielegalnym poborem energii elektrycznej.
- ✓ pkt 2.29 – możliwości ręcznego zamykania okresu rozliczeniowego za pomocą przycisku na liczniku przystosowanego do plombowania,
- ✓ pkt 2.53 – możliwości wprowadzenia do licznika gotowych minimum 10 zestawów taryfowych (...). Każdy z tych wymagań podlega według postanowień odrębnemu badaniu technicznemu,
- ✓ pkt 3.3. dotyczy obudowy licznika w wykonaniu kompaktowym, z nierozbieralną i nieotwieralną osłoną licznika - zgodne z MID; w tym przypadku 3-fazowego dla którego obok wymagania technicznego wskazano na Certyfikat badania typu/projektu (MID) wraz z aneksami i załącznikami.

Izba także zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wymaganie z punktu 2.6 niewątpliwie ma na celu zabezpieczyć (...) *wnętrze licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii elektrycznej*. Z kolei wymaganie z punktu 2.7 - ma na celu zabezpieczyć (...) *dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych elementów licznika (...)*, którego to wymagania nie spełnił licznik NORAX 3 oferowany przez wykonawcę APATOR, którego dotyczyła próbka i, który był przedmiotem eksperymentu procesowego na rozprawie.

Zdaniem Izby, jak podnosił Zamawiający i Przystępujący wykonawca, sposób umieszczenia licznika podczas testu i fakt konieczności montażu przewodów wcale nie poprawia czy wręcz nie uniemożliwia dostępu do jego wnętrza. Niewątpliwie, w przypadku

tego wymagania, (z praktycznego punktu widzenia), dostęp do wnętrza ma być niemożliwy niezależnie od miejsca instalacji licznika, sposobu podłączenia i jego ułożenia. Natomiast Odwołujący, wskazując na niemiarodajność prowadzonych badań, domaga się określenia takich warunków prowadzenia testów, aby mógł wykazać brak możliwości uzyskania dostępu do wewnętrznych elementów licznika. Uwzględnienie tego żądania prowadziłoby do nadinterpretacji wymagań w przypadku tego postanowienia. Niewątpliwie spełnienie wymagania z pkt 2.6 może być badane tylko na stanowisku imitującym pracę licznika zasilanego napięciem. Natomiast wymaganie z pkt 2.7, które jest przedmiotem niniejszej sprawy, dotyczące szczelności licznika, jest niezwiązane z tą okolicznością. Tak jak już wskazywała Izba wymagania z pkt 2.6 i pkt 2.7 to dwa odrębne wymagania, niepowiązane i są one badane w odrębny, niepowiązany ze sobą sposób. Istotą stwierdzonej niezgodności jest niekwestionowany przez APATOR otwór (prześwit) do wnętrza licznika, który umożliwia przedostanie się ciał obcych zaburzających (lub uniemożliwiających) prawidłowy odczyt licznika. O tej okoliczności i związanych z tym problemach wykonawca APATOR, jako dostawca był informowany przez Zamawiającego jako użytkownika liczników 3-fazowych. Ponadto, Zamawiający - wskazując w toku rozprawy na postępowania reklamacyjne oraz podnosząc argumentację, że eliminacja takiej wady konstrukcyjnej licznika NORAX 3 (z punktu widzenia tego wymagania) wpłynie na eliminację problemów z eksploatacją i pracą liczników na sieci zamawiającego związanych – jak podnosił – z możliwym „kolonizowaniem” wnętrza licznika przez różne gatunki owadów lub wnikanie zanieczyszczeń w trudnych warunkach środowiskowych, co z kolei wiąże się z awaryjnością urządzeń, a także również z jej wykorzystywaniem w postępowaniach reklamacyjnych klientów kwestionujących właściwe zabezpieczenie elementów pomiarowych licznika, wykazał jaką funkcję ma spełniać to wymaganie.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec ustaleń, co do niezasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 91 ust.1 tej ustawy, także nie podlega uwzględnieniu wskazany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 nPzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....