

Sygn. akt **KIO/UZP 468/08**
 KIO/UZP 480/08

WYROK
z dnia 29 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
 Izabela Kuciak
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu /~~ rozprawie* w dniu ~~/ w dniach*.....~~ 29.05.2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.05 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A) Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44;

B) Elektrometal S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stalowa 71

od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego **Karpacki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Wita Stwosza 7** protestów z dnia 30.04.2008 r.

~~Przy udziale **XXX** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **XXX** po stronie zamawiającego*.~~

orzeka:

1. Oddała oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża po połowie Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44 i Elektrometal S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stalowa 71 oraz nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A) koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry oraz
 - B) koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Elektrometal S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stalowa 71;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez:
 - A) Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44, w kwocie 1799 zł 50 gr (słownie: tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy),
 - B) Elektrometal S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stalowa 71 w kwocie 1799 zł 50 gr (słownie: tysiąc siedemset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt groszy),
na rzecz Karpackiego Operatora Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Wita Stwosza 7, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 32 339 zł 00 gr (słownie: trzydzieści dwa tysiące trzysta trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A) kwoty 16 169 zł 50 gr (słownie: szesnaście tysięcy sto sześćdziesiąt dziewięć złotych, pięćdziesiąt groszy) na rzecz Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry oraz
 - B) kwoty 16 169 zł 50 gr (słownie: szesnaście tysięcy sto sześćdziesiąt dziewięć złotych, pięćdziesiąt groszy) na rzecz Elektrometal S.A., 43-400 Cieszyn, ul. Stalowa 71.

Uzasadnienie

Zamawiający – Karpacki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów – wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: Dostawę gazomierzy miechowych dla KOSD Sp. z o.o. w Tarnowie – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 19.04.2008 r. Nr 2008–104679–PL.

Wykonawca Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „INTERGAZ” Sp. z o.o., ul. Nakielska 42/44, 42-100 Tarnowskie Góry – 30.04.2008 r. wniósł protest na naruszenie art. 487 § 2 Kc w związku z art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) przez zawarcie w rozdziale XIV:

- 1) ust. 13 specyfikacji postanowień o karach umownych w wysokości 30% wartości wynagrodzenia brutto za niewykonanie w terminie umowy;
 - 2) ust. 14 specyfikacji postanowień o karach umownych w wysokości 30% wartości wynagrodzenia brutto za nienależyte wykonanie umowy
- gdyż takie określenie pozycji wykonawcy narusza zasady równego traktowania stron umowy, czyli art. 487 § 2 Kc.

Protestujący Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „INTERGAZ” Sp. z o.o. domagał się:

- 1) usunięcia tych postanowień i wprowadzenia postanowienia o obciążeniu karą umowną tej samej wysokości zarówno Zamawiającego i Wykonawcy;
- 2) zmniejszenia wysokości kary maksymalnie do 10% wartości wynagrodzenia za dostarczoną partię gazomierzy wynikającą z przyjętego harmonogramu dostaw;
- 3) wprowadzenia do treści umowy postanowienia „Zamawiający obciąży Wykonawcę za niewykonanie umowy w ustalonych terminach ...”;
- 4) wprowadzenia do treści umowy postanowienia „Wykonawca obciąży Zamawiającego za niewykonanie umowy w ustalonych terminach ...”.

Wykonawca Elektrometal SA, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn, 30.04.2008 r. wniósł protest na postanowienia:

- 1) pkt II rozdz. XIV pkt 5 i 12 specyfikacji, gdyż w pierwszych 6 miesiącach obowiązywania umowy powinna zostać ograniczona liczba zamawianych gazomierzy i Protestujący Elektrometal SA wnosi o modyfikację treści specyfikacji przez dołączenie do specyfikacji harmonogramu dostaw w ujęciu kwartalnym oraz wydłużenia pierwszej dostawy do 90 dni od daty zawarcia umowy;
- 2) pkt I rozdz. IX pkt 3 specyfikacji, gdyż Zamawiający wymaga udostępnienia wyników badań zgodnie z normą PN-EN 1359:2004, a biorąc pod uwagę fakt, iż obecnie obowiązuje producentów gazomierzy norma zharmonizowana PN-EN 1359:2004

uzupełniona o załącznik A1:2006 do Dyrektywy MID 2004/221WE Zamawiający chce porównywać i punktować wyniki badań prowadzonych wg różnych kryteriów i Protestujący Elektrometal SA wnosi o zmianę zasad oceny wyników badań;

- 3) pkt A.3 lit. b, rozdz. IV pkt 15 lit. c, rozdz. IV pkt 15 lit. f, pkt A.3. lit. b specyfikacji, gdyż gazomierze muszą posiadać Zatwierdzenie Typu lub deklarację MID 2004/221WE; wg obowiązujących przepisów możliwe jest wprowadzanie na rynek unijny gazomierzy na podstawie nieobowiązującej już dyrektywy starego podejścia 711318/EWG (wraz z zmianami). Jednak w związku z wejściem w życie z dniem 7 stycznia 2007 r. ustawy z dnia 15 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o systemie oceny zgodności oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 249, poz. 1834), która wdraża dyrektywę MID, prawna kontrola metrologiczna w postaci zatwierdzenia typu i legalizacji gazomierzy, została z tym dniem zastąpiona oceną zgodności. Okres przejściowy dla gazomierzy posiadających stare” zatwierdzenie typu, dzięki któremu wprowadzenie ich do obrotu jest nadal możliwe upływa najpóźniej z dniem 29 października 2016 r. Zatem, aby wprowadzić na rynek unijny nowy gazomierz, należy spełnić wszystkie wymagania wynikające z norm zharmonizowanych z Dyrektywą MID 2004/22/WE. Zatem wszyscy europejscy producenci gazomierzy myśląc o sprzedaży swoich produktów na wspólnym unijnym rynku muszą spełnić wymagania określone w Dyrektywie MID 2004/22/WE. Norma PN-EN 1359:2004/A 1:2006 Gazomierze – Gazomierze miechowe jest normą zharmonizowaną z wcześniej przywołaną Dyrektywą. Norma PN-EN 1359:2004/A1:2006 wymaga od produktu stabilności charakterystyki metrologicznej potwierdzonego badaniami przez akredytowaną we właściwym zakresie jednostkę w okresie 5 000 godzin Mając na uwadze fakt, iż badania te należy przeprowadzić w sposób ciągły, aby spełnić wymogi specyfikacji (rozdz. IV pkt 15 lit. c specyfikacji) Protestujący ELEKTROMETAL S.A. musiałby ponownie zlecić badania na 10 000 godzin będąc w posiadaniu wszystkich niezbędnych dokumentów potrzebnych do sprzedaży produktu na terenie UE. Należy dodać, iż czas trwania badań to 417 dni. Do oferty należy dołączyć zgodnie z rozdz. IV pkt 15 lit. c specyfikacji „... wyniki badań dla danego typu gazomierza odnośnie stabilności charakterystyki metrologicznej (trwałości) powyżej minimalnych wymogów pkt 7.1.2. normy PN-EN 1359:2004 wykonane przez jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie, a w przypadku braku takich badań oświadczenie o braku takich wyników badań dla oferowanych gazomierzy...” oceniane na zasadzie (wyniki dołączono – 12 punktów za badania na 10 000 godzin, brak wyników badania na 5 000 godzin – 0 punktów).

Do oferty należy dołączyć zgodnie z rozdz. IV pkt 15 lit. f specyfikacji „... wyniki badań wykonanych przez jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie, o braku wpływu pola magnetycznego magnesów neodymowych na prawidłowość wskazań gazomierza lub oświadczenie o braku takich wyników badań dla oferowanych gazomierzy.” ocenianie na zasadzie (wyniki dołączono – 7 punktów, brak wyników – 0 punktów w odpowiednim kryterium).

W zakresie wymogu konieczności dołączenia do oferty wyników badań wykonanych przez jednostkę badawczą akredytowaną we właściwym zakresie, o braku wpływu pola magnetycznego magnesów neodymowych na prawidłowość wskazań gazomierza (rozdz. IV pkt 15 lit. f specyfikacji) Protestujący ELEKTROMETAL S.A. zwraca uwagę na następujące fakty:

- a) akredytację na tego typu badanie posiada tylko jedna jednostka (polska) w całej Unii Europejskiej,
- b) procedura badawcza jest niejawną (jest to procedura wewnętrzna tej jednostki),
- c) według oferty jedynej jednostki, która posiada taką akredytację badanie gazomierza trwa około 1 miesiąca, a przyjęcie zlecenia może nastąpić dopiero w dniu 25.08.2008 r.,
- d) załącznik MI-002 do Dyrektywy MID poszerza zasady badania gazomierza o ocenę pkt 3.1. (Odporność na zaburzenia elektro-magnetyczne), zatem gazomierz posiadający Deklarację Zgodności z Dyrektywą MID jest odporny na tego typu zakłócenia i nie wymaga ponownej oceny,
- e) cały mechanizm miechowy gazomierza oferowanego przez ELEKTROMETAL S.A. jest wykonany z tworzywa sztucznego, więc wpływ pola magnetycznego nie ma żadnego znaczenia dla dokładności pomiaru,
- f) zgodnie z obowiązującą Dyrektywą 2004/1221/WE (MID) – punkt (3) i (6) Wprowadzenia: – „Prawna kontrola metrologiczna nie może stwarzać barier w swobodnym przepływie przyrządów pomiarowych, rozważane przepisy powinny być takie same we wszystkich Państwach Członkowskich, a dowód zgodności akceptowany we Wspólnocie. Zasadę fakultatywności wprowadzoną niniejszą dyrektywą według której Państwa Członkowskie mogą wykonywać swoje prawo decydowania o regulacji wszelkich przyrządów objętych niniejszą dyrektywą należy stosować jedynie w takim zakresie, w jakim nie spowoduje to nieuczciwej konkurencji.”.

Mając na uwadze powyższe protestujący ELEKTROMETAL S.A. stwierdza, iż utrata punktów za brak badań w sposób skuteczny eliminuje go ze skutecznego ubiegania się o zamówienie. Protestujący ELEKTROMETAL S.A. podkreśla, iż Zamawiający ma prawo do formułowania wymagań odnośnie gazomierzy, które chce kupić.

Natomiast protestujący ELEKTROMETAL S.A. nie może zgodzić się z wymaganiami, które nie występują na całym unijnym rynku z wyłączeniem terytorium Polski, a te wymagania są stronicze i stoją w sprzeczności z fundamentalną zasadą wolności przepływu towarów i usług w obszarze Unii Europejskiej. Protestujący ELEKTROMETAL S.A. wnioskuje o zmianę treści specyfikacji w ww. zakresie.

- 4) pkt A3 lit. i specyfikacji, gdyż zgodnie z pkt A3 lit. i specyfikacji gazomierze powinny być wykonane z materiałów odpornych na korozję lub zabezpieczonych antykorozyjnie, dlatego postanowienie „Powłoki gazomierzy powinny być lakierowane.” powinno zostać usunięte ze specyfikacji.

Zamawiający 09.05.2008 r. oddalił protest Protestującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „INTERGAZ” Sp. z o.o. (trzema oddzielnymi pismami) stwierdzając, że:

- 1) umowy w sprawie zamówień publicznych są umowami wzajemnymi, jednak dotyczy to świadczeń, a nie wszystkich postanowień, ponadto Zamawiający doprecyzował postanowienia umowne w modyfikacji specyfikacji;
- 2) opis przedmiotu zamówienia nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z doświadczenia Zamawiający wie, że indywidualni odbiorcy gazu potrafią plombować fałszywymi plombami gazomierze, dlatego postawił jedno z kryteriów wg swojej definicji liczydła antywłamaniowego;
- 3) wymóg odporności gazomierza na magnesy neodymowe jest jednym z kryteriów, z którego Zamawiający nie może rezygnować.

Zamawiający 13.05.2008 r. oddalił protest Protestującego **Elektrometal S.A.**

- 1) Zamawiający zmodyfikował postanowienia specyfikacji;
- 2) badania nie są obowiązkowe, a więc nie eliminują wykonawcy, który nie posiada takich badań, jedynie ofercie nie zostaną przyznane punkty w tym zakresie, ponadto Zamawiający inaczej rozumie inne kwestionowane postanowienia specyfikacji;
- 3) badania nie są obowiązkowe, a więc nie eliminują wykonawcy, który nie posiada badań w zakresie oddziaływania magnesów neodymowych, jedynie ofercie nie zostaną przyznane punkty w tym zakresie;
- 4) Zamawiający zmodyfikował postanowienia specyfikacji.

Zamawiający wystosował pisma 09.05.2008 r. i 13.05.2008 r. i dokonał modyfikacji specyfikacji.

Wykonawca Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. – 15.05.2008 r. wniósł odwołanie. Odwołujący Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. żąda modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:

- 1a) usunięcie pkt 13 i 14 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji, kwestionowane postanowienia dotyczą kar umownych w wysokości 30% wartości wynagrodzenia umownego brutto za nieterminowe lub nienależyte wykonanie umowy;
- 2a) wprowadzenie na miejsce dotychczasowych pkt 13 i 14 wzoru umowy nowych postanowień dotyczących kar umownych w maksymalnej wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto i obciążających tak wykonawcę jak i Zamawiającego za niewykonanie w ustalonych terminach umowy.

Odwołujący Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 487 § 2 Kc w związku z art. 14 Pzp przez zawarcie w pkt XIV specyfikacji pkt 13 i 14 postanowień o karach umownych w sposób naruszających zasady równego traktowania stron.

Wykonawca Elektrometal S.A. – 16.05.2008 r. wniósł odwołanie. Odwołujący Elektrometal S.A. wnosi o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby zostały zachowane uczciwe warunki konkurencji to jest:

- 1b) o wyraźne rozdzielenie oceny gazomierzy certyfikowanych wg „starych” przepisów i nowej Dyrektywy MID przez stwierdzenie, że Deklaracja Zgodności MID zastępuje wyniki badań, których oczekuje Zamawiający wymagając dokumentów zgodnych z rozdz. IV pkt 15 lit. c, d, f i j specyfikacji;
- 2b) zmodyfikowanie rozdz. IX specyfikacji, aby uniknąć nierównego traktowania wykonawców, których produkty są certyfikowane wg „starych” i nowych regulacji prawnych;
- 3b) zmodyfikowanie treści specyfikacji przez wydłużenie terminu pierwszej dostawy do 90 dni, zamiast dotychczasowych 14 dni.

Odwołujący Elektrometal S.A. stawia, zgodnie z art. 184 i n. Pzp, zarzuty, że Zamawiający:

- 1b) opisał przedmiot zamówienia z naruszeniem art. 30 Pzp oraz w sposób stojący w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 2 Pzp, a tym samym dyskryminujący Odwołującego Elektrometal S.A.;
- 2b) określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszył art. 22 ust. 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wnoszący odwołania, jako podmioty zamierzające złożyć oferty w badanym postępowaniu posiadają interes prawny w rozumieniu przepisu art.

179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanego dalej w skrócie „Pzp”.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z: przesłuchania stron, dokumentacji akt sprawy, pism wniesionych przez Zamawiającego w trakcie rozprawy odpowiedź na odwołanie z 27.05.2008 r., wyniki kontroli gazu za 2007 r. umowa z 11 października 2007 r., Komunikat Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z 7 maja 2008 r. i wyniki badań wpływu magnezów neodymowych (bez daty) oraz z urzędu norma PN-EN 1359:2004. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odnosnie zarzutu postawionego przez Odwołującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza co następuje:

Umowy w sprawach zamówień publicznych są umowami wzajemnymi. Umowy wzajemne polegają na tym, że świadczenie jednej ze stron jest przynajmniej subiektywnie ekwiwalentnym odpowiednikiem świadczenia drugiej strony. Tak właśnie traktuje te umowy Witold Czachórski w „Zobowiązania. Zarys wykładu” Warszawa 2004 r. str. 132 czyt. „Cechę umów wzajemnych stanowi to, że każda ze stron według treści umowy jest zobowiązana do świadczenia wobec drugiej, uznawanego za odpowiednik (równoważnik ekwiwalent) tego, co sama otrzymuje (art. 487 § 2 k.c.). W umowach wzajemnych istnieje zatem równowaga, inaczej mówiąc ekwiwalentność świadczeń. Należą tu takie umowy, jak: sprzedaż, dostawa, najem, dzierżawa, umowa o dzieło i o roboty budowlane itd. Dla uznawania świadczeń za równoważne decydujący jest miernik (ocena) subiektywny partnerów, nie zaś rzeczywista wartość świadczeń w obrocie.”

Z wyżej przytoczonej definicji umowy wzajemnej wynika, że nawet same świadczenia nie muszą być obiektywnie ekwiwalentne. Tym bardziej pozostałe elementy umowy nie muszą być symetryczne. Takim elementem są zastrzeżenia dodatkowe dotyczące odszkodowania umownego (kary umownej) uregulowane w art. 483-486 Kc. Zgodnie z art. 483 § 1 Kc kara umowna „może być zastrzeżona w umowie jedynie w odniesieniu do wykonania zobowiązania niepieniężnego” (W. Czachórski opus cytowany str. 348).

W związku z tym, że świadczenie Zamawiającego jest świadczeniem pieniężnym nie można, zgodnie z przytoczonym przepisem art. 483 § 1 Kc w związku z art. 14 Pzp, wymagać aby w umowie zostały zawarte postanowienia dotyczące kar umownych za niewykonanie świadczenia pieniężnego. Zgodnie z przepisem art. 481 § 1 i 2 Kc jeżeli zamawiający opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wykonawca może żądać odsetek za czas opóźnienia, a jeżeli stopa odsetek za opóźnienie nie była z góry oznaczona, wykonawcy należą się odsetki ustawowe.

Ponadto na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zmodyfikowanej zgodnie z pismem z 9.05.2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Zamawiający nie ustanowił kar umownych w wysokości 30% wartości umowy brutto, a jedynie odsetek ten jest górną granicą pobierania kar umownych według określonych reguł wyliczania tych kar. Rozdział XIV ust. 13 specyfikacji uzyskał brzmienie: „Zamawiający może naliczyć karę umowną za niewykonanie umowy w ustalonych przez Zamawiającego terminach w wysokości 0,5% liczonego od wartości pojedynczej dostawy za każdy dzień opóźnienia, z zastrzeżeniem górnej granicy 30%.”. A rozdział XIV ust. 14 specyfikacji uzyskał brzmienie: „W przypadku nienależytego wykonania przez Wykonawcę umowy, Zamawiający może naliczyć karę umowną w wysokości do 30% wartości wynagrodzenia umownego brutto.”.

Z wyżej omówionych przyczyn zarzut Odwołującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. nie ma podstaw prawnych, a także według stanu faktycznego nie został potwierdzony i dlatego Izba nie przychyliła się do zarzutu Odwołującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie ograniczania Zamawiającego w stanowieniu wysokości kar umownych czy odsetek umownych. Wysokości i sposoby naliczania kar umownych zostały w specyfikacji i wzorze umowy stanowiącym załącznik do specyfikacji właściwie określone i dlatego żądanie Odwołującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. ograniczenia kar umownych do 10% i ustanowienia, że obie strony będą zobowiązane wnieść te kary, jeżeli zajdą odpowiednie przesłanki nie ma podstaw prawnych, a także według stanu faktycznego nie został potwierdzony i dlatego Izba nie przychyliła się do zarzutu Odwołującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. w tym zakresie.

Ponadto Zamawiający formułując poszczególne postanowienia specyfikacji oraz umowy nie naruszył zasady swobody umów [(1) swoboda zawarcia umowy, (2) swoboda wyboru kontrahenta, (3) swoboda ukształtowania treści umowy, (4) swoboda formy zawarcia umowy] poza ograniczeniami wynikającymi z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Także Zamawiający nie czynił ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, co jest unormowane w art. 5 Kc. Dlatego zarzut Odwołującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. według stanu faktycznego nie został potwierdzony i wobec tego Izba nie przychyliła się do zarzutu Odwołującego Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowych INTERGAZ Sp. z o.o. w tym zakresie.

Odnosnie postawionego przez Odwołującego Elektrometal S.A. zarzutu 1b, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z naruszeniem art. 30 Pzp oraz w sposób stojący

w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 2 Pzp, a tym samym dyskryminujący Odwołującego Elektrometal S.A. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza co następuje:

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamierza wyraźnie rozdzielić oceny gazomierzy miechowych certyfikowanych według starych przepisów oraz nowej Dyrektywy co oznacza, że w przypadku gazomierzy miechowych certyfikowanych według nowej Dyrektywy MID, taka certyfikacja zastąpi wyniki badań oraz wymagania, o których mowa w specyfikacji w rozdziale IV pkt 15 lit. c, d, f i j.

Zamawiający zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, ma pełne prawo opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie tylko zgodny z normami i przepisami, ale także określenia dodatkowych cech produktu niezbędnych dla należytego zabezpieczenia swoich interesów i racjonalnego wydatkowania środków publicznych, co zostało unormowane w art. 35 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 i Nr 169, poz. 1420, z 2006 r. Nr 45, poz. 319, Nr 104, poz. 708, Nr 170, poz. 1217 i 1218, Nr 187, poz. 1381 i Nr 249, poz. 1832 oraz z 2007 r. Nr 82, poz. 560, Nr 88, poz. 587, Nr 115, poz. 791 i Nr 140, poz. 984). Ponadto Zamawiający opisując przedmiot zamówienia określił dodatkowe wymagania względem produktów tylko w sytuacji gdy brak jest wymagań normatywnych oraz przepisów prawnych odnośnie charakterystyk produktu, a wymagania takie mają znaczenie dla pełnego zabezpieczenia interesu Zamawiającego.

Z przedstawionej specyfikacji oraz ustnego stanowiska Zamawiającego nie wynika, aby Zamawiający uzależnił swoją ocenę od rodzaju certyfikatu jakim dysponuje Wykonawca. Zgodnie z istniejącymi przepisami do 2016 r. do obrotu dopuszczone są zarówno wyroby posiadające certyfikat zgodności z Dyrektywy 71/318/EWG, jak też ocenione w trybie zgodności z Dyrektywy MID. Taki stan prawny jest respektowany przez Zamawiającego

Jednak Zamawiający, zdaniem Krajowa Izba Odwoławcza słusznie, podkreśla, że zarówno Dyrektywa MID, jak też norma PN-EN 1359:2004 stawia wymagania zasadnicze, czyli minimalne, niezbędne dla uzyskania certyfikatu uprawniającego do wprowadzenia wyrobu do obrotu natomiast nie uwzględnia wszystkich aspektów prawnych, metrologicznych i eksploatacyjnych charakterystycznych dla konkretnego kraju.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że określenie dodatkowych punktów w ocenie oferty nie eliminuje wyrobu, ani nie zamyka Wykonawcy drogi do udziału w postępowaniu, a jedynie powoduje nie przyznanie punktów, przewidzianych w ramach ocenianego kryterium. Ponadto Wykonawca zna inne kryteria oceny i może odpowiednio formułować swoją ofertę, aby wykorzystać wszystkie możliwości, jakie daje Mu specyfikacja a także ustawa – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie jest zobligowany zmieniać postanowienia specyfikacji aby uwzględnić uwarunkowania konkretnych Wykonawców, a jest zobligowany m.in. na podstawie art. 35 ust. 3 pkt 1 i 2 przytoczonej ustawy o dyscyplinie finansów publicznych do dokonywania zakupów w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i we właściwych terminach.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu Odwołującego Elektrometal S.A.

Odnosząc się do szczegółowych zarzutów Izba stwierdza, jak następuje:

1. Norma PN-EN 1359:2004 przedstawia minimalne wymagania względem produktu niezbędne dla uzyskania certyfikatu dopuszczającego produkt na rynek. Norma nie określa okresu ważności legalizacji, a także metod przeprowadzenia powtórnej legalizacji gazomierzy z danego rocznika czyli z danej populacji. Jest to istotny aspekt o charakterze ekonomicznym dla Zamawiającego. Obecnie okres ważności legalizacji w Polsce wynosi 10 lat. Oznacza to, iż przypadku pozytywnej weryfikacji gazomierza może on pozostać w sieci przez ponowne 10 lat. Aby zapewnić, że wyrób może być eksploatowany przez przynajmniej 20 lat w sieci, Zamawiający postawił wymaganie przedstawienia wyników badań gazomierza powyżej minimalnych wymagań normy, przyznając dodatkowe punkty Wykonawcy za przedłużenie badań powyżej 5000 h (wymaganie PN-EN 1359). Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że maksymalny punktowany czas prowadzenia badań to 10 000 h pracy, co na przykład w przypadku gazomierza G4 oznacza odmierzenie 60 000 m³. I Zamawiający stwierdza na podstawie swojego doświadczenia, że taki przebieg mogą wykazać gazomierze po około 20 latach eksploatacji w sieci.

Według wiedzy Zamawiającego obecnie zaawansowane są również analizy celem ustanowienia w Polsce przepisów odnośnie metod powtórnej legalizacji gazomierzy, umożliwiające ocenę rocznika gazomierzy przez badanie próbki z wykorzystaniem metod statystycznych. Dzięki takiej procedurze, w przypadku pozytywnej oceny próbki gazomierzy danego producenta, możliwe będzie przedłużenie okresu ważności legalizacji o kolejne 10 lat bez konieczności zdejmowania gazomierzy z sieci.

Powyższe oznacza wymierną i istotną korzyść ekonomiczną dla Zamawiającego w przypadku zakupu gazomierzy, spełniających wymagania normy w zakresie 10 000 h pracy. Ponadto wymaganie to nie jest obligatoryjne, a jego spełnienie przez Wykonawcę przyniesie ofercie przyznanie 12 punktów w trakcie oceny ofert, a brak spełnienia nie będzie przyczyną odrzucenia oferty.

W związku z powyższymi ustaleniami Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że postawienie wymogu dotyczącego przyznania odpowiedniej liczby punktów w kryterium „ocena techniczna gazomierzy (J) za wydłużenie okresu badania stabilności charakterystyki metrologicznej powyżej wymagań normy PN-EN 1359” jest uzasadnione ponadto brak jej

wykazania nie powoduje odrzucenia oferty i dlatego nie podziela stanowiska Odwołującego Elektrometal S.A.

2. W ramach wymagań stawianych przez Zamawiającego w rozdziale IV pkt 15 lit. d specyfikacji dotyczących wyników badań odnośnie błędów wskazań gazomierza w deklarowanym zakresie temperatur otoczenia i gazu powyżej minimalnych wymogów określonych w pkt 7.1.3 normy PN-EN 1359:2004.

Minimalne wymagania normy stanowią, aby gazomierz spełniał wymagania metrologiczne w zakresie od -5 st. C do +35 st. C. Jednocześnie norma ta dopuszcza również badanie gazomierzy w rozszerzonym zakresie temperatur, jeżeli sam Wykonawca poda ten zakres temperatur.

Jak wskazał Zamawiający w przypadku gazomierzy zainstalowanych w Polsce, często występuje przypadek zainstalowania gazomierza na zewnątrz budynków oraz w nieogrzewanych piwnicach. Największe zużycie gazu w Polsce występuje w warunkach zimowych. Ponieważ wskazania metrologiczne gazomierza są podstawą do rozliczania się za gaz, Zamawiający ma pełne prawo do przyznania dodatkowych punktów Wykonawcom, którzy wykażą że posiadają gazomierze, które spełniają wymagania metrologiczne w warunkach występujących zimą w Polsce i które to gazomierze mogą być zainstalowane także na zewnątrz budynków lub w nieogrzewanych piwnicach. Również w takim przypadku Zamawiający nie wykracza poza wymagania normy PN-EN 1359, a jedynie wskazuje na ostrzejszą opcję badań, która jest przewidziana w normie. Przyznanie 8 punktów w tym kryterium oceny ofert jest zasadne do aspektu ekonomicznego eksploatacji gazomierza, umożliwiającego właściwe i rzetelne rozliczanie się z klientem za zużyty gaz w sposób bardziej niezależny od warunków zamontowania gazomierza i warunków atmosferycznych panujących w miejscu zamontowania gazomierza.

Ponadto brak wykazania przeprowadzenia odpowiednich badań w zakresach temperatur przekraczających uwarunkowania wskazane w normie nie powoduje odrzucenia oferty, a tylko nie umożliwia otrzymania przez tę ofertę odpowiedniej liczby punktów (12 punktów) podczas oceny ofert.

W związku z powyższymi ustaleniami Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że postawienie wymogu dotyczącego przyznania 12 punktów w kryterium „ocena techniczna gazomierzy (K) wpływ temperatury otoczenia na błędy wskazań gazomierza” jest uzasadnione ponadto brak jej wykazania nie powoduje odrzucenia oferty i nie podziela stanowiska Odwołującego Elektrometal S.A.

3. Według wymagań stawianych w rozdziale IV pkt 15 lit. f specyfikacji – Zamawiający żądał wyników badań wykonanych przez jednostkę badawczą świadczących o braku wpływu pola magnetycznego magnesów neodymowych na prawidłowość wskazań gazomierza.

Zgodnie z art. 30 ust. 6 Prawa Zamówień Publicznych, dla należytego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający zdecydował się do określenia dodatkowych cech gazomierza, które nie występują w normach i przepisach prawnych. Taką cechą jest odporność gazomierza na działanie silnego pola magnetycznego, wytwarzanego przez magnesy neodymowe dostępne powszechnie na rynku polskim. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, problem ingerencji w gazomierze przy pomocy magnesów neodymowych występuje od roku 2003 i nie był znany twórcom normy PN-EN 1359:2004, stąd brak stosownych wymagań w tym zakresie. Ingerencja w gazomierze jest również działaniem o charakterze przestępczym nie objętym wymaganiami przepisów metrologicznych. Zamawiający, stawiając odpowiednie wymagania może nie dopuścić do zaistnienia sytuacji, w wyniku której poniesie straty finansowe. Zamawiający skorzystał z występującej możliwości oceny produktu przez niezależną jednostkę w zakresie (H) wskaźnika „wyniki badań odporności na działanie magnesów neodymowych” i ogłosił, że przyzna podczas oceny ofert 7 punktów ofertom za wykazanie badań w tym zakresie.

W związku z powyższymi ustaleniami Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że postawienie wymogu dotyczącego przyznania 7 punktów w kryterium „ocena techniczna gazomierzy (H) wskaźnik wyniki badań odporności na działanie magnesów neodymowych” jest uzasadnione ponadto brak ich wykazania nie powoduje odrzucenia oferty i dlatego nie podziela stanowiska Odwołującego Elektrometal S.A.

4. Zamawiający postawił wymaganie stawiane w rozdziale IV pkt 15 lit. j specyfikacji – wyniki badań dla danego typu gazomierza potwierdzającego, że gazomierze wykazują odporność na wysoką temperaturę otoczenia zgodnie z pkt 6.5.5 normy PN-EN 1359:2004.

Zgodnie z przytoczoną normą wymaganie to występuje w normie PN-EN 1359:2004 jako wymaganie opcyjnie, czyli dobrowolne – uzależnione więc od decyzji samego Wykonawcy. Przedstawienie deklaracji zgodności z MID nie oznacza więc, że oferowany wyrób spełnia wymóg punktu 6.5.5 normy. Ponieważ postawienie wymogu „ognioodporności” gazomierza jest dla Zamawiającego wymaganiem krytycznym, gdyż zapewnia bezpieczeństwo użytkownikowi gazomierza w przypadku pożaru. Dlatego Zamawiający opcjonalnie zażąda od wykonawców zaprezentowania wyników badań w określonym zakresie. Jednocześnie Zamawiający nie wyklucza z postępowania wykonawców, którzy takich badań nie załączą a jedynie żąda od nich oświadczenia o spełnieniu przez gazomierz wymagań normy, aby zabezpieczyć się przed ewentualnymi roszczeniami ze strony klientów Zamawiającego, w

przypadku wystąpienia szkód spowodowanych przez gazomierze nie spełniające takich wymagań.

W związku z powyższymi ustaleniami Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że postawienie wymogu dotyczącego przyznania 7 punktów w kryterium „ocena techniczna gazomierzy (H) wskaźnik wyniki badań odporności na działanie magnesów neodymowych” jest uzasadnione ponadto brak ich wykazania nie powoduje odrzucenia oferty i dlatego nie podziela stanowiska Odwołującego Elektrometal S.A.

Następnie (zarzut 2b) Odwołujący Elektrometal S.A. zarzucił Zamawiającemu, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję przez wymóg dostarczenia pierwszej dostawy gazomierzy w terminie 14 dni od wystosowania konkretnego zlecenia i Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 Pzp.

Fakt ustalenia krótkiego terminu realizacji dostaw na rzecz Zamawiającego nie stanowi warunku udziału w postępowaniu. Ponadto zgodnie z modyfikacją specyfikacji z dnia 13.05.2008 r. „Zamawiający będzie co 3 miesiące od dnia podpisania umowy przekazywał Wykonawcy zestawienie zawierające ilość i rodzaj gazomierzy które Zamawiający zamierza zamówić w okresie kolejnych 3 miesięcy. Pierwsze zestawienie zostanie przekazane w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy. Ilości gazomierzy w poszczególnych dostawach w ujęciu 3 miesięcznym będą wynosić 1/6 ilości wskazanych w SIWZ z tolerancją $\pm 20\%$ ”. Postanowieniem tym zostało usunięte ryzyko, że Zamawiający niezwłocznie po podpisaniu umowy zażąda dostawy wszystkich gazomierzy, co zmuszałoby podmioty składające oferty do posiadania na składzie znacznych liczb gazomierzy, aby w zasadzie natychmiast móc spełnić umowne świadczenie.

Ponadto Zamawiający wykazał, że postanowienie o szybkiej dostawie określonej części zamówienia jest spowodowane czynnikami zewnętrznymi i niezależnymi od Zamawiającego – dowód komunikat Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 7 maja 2008 r.

Pogląd, iż Zamawiający ustalając termin realizacji dostawy powinien czynić to w taki sposób aby nie narazić dostawcy na ustanowienie stanów magazynowych jest nieuzasadniony. Nie istnieją przepisy, które nakazywałyby Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania na dostawę w określonym terminie. Nie można zatem mówić o opóźnieniu tego postępowania. Zamawiający nie może dostosowywać terminu dostawy gazomierzy do nieumotywowanych wniosków jednego z Wykonawców. Takie postępowanie mogłoby naruszać zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający również wykazał, iż krótki termin dostawy był stosowany w toku współpracy z dotychczasowymi dostawcami gazomierzy miechowych w okresie ostatnich kilku lat –

dowód Umowa nr ZP/DZ/17/2006 na dostawę gazomierzy miechowych z dnia 11 października 2006 r.

W związku z powyższymi ustaleniami Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że postawienie wymogu dostarczenia nieściśle określonej liczby gazomierzy jest uzasadnione i dlatego Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Elektrometal S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza nie nakazuje Zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z brakiem wykazania przez Odwołujących, że Zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niewłaściwe postanowienia, odwołania podlegają oddaleniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego Zamawiającego podczas rozpatrywania obu odwołań na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 1463). Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uwzględnił wniosek Odwołującego w sprawie zasądzenia kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 599,00 zł.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji. Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*