

Sygn. akt: KIO 214/16

WYROK

z dnia 4 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 1 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie (30-702), ul. Tadeusza Romanowicza 6 oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, ul. Trancsics M u. 11, H-2100 Godollo, Węgry** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie (31-358), ul. Jasnogórska 11**

przy udziale wykonawcy: **Landis + Gyr sp. z o.o. w Warszawie (02-486), Al. Jerozolimskie 212** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Węgry** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Itron Polska sp. z o.o.**

w Krakowie oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Węgry tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Węgry** na rzecz zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa statycznych wielostrefowych 4-kwadrantowych liczników energii elektrycznej klasy dokładności 0.5.” zostało wszczęte przez Tauron Dystrybucja S.A. w Krakowie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 19 lutego 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 212-387145) w dniu 31 października 2015 r.

W dniu 18 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Itron Polska sp. z o.o. w Krakowie oraz Ganz Meter Company Ltd, Godollo, Węgry, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- i. „naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, poprzez niezgodne z przepisami Ustawy odrzucenie oferty Konsorcjum z powodu rzekomej niezgodności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), co było konsekwencją nieuzasadnionego uznania, że liczniki zaoferowane w Postępowaniu przez Konsorcjum nie spełniają:
 - a. wymagania wskazanego w pkt 1.4 Załącznika nr 10 do SIWZ, tj. „Licznik posiada klasę dokładności dla energii czynnej C” (punkt 5 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. przesłanej przez Zamawiającego do Konsorcjum);
 - b. wymagania wskazanego w pkt 1.5 Załącznika nr 10 do SIWZ, tj. „Licznik posiada klasę dokładności dla energii biernej minimum 1” (punkt 6 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. przesłanej przez Zamawiającego do Konsorcjum);
 - c. wymagania wskazanego w pkt 1.10 Załącznika nr 10 do SIWZ, tj. „Licznik posiada zasilacz szerokopasmowy w zakresie napięcia: 3x58/100...3x240/415V” (punkt 7 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. przesłanej przez Zamawiającego do Konsorcjum);

- d. wymagania wskazanego w pkt 1.24 Załącznika nr 10 do SIWZ, tj. licznik posiada możliwość rejestracji profdi obciążenia z podziałem na a) minimum 31 dni dla wartości pomiarowych, b) minimum 15 dni dla wartości sieciowych” (punkt 8 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. przesłanej przez Zamawiającego do Konsorcjum);
 - e. wymagania wskazanego w pkt 1.29 Załącznika nr 10 do SIWZ, tj. „Licznik posiada możliwość prezentacji na wyświetlaczu LCD rodzaju oraz kierunku przepływu energii (wektory mocy). Identyfikatory w standardzie OBIS zgodnie z normą PN-EN 62056-6F (punkt 9 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. przesłanej przez Zamawiającego do Konsorcjum); oraz
 - f. wymagania wskazanego w pkt 1.30 Załącznika nr 10 do SIWZ, tj. „Licznik posiada możliwość wskazania na wyświetlaczu LCD obecności i nieprawidłowej kolejności napięć fazowych, aktywnej strefy taryfowej, wartości bieżących: P+, P-, Q1 ...Q4, UI, U2, U3, II, 12,13 oraz chwilowych wartości P, Q, S” (punkt 10 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. przesłanej przez Zamawiającego do Konsorcjum);
- ii. na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) zarzutów określonych w pkt II.(i)(a)-(f) powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez niezgodne z przepisami Ustawy odrzucenie oferty Konsorcjum, w wyniku nieuzasadnionego przeprowadzenia w dniu 28 stycznia 2016 r. badania próbki licznika, uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 PZP, podczas gdy próbka licznika nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP, i w związku z tym Zamawiający przy ocenie ofert nie powinien był oprzeć się na badaniu próbki licznika dokonanym w dniu 28 stycznia 2016 r.;
 - iii. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez niezgodne z przepisami Ustawy odrzucenie oferty Konsorcjum:
 - a. w wyniku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób całkowicie dowolny, bez określenia i wskazania przez Zamawiającego metodologii badania próbek liczników składanych przez wykonawców, co uniemożliwiło Zamawiającemu przeprowadzenie badania tych próbek z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także uniemożliwia Odwołującemu pełne zweryfikowanie poprawności przeprowadzonych badań;
 - b. w wyniku nieuzasadnionego przeprowadzenia w dniu 28 stycznia 2016 r. ponownego badania próbki licznika, uzupełnionej na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 PZP, w pełnym zakresie (w całości), podczas gdy wezwanie do uzupełnienia wystosowane przez Zamawiającego określało bardzo wąsko zakres ponownego

- badania - tj. wyłącznie pod kątem spełniania przez uzupełnioną próbkę funkcjonalności określonej w pkt 1.30 Załącznika nr 10 do SIWZ, a wręcz jedynie części tej funkcjonalności, tzn. braku wskazywania obecności napięć fazowych;*
- iv. naruszenie art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez niewskazanie przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. (punkty 11 i 12 pisma Zamawiającego do Konsorcjum);*
- a. konkretnej podstawy prawnej wykluczenia Konsorcjum z Postępowania (w ramach katalogu zamkniętego określonego w art. 24 ust. 1, ust. 2 i ust. 2a PZP), co w konsekwencji uniemożliwia Konsorcjum pełne ustosunkowanie się do podstaw wykluczenia; a także*
- b. które z fragmentów „Instrukcji obsługi SL7000 IEC7” oraz oprogramowania serwisowego „ACE PŁOT” zawierały rzekomo nieprzetłumaczone na język polski fragmenty, co w konsekwencji uniemożliwia Konsorcjum pełne ustosunkowanie się do twierdzeń i rozstrzygnięć Zamawiającego w zakresie wykluczenia z Postępowania;*
- v. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP oraz art. 24 ust. 1, ust. 2 i ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 4 PZP, poprzez niezgodne z przepisami Ustawy wykluczenie Konsorcjum z Postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą w sytuacji, w której nie zachodziła żadna z przesłanek wykluczenia określonych enumeratywnie w PZP, a także biorąc pod uwagę fakt, że nieprawidłowym było wykluczenie Konsorcjum z Postępowania z powołaniem się przez Zamawiającego na okoliczność, że rzekomo:*
- a. „Instrukcja obsługi SL7000 IEC7” zawierała nieprzetłumaczone na język polski sformułowania i komunikaty; a także*
- b. oprogramowanie serwisowe „ACE PŁOT” zawierało nieprzetłumaczone na język polski sformułowania i komunikaty;*
- vi. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP oraz art. 24 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 24 ust. 4 PZP, poprzez bezpodstawne wykluczenie Konsorcjum z Postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, co było konsekwencją błędnego ustalenia, że Konsorcjum nie przedłużyło terminu związania ofertą, ani okresu ważności wniesionego wadium (punkt 13 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2016 r. przesłanej przez Zamawiającego do Konsorcjum), podczas gdy taka czynność została dokonana przez Konsorcjum w dniu 5 lutego 2016 r.;*
- vii. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez nieprawidłową ocenę oferty złożonej przez Konsorcjum w zakresie kryterium „Walorów technicznych” i przyznanie Konsorcjum w tym kryterium jedynie 6 punktów (co zostało uwidocznione w protokole Postępowania), podczas gdy zgodnie z protokołami badań próbki licznika oraz innymi dokumentami i oświadczeniami*

Konsorcjum złożonymi w toku Postępowania oferta Konsorcjum spełniała wszystkie wymagane parametry techniczne i w związku z tym powinna otrzymać 10 punktów; oraz
viii. *naruszenie innych przepisów PZP, wynikające z treści niniejszego odwołania.”*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w sposób nieznajdujący uzasadnienia w faktach uznał, że przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia próbki nie potwierdzają, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego wynik oceny próbki uzyskany przez Zamawiającego był efektem niewłaściwie przeprowadzonego badania, a w szczególności nieprawidłowego skonfigurowania próbki licznika do napięcia prądu zastosowanego w trakcie tego badania. Od prawidłowego ustawienia napięcia nominalnego (czego Zamawiający miał nie dochować) miało zależeć to, czy licznik mógł odpowiednio zinterpretować warunki panujące w sieci. Odwołujący podkreślał przy tym, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie określono żadnych wymagań co do skonfigurowania próbki, czy też co do warunków, w których Zamawiający przeprowadzi badanie próbki. Jednocześnie Odwołujący podnosił, że z innych załączonych do oferty dokumentów, takich jak deklaracja Odwołującego, instrukcja obsługi, czy też tabliczka znamionowa umieszczona na próbce, wynikać miało spełnienie wszystkich wymagań odnoszących się do zamawianych liczników.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty i uznaniu go za podmiot podlegający wykluczeniu, a następnie dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą.

W dniu 22 lutego 2016 r. wykonawca: Landis + Gyr sp. z o.o. w Warszawie, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także te, które Strony przedstawiły w toku postępowania odwoławczego, w tym również wraz odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że w pkt 3.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający zawarł opis wymagań dla dostaw oraz dokumentów i oświadczeń składnych na potwierdzenie tych wymagań. W pkt 3.3.1 SIWZ Zamawiający zawarł żądanie, aby oferowane mu liczniki spełniały wymagania określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ.

W OPZ dla zamawianych liczników zapisane zostały m.in. następujące wymagania techniczne:

1.4 *„Licznik musi posiadać klasę dokładności dla energii czynnej C*

1.5 *Licznik musi posiadać klasę dokładności dla energii biernej minimum 1 (...)*

1.10 *Licznik musi posiadać zasilacz szerokopasmowy w zakresie napięcia 3x58/100...3x240/415V (...)*

1.24 *Licznik musi posiadać możliwość rejestracji profili obciążenia z podziałem na:*

a) *minimum 31 dni dla wartości pomiarowych,*

b) *minimum 15 dni dla wartości sieciowych (...)*

1.29 *Licznik musi posiadać możliwość prezentacji na wyświetlaczu LCD rodzaju oraz kierunku przepływu energii (wektory mocy). Identyfikatory w standardzie OBIS zgodnie z normą PN-EN 62056-61*

1.30 *Licznik musi posiadać możliwość wskazania na wyświetlaczu LCD obecności i nieprawidłowej kolejności napięć fazowych, aktywnej strefy taryfowej, wartości bieżących: P+, P-, Q1 ...Q4, U1, U2, U3, I1, I2, I3 oraz chwilowych wartości P, Q, S”*

Na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w OPZ wykonawca, zgodnie z pkt 3.3.1 SIWZ winien załączyć do oferty:

3.3.1.1. *„Jeden egzemplarz (próbkę) oferowanego licznika zgodnego z Opisem Przedmiotu Zamówienia zawartym w załączniku nr 10 do SIWZ wraz z oświadczeniem Wykonawcy dotyczącym oferowanego licznika o spełnianiu stawianych wymagań (wypełnionym przez Wykonawcę Załącznikiem nr 7 do SIWZ). Dostarczona próbka*

zostanie poddana badaniom technicznym przez Zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności ich parametrów z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 10 do SIWZ. (...) Próbką dostarczona przez Wykonawcę, z którym Zamawiający zawrze umowę stanowić będzie wzorzec dla liczników dostarczanych przez tego wykonawcę w ramach realizacji umowy. (...);

- 3.3.1.2. Oprogramowanie serwisowe nagrane na nośnik elektroniczny (np. CD/DVD) wraz z instrukcją użytkownika w języku polskim dedykowane do parametryzacji wzorca licznika;*
- 3.3.1.3. Kartę katalogową oferowanego licznika w języku polskim;*
- 3.3.1.4. Instrukcję obsługi oferowanego licznika w języku polskim;*
- 3.3.1.5. Instrukcję obsługi oprogramowania serwisowego w języku polskim;*
- 3.3.1.6. Kserokopię certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami”.*

Zgodnie z pkt 4.2.1 SIWZ oferta złożona Zamawiającemu musiała zawierać m.in.:

- 4.2.1.9. „próbkę oferowanego licznika zgodnego z Opisem Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z postanowieniami pkt 3.3.1.1 SIWZ*
- 4.2.1.10. kserokopię certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami (...)*
- 4.2.1.11. wszelkie niezbędne licencje i wyposażenie licznika, bez którego nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających*
- 4.2.1.12. instrukcje obsługi (licznika i oprogramowania) w języku polskim*
- 4.2.1.13. płytę CD z wersją instalacyjną oprogramowania serwisowego”.*

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający udzielił w piśmie z dnia 1 grudnia 2015 r. wyjaśnień odnoszących się do postanowień SIWZ.

W odpowiedzi na pytanie nr 8: *„W SIWZ Zamawiający nie wyspecyfikował napięcia nominalnego, dla którego powinny być skalibrowane liczniki i dla którego powinny zostać poddane ocenie zgodności MID. Prosimy o wskazanie, czy napięcie nominalne U_n wynosi: - 3x58/100V (lub 3x57,7/100V) - 3x230/400V. Jeżeli wartość ta jest inna, prosimy o jej wyspecyfikowanie jako istotny parametr zamówienia.”* Zamawiający wyjaśnił: *„Zamawiający podtrzymuje wymaganie z punktu 1.10 Załącznika nr 10 do SIWZ”.*

W odpowiedzi na pytanie nr 33: *„Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie liczników z zasilaczem 3x58/100V lub 3x230/400V? Zamawiający mając profesjonalnie zinwentaryzowany majątek sieciowy jest w stanie precyzyjnie podać ilość liczników zgodnych*

z rzeczywistym zapotrzebowaniem. Wymóg zasilacza zakresowego podnosi cenę licznika, a przez to wartość zamówienia niepotrzebnie rośnie narażając Zamawiającego na poniesienie nieuzasadnionych kosztów. Dodatkowo ogranicza konkurencyjność przez uniemożliwienie zaoferowania liczników spełniających oczekiwaną funkcjonalność. Przebudowa układu pomiarowego z pośredniego na półpośredni lub na odwrot jest operacją wcześniej projektowaną i planowaną, a wymiana licznika do dedykowanego układu jest tylko jedną z wielu zmian jaką należy dokonać. Dodatkowo jako oferent gwarantujemy, iż w trakcie umowy oraz w okresie gwarancji i rękąmi możliwość zamiany dowolnej liczby liczników pomiędzy układami 3/58/100V lub 3x230/400V.” Zamawiający wyjaśnił: „Zamawiający podtrzymuje wymaganie z punktu 1.10 Załącznika nr 10 do SIWZ”.

Podobnie udzielając odpowiedzi na zawartą w pytaniu nr 30 prośbę o zgodę na zaoferowanie licznika wyposażonego w zasilacz o innych niż określone w SIWZ parametrach, Zamawiający podtrzymał treść pkt 1.10 OPZ.

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania, do Zamawiającego wpłynęło 5 ofert, m.in. złożona przez Odwołującego.

Pismem z dnia 13 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty.

W pytaniu 3 Zamawiający stwierdził, że dostarczone mu oprogramowanie serwisowe, próbka licznika oraz dokumentacja nie pozwalają zweryfikować wymagania opisanego w pkt 1.24 OPZ. Mając to na uwadze wezwał Odwołującego do wskazania miejsca w ofercie, w którym informacja taka znajdowałaby swe potwierdzenie. Odwołujący w piśmie z dnia 18 stycznia 2016 r. wyjaśnił, że wymaganie to znajduje swe potwierdzenie w oświadczeniu sporządzonym na formularzu załącznika nr A do załącznika nr 7 do SIWZ, w instrukcji na stronie 167 w odniesieniu do pojemności profilu obciążenia dla przedziału zapisu 15 minut, zaś co do pojemności profilu obciążenia przy okresie integracji 10 minut w odpowiedzi tej Odwołujący złożył osobne oświadczenie, nie wskazując przy tym na żaden zapis oferty.

Nadto, w pytaniu 9 informując Odwołującego o tym, że dostarczone mu wraz ofertą oprogramowanie posiada nieprzetłumaczone na język polski zwroty, Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, z czego może wynikać ten fakt. Odpowiadając na tak zadane pytanie, Odwołujący wyjaśnił, że przyczyną braku niektórych opisów w języku polskim w dostarczonym oprogramowaniu mogą być błędy wynikłe podczas instalacji, wybranie nieprawidłowego skryptu instalacyjnego, niezachowanie procedury opisanej w pliku

„InstrukcjaInstalacji.pdf” lub też omyłkowe zamieszczenie na nośniku CD plików językowych do wcześniejszych wersji oprogramowania.

W dniu 20 stycznia 2016 r. próbka licznika (nr fabryczny 73053156), dostarczona przez Odwołującego wraz z jego ofertą, została poddana badaniom technicznym, co zostało potwierdzone protokołem nr 5/2016. W pozycji 1.24 i 1.30 tego protokołu zawarte zostało stwierdzenie, że badany licznik nie spełnia wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 20 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp:

- w pkt 2 – wzorca oferowanego licznika realizującego funkcjonalność opisaną w pkt 1.30 OPZ. Wyjaśnił przy tym, że dostarczony z ofertą licznik nie sygnalizuje zaniku napięć fazowych,
- w pkt 3 – instrukcji obsługi licznika, która zawierać będzie informacje dotyczące pojemności tabeli profilu obciążenia przy okresie integracji 10 minut dla rejestracji 6 wartości sieciowych przy jednoczesnym zaprogramowaniu profilu wielkości pomiarowych dla okresu integracji 15 minut i 6 wielkości pomiarowych,
- w pkt 4 – instrukcji obsługi licznika w języku polskim, wskazując przy tym na przykłady nieprzetłumaczonych sformułowań i komunikatów,
- w pkt 5 – oprogramowania serwisowego w języku polskim, wskazując przy tym na przykłady nieprzetłumaczonych sformułowań i komunikatów.

Pismem z dnia 22 stycznia 2016 r., które zgodnie z oświadczeniami Stron złożonymi w toku rozprawy przed Izbą zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 25 stycznia 2016 r., Odwołujący wyjaśnił co następuje:

- co do pkt 2 – instrukcja złożona wraz z ofertą miała opisywać sposób realizacji sygnalizacji zaników napięć fazowych, informował on również Zamawiającego, że funkcjonalność tę można włączyć lub wyłączyć w pliku konfiguracyjnym, jako jedno z ustawień grupy opcji „Monitoring, Alarmy”. Ustawienie to miało być dostępne dla użytkownika końcowego. Jednocześnie przedstawił on Zamawiającemu drugą próbkę licznika (nr fabryczny 73053157.)
- co do pkt 3 i 4 – oświadczył, że składa wraz z pismem instrukcję obsługi licznika uzupełnioną o informacje dotyczące pojemności tabeli profilu obciążenia przy okresie rejestracji 10 minut dla rejestracji 6 wartości sieciowych przy jednoczesnym zaprogramowaniu profilu wielkości pomiarowych dla okresu integracji 15 minut i 6 wielkości pomiarowych. Miała być ona sporządzona w języku polskim.

- co do pkt 5 – oświadczył, że składa wraz z pismem oprogramowanie serwisowe na nośniku CD. Wyjaśnił ponadto, że przy poprawnym zainstalowaniu oprogramowania komunikaty w języku angielskim nie powinny się pojawiać.

W dniu 28 stycznia 2016 r. uzupełniona próbka licznika (nr fabryczny 73053157) została poddana badaniom technicznym, co zostało potwierdzone protokołem nr 8/2016. W pozycjach 1.4, 1.5, 1.10 1.24, 1.29 i 1.30 tego protokołu zawarte zostało stwierdzenie, że badany licznik nie spełnia wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 8 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz m.in. o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego. Uzasadniając podjęcie takiej czynności, Zamawiający wyjaśnił, że przy zasilaniu napięciem 3x58V badana próbka nie zapewnia przeprowadzania badań metrologicznych, a licznik zachowuje się tak jakby nie był w ogóle zasilany. Zamawiający opisał dokonane przez siebie ustalenia podczas badania spełniania przez licznik funkcjonalności opisanych w pozycjach 1.4, 1.5, 1.10 1.24, 1.29 i 1.30 OPZ, których w jego ocenie badana próbka licznika nie spełniała. Nadto zarzucił uzupełnionym przez Odwołującego instrukcji obsługi licznika oraz oprogramowaniu serwisowemu, że zawierają nieprzetłumaczone na język polski sformułowania i komunikaty, co przemawiać miało za wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu, z uwagi na niespełnienie warunków opisanych odpowiednio w pkt 3.3.1.4 SIWZ mającym być właściwym dla instrukcji, oraz w pkt 3.3.1.5 SIWZ mającym być właściwym dla oprogramowania. Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że z uwagi na fakt nieprzedłużenia przez Odwołującego terminu związania ofertą przez jego upływem, podlegał on również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Pismem z dnia 9 lutego 2016 r. Zamawiający dokonał sprostowania treści pisma z dnia 8 lutego 2016 r., informując Odwołującego, że w piśmie tym skreślony został pkt 13, w którym zawarta była informacja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprzedłużenie przez niego terminu związania ofertą.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł

do przekonania, że część ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, niemniej jednak samo rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanej sprawie, z analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że Zamawiający odrzucił złożoną przez Odwołującego ofertę. Oferta taka, co oczywiste w takim przypadku, nie mogła zostać zaliczona do grona tych, spośród których mogła zostać wybrana oferta najkorzystniejsza. Tę bowiem wybiera się ze zbioru ofert, które nie zostały odrzucone, a nadto złożone zostały przez wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni. Skoro zatem oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona i to prawidłowość tej właśnie czynności Odwołujący powinien podważać, i de facto ją kwestionował, za nieistotne dla rozstrzygnięcia uznane musiało zostać to, ile punktów w jednym z kryteriów oceny ofert w pisemnym protokole przypisał Zamawiający ofercie złożonej przez Odwołującego. Oferta ta bowiem, jako odrzucona, w ogóle nie powinna być brana pod uwagę w procesie oceny ofert. Takie też pominięcie spornej oferty na etapie oceny przez Zamawiającego wywieść można z tabeli prezentującej przyznaną poszczególnym ofertom punktację w każdym z kryteriów oceny ofert, która to tabela została zaprezentowana wykonawcom w pkt II pisma z dnia 8 lutego 2016 r. Ofercie tej nie zostały przypisane tam żadne punkty, a w odniesieniu do niej zawarto stwierdzenie, że została ona odrzucona. Mając to na uwadze Izba nie uznała za zasługujący na uznanie zarzutu sformułowanego w pkt VII odwołania.

Nie zasługiwał również na uznanie zarzut zamknięty w pkt VI odwołania. W świetle oświadczenia Zamawiającego zawartego w piśmie z dnia 9 lutego 2016 r. oczywistym było to, że Zamawiający wycofał się z twierdzenia o wykluczeniu Odwołującego z uwagi na nieprzedłużenie przez niego terminu związania ofertą. Pismo to doręczył tego samego dnia Odwołującemu. W tym stanie rzeczy powołany zarzut należało uznać za wniesiony wobec czynności nieistniejącej. W dniu wniesienia odwołania nie pozostawiało bowiem żadnych wątpliwości to, że Odwołujący nie został przez Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Za zasadny uznała Izba zarzut opisany w pkt V uzasadnienia odwołania – przytoczone przez Zamawiającego w pkt 11 i 12 uzasadnienia pisma z dnia 8 lutego 2015 r. okoliczności faktyczne nie mogły zostać uznane za takie, które przemawiać by mogły za wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu. A za takie właśnie uznał je Zamawiający i powołał je jako podstawę dokonanego przez siebie wykluczenia oraz uznania oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą. Zamawiający jako na podstawę wykluczenia wskazał na niewypełnienie przez Odwołującego obowiązku przedstawienia wraz z ofertą

dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.1.4 SIWZ (instrukcja obsługi oferowanego licznika w języku polskim) oraz w pkt 3.3.1.5 SIWZ (instrukcja obsługi oprogramowania serwisowego w języku polskim) – w przypadku drugiego z punktów odnosił on go oprogramowania serwisowego, którego złożenie było wymagane w pkt 3.3.1.2 SIWZ. Tymczasem w SIWZ powołane jednostki redakcyjne opisywały, zgodnie z pkt 3.3 SIWZ wymagania dla dostaw oraz dokumentów i oświadczeń mających potwierdzać spełnianie tych wymagań. Tym samym dokumenty te odnosić się miały wprost do merytorycznej strony oferty – opisanego w ofercie świadczenia wykonawcy. Błędy czy też nieścisłości w tego rodzaju dokumentach doprowadzić mogą do odrzucenia oferty, do której zostały załączone, nie zaś, co do zasady, do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Tym samym wbrew twierdzeniom Zamawiającego powołane dokumenty nie miały potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też w rozpoznawanej sytuacji, zasadnie podnosił Odwołujący, że w świetle przytoczonych w pkt 11 i 12 uzasadnienia pisma z dnia 8 lutego 2015 r. Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a tej właśnie czynności w oparciu o poczynione przez siebie ustalenia dokonał. Mając to na uwadze Izba uznała, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przytoczonych przez Odwołującego w pkt V odwołania. Stwierdzenie tego naruszenia nie mogło jednak, wobec niepotwierdzenia się zarzutów w pkt I, II i III odwołania, przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Niewykazanie przez Odwołującego słuszności zarzutów zamkniętych w trzech pierwszych punktach odwołania czyniło naruszenia opisane w pkt V odwołania takimi, które nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a zatem zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie pozwalały na uwzględnienie odwołania przez Izbę.

W odniesieniu do zarzutu z punktu IV odwołania Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał we wniesionym przez siebie odwołaniu, aby dokonane przez Zamawiającego zaniechania, wyłączyły po jego stronie możliwość poznania motywów, którymi kierował się Zamawiający wykluczając go z udziału w postępowaniu. Jak to zostało ustalone w odniesieniu do pkt V odwołania sama czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oceniona została jako dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Świadczy to o tym, że uzasadnienie dokonania tych czynności, choć ułomne, nie pozbawiło Odwołującego możliwości skutecznego zakwestionowania tej czynności. Mając to na uwadze, w tej konkretnej sytuacji, Izba uznała, że zarzut z pkt IV odwołania nie zasługiwał na uznanie.

Za kluczowe dla rozstrzygnięcia Izba uznała zarzuty opisane w pkt I, II i III odwołania.

W ich kontekście koniecznym było dostrzeżenie roli próbki licznika i zakresu wymagań postawionych przez Zamawiającego, a odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Jak to już wskazano, szczegółowe wymagania odnoszące się do zamawianych liczników określone zostały w OPZ. Oczywistym było, że oferowane liczniki spełniać muszą wszystkie wymagania tam opisane łącznie. W pkt 3.3.3.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą przedstawiono mu próbkę oferowanego licznika. Wskazał tam też wyraźnie, że próbka zostanie poddana badaniom technicznym w celu sprawdzenia jego parametrów z wymaganiami opisanymi w OPZ. W ocenie Izby z tych zapisów, jak i z samego charakteru próbki, która ze swej natury potwierdzać ma spełniania wymagań Zamawiającego odnoszących się przedmiotu zamówienia, wynikało w sposób dostateczny, aby Odwołujący, jako profesjonalista, mógł mieć świadomość, że przedstawiona przez niego próbka licznika spełniać musi wszystkie wymagania opisane w OPZ. Taki bowiem charakter próbek wynika nie tylko z przywołanych zapisów SIWZ, ale również z przepisów prawa, w szczególności z § 6 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231). Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie ograniczył zakresu badania, któremu miała być poddana próbka.

W kontekście powyższego, rozstrzygającym dla losów odwołania było to, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dwa razy próbkę, która nie potwierdzała łącznie wszystkich wymagań opisanych w OPZ.

W przypadku pierwszej próbki, załączonej do oferty, Odwołujący w piśmie z dnia 22 stycznia 2016 r. instruował Zamawiającego jak należy włączyć daną funkcjonalność (opisaną w pkt 1.30 OPZ), aby móc zbadać sposób jej działania. – podobnie w pkt 3.19 uzasadnienia odwołania. Jednocześnie, w toku rozprawy przed Izbą twierdził, że żaden z pracowników Zamawiającego nie został przeszkolony w zakresie parametryzacji dostarczonych jako próbki urządzeń, stąd mogą oni nie wiedzieć jak taką parametryzację przeprowadzić. Oczekiwania wyrażane w tym zakresie przez Odwołującego były zbyt daleko idące. To na nim bowiem, jako na wykonawcy, ciążył obowiązek prawidłowego przygotowania oferty, a w tym również odpowiedniego przygotowania załączonej do niej próbki. I obowiązku tego nie może on przerzucać na Zamawiającego, oczekując, że ten w trakcie badania próbki będzie w nią ingerował, tak aby mogła ona spełniać wybrane funkcjonalności. Rolą Zamawiającego było jedynie sprawdzenie, czy przedstawiona przez Odwołującego próbka potwierdza to, że oferowana mu dostawa spełnia wszystkie postawione jej w SIWZ wymagania. Nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby pierwsza próbka została w taki sposób przygotowana, wprost przeciwnie z treści pisma z dnia 22 stycznia 2016 r. wywieść można przekonanie odmienne.

W odniesieniu do drugiej próbki Odwołujący wprost przyznawał, że dostarczony w tym charakterze licznik nie był przygotowany do prawidłowej pracy w pełnym zakresie napięcia, tj. w przedziale „3x58/100...3x240/415V”. Jak sam bowiem twierdził, przełączał się on na zasilanie rezerwowe przy spadku napięcia poniżej 126,5V. Stanowi to proste potwierdzenie słuszności ustaleń dokonanych przez Zamawiającego w toku badania z dnia 28 stycznia 2016 r., kiedy to tak przygotowana próbka pochodząca od Odwołującego zachowywała się jakby w ogóle nie była zasilana.

Mając to na uwadze Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie rozstrzygającym był fakt nieprawidłowego przygotowania obu próbek przez Odwołującego – co wynikało z jego pism i oświadczeń. Dlatego też przeprowadzenie wnioskowanego przez niego dowodu z opinii biegłego w tych okolicznościach faktycznych prowadziłoby jedynie do zwłoki w postępowaniu. Badaniu biegłego poddane byłyby bowiem nieprawidłowo przygotowane próbki.

W rozpoznawanej sprawie, co wynikało ze stanowisk Stron, rozstrzygającym był zapis pkt 1.10 OPZ. Zamawiający wywodził z niego, że obowiązkiem wykonawców było dostarczenie mu próbki licznika, który będzie pracował prawidłowo (gwarantując spełnianie wszystkich wymagań opisanych w OPZ) w pełnym zakresie napięcia tam określonym, tj. „3x58/100...3x240/415V”. Odwołujący stał natomiast na stanowisku, że z powołanego zapisu nie miała wynikać taka właśnie właściwość dostarczanej Zamawiającemu próbki – uznawał on bowiem, że w SIWZ powinno zostać zawarte odrębne, wyraźne postanowienie, z którego wynikać powinien obowiązek odpowiedniego skonfigurowania próbki licznika. Brak takiego miał pozbawiać Zamawiającego prawa do kwestionowania prawidłowości próbki złożonej przez Odwołującego, a co za tym idzie także zgodności treści złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ. Twierdzenia Odwołującego Izba uznała za nieudowodnione, dając wiarę argumentacji Zamawiającego, za którą przemawiała m.in. treść pytań nr 8, 30 i 33 zawartych w piśmie z dnia 1 grudnia 2015 r. Izba przyjęła za Zamawiającym, że skoro wymagał on tego, aby licznik był wyposażony w szerokopasmowy zasilacz, to tym samym oczekiwał, aby dostarczony mu licznik mógł prawidłowo pracować w pełnym, określonym w pkt 1.10 OPZ, zakresie napięcia. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że sporny zapis należy interpretować inaczej. Nawet ze stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w toku rozprawy wynika, że możliwym było dostarczenie takiego licznika, który pracowałby prawidłowo w pełnym zakresie napięcia określonym w pkt 1.10 OPZ. Co istotne, sam tego dowiódł, przedstawiając wraz z ofertą próbkę, która spełniała ten wymóg. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie udowodnił formułowanych w czasie rozprawy przez Izbę twierdzeń

o możliwości niezależnej od siebie konfiguracji licznika i zasilacza – tak można było rozumieć jego wypowiedź o konieczności dokonania odpowiedniej konfiguracji każdego z nich.

W świetle powyższego Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego udowodnione, aby Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty. Tak pierwsza, jak i druga, uzupełniona, próbka nie potwierdzały łącznego spełnienia wszystkich wymagań odnoszących się do zamawianych przez Zamawiającego liczników. Przygotowanie próbki w sposób uniemożliwiający zaprezentowanie wszystkich wymaganych funkcjonalności, musiało zostać ocenione przez Zamawiającego jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co rodziło z kolei konieczność odrzucenia oferty Odwołującego.

Nieuzasadnionymi były również twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi Zamawiający badając uzupełnioną próbkę powinien ograniczyć jej badanie jedynie do sprawdzenia funkcjonalności opisanej w pkt 1.30, tj. tej, której spełnienia nie potwierdziła pierwsza, załączona do oferty, próbka. Tak jak to wynikało z pkt 3.3.1.1 SIWZ próbki miały być badane przez Zamawiającego w celu zbadania zgodności ich parametrów z wymaganiami opisanymi w OPZ. Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie w SIWZ żadnych ograniczeń, stąd też mógł badać spełnianie każdego z wymagań. Oczywistym zatem było, że tak próbki, jak i potem dostarczane liczniki miały spełniać wszystkie wymagania z OPZ.

Nie wykazał też Odwołujący, aby przeprowadzone przez Zamawiającego badania złożonych mu próbek i przyjęta przy nich metodologia stawały w sytuacji uprzywilejowanej któregokolwiek z wykonawców.

Nie znalazła również Izba podstaw do tego, aby przyjąć za Odwołującym, że w tej konkretnej sprawie, Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nieprawidłowo przygotowanej próbki. Uzupełnienie to nie pociągało za sobą zmiany treści oferty (model oferowanego licznika wskazany był w formularzu oferty), nie służyło również zwiększeniu punktacji w procesie oceny oferty. Jego jedynym celem było umożliwienie Odwołującemu przedstawienie takiej próbki, która potwierdzi spełnianie przez oferowane Zamawiającemu dostawy wszystkich wymagań opisanych w OPZ, a tym samym skuteczną obronę swojej oferty przed jej odrzuceniem.

Tym samym zarzuty z pkt I, II i III odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez Zamawiającego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....