

Sygn. akt: KIO 1992 /13

**WYROK**  
**z dnia 4 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 września 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez **Odwołującego** - Elmess Metering Sp. z o.o. ul. Szczawińska 42c 95-100 Zgierz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Energia-Operator S.A. ul. Marynarki Polskiej 130 80-557 Gdańsk

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Elmess Metering Sp. z o.o., i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Elmess Metering Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

I. Energa Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. dostawa czterokwadrantowych liczników energii elektrycznej wraz z modułami komunikacyjnymi.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 2 maja 2013 r., i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 sierpnia 2013 r. Elmess Metering Sp. z o.o. z siedzibą w Zgierzu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z uwagi na fakt przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych ze względu na odrzucenie oferty Odwołującego, która jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ze względu na nieodrzucenie oferty Energa - Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o., mimo jej niezgodności z treścią SIWZ,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ze względu na zróżnicowanie prawne dwóch różnych Wykonawców w związku z art. 7 ust 1 Prawa zamówień publicznych w sytuacji wystąpienia tych samych okoliczności faktycznych,
- 4) art. 91 ust 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ze względu na wybór jako najkorzystniejszej oferty która winna podlegać odrzuceniu

W konsekwencji Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty Wykonawcy - Energa- Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o. z postępowania,
- 4) wyboru i uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, względnie wezwania Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Prawa

zamówień publicznych i wyznaczenia w tym względzie odpowiedniego terminu w zakresie dostarczenia modułów komunikacyjnych obsługujących transmisję CSD/GPRS/EDGE/UMTS/HSPA bądź ewentualnie unieważnienia przedmiotowego postępowania z uwagi na ziszczenie się okoliczności o których mowa w art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W przeciągu ostatnich trzech lat Zamawiający wszczął trzy postępowania, których przedmiotem była (w uproszczeniu) dostawa liczników, stawiając wymagania, niewynikające z obiektywnych potrzeb Zamawiającego, z jednej strony eliminujące wszystkich pozostałych Wykonawców, z drugiej umożliwiające uzyskanie zamówienia wyłącznie przez swoją spółkę zależną. Tak jest również w tym wypadku a przykładem takiego wymagania jest żądanie w treści SIWZ (dz. VII pkt 9.2 SIWZ) decyzji zatwierdzenia typu zgodnej z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego, oraz szczegółowego zakresu sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz.U z dnia 23 stycznia 2008 r.).

Problem ten był sygnalizowany Zamawiającemu w formie pytań kierowanych także przez innych potencjalnych dostawców.

Odwołujący zaoferował liczniki AS1440 legitymując się wskaźnikiem klasy C wg w/w Dyrektywy, a więc o najdokładniejszej przewidywanej dyrektywą możliwej dokładności. Nie jest zatem zgodne ze stanem faktycznym jakoby „wraz z ofertą zostały złożone liczniki w klasie dokładności 0,5”, co wynika z pisma stanowiącego informację o wynikach postępowania (punkt IV.2 litera b). Dodatkowo w treści uzupełnienia z 10 lipca 2013 r. Odwołujący złożył deklarację (mimo iż wymóg ten nie wynikał z SIWZ) celem rozwiania wszelkich wątpliwości, iż każdy z dostarczonych liczników spełniający SIWZ dla zadania 4 na etapie realizacji umowy będzie posiadał świadectwo wzorcowania wydane przez akredytowane przez GUM polskie laboratorium potwierdzające spełnienie wymagań dotyczących dokładności pomiarów dla klasy 0,2. Mimo powyższych okoliczności Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego co nie jest zrozumiałe i nie może zasługiwać na aprobatę.

Najciekawszy jest jednak zdaniem Odwołującego fakt, iż w zakresie zadania 4 wybrany oferent zaproponował liczniki niezgodne z treścią SIWZ, w tym załączając decyzję z zatwierdzenia typu urządzenia potwierdzającą tą niezgodność. Zgodnie bowiem z punktem 9.2 Załącznika nr 1 Zamawiający postawił następujący wymóg: „Prąd nominalny 1A/prąd maksymalny 6A. (...)”. Skrócony zapis to 1(6)A. Tymczasem zatwierdzenie typu PLT 0518 wydane przez Główny Urząd Miar takiego zapisu nie przewiduje: 4. Prąd bazowy (maksymalny): 1(1,2) A albo 1(1,5) A albo 1(2) A albo 5(6) A albo 5(7.5) A.

Niezgodność zaoferowanego urządzenia potwierdza także dołączona karta katalogowa w której próżno szukać spełnienia wymogu wskazanego w punkcie 9.1 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Dodatkowo wskazać należy iż oferta firmy Energa- Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o. jest niezgodna z SIWZ także z jeszcze innego powodu. Zgodnie z punktem IV. 2.4 SIWZ Zamawiający wymagał dostarczenia liczników czterokwadrantowych, klasy 0,2, wielotaryfowych, z zegarem wewnętrznym, o zasilaczu szerokopasmowym, a zaoferowany licznik posiada co prawda zasilacz szerokopasmowy, ale jedynie jako awaryjny, który również był wymagany.

Odnośnie nieuzupełnienia w terminie licznika wzorcowego, Odwołujący wskazywał, że zmiana w zakresie konieczności dostarczenia wraz ze wzorcowymi licznikami modułów komunikacyjnych obsługujących standardy CSD/GPRS/EDGE/UMTS/HSPA nastąpiła dopiero w treści odpowiedzi na pytanie (pytanie nr 5) zadane przez jednego z Wykonawców udzielonej 27 lipca 2013 r. [data w odwołaniu podana omyłkowo, faktycznie odpowiedzi udzielono w dniu 25 maja 2013 r.], a więc jedynie 15 dni przed wyznaczonym terminem na składanie ofert. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby wyraźna zmiana tego wymagania była jedynie omyłką Zamawiającego. Brak przesunięcia terminu na składanie ofert mimo zaistnienia okoliczności określonych w 38 ust 6 Prawa zamówień publicznych spowodował brak możliwości zaoferowania wzorcowych liczników wyposażonych w dodatkowo zdefiniowane standardy transmisji. Wskazać bowiem należy, iż o ile wyposażenie liczników wzorcowych w moduły komunikacyjne nie powoduje w żaden możliwy sposób zmiany funkcjonalności innych elementów dostarczanego licznika (zaimplementowanie modułu jest jedynie zwiększeniem funkcjonalności licznika), o tyle wiąże się tą z procesem przetestowania i certyfikacji urządzeń pracujących na dodatkowej częstotliwości co wymaga dodatkowego czasu, który przez zaniechanie Zamawiającego nie mógł zostać dochowany.

Dalsze działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do przedłożenia odpowiednich modułów komunikacyjnych w terminie 5 dni (a de facto 3 dni roboczych) od momentu wezwania nie mogły spowodować innego rezultatu, niż odrzucenie oferty Odwołującego. Zdaniem Odwołującego działania te były nakierowane wyłącznie w celu wyeliminowania podmiotu rywalizującego ze spółką-córką Zamawiającego.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że wyszedł z założenia, że po stronie Zamawiającego będzie wola akceptacji urządzenia takiego, jak zaoferował, ponieważ jest technicznie równoważne. Zauważał, że tylko 40 liczników, spośród 4600 będących przedmiotem zamówienia, jest objęte sporem. Miał świadomość, że nie jest w stanie przedstawić licznika z zatwierdzeniem typu, dlatego prosił Zamawiającego o podzielenie

zamówienia na części. Zwraca uwagę, że Zamawiający nie musiał kupować liczników objętych sporem, ponieważ obowiązek ten spoczywa na użytkownikach.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Niemniej jednak Odwołujący nie ma powyższej legitymacji w podnoszeniu zarzutów wobec ofert droższej od niego (wyeliminowanie wykonawcy, który złożył ofertę droższą, niż oferta Odwołującego, nie doprowadzi do uzyskania przez Odwołującego zamówienia) i wnioskowaniu o unieważnienie postępowania (jeżeli postępowanie zostanie unieważnione, Odwołujący nie uzyska zamówienia).

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu złożono dwie oferty – ofertę Odwołującego z ceną 9 225 000,00 zł i ofertę Energa - Operator Techniczna Obsługa Odbiorców Sp. z o.o., z ceną 9 937 508,25 zł. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona.

Nie było sporne, że Odwołujący nie załączył do oferty kompletnego licznika wzorcowego (wyposażonego w moduł obsługujący technologie CSD/GPRS/EDGE/UMTS/HSPA). Na rozprawie oświadczył, że świadomie złożył licznik w postaci zgodnej z wymaganą w pierwotnej wersji specyfikacji (GSM/GPRS) wiedząc, że Zamawiający wezwie go do uzupełnienia. Jednak – twierdził Odwołujący - wyznaczony termin, tj. realnie 3 dni robocze był oczywiście za krótki, a Zamawiający nie przychylił się do wniosku o przedłużenie czasu na dostarczenie wzorcowych urządzeń o 14 dni. W konsekwencji Odwołujący nie przedstawił wzorcowego licznika, zgodnego z wymaganiami SIWZ. W takiej sytuacji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Dla powyższego irrelevantne jest, czy zmiana SIWZ z 25 maja 2013 r., precyzująca wymagania wobec licznika, była modyfikacją SIWZ, czy jej

wyjaśnieniem – Odwołujący w odpowiednim terminie jej nie zakwestionował. Twierdził, że na dostosowanie licznika do nowych wymagań Zamawiającego są potrzebne 4 tygodnie (zatem powinien podjąć kroki w tym celu już od 25 maja 2013 r.), termin złożenia ofert miał 12 czerwca 2013 r., tymczasem nie był w stanie złożyć licznika w terminie wyznaczonym w dniu 5 lipca 2013 r. Kolejne wezwanie o uzupełnienie licznika wzorcowego, o co wnioskuje Odwołujący, jest niedopuszczalne, ponieważ naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców.

Skoro oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ nie załączył ani do oferty, ani w wyniku wezwania do uzupełnienia odpowiedniego licznika (wyposażonego w moduły obsługujące wymagane technologie transmisji), nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy Odwołujący zaoferował licznik w klasie dokładności 0,5 czy 0,2 (jaka była wymagana przez Zamawiającego). Należy jednak zauważyć, że sam Odwołujący na rozprawie oświadczył, że miał świadomość, że nie jest w stanie przedstawić licznika z zatwierdzeniem typu, dlatego prosił Zamawiającego o podzielenie zamówienia na części, a Zamawiający nie przychylił się do tej prośby. Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie musiał kupować liczników objętych zadaniem 4, ponieważ obowiązek ich zapewnienia spoczywa na użytkownikach, a poza tym liczników tych jest niewiele, więc nie powinny mieć decydującego znaczenia o losach oferty. Skoro Odwołujący kwestionował w istocie opis przedmiotu zamówienia i dokumenty wymagane na potwierdzenie posiadanych przez niego właściwości – powinien był złożyć odwołanie na postanowienia ogłoszenia i SIWZ; podnoszenie zarzutów tego rodzaju na tym etapie jest spóźnione.

Jak wskazano wcześniej, Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia w kwestionowaniu oferty droższej. Gdyby Odwołujący wskazywał, że jego oferta została odrzucona ze względu na podstawy faktyczne, które były identyczne bądź bardzo podobne w ofercie konkurencyjnej, która nie została odrzucona, to można byłoby taki wywód potraktować jako argumentację uzasadniającą zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednak w sytuacji niniejszego postępowania, oferta Odwołującego została odrzucona w związku z zupełnie innymi okolicznościami, niż te, które Odwołujący wskazuje jako potencjalne podstawy odrzucenia w ofercie konkurencyjnej. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że licznik w ofercie konkurencyjnej nie ma zasilacza szerokopasmowego (sam Odwołujący w odwołaniu podaje, że zasilacz taki jest elementem licznika z oferty konkurencyjnej), ani nie wykazał, że urządzenie o parametrze określonym „Prąd bazowy (maksymalny): 1(1,2) A albo 1(1,5) A albo 1(2) A albo 5(6) A albo 5(7.5) A” nie spełnia parametru wymaganego przez Zamawiającego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....