

Sygn. akt: KIO 233/14
KIO 234/14

WYROK
z dnia 24 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2014 r. przez:

- A. wykonawcę **SONEL S.A.** z siedzibą w Świdnicy, ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica (adres do korespondencji: Kancelaria Radcy Prawnego, ul. Świdnicka 43/8, 58-200 Dzierżonów) (sygn. akt KIO 233/14)
- B. wykonawcę **JM-TRONIC Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33, 00-379 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa) (sygn. akt KIO 234/14)

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A.** z siedzibą w Lublinie, ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin w imieniu którego postępowanie prowadzi: **PGE Dystrybucja S.A.**, Oddział Łódź-Miasto, ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź

przy udziale wykonawcy **APATOR S.A.** z siedzibą w Toruniu, ul. Gdańska 4a/C4, 87-100 Toruń zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 233/14 i KIO 234/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała oba odwołania

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SONEL S.A. z siedzibą w Świdnicy, ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica (adres do korespondencji: Kancelaria Radcy Prawnego, ul. Świdnicka 43/8, 58-200 Dzierżoniów)** (sygn. akt KIO 233/14) i wykonawcę **JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33, 00-379 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa)** (sygn. akt KIO 234/14) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SONEL S.A. z siedzibą w Świdnicy, ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica (adres do korespondencji: Kancelaria Radcy Prawnego, ul. Świdnicka 43/8, 58-200 Dzierżoniów)** (sygn. akt KIO 233/14) i wykonawcę **JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33, 00-379 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Wapienna 43/45, 04-691 Warszawa)** (sygn. akt KIO 234/14) tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 233/14

KIO 234/14

Uzasadnienie

PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Miasto, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej – liczniki statyczne w podziale na 2 zadania (części) dla Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w 2014/2015 roku”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 października 2013 r., nr 2013/S 211-366824.

sygn. akt KIO 233/14

W dniu 31 stycznia 2014 r. r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę SONEL S.A. z siedzibą w Świdnicy, zwanego dalej „odwołującym SONEL”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”. W uzasadnieniu podniósł m.in., iż „treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dołączone wraz z ofertą dokumenty i oprogramowanie nie spełnia wymagań SIWZ”. Jednocześnie podając jakiego rodzaju błędy zdecydowały o odrzuceniu oferty odwołującego SONEL.

W dniu 10 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący SONEL wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 10 lutego 2014 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności podjętych w toku postępowania, polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego SONEL w zakresie zadania 1 i 2 poprzez błędne przyjęcie, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ i tym samym pozbawienie go możliwości uzyskania i realizacji przedmiotu zamówienia
2. wybraniu oferty w zakresie zadania 1 i 2 wykonawcy APATOR S.A. z siedzibą w Toruniu, zwanego dalej „wykonawcą APATOR”, bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej zgodnie z zapisami p. 27.2 SIWZ po odrzuceniu oferty odwołującego SONEL
3. przeprowadzenie w toku postępowania nierzetelnych i niemięropodajnych badań dostarczonych przez odwołującego próbek liczników jedno i trójfazowych przez

zamawiającego przy użyciu osób, co do których przesłanki obiektywizmu i bezstronności były wyłączone, a także niedopuszczenie odwołującego SONEL do uczestniczenia w trakcie przeprowadzanych badań co pozostaje w sprzeczności z zasadą transparentności

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że przedłożona przez odwołującego SONEL oferta w zakresie zadania nr 1 i 2 pozostaje w sprzeczności z SIWZ, pomimo iż według obiektywnych kryteriów oferta odwołującego spełniała kryteria SIWZ
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie funkcjonalności oprogramowania
3. art. 7 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie badań próbek liczników dostarczonych przez odwołującego przez Komisję Techniczną zamawiającego, z pominięciem zewnętrznego laboratorium specjalistycznego oraz poprzez przeprowadzenie badań próbek liczników dostarczonych przez odwołującego przez Komisję Techniczną zamawiającego, bez udziału odwołującego co doprowadziło do naruszenia zasady bezstronności i obiektywizmu
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niedokładne i niegodne ze stanem faktycznym uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego SONEL
5. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak skierowania do odwołującego SONEL wezwania do wyjaśnień treści oferty w zakresie zarzutów stanowiących podstawę odrzucenia oferty odwołującego, pomimo wątpliwości zamawiającego co do jej prawidłowości

z ostrożności procesowej

6. art. 7 ust. 2 art. 7 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16a ust. 1 i art. 17 ust. 1 i 3 ustawy Prawo o miarach, poprzez przeprowadzenie badań próbek liczników dostarczonych przez odwołującego przez Komisję Techniczną zamawiającego, z pominięciem zewnętrznego laboratorium specjalistycznego oraz poprzez przeprowadzenie badań próbek liczników dostarczonych przez odwołującego przez Komisję Techniczną zamawiającego, bez udziału odwołującego SONEL co doprowadziło do naruszenia zasady bezstronności i obiektywizmu
7. inne wskazane w uzasadnieniu odwołania.
Jednocześnie odwołujący SONEL wniósł o:
 1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego SONEL
 2. unieważnienie przeprowadzonych w postępowaniu wyników badań dostarczonych przez odwołującego SONEL próbek liczników

3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania dostarczonych przez odwołującego SONEŁ próbek liczników w obecności odwołującego
4. nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie badania dostarczonych przez odwołującego SONEŁ liczników w niezależnym laboratorium
5. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie ich zgodności z SIWZ, z uwzględnieniem oferty odwołującego SONEŁ
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego SONEŁ kosztów postępowania oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę

ponadto wniosł o:

- dopuszczenie dowodu z opinii uprawnionego instytutu posiadającego uprawnienia w zakresie legalizacji liczników Głównego Urzędu Miar oraz biegłego z zakresu metrologii na okoliczność ustalenia czy liczniki statyczne zaoferowane przez odwołującego SONEŁ są zgodne z SIWZ oraz spełniają szczegółowe wymagania formalne i techniczne w zakresie:

Zadania 1:

o pkt 37 (str. 41 SIWZ) Oprogramowanie do liczników powinno posiadać następujące poziomy zabezpieczeń dostępu do odczytu danych z licznika oraz parametryzacji:

- a) poziom 1 - możliwy wyłącznie odczyt danych rozliczeniowych i parametrów z licznika,
- b) poziom 2 - możliwy odczyt i parametryzacja licznika za pomocą gotowych plików parametryzacyjnych,
- c) poziom 3 - możliwy odczyt i parametryzacja licznika w pełnym zakresie. Informacje o użytkownikach (np.: login, hasło) i wpisy o uprawnieniach nie mogą być zapisywane w sposób jawny; dotyczy to wszystkich elementów wchodzących w skład,

o pkt 39 (str. 41 SIWZ) liczniki muszą gwarantować, że przerwanie komunikacji przez optozłącze lub interfejs elektryczny, podczas parametryzacji nie powoduje blokady i zawieszenia pracy licznika; w takim wypadku pozostaje funkcjonalność i ustawienia licznika sprzed parametryzacji i oprogramowanie parametryzacyjne musi sygnalizować konieczność jej powtórzenia wprowadzenia do licznika.”

Zadania 2:

o pkt 38 (str. 45 SIWZ) oprogramowanie do liczników powinno posiadać następujące poziomy zabezpieczeń dostępu do odczytu danych z licznika oraz parametryzacji:

- a) poziom 1 - możliwy wyłącznie odczyt danych rozliczeniowych i parametrów z licznika

- b) poziom 2 - możliwy odczyt i parametryzacja licznika za pomocą gotowych plików parametryzacyjnych
- c) poziom 3 - możliwy odczyt i parametryzacja licznika w pełnym zakresie. Informacje o użytkownikach (np.: login, hasło) i wpisy o uprawnieniach nie mogą być zapisywane w sposób jawny; dotyczy to wszystkich elementów wchodzących w skład oprogramowania (np. plików, bazy danych).”

o pkt 40 (str. 45 SIWZ) liczniki muszą gwarantować, że przerwanie komunikacji przez optozłącze lub interfejs elektryczny, podczas parametryzacji nie powoduje blokady i zawieszenia pracy licznika; w takim wypadku pozostaje funkcjonalność i ustawienia licznika sprzed parametryzacji i oprogramowanie parametryzacyjne musi sygnalizować konieczność jej powtórzenia wprowadzenia do licznika”

- dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczność ich treści
- zobowiązanie zamawiającego do dołączenia na potrzeby niniejszego postępowania dokumentacji zgromadzonej w toku postępowania a w szczególności dotyczącej SIWZ oraz treści złożonych przez wykonawców ofert i protokołów z badań dostarczonych przez wykonawców próbek
- przesłuchanie w charakterze świadka P..... G..... (adres odwołującego SONEL) na okoliczność bezpodstawnego przyjęcia, że dostarczone przez odwołującego SONEL liczniki nie spełniały kryterium zgodności z SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący SONEL wskazał m.in., iż z analizy dostarczonych przez zamawiającego dokumentów wynika, że zamawiający przeprowadził dwukrotnie badanie liczników DDSD285 o numerach fabrycznych 00000001 oraz 00000005, po raz pierwszy w dniu 9 stycznia 2014 r. (protokół nr 362 załącznik 7) oraz ponownie w dniu 21 stycznia 2014 r. (protokół nr 374 załącznik 8). Badania zostały przeprowadzone w Licznikowni w Łodzi funkcjonującej w strukturach PGE co budzi wątpliwości co do bezstronności wykonanego badania.

W ocenie odwołującego SONEL zamawiający zastosował nieprawidłową procedurę badań liczników przy przeciążeniu (obciążenie o wartości 1200%~). Z tego względu zarzucił zamawiającemu, że po przeprowadzeniu badań w dniu 9 stycznia 2014 r. nie wezwał go do uczestniczenia w kolejnych badaniach, które miały miejsce w dniu 21 stycznia 2014 r. i tym samym naruszył zasadę transparentności i bezstronności postępowania.

Nadto podniósł, iż przed złożeniem oferty, zlecił legalizację pierwotną oraz sprawdzenie liczników typu DDSD285 w Zakładzie Tauron Dystrybucja Pomiary Sp. z o.o. w Świdnicy przy ul. Równej 13A, posiadającym aktualne Upoważnienie nr UU/1/2011 Prezesa GUM do legalizacji pierwotnej liczników energii elektrycznej prądu przemiennego klasy 0,2, 0,5, 1 i 2. Co istotne, procedura badania liczników potwierdziła spełnienie wymagań określonych w §8 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie

wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych.

Nadto podniósł, iż w odróżnieniu od protokołów sporządzonych w Punkcie Legalizacyjnym PGE w Łodzi, które z mocy prawa nie mogą stanowić dowodu, gdyż nie spełniają wymogów formalnych - protokół nr 3068 jednoznacznie potwierdza spełnienie wymagań przez liczniki poddane legalizacji pierwotnej. Zarówno w Punkcie Legalizacyjnym, jak również w Podmiocie posiadającym upoważnienie do legalizacji zgodnie z Prawem o miarach można przeprowadzić wyłącznie legalizację pierwotną lub ponowną liczników energii elektrycznej. Wskazane podmioty w żadnym wypadku nie są uprawnione do prowadzenia badań liczników energii elektrycznej. Kompetencje w tym zakresie posiadają Laboratoria akredytowane przez PCA. Dlatego też odwołujący wniósł o przeprowadzenie badań w Akredytowanym Laboratorium.

Podniósł także fakt naruszenia przepisów Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawdzeń wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2008 r. nr 11 poz. 63).

Zamawiający powinien umożliwić odwołującemu SONEL uzupełnienie oferty w przedmiocie funkcjonalności oprogramowania, a zaniechując tego obowiązku dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dostarczone liczniki pracują w sposób prawidłowy a więc zgodnie z wymaganiami punktów 39 i 40 SIWZ (kolejno dla zdania 1 oraz 2). Przerwanie komunikacji przez optozłącze podczas parametryzacji nie powoduje akceptacji przez licznik części ustawień. Po przerwaniu parametryzacji, wszystkie ustawienia pozostają takie same jak przed podjęciem próby parametryzowania urządzenia. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż parametryzacja dotyczy procedury zmiany parametrów (ustawień) licznika w odróżnieniu od synchronizacji daty i czasu RTC, która dotyczy zmiany ustawień zegara wbudowanego w licznik, a powyższe zastrzeżenia wskazują na konieczność przeprowadzenia ponownego badania liczników w obecności wykonawcy i tym samym uchylenie wskazanych w petitum odwołania czynności.

Nadto podniósł, iż czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winno poprzedzić wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic nowego do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SIWZ, a po ich otrzymaniu zamawiający

powinien ponownie poddać ocenie daną ofertę, gdyż złożonymi wyjaśnieniami zamawiający jest związany na równi ze złożoną ofertą.

Podniósł także zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie dość dokładne określenie podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty odwołującego SONEL. W tym zakresie zamawiający nie określił dokładanych i obiektywnie uzasadnionych przyczyn uzasadniających niezgodność zaoferowanych przez odwołującego SONEL produktów z wymaganiami SIWZ.

sygn. akt KIO 234/14

W dniu 31 stycznia 2014 r. r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę JM-TRONIC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym JM-TRONIC”, o wyborze w ramach obu zadań oferty wykonawcy APATOR jako najkorzystniejszej.

W dniu 10 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący JM-TRONIC wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 10 lutego 2014 r.) na czynność zamawiającego polegającą na bezprawnym wyborze w obu zadaniach (częściach) zamówienia jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy APATOR, zarzucając zamawiającemu obrazę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oraz inne wskazane w treści odwołania - poprzez uznanie, iż treść oferty wykonawcy APATOR w obu zadaniach (częściach) jest zgodna z treścią SIWZ, zaniechanie jej odrzucenia oraz wybór oferty podlegającej odrzuceniu jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w odniesieniu do obu zadań (części) dokonanie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. czynności ponownej oceny i badania ofert, odrzucenie oferty wykonawcy APATOR oraz dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego JM-TRONIC
3. w konsekwencji czynności, o której mowa w pkt 2, tj. odrzucenie oferty wykonawcy APATOR
4. wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego JM-TRONIC

W uzasadnieniu odwołania odwołujący JM-TRONIC wskazał m.in., iż zarzuty dotyczące niezgodności urządzeń oferowanych przez wykonawcę APATOR są zasadne. Wykonawca APATOR nie przedłożył bowiem żądanych przez zamawiającego próbek liczników wraz z ofertą składaną w dniu 10 grudnia 2013 r., uczynił to dopiero na wezwanie

zamawiającego do uzupełnienia oferty wystosowane w dniu 13 grudnia 2013 r. Powyższe oznacza, że oferta wykonawcy APATOR nie może być konwalidowana poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż ma on jednokrotne zastosowanie w stosunku do konkretnego dokumentu, które w tym przypadku zostało już skonsumowane. Następstwem tego faktu jest to, że w przypadku stwierdzenia niezgodności przedłożonych próbek z SIWZ, istnieje konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Działanie zamawiającego polegające na wyborze jako oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 1 i 2 oferty wykonawcy APATOR prowadzi do naruszenia podstawowych zasad ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wymagania SIWZ powinny się bowiem na równi odnosić do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i wszystkich na równi obowiązywać.

W dniu 11 lutego 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę APATOR do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez wykonawcę SONEL oraz odwołania wniesionego przez wykonawcę JM-TRONIC, przekazując jednocześnie kopie obu odwołań.

W dniu 14 lutego 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca APATOR przystąpił do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania przez wykonawcę SONEL oraz do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania przez wykonawcę JM-TRONIC, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu SONEL i odwołującemu JM-TRONIC oraz zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego SONEL i odwołującego JM-TRONIC w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

sygn. akt KIO 233/14

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego SONEL podał następujące podstawy swej decyzji:

- 1) błędy obu liczników są jednakowego znaku dla wszystkich wybranych do sprawdzenia licznika wartości wielkości mierzonej, ich wartość bezwzględna przekracza połowę wartości błędów granicznych dopuszczalnych wskazań. Zgodnie z § 8 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawozdań wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2008 r., Nr 11, poz. 63) – SIWZ pkt 13.4.b.)
- 2) informacje o użytkownikach i jego uprawnieniach są zapisywane w bazie danych w sposób jawny (nie jawnie przechowywane jest tylko hasło użytkownika) załącznik nr 1 do SIWZ „liczniki statyczne (zadanie 1) powinny spełniać następujące szczegółowo wymagania formalne i techniczne” pkt 37, oraz zadanie 2 pkt 38
- 3) po przerwaniu komunikacji licznik nie powraca do ustawień sprzed parametryzacji (jest możliwość częściowego zapisu ustawień) – załącznik nr 1 do SIWZ „Liczniki statyczne (zadanie 1) powinny spełniać następujące szczegółowo wymagania formalne i techniczne” pkt 39 oraz zadanie 2 pkt 40.

Zamawiający zamieścił w SIWZ m.in. następujące postanowienia:

„13.4.Oświadczenie Wykonawcy, że oferowane urządzenia zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej przepisami, między innymi:

- a) ustawą Prawo o Miarach (Dz. U. z 2004 r., Nr 243, poz. 2441 z późn. zm.)
- b) rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie wymagań, którym powinny odpowiadać liczniki energii elektrycznej czynnej prądu przemiennego oraz szczegółowego zakresu badań i sprawozdań wykonywanych podczas prawnej kontroli metrologicznej tych przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2008 r., Nr 11, poz. 63)
- c) rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 7 stycznia 2008 r. w sprawie prawnej kontroli metrologicznej przyrządów pomiarowych (Dz. U. z 2008 r., Nr 5, poz. 29)”

Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ podał m.in. następujące wymagania formalne i techniczne:

„37.Zabezpieczenie przed nieautoryzowaną zmianą parametryzacji licznika poprzez: zabezpieczenie dedykowanego oprogramowania hasłem (Zamawiający nie dopuszcza stosowania zabezpieczenia w postaci klucza sprzętowego) i zabezpieczenie sprzętowe licznika poprzez dodatkową plombę OSD.

(...)

39.Identyfikacja użytkownika dokonującego parametryzacji urządzenia dostarczonym oprogramowaniem musi następować na podstawie indywidualnej nazwy nadanej użytkownikowi przez Zamawiającego. W dostarczonych urządzeniach przy każdorazowej zmianie parametryzacji musi zostać zapisana nazwa użytkownika dokonującego parametryzacji oraz data i czas jej wykonania (odczyt tych informacji zapisanych w urządzeniu musi być możliwy dla Zamawiającego). Używanie nazwy użytkownika może nastąpić wyłącznie po podaniu hasła ustalonego wcześniej przez użytkownika”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego SONEL, jednoznacznie wskazał w jaki sposób będzie dokonywał badania dostarczonych próbek (liczników), jak i jakie parametry oferowanych liczników są dla niego istotne. Podniósł bowiem, iż dokona sprawdzenia czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ a także, iż negatywna ocena próbki będzie oznaczać, że oferowany licznik nie spełnia wymogów przedmiotowych określonych w SIWZ, a tym samym skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Liczniki dostarczone przez wszystkich wykonawców, w tym także odwołującego SONEL, zostały poddane badaniom w „Licznikowni Łódź” „na stacjach wzorcowniczo - legalizacyjnych zamawiającego produkcji: Instytutu Komputerowych Systemów Automatyki i Pomiarów Sp. z o.o. (IKSAiP) oraz MeterTest Sp. z o.o.” (pkt 12 str. 38). Liczniki poddane badaniom były już zalegalizowane (zgodnie z wymogiem 13 str. 38). Natomiast ich konstrukcja miała „umożliwiać sprawdzenie ich parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez zamawiającego stacjach wzorcowniczo – legalizacyjnych” (zgodnie z wymogiem 12 ze str. 38). Zamawiający dokonywał więc badań liczników w tych samych warunkach i tylko pod kątem spełnienia wymogów przedmiotowych określonych w SIWZ oraz w oparciu o akty prawne tam określone. Natomiast nie dokonywał – wbrew twierdzeniom odwołującego SONEL – ponownej legalizacji próbek, gdyż dostarczone liczniki musiały być zalegalizowane. Tym samym bezpodstawnym jest zarzut jakoby zamawiający dokonywał legalizacji przekazanych do badań i zalegalizowanych już liczników.

Zamawiający nie kwestionował bowiem ani klasy licznika, ani też zasadności uzyskanej przez niego legalizacji. Dokonywał jedynie kontroli metrologicznej dostarczonego liczników, a więc badania spełnienia przez oferowane liczniki żądanych przez niego

parametrów określonych w załączniku nr 1 do SIWZ, spełniających wymogi rozporządzenia. Wyniki tych badań zostały następnie uwidocznione w treści sporządzonych w ich toku protokołów. Obarczone błędem liczniki, w tym próbki (liczniki) przedstawione do badań przez odwołującego SONEL, zostały wyróżnione w protokole kolorem szarym. Wyróżnienia tego dokonało automatycznie urządzenie, na którym dokonano badań w stosunku do tych liczników, które ich nie przeszły. Błąd wzorcowy licznika mógł wynosić do 0,04%. Tymczasem – jak wynika z protokołów – błąd ten przekroczył, w odniesieniu do liczników dostarczonych przez wykonawcę SONEL, wartość dopuszczalną. Okoliczność tę potwierdziło ponowne badanie liczników odwołującego SONEL. Błąd ten bowiem nadal istniał w stosunku do jednego z dostarczonych liczników. Badanie wyszło więc negatywnie.

Natomiast powołanie w treści informacji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy pkt 13.4. miało na celu jedynie – jak podniósł zamawiający na rozprawie - wskazanie wykonawcom, iż przedstawione do badań liczniki powinny być zgodne z wymogami zamawiającego postawionymi w SIWZ i zgodnymi z powołanymi w treści specyfikacji aktami prawnymi, w oparciu o które zamawiający wyspecyfikował wymagania stawiane zamawianym licznikom. Tym samym nie można postawić zamawiającemu zarzutu wskazania i złej podstawy w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego SONEL w odniesieniu do punktu 1 (zadanie 1).

Zamawiający postawił także w SIWZ wymóg dotyczący poziomu baz dostępu, niespełnienie którego przez przekazany do badań licznik zakwestionował odwołujący SONEL. Jednak to zamawiający wykazał w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż istnieje możliwość dostępu do tych baz (za pomocą MS Access). Na dowód czego przedstawił na rozprawie prezentację, z której wynika w jaki sposób można tego dokonać. Zabezpieczenia tej wersji programu – jak podniósł na rozprawie - są bowiem na bardzo niskim poziomie. Dlatego też poprzez narzędzia ogólnodostępne w internecie można bardzo łatwo uzyskać dostęp do odzyskiwania zapomnianych haseł. Tym samym zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ potwierdził się i w tym zakresie. Bez znaczenia jest przy tym (dla stwierdzenia jego istnienia) w jaki sposób realizowany jest dostęp do tych baz. Istotnym jest jedynie, że taka ingerencja faktycznie jest możliwa.

O niezgodności treści oferty odwołującego SONEL z treścią SIWZ świadczy także i to, że w trakcie przeprowadzonych badań (w czasie procesu parametryzacji) doszło do przerwania komunikacji, w konsekwencji czego zmianie uległy ustawienia licznika, tj. data i czas. W taki wypadek licznik wchodzi – jak podniósł zamawiający - w tzw. tryb zawieszenia a jego odblokowanie następuje dopiero po wyłączeniu licznika spod napięcia i ponownym jego załączeniu. Okoliczność powstania tego błędu stwierdzona została także w treści protokołów przeprowadzonych przez zamawiającego badań. Potwierdzają to także przedłożone przez odwołującego SONEL wydruki ze stanów rejestru liczników tego typu, na co także zwrócił

uwagę na rozprawie zamawiający (str. 2 wydruków). Tym samym i ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego jest zasadna.

Reasumując stwierdzić należy, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się, gdyż badanie liczników dostarczonych przez odwołującego SONEL wyszło negatywnie. Brak jest więc podstaw do uznania spełnienia przez dostarczone liczniki obligatoryjnych wymogów zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ (pkt 4, ppkt a) załącznika nr 1) wskazał, iż „dostarczone oprogramowanie musi pracować na następujących systemach operacyjnych: Windows XP, Windows Vista, Windows 7, Windows Mobile (...)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż oprogramowanie dostarczone przez odwołującego SONEL nie zawierało jednego z wymaganych systemów operacyjnych, a mianowicie systemu Windows Mobile.

Bezspornym jest także, iż zamawiający nie wzywał wykonawcy (odwołującego SONEL) do jego uzupełnienia, gdyż uznał iż oferta tego wykonawcy i tak podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (...) chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (...). W myśl powyższego zamawiający nie jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów (w tym przypadku systemu operacyjnego Windows Mobile) oferta podlegać będzie odrzuceniu. Brak wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu, stanowi bowiem wyjątek od zasady wzywania do uzupełnienia wszystkich wykonawców, w ofertach złożonych przez których stwierdzono braki. W przedmiotowym stanie faktycznym oferta odwołującego SONEL podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym brak było podstaw do zastosowania w tym przypadku – w odniesieniu do brakującego systemu operacyjnego Windows Mobile – art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wymienione w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, a które znajdują zastosowanie bez względu na prawidłowość złożonych przez wykonawcę dokumentów nie jest celowe uzupełniania dokumentów, gdyż nie ma to wpływu na ocenę oferty. Zamawiający uczynił więc prawidłowo nie wzywając odwołującego SONEL

do uzupełnienia dokumentów (systemu operacyjnego Windows Mobile) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został podniesiony tylko i wyłącznie w zakresie zaniechania uzupełnienia oferty odwołującego SONEL w zakresie funkcjonalności oprogramowania. Zarzut ten nie obejmował zaniechania wezwania odwołującego SONEL do uzupełnienia wadliwych próbek (liczników). W tym zakresie zarzut ten został podniesiony dopiero na rozprawie. Tak więc w kwestii zaniechania wezwania do uzupełnienia próbek Izba nie może orzekać, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie orzeka co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie badania próbek liczników przez Komisję Techniczną zamawiającego z pominięciem zewnętrznego laboratorium, co naruszyło zasadę bezstronności i obiektywizmu nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ zamieścił następujące postanowienia:
„12.3.Przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz niniejszej specyfikacji w zakresie techniczno-jakościowym. W tym celu wraz z ofertą Wykonawca dostarczy do Zamawiającego 2 egzemplarze urządzeń dla każdego z zadań wraz z każdym koniecznym wyposażeniem licznika, które umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ m.in. (...)
13.12.Dołączone do oferty wzory oferowanych urządzeń będą podlegały badaniu, co do zgodności z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Specyfikacji. Każda z oferowanych próbek będzie podlegała ocenie w zakresie zgodności z wymogami SIWZ i każda oceniana próbka powinna spełniać określone wymagania techniczne. (...)”.

Nadto w punkcie 12 załącznika nr 1 do SIWZ zamieścił postanowienie „konstrukcja liczników powinna umożliwiać sprawdzenie jego parametrów metrologicznych podczas kontroli metrologicznej licznika na posiadanych przez Zamawiającego stacjach wzorcowniczo – legalizacyjnych”.

Odwołujący SONEL zakwestionował prawidłowość badania próbek przez komisję zamawiającego, podnosząc iż powinno ono być dokonane przez zewnętrzne laboratorium, jak również z udziałem przedstawicieli odwołującego SONEL.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający wskazał w treści SIWZ w jaki sposób będzie się odbywała dokonywana przez niego kontrola dostarczonych przez wykonawców liczników.

Badanie to – co wyraźnie wyartykułował w treści SIWZ - miało się odbyć w jego stacjach wzorcowniczo – legalizacyjnych. Kwestie te były więc znane wykonawcom od momentu zapoznania się z treścią SIWZ, mimo to ani odwołujący SONEL, ani też żaden z pozostałych wykonawców na wcześniejszym etapie postępowania, nie kwestionował faktu dokonania badania przez komisję techniczną zamawiającego.

Zamawiający przewidział także w treści SIWZ możliwość udziału w badaniach próbek wykonawcy, przy czym odpowiadając na pytania wykonawców wskazał w jakich okolicznościach sytuacja taka może mieć miejsce, tj. wtedy gdy zamawiający nie może uaktywnić bądź odczytać danych z urządzenia w celu zbadania zgodności z opisem przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w przypadku odwołującego SONEL żadna z tych sytuacji nie wystąpiła a więc brak było podstaw do wystosowania do tego wykonawcy zaproszenia do udziału w badaniu dostarczonych przez niego próbek (liczników). Odwołujący SONEL także nie wystąpił do zamawiającego o umożliwienie mu udziału w toku badania dostarczonych próbek.

Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia zasad bezstronności poprzez badanie dostarczonych przez wykonawcę próbek przez zamawiającego a nie niezależne laboratorium zewnętrzne, jak również ich dokonanie bez udziału zainteresowanego wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Art. 92 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (...)”. Zamawiający, pismem z dnia 31 stycznia 2014 r., poinformował odwołującego SONEL o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 1 i nr 2, podając uzasadnienie prawne („Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907, 984 i 1047) – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”), jak również uzasadnienie faktyczne, wskazując m.in., iż „treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dołączone wraz z ofertą dokumenty i oprogramowanie nie spełnia wymagań SIWZ”. Jednocześnie podał jakiego rodzaju błędy zdecydowały o odrzuceniu jego oferty. Z powyższego więc wynika, że zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp i zawiadomił odwołującego o powodach odrzucenia jego oferty. Informacja pisemna skierowana do odwołującego SONEL zawierała wszystkie elementy, o których stanowi przywołany wyżej przepis. Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego SONEL, wskazał szczegółowo podstawy faktyczne odrzucenia jego oferty. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak skierowania do odwołującego SONEL wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zarzutów stanowiących podstawę odrzucenia jego oferty nie potwierdził się.

Niewątpliwym jest, iż zamawiający – zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Tak więc zamawiający może ale nie musi skorzystać z tego uprawnienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy treść oferty można wywieść bez udziału wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym podczas dokonywania badania przedstawionych do badań przez odwołującego SONEL próbek (liczników) jednoznacznie stwierdzono, iż nie spełniają one (w określonym zakresie) wymogów postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ. Nie było w tym zakresie żadnych wątpliwości i niejasności. Wobec tego zamawiający nie był zobowiązany do wyjaśniania treści oferty odwołującego SONEL.

sygn. akt KIO 234/14

Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy APATOR z treścią SIWZ (w zakresie możliwości wciśnięcia przycisku administracyjnego bez zdejmowania plomby) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ, pkt 36 zamieścił postanowienie „Zabezpieczenie przed nieautoryzowaną zmianą parametryzacji licznika poprzez: zabezpieczenie dedykowanego oprogramowania hasłem (Zamawiający nie dopuszcza stosowania zabezpieczenia w postaci klucza sprzętowego) i zabezpieczenie sprzętowe licznika poprzez plombę OSD.”.

Zamawiający dokonał oceny zaoferowanych przez wykonawcę APATOR próbek w postępowaniu przetargowym, wpisując w protokołach odpowiednio w poz. 70 i 71 „TAK”.

Spełnienie powyższego wymogu zakwestionował odwołujący JM-TRONIC, podnosząc iż wykonawca „APATOR zaoferował licznik, który tego wymogu nie spełnia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż wykonawca APATOR dla zadania nr 1 zaoferował licznik typu „CORAX1”, natomiast dla zadania nr 2 licznik „CORAX3”. Niewątpliwym jest także, iż zamawiający w trakcie dokonywanego sprawdzenia spełnienia postawionych w SIWZ wymogów nie stwierdził możliwości ingerencji w zaoferowany przez tego wykonawcę licznik bez zerwania plomby. Istotnie na zaprezentowanym w toku rozprawy przez odwołującego JM-TRONIC filmie widać ingerencję w licznik. Nie widać jednak – jak słusznie podniósł zamawiający - jakiego rodzaju ingerencji dokonano, a więc czy zmiany taryfy dokonano tylko i wyłącznie poprzez nacisk na przycisk administracyjny. A ponadto badaniu poddano – na co zwrócił uwagę przystępujący - nie ten sam typ licznika. Odwołujący JM-TRONIC wybrał dla

przeprowadzenia tego badania – co konsekwentnie podkreślał na rozprawie - typ licznika najbardziej zbliżony i objęty tym samym certyfikatem MID. A więc nie licznik, który faktycznie został w tym postępowaniu zaoferowany, a jedynie licznik tego samego rodzaju. To zamawiający zaprezentował w toku rozprawy licznik, który został zaoferowany przez wykonawcę APATOR i mimo, iż jeden z pełnomocników odwołującego JM-TRONIC podjął próbę ingerencji w ten konkretny licznik (za pomocą przycisku administracyjnego) w sposób zaprezentowany w trakcie przedstawionego filmu okazało się, że taka ingerencja nie jest możliwa. Powyższe zostało już wcześniej stwierdzone przez zamawiającego w protokole z badań liczników dostarczonych przez wykonawcę APATOR, jak również podczas próby ingerencji w licznik dokonanej w trakcie rozprawy. W kontekście powyższego wszelkie argumenty odwołującego JM-TRONIC odnoszące się do ewentualnej możliwości dokonania takiej ingerencji czy to poprzez przycisk administracyjny, czy obudowę nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym przedmiotowej sprawy. Przeciwnie to zamawiający wykazał na okazanym Izbie liczniku, iż jest to niemożliwe. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy APATOR z treścią SIWZ (zarzuty opisane w treści uzasadnienia odwołania str. 5 – 13) nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 12 SIWZ „Wymagania przedmiotowe – wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia jakie musi spełnić Wykonawca składający ofertę, w niniejszym postępowaniu” zamieścił m.in. następujące postanowienia:

„12.3.Przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawca umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz niniejszej specyfikacji w zakresie techniczno-jakościowym. W tym celu wraz z ofertą Wykonawca dostarczy do Zamawiającego 2 egzemplarze urządzeń dla każdego z zadań wraz z każdym koniecznym wyposażeniem licznika, które umożliwi Zamawiającemu przeprowadzenie oceny oferowanego urządzenia pod kątem zgodności z zapisami oferty oraz SIWZ m.in. (...)

Dostarczone urządzenia będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczonych w ramach realizacji umowy. (...)

Odwołujący JM-TRONIC, odnośnie liczników wzorcowych dostarczonych przez wykonawcę APATOR dla zadania nr 1 i dla zadania nr 2, postawił zarzut niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ na skutek istnienia szeregu błędów tych liczników, szczegółowo wskazanych przez niego na stronach 5 – 13 uzasadnienia odwołania. Swoje stanowisko – jak podniósł na rozprawie – oparł na badaniu typu licznika najbardziej zbliżonego do tego, który został zaoferowany przez wykonawcę APATOR i objętego tym samym certyfikatem MID.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż z protokołów badania wzorów liczników dostarczonych przez wykonawcę APATOR („Protokół sprawdzenia liczników 1(3) fazowych energii czynnej (biernej) do sieci trójprzewodowej (czteroprzewodowej) nr 362, nr 361 z dn. 09-01-2014”; „protokół oceny zaoferowanych próbek w postępowaniu przetargowym (...) Wykonawca: APATOR – sprawdzone próbki: Typ: CORAX3, nr 70887459, 70887458; Typ: CORAX1, nr 83082175, nr 83082180”) wynika jednoznacznie, iż zaoferowane przez tego wykonawcę liczniki spełniają wymagania postawione przez zamawiającego w treści załącznika nr 1 do SIWZ „Szczegółowe wymagania dla urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej”. Liczniki dostarczone przez wszystkich wykonawców zostały poddane tej samej procedurze badania. Badań tych dokonano w oparciu o tę samą aktualną normę, a ich wyniki zostały uwidocznione w treści sporządzonych protokołów.

Odwołujący JM-TRONIC w treści odwołania, zarzucając niespełnienie wymogów przez liczniki wykonawcy APATRO powołał się na normę PN – EN 62056-61 z czerwca 2007 r. Norma ta - jak podniósł zamawiający – została zastąpiona normą PN – EN 62056-61 z kwietnia 2009 r. i w oparciu o tę właśnie normę zamawiający dokonywał badań. Tak więc oparł swe zarzuty na normie, która już nie funkcjonuje w obrocie prawnym. Natomiast nie przedstawił żadnych argumentów, które choćby uprawdopodobniły niezgodność treści oferty wykonawcy APATOR z treścią SIWZ. Przeciwnie z dokumentacji postępowania (protokoły przeprowadzenia badań przez zamawiającego) jednoznacznie wynika, iż badania liczników dostarczonych przez wszystkich wykonawców zostały przeprowadzone w taki sam sposób i na tych samych urządzeniach. Urządzenie, na którym dokonywane były badania automatycznie uwidocznilo liczniki, które wymogów zamawiającego nie spełniają i wśród nich (liczników obarczonych błędem) brak jest liczników zaoferowanych przez wykonawcę APATOR. Brak jest więc podstaw do uznania, iż oferta tego wykonawcy nie jest zgodna z treścią SIWZ. Tym samym ewentualne przeprowadzenie dowodu zawnioskowanego przez odwołującego JM-TRONIC (dowodu z opinii biegłego) prowadziłoby jedynie do zwłoki. Istotnie podniósł on szereg zarzutów pod adresem liczników dostarczonych przez wykonawcę APATOR, jak i wskazywał na szereg nieprawidłowości. Niemniej jednak badań, na których oparł swe zarzuty, dokonywał w innych warunkach, na innych urządzeniach a co najistotniejsze na innych licznikach niż zaoferowane. Dlatego też Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż istotnie zarzut naruszenia tego przepisu poprzez nieuprawnione wezwanie wykonawcy APATOR do uzupełnienia próbek, tj. dwóch egzemplarzy każdego z oferowanych produktów dla każdego z zadań wraz z każdym koniecznym wyposażeniem licznika, nie został podniesiony ani w

komparycji odwołania, ani też w treści uzasadnienia. Na stronie 14 uzasadnienie, na którą powoływał się w trakcie rozprawy odwołujący JM-TRONIC, zarzut ten nie został postawiony. Wskazano tam bowiem, iż „oferta APATOR S.A. nie może być konwalidowana poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż ma on jednokrotne zastosowanie w stosunku do konkretnego dokumentu, które w tym przypadku zostało już skonsumowane.(...) Następstwem tego faktu jest, w przypadku stwierdzenia niezgodności przedłożonych próbek z SIWZ, konieczność odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”. Tym samym odwołujący JM-TRONIC nie kwestionował faktu uzupełnienia oferty przez wykonawcę APATOR poprzez dostarczenie zamawiającemu próbek a odnosił się jedynie do możliwości zastosowania wobec tego wykonawcy kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący JM-TRONIC dopiero na rozprawie postawił zamawiającemu zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy APATOR do uzupełnienia próbek. Zarzut ten nie został więc formalnie podniesiony w odwołaniu i jako taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę. Izba, w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Samo powołanie przepisu nie oznacza jeszcze formalnego zarzutu, zwłaszcza że – jak wynika z cytowanej wyżej treści odwołania – przepis ten został powołany w zupełnie innym celu. Poprzez jego zacytowanie nie wskazano naruszenia żadnej czynności ani też zaniechania takiej czynności, która w konsekwencji mogłaby stanowić naruszenie tego przepisu. Wskazano jedynie na brak hipotetycznej możliwości ponownego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Brak jest więc podstaw do rozpoznania tak podniesionego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba nie zasądziła od odwołującego SONEL i odwołującego JM-TRONIC na rzecz zamawiającego kosztów pełnomocnika, gdyż - zgodnie z § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a pełnomocnik zamawiającego ani rachunków, ani też faktur nie przedłożył do akt sprawy.

Przewodniczący: