

WYROK
z dnia 24 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 21 kwietnia, 4 maja i 18 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę **APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie**

przy udziale:

- A) wykonawcy **FOXYTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] ESMETRIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik]** i **[2] UAB „Elgama-Elektronika” z siedzibą w Wilnie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu na rzecz zamawiającego Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający TAURON DYSTRYBUCJA Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Podgórska 25a, 31-035 Kraków wszczął postępowanie na dostawy w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE«.

27.02.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 041-097736.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) [dalej SPzp] i na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) [dalej NPzp] zgodnie z art. 92 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

19.02.2021 r. zamawiający poinformował o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy FOXYTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Stanisława Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica [dalej wykonawca F];
- 2) faktycznym zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] ESMETRIC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (wcześniej występująca pod firmą: ADD Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.) z siedzibą w Warszawie, ul. Kolejowa 5/7/IV P, 01-217 Warszawa [pełnomocnik] i [2] UAB „Elgama Elektronika”, ul. Visoriu 2, LT-08300 Wilno [dalej wykonawca E] oraz zaniechanie wezwania wykonawcy E do uzupełnienia i poprawienia dokumentów.

01.03.2021 r. wykonawca APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, ul. Gdańska 4a lok. C4 87-100 Toruń, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) czynności badania i oceny ofert;

- 2) czynności odrzucenia oferty wykonawcy APATOR Spółka Akcyjna z siedzibą w Toruniu, ul. Gdańska 4a lok. C4 87-100 Toruń [dalej wykonawca A lub odwołujący];
- 3) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy F; zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy F;
- 4) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy E;
- 5) zaniechanie wezwania wykonawcy E do uzupełnienia i poprawienia dokumentów;
- 6) pozostałe czynności lub zaniechania wskazane w dalszej części odwołania – art. 516 ust. 1 pkt 8 NPzp lub art. 180 ust. 3 SPzp (odwołujący cofnął tezę 6).

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp przez odrzucenie oferty wykonawcy A [odwołującego] pomimo, że w pełni odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej SIWZ];
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy F i oferty wykonawcy E pomimo, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 91 ust. 1 SPzp przez wybór oferty wykonawcy F pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 4) art. 26 ust. 3 SPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy E do uzupełnienia i poprawienia dokumentów;
- 5) art. 7 ust. 1 SPzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy A [odwołującego];
- 4) nakazania zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy F i wykonawcy E.

Argumentacja odwołującego

Interes we wniesieniu odwołania

W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą

zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów SPzp przez zamawiającego. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy A [odwołującego] i odrzucenie ofert konkurencyjnych da odwołującemu możliwość pozyskania zamówienia.

Niewątpliwie w stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Szkada ta polega również na tym, że zamawiający bezpodstawnie kwestionuje produkt odwołującego, zarzucając mu niespełnienie wymagań, co wpływa na postrzeganie tego produktu na rynku. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 SPzp (art. 505 ust. 1 NPzp) do wniesienia odwołania.

Termin

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż odwołujący informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty otrzymał 19.02.2021 r.

Wpis od odwołania

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający 19.02.2021 r. poinformował odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy F, zaś oferta wykonawcy A [odwołującego] została odrzucona.

I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp przez odrzucenie oferty wykonawcy A [odwołującego] pomimo, że treść oferty w pełni odpowiada treści SIWZ

1. 18.09.2020 r. zamawiający pismem znak DU/UZA/MZ/194/2020 poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu niespełniania wymagań określonych w:

1) pkt 1.4 załącznika 1 do umowy – wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń) o treści:

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

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

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

2) pkt 1.70 Załącznika nr 1 do umowy – Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń) o treści:

»Interfejsy elektryczne licznika nie mogą być dostępne dla użytkownika bez naruszenia plomby monterskiej«;

3) pkt 1.72 Załącznika nr 1 do umowy Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń) o treści:

»Kieszonka (SIM HOLDER) na kartę SIM-dostępna tylko po zdemontowaniu osłony skrzynki zaciskowej lub innej osłony zabezpieczonej plombą zamawiającego oraz czujnikiem otwarcia tej osłony«.

2. Owe „niezgodności” są konsekwencją odchylenia jednego elementu licznika osłony listwy zaciskowej licznika. Zamawiający odrębnie uzasadnił naruszenie każdego z wymagań, co być może miało wywołać mylne wrażenie, że licznik jest obciążony szeregiem wad i szereg jego elementów nie spełnia oczekiwań. Tymczasem przy każdym uzasadnieniu naruszenia poszczególnych wymagań, fragment rozpoczynający uzyskane efekty brzmi następująco: »Ręcznie (bez użycia narzędzi, manualnie) dokonano odchylenia górnej części pokrywy listwy zaciskowej licznika, wskutek czego powstała szczelina około 1,5 cm szerokości, [...]«. Zatem szczelina, która powstała podczas tego badania, tj. badania 27.11.2020 r., umożliwiła zamawiającemu dokonywanie tych wszystkich, poszczególnych ingerencji.

3. Zamawiający pominął jednak w uzasadnieniu swojej decyzji jeden bardzo istotny fakt. Przed badaniem 27.11.2020 r. (jedyne badanie w zakresie wskazanych powyżej wymagań, które odbyło się w obecności przedstawicieli odwołującego) już zniszczył próbkę odwołującego, dokonał degradacji, deformacji i uplastycznienia osłony listwy zaciskowej. Próbkę osłona listwy zaciskowej utraciła swoje właściwości. Przed przystąpieniem do badania 27.11.2020 r. zamawiający wykonywał szereg badań na próbce odwołującego, bez udziału odwołującego, co pozostawiło trwałe i widoczne ślady ingerencji zamawiającego w postaci:

- 1) powgniatanych rantów obudowy licznika pod które wchodzi przedmiotowa osłona, a które właśnie temu służyć, aby utrudnić do niej dostęp, a jednocześnie być nośnikiem śladów niedozwolonej ingerencji;
- 2) powgniatanych rantów samej osłony listwy zaciskowej;
- 3) deformacja osłony listwy zaciskowej widoczna utrata kształtów;
- 4) głębokie porysowanie modemu i widoczne porysowania osłony licznika;
- 5) powstanie szczelin pomiędzy osłoną a obudową.

Badanie zamawiającego 27.11.2020 r. doprowadziło do powstania kolejnych uszkodzeń oraz pogłębienia wcześniej istniejących, w wyniku badania spełniania wymagań pkt 1.4, 1.70 i 1.72 Załącznika nr 1 do umowy – Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń).

Odwołujący okazał zdjęcia próbki odwołującego po zakończeniu badania 27.11.2020 r.

4. Zdjęcia te ukazują jedynie część uszkodzeń licznika powstałych wskutek niedozwolonej ingerencji. Odwołujący zaprezentuje wszystkie uszkodzenia na próbce licznika.

5. Pomimo tych widocznych śladów ingerencji zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazuje: »Ręcznie (bez użycia narzędzi, manualnie) dokonano odchylenia górnej części pokrywy listwy zaciskowej licznika, wskutek czego powstała szczelina około 1,5 cm szerokości, umożliwiająca dostęp do wnętrza licznika bez naruszenia lub uszkodzenia elementów zabezpieczających (plomby, obudowy i pokrywy listwy zaciskowej)«. Zamawiający pomimo, śladów uszkodzenia oraz zgłoszenia w protokole z badań przez przedstawicieli wykonawcy A [odwołującego], że badanie rozpoczęto na uszkodzonej próbce oraz zakończyło się kolejnym uszkodzeniem lub naruszeniem próbki, powstaniem widocznych śladów ingerencji, udaje, że próbka ich nie posiada.

6. Pierwsze badania próbki licznika odwołującego, o których odwołujący ma wiedzę, zostały przeprowadzone 25.06.2020 r. przy udziale przedstawicieli wykonawcy A [odwołującego] przez multimedialne łącze zdalne. Zamawiający w trakcie badań licznika, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, niejasności czy uwag do próbki na bieżąco konsultował je online z Przedstawicielem odwołującego. W stosunku do tego konkretnego badania spełniania wymagania pkt 1.4, 1.70 i 1.72 załącznika nr 1 do umowy, którego niespełnienie zarzucono odwołującemu, zamawiający nie miał żadnych uwag ani wątpliwości podczas badania, o czym świadczy przebieg badania.

Okazało się, że mimo to, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako niespełniającą wymagania z pkt 1.4 załącznika 1 do umowy – wymagania techniczne dla liczników

3-fazowych (specyfikacja urządzeń). Odwołujący zaskarżył tę decyzję odwołaniem, które zostało rozpatrzone pod sygn. akt KIO 2470/20. W trakcie rozprawy odwoławczej zamawiający przedstawił nagrania, które zostały dokonane po dniu wyznaczonym na ich przeprowadzenie, tj. 25.06.2020 r. Nagrania pochodziły z lipca 2020 r. Zatem próbka była już wówczas badana dwukrotnie bez udziału przedstawicieli wykonawcy A [odwołującego]. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, uznając, że odrzucenie oferty odwołującego jest bezpodstawne, wskazując m.in.: »W ocenie Izby zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego jest zasadny z uwagi na fakt, że zamawiający nie przeprowadził i nie udokumentował badania próbki w sposób prawidłowy i transparentny, pozwalający uznać konkluzje z tego badania za wiarygodne i niewątpliwe«, »W ocenie Izby w świetle dokumentacji postępowania czynność odrzucenia oferty odwołującego nie była zasadna, zamawiający nie wykazał bowiem i nie udokumentował takiego przebiegu badania próbki i jego wyniku, który potwierdzałby bez wątpliwości, że próbka nie spełnia wymagania z pkt 1.4 załącznika nr 1 do umowy«. Co do nagrań Izba zważyła, że »Zamawiający nie udokumentował całego przebiegu badania próbki ani w formie pisemnego protokołu, ani w żadnej innej formie (w tym nagrania wideo)«, »Dopiero podczas rozprawy zamawiający złożył nośnik z czterema nagraniami wideo, obejmującymi jedynie fragment badań dotyczący odginania osłony listwy zaciskowej. Nie sposób więc stwierdzić, w jaki sposób przebiegała całość procesu badania próbki«.

7. Zamawiający pominął w swojej decyzji również szereg innych okoliczności, które zaistniały podczas badań 27.11.2020 r. Po podaniu napięcia zasilającego licznikowi zamontowanemu na stanowisku, należało skasować sygnalizację zadziałania czujnika zdjęcia osłonki skrzynki zaciskowej. To operacja, którą należy wykonać w celu wprowadzenia licznika w stan taki, jaki jest po zamontowaniu licznika u klienta. Aby móc wykonać kasowanie czujnika osłonki skrzynki zaciskowej konieczne jest aby ta osłonka była poprawnie zamontowana na liczniku. Przedstawicielom zamawiającego ta operacja się nie powiodła. Przedstawiciel odwołującego poinformował wówczas, że czujnik nie działa, ponieważ osłonka jest zdeformowana, na co zresztą wskazywał jeszcze przed przystąpieniem przez przedstawicieli zamawiającego do tych czynności. Zamawiający potwierdził, że wcześniej wykonywał sprawdzenie czujnika i sam czujnik działał poprawnie. Wtedy przedstawiciel zamawiającego przyniósł osłonkę z liczników wykonawcy A [odwołującego] z bieżących dostaw, zamontował ją i wówczas czujnik zadziałał poprawnie. Przedstawiciel zamawiającego oświadczył, że nie może wykonać badania na osłonce z dostaw, ponieważ to nie jest to próbka. Następnie Pan Z. Ł. (członek komisji przetargowej) wziął osłonkę z próbki w ręce i zaczął ją dogniatać, ścisnąć itp. Uzyskał kształt, który pozwolił dopasować ją do czujnika i po tych operacjach (kolejnych działaniach

mechanicznych) założył osłonę i wtedy sygnalizację czujnika udało się skasować. Zaplombowano licznik i rozpoczęto „pokaz” na takiej właśnie osłonce, która wskutek tego typu zabiegów utraciła swoje właściwości. Dla zamawiającego nie stanowiło to niczego dziwnego, że przeprowadza badania na osłonce, której w taki sposób się nie użytkuje, przecież żaden odbiorca energii elektrycznej nie zdejmuje osłonki, aby ją powyginać w celu kradzieży energii, bo po co miałby ją wyginać, jeśli jest zdjęta.

Oczywiście dla odbiorcy energii licznik jest dostępny tylko z założoną i zaplombowaną osłonką. Badanie zakończono wynikiem negatywnym. Przedstawiciel odwołującego poinformował, że próba ta pozostawiła ślady i wskazał na odstające boki osłonki. Przedstawiciel zamawiającego odpowiedział, że to „wróci do swojego kształtu”. Próbował nawet naciskać palcami, by wróciło, ale nie wracało, więc skwitował, że to się po czasie samo naprawi. Po tych czynnościach poinformowano przedstawicieli wykonawcy A [odwołującego], że teraz zostanie sporządzony protokół oraz że przedstawiciele wykonawcy A [odwołującego] będą mogli nanieść swoje uwagi. Po ponad 2 godzinach przedstawiciele wykonawcy A [odwołującego] otrzymali protokół, do którego wnieśli stosowne uwagi. Oczywiście mimo upływu tego czasu odstające boki osłonki skrzynki zaciskowej nie wróciły do swojego pierwotnego kształtu, czyli pozostał widoczny ślad ingerencji tego konkretnego badania, do którego przecież przystąpiono na już wcześniej uszkodzonej próbce w wyniku wcześniejszych badań i weryfikacji przedmiotowych wymagań.

8. Sformułowania w uzasadnieniu decyzji zamawiającego: »Do ww. czynności przedstawiciele wykonawcy A [odwołującego] nie wnieśli uwag, potwierdzając werbalnie fakt poprawności wykonanych prac instalacyjnych«, oznaczają wyłącznie brak uwag do samych czynności instalacyjnych licznika, a nie do sposobu i wyniku badania wymagań, których niespełnienie zarzucono odwołującemu bo w tym zakresie uwagi wniesiono, o czym świadczy treść protokołu z badań.

9. Odgięcie osłony listwy zaciskowej powoduje, że zadziała czujnik jej otwarcia, co zostaje zapisane w dzienniku zdarzeń licznika oraz na LCD licznika wyświetli się symbol otwarcia osłony. Fakt zadziałania czujnika jest wykrywany przez systemy odczytowe zamawiającego.

10. Zaoferowany licznik posiada osłonę skrzynki zaciskowej wykonaną z tworzywa, które nie jest plastyczne i nie ulega odkształceniu, dlatego możliwość odgięcia osłony, o którym pisze zamawiający, może mieć miejsce tylko po wcześniejszym jej uszkodzeniu, zniszczeniu lub też uszkodzeniu obudowy licznika. Niedozwolona ingerencja pozostawia

ślady ingerencji w postaci zarysowań, odgięć, urazów itp. oraz ślad cyfrowy w postaci informacji w rejestrze zdarzeń oraz ślad w postaci wyświetlania symbolu otwarcia osłony na wyświetlaczu LCD. Konstrukcja osłony w zaoferowanym liczniku w pełni zabezpiecza dostęp do listwy zaciskowej, modemu, karty SIM.

11. Wskazane aspekty konstrukcyjne zaoferowanych liczników powodują, że nie jest możliwy nielegalny pobór energii przez odchylenie osłonki. Liczniki zostały tak zaprojektowane, aby uniemożliwiać nielegalny pobór energii elektrycznej. Kwestia ta była przedmiotem szczegółowych badań na etapie projektowania licznika i licznych testów. Najważniejszy test dla licznika, jak dla każdego produktu, to jego codzienne użytkowanie. Liczniki zaoferowane przez wykonawcę A [odwołującego] zostały zweryfikowane przez pracę na sieci w wolumenie ponad 470 tys. sztuk, przez okres 2 lat, nie pozostawiając jakichkolwiek wątpliwości, że kwestionowane przez zamawiającego wymaganie z powodzeniem spełniają.

12. Na dzień dzisiejszy wykonawca A [odwołujący] dostarczył do zamawiającego ponad 180 000 szt. liczników w takim wykonaniu i ponad 290 000 szt. do pozostałych koncernów energetycznych PGE, ENEA, ENERGA i PKP. Wykonawca A [odwołujący] jako polski producent z ponad 20-letnim doświadczeniem jest producentem uznanych i bezpiecznych liczników.

13. Odwołujący nie ma ani jednego zgłoszenia (reklamacji) ze strony zamawiającego, ani ze strony podmiotów PGE, ENEA, czy ENERGA odnośnie prób kradzieży energii przez odchylenie osłonki. Żaden z ww. koncernów nie zgłaszał uwag do skuteczności plombowania osłonki ani tym bardziej do jej konstrukcji podczas badania licznika na etapie wyboru ofert oraz późniejszej eksploatacji na sieci. Nie były także zgłaszane uwagi podczas szkoleń bezpośrednich, na których obecni byli elektromonterzy układów pomiarowych.

14. Stanowisko zamawiającego jest zupełnie bezpodstawne, pomija istotne w sprawie okoliczności oraz rażąco krzywdzące dla odwołującego.

II. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzP przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy F pomimo, że treść oferty wykonawcy F nie odpowiada treści SIWZ

II.1. Brak znacznika RFID

15. Zamawiający w pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) – Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń), zawarł następujące wymaganie: »Licznik musi zostać wyposażony na etapie produkcji w znacznik RFID Smarttrac DogBone MonzaR6P przezroczysty z podkładem samoklejącym. Znacznik RFID musi pracować w częstotliwościach europejskich zgodnie z protokołem EPC Class 1 Gen 1. Licznik powinien posiadać na obudowie trwały symbol graficzny oznaczający zainstalowanie znacznika RFID. Znacznik ten może zostać zabudowany w liczniku lub trwale przymocowany do obudowy w sposób uniemożliwiający jego odklejenie lub uszkodzenie«. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie nr 34 z 25.03.2020 r. zamawiający potwierdził, że próbka licznika (wzorec) musi posiadać zabudowany znacznik RFID opisany w tym wymaganiu: »Próbka licznika musi posiadać zabudowany znacznik RFID opisany w pkt 1.35«.

16. Przedstawiciel odwołującego podczas wglądu do próbki liczników oferowanych w postępowaniu przez wykonawcę F dokonał przy użyciu czytnika RFID, kilkukrotnego sprawdzenia występowania znacznika RFID we wzorcu licznika typu SX34U18 zaofiarowanego przez wykonawcę F. W wyniku tej weryfikacji stwierdzono, że próbka tego licznika:

1) nie zawiera znacznika RFID lub

2) nie zawiera poprawnie działającego znacznika RFID, o parametrach wymaganych przez zamawiającego – czytnik nie wykazał obecności numeru TID oraz znacznika RFID pracującego w częstotliwości europejskiej, zgodnie z wymaganym protokołem EPC.

17. Próbkę licznika wykonawcy F posiada jednocześnie na swojej obudowie (osłonie głównej licznika) nadrukowany opis RFID, poświadczający rzekomą obecność znacznika RFID w liczniku. Zapewne wykonawca F umieszczając na obudowie informację sugerującą wyposażenie próbki licznika w znacznik RFID miał na względzie spełnienie części wymagania zapisanego w cytowanym powyżej pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy o treści: »Licznik powinien posiadać na obudowie trwały symbol graficzny oznaczający zainstalowanie znacznika RFID«.

18. Zamawiający w załączniku nr 1 do umowy przewidział wymagania techniczne dla liczników, ale też wskazywał, w jaki sposób będzie badał spełnienie wymagania. Przy wymaganiu 1.35 w kolumnie »Dokumenty i czynności, na podstawie których nastąpi weryfikacja spełniania wymagania« przewidział następujący sposób weryfikacji spełniania wymagania: »Badanie techniczne (oznaczenie na tabliczce znamionowej licznika) Dokumentacja techniczna«. To badanie nie jest zatem pełne, bo nie bazuje na badaniu

technicznym. Taka sytuacja powoduje, że umieszczenie informacji o wyposażeniu licznika w czytniku RFID na tabliczce znamionowej i w dokumentacji technicznej mogło pozwolić na uzyskanie pomyślnego wyniku badania, pomimo rzeczywistego braku znacznika RFID w próbce licznika i jej niezgodności z treścią SIWZ.

19. Oświadczenie wykonawcy F należy uznać za nieprawdziwe, wobec dokonanego przez odwołującego badania, wskazującego, że faktycznie znacznik RFID nie został we wzorcu zamieszczony lub znacznik ten nie działa, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wobec powyższego, oferta złożona przez wykonawcę F powinna zostać uznana za podlegającą odrzuceniu, jako niezgodna z treścią SIWZ, w wyniku nie wykazania spełniania wymagania określonego w pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy.

20. Odwołujący jednocześnie podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 3251/20 zarówno zamawiający jak i wykonawca F (przystępujący po stronie zamawiającego) usilnie dążyli do oddalenia wniosku dowodowego wykonawcy A [odwołującego] w postaci przeprowadzenia odczytu licznika wykonawcy F za pomocą czytnika RFID. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wniosek dowodowy w związku z przedwcześnieścią odwołania.

21. Odwołujący wskazuje, że podobnej próbie, jak w przypadku licznika wykonawcy F, przedstawiciel odwołującego poddał także wzorzec licznika złożonego przez wykonawcę E. Weryfikacja ta wykazała, że licznik GAMA 350 (złożony przez wykonawcę E) posiada znacznik identyfikujący się numerem TID (numer znacznika) oraz zasygnalizował tym samym, że pracuje w częstotliwościach europejskich zgodnie z protokołem EPC.

Wniosek dowodowy

22. Odwołujący wnosi o przeprowadzenie podczas rozprawy badania za pomocą czytnika RFID, czy licznik złożony jako próbka przez wykonawcę F spełnia wymagania pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy.

23. Niezależnie od powyższego odwołujący składa wniosek dowodowy o powołanie biegłego z zakresu elektroniki na okoliczność ustalenia, czy próbka licznika wykonawcy F zawiera znacznik RFID, a jeśli zawiera, to ustalenia czy działa on poprawnie i spełnia wymaganie pkt 1.35 załącznika nr 1 do umowy.

II.2. Brak możliwości wyprowadzenia anteny zewnętrznej poza obudowę modemu, inne uchybienia

24. Zamawiający w § 3 ust. 6 pkt 6 umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ wskazał, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie anten zewnętrznych dla 30% zamawianych liczników 3-fazowych tj. 25 500 szt.

25. Jednocześnie, zamawiający w pkt 4.2.1.12 SIWZ określił, że oferta ma zawierać »Jeden egzemplarz „Wzorzec” oferowanego licznika wyprodukowanego w 2020 roku, wraz z wszelkimi niezbędnymi licencjami i wyposażeniem licznika (z wyłączeniem sondy optycznej), bez których nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających. Licznik należy wyposażyć w egzemplarz oferowanej anteny zewnętrznej. [...]«.

26. Wykonawca F załączył do oferty wzorzec licznika wyposażony w antenę z kablem RG58 (kabel koncentryczny, antenowy). Jednocześnie modem LTE umieszczony jest w tym liczniku w górnej jego części. Budowa licznika wykonawcy F powoduje, że od wyjścia antenowego do wyjścia z obudowy osłonki modemu prowadzi wąski, kręty tunel technologiczny. Długość zakuwki kabla uniemożliwia wygięcie go w celu wprowadzenia w przewidziany tunel technologiczny osłonki modemu. Dodatkowo, wyprowadzenie kabla poza obrys osłonki modemu, wiąże się z koniecznością 2-krotnego wygięcia kabla pod kątem 90°, co obrazują zdjęcia.

27. Poprowadzenie tego kabla w inny sposób wymagałoby niedopuszczalnej ingerencji obudowę licznika i wyprowadzenia poza tunelem technologicznym, przewidzianym w próbkę licznika. Odwołujący podnosi, że takie poprowadzenie kabla antenowego powoduje, że nie jest spełnione wymaganie:

1) pkt 1.70 Załącznika nr 1 do umowy – Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń) o treści »Interfejsy elektryczne licznika nie mogą być dostępne dla użytkownika bez naruszenia plomby monterskiej«;

2) pkt 1.72 Załącznika nr 1 do umowy – Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń) o treści »Kieszonka (SIM HOLDER) na kartę SIM – dostępna tylko po zdemontowaniu osłony skrzynki zaciskowej lub innej osłony zabezpieczonej plombą zamawiającego oraz czujnikiem otwarcia tej osłony«.

Wykonawca F przedstawił taki oto sposób wyprowadzenia anteny z oferowanego licznika (zdjęcia złożone przez wykonawcę F, w takiej rozdzielczości zostały złożone) jak na zdjęciach.

28. W przypadku promienia gięcia kabla koncentrycznego tj. takiego, jak kabel zastosowany w liczniku oferowanym przez wykonawcę F standardowo producenci definiują minimalny promień gięcia kabla, wyliczany na podstawie wielokrotności jego średnicy.

Zakres ten w zależności od producenta oraz użytych materiałów kształtuje się od 5 do 10 wielokrotności średnicy kabla. Dla przykładu kable RG58/U (kabel w postaci linki) jednego z producentów mają następujące parametry:

D – średnica kabla

R_{min.} – minimalny promień gięcia

D = 8,4 mm / R_{min.} = 40 mm

D = 10,3 mm / R_{min.} = 50 mm

D = 5 mm / R_{min.} = 25 mm

D = 6,2 mm / R_{min.} = 30 mm

Dla RG174/U (kabel w postaci linki):

D = 4,95 mm / R_{min.} = 25 mm

D = 6,2 mm / R_{min.} = 30 mm

D = 6/8 mm / R_{min.} = 50 mm

D = 10,1 mm / R_{min.} = 60 mm

29. Taki promień gięcia anteny wynika także z wymagań normy PN-EN 50117:2019-06 [1], według której promień gięcia nie może być mniejszy od wartości 5 x średnica kabla, dla instalacji wewnętrznych. Przy gięciu kabla promieniem mniejszym niż podany minimalny promień gięcia deformuje się w nim m.in. dielektryk, ekran oraz oplot zewnętrzny i to jest trwałe i nieodwracalne. Kabel przestaje spełniać swoje zadanie.

Dowód: opinia Politechnika Gdańska Wydział Elektrotechniki i Automatyki Katedra Automatyki Napędu Elektrycznego i Konwersji Energii.

30. Powyższe wskazuje, że najmniejszy minimalny promień gięcia dla obu typów kabli wynosi 25 mm. Z tego też powodu poprowadzenie takiego kabla, przez tunel technologiczny, w obudowie oferowanego licznika i wyprowadzenie go poza obrys lub obudowę licznika (tj. na zewnątrz), jest niemożliwe bez degradacji parametrów kabla (w szczególności współczynnika fali stojącej VSWR). Oznacza to, że licznik zaoferowany przez wykonawcę F, nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w § 3 ust. 6 pkt 6 umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ, bo wzorzec złożony przez wykonawcę F nie pozwala na poprawne wyprowadzenie anteny zewnętrznej, a tym samym jej podłączenie. Oferta wykonawcy F powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

31. Odwołujący składa wniosek dowodowy o powołanie biegłego z zakresu elektroniki na okoliczność ustalenia czy istnieje możliwość poprawnego wyprowadzenia anteny zewnętrznej poza obudowę modemu w próbce licznika wykonawcy F.

III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzP przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy E pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ

III.1. Brak oznaczeń modułu komunikacyjnego wymaganych przepisami prawa. Brak wykonania oceny zgodności potwierdzonej deklaracją CE dla modułu komunikacyjnego

32. Zgodnie z pkt 2.1.2 SIWZ: »Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 5 do Specyfikacji«, zgodnie z § 3 ust. 2 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ dostarczane zamawiającemu liczniki energii elektrycznej muszą być »fabrycznie nowe, spełniające wymagania określone w Załączniku nr 1 do Umowy oraz wymagania wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa i norm technicznych, posiadające wymagane atesty, świadectwa jakości lub deklaracje zgodności [...]«. Jednocześnie, zgodnie z pkt 3.7.1. SIWZ zamawiający wymaga: »Wymaga się, by oferowany produkt spełniał wymagane przez zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia [SOPZ], o którym mowa w pkt 2.1.2 SIWZ«.

33. Zamawiający w pkt 4.2.1.12 SIWZ określił, że oferta ma zawierać »Jeden egzemplarz „Wzorzec” oferowanego licznika wyprodukowanego w 2020 roku, wraz z wszelkimi niezbędnymi licencjami i wyposażeniem licznika (z wyłączeniem sondy optycznej), bez których nie będzie możliwe sprawdzenie jego pełnej funkcjonalności i wykonanie testów sprawdzających. Licznik należy wyposażyć w egzemplarz oferowanej anteny zewnętrznej«.

34. Licznik musi zawierać moduł komunikacyjny »Przedmiotem zamówienia jest dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A.« (pkt 2.1.1 SIWZ).

35. Przedmiotowy moduł komunikacyjny to urządzenie radiowe w rozumieniu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE („Dyrektywa Radiowa”). Zgodnie z rozumieniem art. 2 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy Radiowej „urządzenie radiowe” oznacza produkt elektryczny lub elektroniczny, który celowo emituje lub odbiera fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji, lub produkt elektryczny lub elektroniczny, który musi zostać uzupełniony o dodatkowy element, taki jak np. antena, aby

mógł celowo emitować lub odbierać fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji.

36. Zgodnie z art. 10 ust. 3 Dyrektywy Radiowej: »Producenci sporządzają dokumentację techniczną, o której mowa w art. 21, i przeprowadzają lub zlecają przeprowadzenie odpowiedniej procedury oceny zgodności, o której mowa w art. 17. Jeśli w wyniku tej procedury oceny zgodności wykazano zgodność urządzenia radiowego z mającymi zastosowanie wymaganiami, producenci sporządzają deklaracje zgodności UE i umieszczają oznakowanie CE«. W art. 10 ust. 6 Dyrektywy Radiowej wymaga się »Producenci są zobowiązani zapewnić opatrzenie urządzeń radiowych, które wprowadzili do obrotu, nazwą typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację, lub w przypadku gdy wielkość lub rodzaj urządzenia to uniemożliwiają, umieszczenie wymaganych informacji na opakowaniu lub w dokumencie załączonym do urządzenia radiowego«, natomiast zgodnie z art. 10 ust. 7 Dyrektywy Radiowej »Producenci są zobowiązani umieścić na urządzeniach radiowych, a jeżeli wielkość lub rodzaj urządzeń radiowych to uniemożliwiają – na opakowaniu lub w dokumencie załączonym do tych urządzeń, swoją nazwę, zarejestrowaną nazwę handlową lub zarejestrowany znak towarowy i swój pocztowy adres kontaktowy. W adresie zostaje wskazany jeden punkt, w którym można skontaktować się z producentem. Dane kontaktowe są podawane w języku łatwo zrozumiałym dla użytkowników końcowych i organów nadzoru rynku«. Nadto, oznakowanie CE umieszcza się tak, by było widoczne, czytelne i niemożliwe do usunięcia z urządzenia radiowego lub z jego tabliczki znamionowej, chyba że nie ma takiej możliwości lub jest to nieuzasadnione z uwagi na rodzaj urządzenia radiowego. Oznakowanie CE umieszcza się również w sposób widoczny i czytelny na opakowaniu (art. 19 i 20).

37. Wskazane wymagania Dyrektywy Radiowej są przedmiotem obowiązkowej weryfikacji nałożonej na dystrybutorów: »Przed udostępnieniem urządzenia radiowego na rynku dystrybutorzy sprawdzają, czy urządzenie radiowe jest opatrzone oznakowaniem CE i czy towarzyszą mu wymagane na mocy niniejszej dyrektywy dokumenty oraz instrukcje i informacje dotyczące bezpieczeństwa w języku zrozumiałym dla konsumentów i innych użytkowników końcowych w państwie członkowskim, w którym urządzenie radiowe ma być udostępnione na rynku, a także czy producent i importer spełnili wymagania określone odpowiednio w art. 10 ust. 2 i 6-10 oraz w art. 12 ust. 3. Jeżeli dystrybutor uznaje lub ma powody, by uważać, że urządzenie radiowe nie jest zgodne z zasadniczymi wymaganiami określonymi w art. 3, nie wolno mu udostępniać tego urządzenia radiowego na rynku, dopóki nie zostanie zapewniona jego zgodność. [...]«. Zatem dystrybutor ma obowiązek

sprawdzić, czy urządzenie radiowe posiada oznakowanie CE i czy posiada wymagane informacje identyfikujące.

38. Zgodnie z art. 6 Dyrektywy Radiowej »Państwa członkowskie przyjmują właściwe środki w celu zapewnienia, by na rynku udostępniane były tylko urządzenia radiowe spełniające wymagania niniejszej dyrektywy«. Dyrektywa ta została wdrożona ustawą z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (Dz. U. z 2019 r. poz. 544 ze zm.) [dalej: „ustawa o systemie oceny”]. Ustawa o systemie oceny przenosi wskazane powyżej wymagania z Dyrektywy Radiowej:

- 1) art. 5 »Wyroby wprowadzane do obrotu lub oddawane do użytku muszą spełniać wymagania«;
- 2) art. 6 »Oznakowanie CE, a w przypadku przyrządów pomiarowych także dodatkowe oznakowanie metrologiczne, umieszcza się na wyrobie podlegającym obowiązkowi oceny zgodności po przeprowadzeniu tej oceny i potwierdzeniu zgodności wyrobu z wymaganiami, a przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu lub oddaniem go do użytku«;
- 3) art. 13 pkt 14 i 7 »Producent ma obowiązek:
 - 1) zapewnić, żeby wyrób został zaprojektowany i wytworzony zgodnie z wymaganiami;
 - 2) sporządzić dokumentację techniczną wyrobu;
 - 3) przeprowadzić lub zlecić przeprowadzenie procedury oceny zgodności;
 - 4) sporządzić deklarację zgodności i umieścić oznakowanie CE. a w przypadkach określonych w przepisach szczególnych inne oznakowanie, zgodnie z wymaganiami; [...];
 - 7) umieścić na wyrobie, a w przypadkach określonych w przepisach szczególnych na opakowaniu, w załączonym dokumencie lub na etykiecie, informacje umożliwiające identyfikację wyrobu«;
- 4) art. 16 i 17 ustanawiające analogiczne obowiązki, jak w art. 13 dla importera i dystrybutora.

39. Używane w ustawie o systemie oceny pojęcie „wymagania” zostało zdefiniowane w jej art. 4 pkt 28 i oznacza: »wymaganiach należy przez to rozumieć wymagania, o których mowa w bezpośrednio stosowanym unijnym prawodawstwie harmonizacyjnym lub w przepisach wdrażających unijne prawodawstwo harmonizacyjne«. Unijne prawodawstwo harmonizacyjne też zostało zdefiniowane w jej art. 4 pkt 24: »unijnym prawodawstwie harmonizacyjnym należy przez to rozumieć prawodawstwo, o którym mowa w art. 2 pkt 21 rozporządzenia (WE) nr 765/2008«. Zaś art. 2 pkt 21 rozporządzenia (WE) nr 765/2008

definiuje: »„wspólnotowe prawodawstwo harmonizacyjne” oznacza każdy akt prawny Wspólnoty harmonizujący warunki wprowadzania produktów do obrotu« Niewątpliwie zatem Dyrektywa Radiowa stanowi unijne prawodawstwo harmonizacyjne, a tym samym ustanawia „wymagania” w rozumieniu ustawy o systemie oceny zgodności.

40. Moduł komunikacyjny złożony w ramach próbki przez wykonawcę E:

- 1) pozbawiony jest oznakowania CE,
- 2) pozbawiony jest informacji umożliwiających identyfikację wyrobu (nazwa typu, numer partii lub serii lub inna informacją),
- 3) pozbawiony jest nazwy producenta, zarejestrowanej nazwy handlowej lub zarejestrowanego znaku towarowego i pocztowego adresu kontaktowego producenta,
- 4) nie dołączono do niego deklaracji zgodności

– co jest niezgodne z cytowanymi powyżej przepisami Dyrektywy Radiowej i ustawy o systemie oceny zgodności, a tym samym stanowi o sprzeczności z treścią SIWZ i stanowi o konieczności odrzucenia oferty wykonawcy E.

Odwołujący zaprezentował zdjęcie licznika zaoferowanego przez wykonawcę E.

41. Bezsprzecznie, wielkość modułu komunikacyjnego oferowanego przez wykonawcę E jest na tyle duża, że umożliwia umieszczenie na nim co najmniej: nazwy typu, numeru partii lub serii lub innej informacji umożliwiającej jego identyfikację i identyfikację producenta, a przede wszystkim umożliwia zamieszczenie znaku CE. Wykonawca E, wbrew obowiązującym w tym zakresie, a przywołanym powyżej przepisom prawa, nie zamieścił na module komunikacyjnym wskazanych oznaczeń.

42. Dyrektywa Radiowa w art. 19 stanowi:

»1.Oznakowanie CE podlega ogólnym zasadom określonym w art. 30 rozporządzenia (WE) nr 765/2008.

2. Ze względu na rodzaj urządzeń radiowych wysokość oznakowania CE umieszczonego na urządzeniu radiowym może być mniejsza niż 5 mm, pod warunkiem że pozostaje ono widoczne i czytelne«.

Art. 30 ust. 2 rozporządzenia (WE) nr 765/2008 odsyła do jego załącznika II, w którym to załączniku, w pkt 3 wskazano: »Jeżeli szczególne prawodawstwo nie ustanawia konkretnych rozmiarów, wysokość oznakowania CE wynosi przynajmniej 5 mm«. Niewątpliwie możliwe było umieszczenie takiego oznakowania na module komunikacyjnym próbki wykonawcy E.

43. Brak identyfikacji urządzenia i producenta, brak oznaczenia CE oraz brak deklaracji zgodności CE dla modemu komunikacyjnego stanowi podstawę do orzeczenia braku zgodności z Dyrektywą Radiową pod względem formalnym (art. 43 pkt 1 lit. b, d Dyrektywy Radiowej). Z tego też powodu moduł komunikacyjny nie może zostać dopuszczony do obrotu, albowiem producent tego urządzenia naruszył przepisy prawa. Licznik i moduł komunikacyjny wykonawcy E są połączone za pomocą złącza lub interfejsu, co powoduje, że można moduł komunikacyjny dowolnie i bez problemu wyjąć. Moduł komunikacyjny wykonawcy E stanowi wyposażenie licznika jest elementem wymiennym. Może być zainstalowany w liczniku, ale nie musi.

44. W piśmie z 20.05.2020 r. (uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) wykonawca E jako zastrzeżone informacje wskazał, np.:

- »a) licencja tymczasowa na oprogramowanie do liczników energii elektrycznej i do modemu pkt 6, str. 3 pisma,
- b) instrukcja obsługi oprogramowania serwisowego (narzędziowego) do licznika energii elektrycznej i modemu pkt 7, str. 4 pisma,
- c) próbka licznika energii elektrycznej z modemem wraz z niezbędnym wyposażeniem + nośnik pamięci Pendrive z nagrany m. in. oprogramowaniem narzędziowym „Gamalink”, oraz „origAMI Mobile” oraz „origAMI WMobile” (pkt 9, str. 4 pisma) gdzie uzasadniają zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało: „Podkreślenie wymaga fakt, że tabliczka znamionowa i obudowa licznika energii elektryczne stanowią integralną całość i zawierają informacje na temat nie tylko parametrów technicznych, wymaganych przez prawo i zapisy specyfikacji, ale również, co istotne na temat rozwiązania konstrukcyjnego zastosowanego w obudowie licznika np. dedykowane złącze do modułu komunikacyjnego, które stanowi o przewadze nad innymi rozwiązaniami dostępnymi na rynku polskim. Dostęp do ww. próbki z modemem oraz oprogramowania [...]»

– co jak widać wskazuje, a jest zgodne z rzeczywistością, że moduł komunikacyjny może być podłączany do licznika, jeśli jest taka potrzeba, zaś licznik może bez niego pracować, ale wtedy nie będzie możliwa komunikacja. Gdyby licznik i moduł komunikacyjny zaoferowane przez wykonawcę E stanowiły jedno urządzenie, to wówczas nie posiadałoby oddzielnego oprogramowania. Odwołujący podnosi tę argumentację, ponieważ wykonawca E uważa licznik z modemem za jedno urządzenie, co w jego przekonaniu zwalnia go z konieczności oznaczenia modemu (w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 3251/20).

45. Urządzenie – moduł komunikacyjny jest wymiennym wyposażeniem licznika, co jest kwestią faktu i wynika z budowy licznika i modułu komunikacyjnego, co zostanie zweryfikowane w toku oględzin próbki wykonawcy E w ramach postępowania dowodowego.

46. Zgodnie ze złożonym przez wykonawcę E Certyfikatem Badania Nr SK 19-003 HD („Certyfikat MID”), w szczególności jego pkt 2.4 w zw. z pkt 4 (str. 3 i 4) moduł komunikacyjny nie jest objęty certyfikatem MID, co dodatkowo wskazuje, że nie jest integralną częścią licznika, lecz jego wyposażeniem na co wskazuje nazwa jego pkt 2.4 »Zintegrowane wyposażenie i funkcje nie będące przedmiotem wymagań MID«, w którym wymieniono moduł komunikacyjny (przez odwołanie w tiret czwartym do rozdziału 4).

47. O tym, że sam producent moduł komunikacyjny traktuje jako jego wyposażenie świadczy również instrukcja obsługi. Warto tutaj wskazać, że w pkt 13 KOMUNIKACJA wskazano, że moduł komunikacyjny stanowi wyposażenie licznika. Przede wszystkim zaś w pkt 13.2 Zarządzanie kanałem komunikacyjnym wskazano: »Licznik jest zaprojektowany do wyposażenia w moduł komunikacji sieci komórkowej typu plug&play«. Co więcej, te dwa urządzenia muszą się jakoś komunikować, bo nie działają w oparciu o to samo oprogramowanie (o czym powyżej), a to odbywa się zgodnie z pkt 13.4 instrukcji obsługi przez „Kanał LwM2M (UDP), służący do bezpośredniej komunikacji z modułem komunikacyjnym«. Czyli licznik komunikuje się z modułem, a tym samym nie stanowi jednego urządzenia niezależnie od tego, że moduł komunikacyjny jest w sposób oczywisty wymienny, co wynika i z dokumentów, i ze sposobu zespolenia go z licznikiem,

48. Wykonawca E w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. w 2020 r. na „Dostawę urządzeń układów pomiarowych energii elektrycznej liczniki bezpośrednie statyczne, energii czynnej i biernej, dwukierunkowe, 1- i 3-fazowe dla potrzeb mikroinstalacji”, numer referencyjny: 123/OL/MB/2020, oferując ten sam licznik G35.144 zadeklarował w formularzu oferty, że licznik ten posiada wymienny moduł. Co istotne, w tamtym postępowaniu wykonawca E złożył odrębne deklaracje zgodności dla licznika i dla modułu komunikacyjnego. Deklaracja zgodności dla licznika miała taką samą treść, jak deklaracja zgodności złożona przez wykonawcę E w rozpoznawanym obecnie postępowaniu, a oprócz tego złożono odrębną deklarację zgodności dla modemu. W tamtym postępowaniu postąpiono prawidłowo. Powyższe wskazuje, że wykonawca E, oprócz kwestii czysto merytorycznych i wad oferty, pozostaje w sprzeczności ze swoim stanowiskiem wyrażonym w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dowód: deklaracje zgodności dla licznika i modułu komunikacyjnego z postępowania PGE Dystrybucja S.A. numer referencyjny: 123IOLIMBI2020.

49. Sam zamawiający wymagał zgodnie z pkt 3.7.22 SIWZ: »deklaracji wykonania oceny zgodności modułu komunikacyjnego (Deklaracja CE)«. Zamawiający w szeregu wymagań w załączniku nr 1 do umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) – Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń) odróżniał licznik od modułu komunikacyjnego posługując się sformułowaniem „licznik z modułem” (np. tabela nr 1: 1.5, 1.6, 1.7, 1.10, 1.25, 1.30, 1.37, 1.50, 1.58, 1.60, 1.69).

50. Wykonawca E jako jedyny wykonawca w rozpoznawanym postępowaniu złożył moduł komunikacyjny, który nie posiadał wymaganych oznaczeń. Wszyscy pozostali wykonawcy w liczbie pięciu podmiotów złożyli próbki modułu komunikacyjnego posiadające wymagane oznaczenia.

Wnioski dowodowe

51. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z:

- 1) Opinii Instytutu Łączności – Państwowy Instytut Badawczy
- 2) Stanowiska Energo-Moc Wzorcownia Sp. z o.o.

– na okoliczność, że moduł komunikacyjny złożony jako próbka przez wykonawcę E powinien być oznakowany zgodnie z art. 10 ust. 3, ust. 6 i ust. 7 Dyrektywy Radiowej.

52. Odwołujący wniósł o powołanie biegłego z zakresu łączności na okoliczność ustalenia czy moduł komunikacyjny złożony jako próbka przez wykonawcę E jest urządzeniem radiowym w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE oraz czy powinien być oznakowany i czy powinny być na nim umieszczone informacje, o których mowa w art. 10 ust. 3, ust. 6 i ust. 7 tej dyrektywy.

Deklaracja zgodności

53. Wykonawca E złożył wraz z ofertą deklarację zgodności dla licznika typu GAMA 350 („Deklaracja”) wystawioną w oparciu o Certyfikat Badania Nr SK 19-003 HD („Certyfikat MID”). Tymczasem zamawiający wymagał zgodnie z pkt 3.7.2.2 SIWZ »deklaracji wykonania oceny zgodności modułu komunikacyjnego (Deklaracja CE)«. Nie złożono zatem deklaracji zgodności dla modułu komunikacyjnego.

54. Istotną okolicznością, jest fakt, że z pkt 2.4 Certyfikatu MID (złożonego przez wykonawcę E) prawidłowo przetłumaczonego na język polski wynika, że »Zintegrowane wyposażenie i funkcje nie będące przedmiotem wymagań MID:

- wewnętrzny stycznik rozłączający,
- wyjście impulsowe,
- czujnik ingerencji zewnętrznej,
- patrz również rozdział 2, część „Funkcje niezasadnicze licznika energii elektrycznej GAMA 350” podpunkt 2.1.3 i rozdział 4 tego załącznika opisowego.

Wszystkie zintegrowane części i funkcje licznika wymienione w sekcji 2.4 oraz wszystkie wyświetlane wartości, które nie zostały wymienione w sekcji 2.1.1, nie są objęte zakresem dyrektywy 2014/32/UE zgodnie z załącznikiem V (liczniki energii elektrycznej czynnej MI-003). Nie zostały ocenione przez SIM na podstawie tego certyfikatu.

55. Dalej należy wskazać, że rozdział 4 załącznika opisowego, który zgodnie z pkt 2.4 certyfikatu MID nie jest objęty przedmiotem wymagań MID i nie został oceniony na podstawie tego certyfikatu, wskazuje właśnie na moduł komunikacyjny:

»Interfejsy i warunki kompatybilności

Moduły komunikacyjne dla komunikacji z oprogramowaniem lokalnym, inteligentnymi systemami pomiarowymi i siecią lokalną HAN (w zależności od odmiany licznika):

- optycznej wyjście testowe,
- elektryczny interfejs komunikacyjny wspierający protokół IEC 6205-21,
- elektryczny interfejs komunikacyjny wspierający protokół DLMS/COSEM,
- komunikacja, uwierzytelnianie oraz szyfrowanie,
- modem plug&play«.

56. Zatem zgodnie z treścią certyfikatu MID przedmiotem jego badania nie był licznik wyposażony w moduł komunikacyjny. Tym samym wykonawca E nie był uprawniony do wystawienia deklaracji zgodności dla modułu komunikacyjnego w oparciu o ten dokument.

57. Co więcej, wykonawca E wadliwie przetłumaczył pkt 2.4 certyfikatu MID pomijając słowo „not”, tym samym wprowadzając w błąd zamawiającego, co do zakresu badań certyfikatu MID polegającego na wadliwym uznaniu, że obejmuje on także moduł komunikacyjny. W oryginalnej (angielskiej) wersji Certyfikatu MID, w nagłówku ww. punktu użyto sformułowania „Integrated equipment and functions not subject to MID”, co przetłumaczyć można następująco:

„Zintegrowane wyposażenie i funkcje nie podlegające MID”. W polskiej wersji językowej Certyfikatu MID, użyto natomiast sformułowania:

„Zintegrowane wyposażenie i funkcje będące przedmiotem wymagań MID” pominięto słowo „nie”. Powyższe wskazuje, że zintegrowane wyposażenie wymienione pkt 2.4 Certyfikatu MID, w tym modem komunikacyjny, nie są objęte certyfikatem MID.

58. Dodatkowo, i tak nie mogły one być objęte badaniem pod kątem Dyrektywy Radiowej, bo to zupełnie inna dyrektywa, niż dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (wersja przekształcona) Dz.Urz.UE.L 2014 („Dyrektywa Licznikowa”), której dotyczy certyfikat MID i której spełnienie wymagań zasadniczych potwierdza. Dyrektywy te przewidują inne wymagania zasadnicze. Tym samym wadliwe i niedopuszczalne jest wystawienie deklaracji zgodności potwierdzającej spełnienie wymagań zasadniczych Dyrektywy Radiowej, w oparciu o Dyrektywę Licznikową. Z treści Certyfikatu MID złożonego przez wykonawcę E wprost wynika, że certyfikat dotyczy Dyrektywy Licznikowej (2014/32/UE).

59. Wykonawca E nie przedstawił dowodów przeprowadzenia badania oceny zgodności dla modułu komunikacyjnego, co pozwala na wyciągnięcie wniosku, że badanie takie nie zostało przeprowadzone, czego, z kolei, potwierdzeniem jest brak naniesienia na moduł komunikacyjny odpowiednich, wymaganych przepisami prawa oznaczeń. Inaczej ujmując, brak badań w oparciu o Dyrektywę Radiową nie pozwalał, zgodnie z przepisami, nanieść oznaczeń CE na moduł komunikacyjny.

60. Zgodnie z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Radiowej »Deklaracja zgodności UE ma układ odpowiadający wzorowi określone w załączniku VI, zawiera elementy określone w tym załączniku oraz jest systematycznie aktualizowana. Musi ona zostać przetłumaczona na język (lub języki) wymagany (wymagane) przez państwo członkowskie, w którym urządzenie radiowe wprowadza się do obrotu lub udostępnia na rynku. [...]«. Deklaracja złożona przez wykonawcę E jest niezgodna z Dyrektywą Radiową, ponieważ w porównaniu z jej załącznikiem VI nie zawiera elementów, w szczególności opisanych w jego pkt 1, 2, 4 i 6:

- 1) urządzenie radiowe (numer produktu, typu, partii lub serii) – Deklaracja nie zawiera tych informacji w odniesieniu do modułu komunikacyjnego;
- 2) nazwa i adres producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela podane informacje odnoszą się jedynie do licznika, nie sposób na jej podstawie

ustalić, że producentem modułu komunikacyjnego jest UAB ELGAMA ELEKTRONIKA;

- 3) przedmiot deklaracji (identyfikator urządzenia radiowego umożliwiający jego identyfikowalność; może zawierać obraz barwny wystarczająco wyraźny, kiedy konieczne jest zidentyfikowanie urządzenia radiowego) Deklaracja nie zawiera tych informacji w odniesieniu do modułu komunikacyjnego;
- 4) odwołania do odnośnych norm zharmonizowanych, które zastosowano, lub do innych specyfikacji technicznych, w stosunku do których deklarowana jest zgodność. Odwołania muszą być podane wraz z ich numerami identyfikacyjnymi i wersjami oraz w stosownych przypadkach z datą wydania – Deklaracja nie zawiera tych informacji w odniesieniu do modułu komunikacyjnego, bowiem normy zharmonizowane, które w niej podano dotyczą wyłącznie Dyrektywy Licznikowej, a zupełnie pominięto normy dotyczące Dyrektywy Radiowej.

61. Odwołujący wskazał, że Deklaracja nie spełnia wymagań Dyrektywy Radiowej z następujących powodów:

- 1) Deklaracja wystawiona została na podstawie niewłaściwego badania nie w oparciu o badanie wymagań Dyrektywy Radiowej, lecz w oparciu o badania spełniania wymagań Dyrektywy Licznikowej, a badanie to i tak nie obejmowało modułu komunikacyjnego zgodnie z treścią Certyfikatu MID;
- 2) Deklaracja jest niezgodna z wymaganiami ustanowionymi w Dyrektywie Radiowej, co opisano powyżej i w ogóle nie sposób ustalić, że odnosi się ona do modułu komunikacyjnego, a jeśli tak, to jakiego.

62. Dyrektywa Radiowa nakłada zatem na producenta obowiązek sporządzenia pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego typu urządzenia poddanego ocenie zgodności, i w której to musi być identyfikacja urządzenia, dla którego została ona sporządzona. Z powyższego wynika, że deklaracja zgodności jest sporządzana dla konkretnego typu urządzenia, które wcześniej zostało poddane procedurze oceny zgodności, a o tym czy urządzenie zostało poddane procedurze oceny zgodności świadczy oznakowanie CE umieszczone na urządzeniu. Zatem deklaracja zgodności może być wystawiona tylko do urządzenia, które przeszło procedurę oceny zgodności, czyli ma oznakowanie CE. Wykonawca E po pierwsze nie złożył wymaganej deklaracji zgodności zaoferowanego modułu komunikacyjnego, a po drugie nie ma możliwości jej złożenia, ponieważ zaoferowany przez wykonawcę E moduł nie ma żadnych oznaczeń go identyfikujących, a zwłaszcza oznaczenia CE, które świadczy o przeprowadzeniu oceny

zgodności urządzenia i pozwala na wystawienie deklaracji zgodności dla tego urządzenia. Pomimo hipotetycznej możliwości uzupełnienia deklaracji zgodności, w praktyce nie ma takiej możliwości, ponieważ nie ma modułu komunikacyjnego do którego ta prawidłowo sporządzona deklaracja zgodności mogłaby się odnosić, bo deklaracja zgodności powinna odnosić się do takiego urządzenia, które jest w prawidłowy sposób oznaczone. Jeśli Izba uznałaby za dopuszczalne uzupełnień deklaracji zgodności, odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 SPzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia deklaracji zgodności dla modułu komunikacyjnego.

63. Z tego względu zamawiający powinien był wezwać wykonawcę E do uzupełnienia deklaracji zgodności dla modułu komunikacyjnego, czego zamawiający zaniechał. Niezależnie od tego oferta wykonawcy E podlega odrzuceniu z innych powodów.

III.2. Brak zabezpieczenia dostępu do SIM Holder (karty SIM) w postaci czujnika

64. Zamawiający w pkt 1.72 załącznika nr 1 do umowy postawił wymaganie: »Kieszeń (SIM HOLDER) na kartę SIM dostępna tylko po zdemontowaniu osłony skrzynki zaciskowej lub innej osłony zabezpieczonej plombą zamawiającego oraz czujnikiem otwarcia tej osłony«.

65. Zaoferowany przez wykonawcę E licznik GAMA350 G35 144 nie posiada czujnika otwarcia osłony, pod którą znajduje się modem lub ten czujnik nie działa, więc nie spełnia wskazanego powyżej wymagania. Modem umiejscowiony jest we wnęce zabezpieczonej plombowanymi drzwiczkami pełniącymi rolę zewnętrznej osłony modemu. Tak wykonana osłona modemu posiada wyłącznie zabezpieczenie plombą zamawiającego, a to jest niezgodne z wymogiem cytowanego powyżej pkt 1.72.

66. Pod plombowaną osłoną modemu dodatkowo znajduje się przycisk do zamykania OR (Okresu Rozliczeniowego) oraz miejsce na wymienną baterię, natomiast nie ma czujnika otwarcia osłony na co wskazuje Certyfikat MID SK 19 -003 HD Rev.I (Załącznik nr 22 do oferty) dla zaoferowanego typu licznika G35. 144, zawierający rysunek miejsca instalowania modemu pod przedmiotową osłoną (fig. 5 na str. 8 – licznik GAMA 350 TYP G35.144). Co więcej, w przedmiotowym certyfikacie na rysunku fig. 2b, pozycja „Cover Detection” na rysunku przedstawiono czujniki, które posiada licznik wykonawcy E. Wykonawca E nie przetłumaczył w swoim tłumaczeniu tego dokumentu opisów na tym rysunku. Odwołujący poniżej okazał ten rysunek z tłumaczeniami. Rysunek ten potwierdza brak czujnika otwarcia obudowy.

67. Licznik wykonawcy E powinien mieć 3 czujniki otwarcia:

- 3) czujnik otwarcia osłony listwy zaciskowej wymaganie pkt 1.60 lit. f załącznika nr 1 do umowy;
- 4) czujnik zdjęcia obudowy licznika wymaganie pkt 1.60 lit. g (omyłkowo ponumerowany 1.560 lit. g) załącznika nr 1 do umowy;
- 5) czujnik otwarcia osłony kieszeni SIM HOLDER wymaganie pkt 1.72 załącznika nr 1 do umowy o treści.

Jak widać na rysunku certyfikatu MIP licznik posiada wyłącznie 2 czujniki otwarcia obudowy lub osłony (licznika i listwy zaciskowej), podczas gdy wymagane są 3 takie czujniki.

Wniosek dowodowy

69. Odwołujący złożył wniosek dowodowy o powołanie biegłego z zakresu elektroniki na okoliczność spełniania przez licznik zaoferowany przez wykonawcę E wymagania pkt 1.72 załącznika nr 1 do umowy i posiadania przez ten licznik czujnika otwarcia osłony zabezpieczającej kieszeń (SIM HOLDER) na kartę SIM (modem).

III.3. Zaoferowanie anteny nie spełniającej wymagań

69. Zamawiający wskazał w § 3 ust. 6 pkt 6 umowy, stanowiącej załącznik nr 5 do SIWZ, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie anten zewnętrznych dla 30% zamawianych liczników 3-fazowych tj. 25 500 szt. Zamawiający wskazał jednocześnie, że „Zysk anteny [dBi] – wartość minimalna” ma wynosić „6”:

6) dostarczenia anten zewnętrznych dla 30% zamawianych liczników 3-fazowych tj. 25 500 szt., zgodnie z poniższym opisem:

Przedmiot	Kształt anteny	Zysk anteny [dBi] wartość minimalna	Częstotliwość	Typ zakończenia	Długość przewodu
Antena	Pionowa	6	850-960 & 1710-2170 MHz	...	1,5 mb

70. Wykonawca E zaoferował antenę zewnętrzną producenta FULLANTENNA TECHNOLOGY CO. LTD (zgodnie z załącznikiem nr 1 do oświadczenia – Formularz wyceny).

71. Zaoferowana antena nie spełnia wymagania zysku anteny na poziomie minimum 6 dBi, ponieważ wartość tego parametru jest niższa niż wymagana. Tym samym oferta wykonawcy E powinna z tego powodu zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

Wniosek dowodowy

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z oględzin lub badania i prezentacji liczników złożonych jako próbki wykonawców A, F i E na okoliczność niespełniania wskazanych powyżej wymagań zamawiającego.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do przybycia na posiedzenie wyznaczone na rozprawę z dokumentami, w tym wszystkimi próbkami liczników złożonych w postępowaniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 1.03.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 1.03.2021 r. (art. 524 NPzp).

04.03.2021 r. wykonawca [F] Foxytech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy i wykonawca [E] wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Esmetric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i [2] UAB Elgama Elektronika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą na Litwie złożyli Prezesowi KIO pisma o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego.

Przystępujący przekazali kopie przystąpień zamawiającemu i odwołującemu.

4 i 5.03.2021 r. wykonawcy złożyli Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazali kopie swoich przystąpień zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 1 i 2 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 20.04.2021 r. (art. 521 i art. 522 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) O1 – opinia nr 3/KANEiKE/2020 Politechniki Gdańskiej na wykazanie, że konstrukcja licznika, jest właściwa i spełnia wymagania Zamawiającego; opinia była sporządzona w oparciu o prawdziwy, ale inny – licznik, a nie udostępniony tylko na fotografiach czy ustnych informacjach;
- 2) O2 – uzupełnienie opinii Politechniki Gdańskiej;
- 3) O3 – zakwestionowania w pozycji 11 w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie;
- 4) O4 – wyciąg z normy PN-EN 50470/1 na wykazanie zgodnie z którą – ze względu na wymagania zamawiającego – mają być wykonane liczniki, a która wskazuje, że licznik powinien w przypadku niedozwolonej ingerencji posiadać ślady zerwania plomby lub rozbicia obudowy;
- 5) O5 – wypis ze słownika j. polskiego z Internetu na znaczenie słowa „rozbić”;
- 6) O3-1 – informacja techniczna firmy BALLUFF na wykazanie, że czytniki RFID wykrywają znacznik Monza R6-P czyli znacznik jaki wprost wymagał Zamawiający w SIWZ;
- 7) O3-2 – oświadczenie podmiotu HADATAP – producenta czytnika RFID, którym były odczytywane znaczniki w próbkach przystępujących zgodnie z tym oświadczeniem czytnik ten działa w takim protokole komunikacyjnym, jak wymagał tego Zamawiający w stosunku do znaczników RFID;
- 8) O3-3 – ekspertyza podmiotu KENTIA na wykazanie, że znacznik taki jak był wymagany przez Zamawiającego – Monza R6 nie działa w licznikach takich jak licznik przystępującego F;

- 9) O3-4 – korespondencja z podmiotem FULLANTENA na wykazanie, że zaoferowana antena nie jest produktem podmiotu FULLANTENA;
- 10) O3-5 – korespondencja z podmiotem FULLANTENA na wykazanie, że długość anteny 06 powinna wynosić 29 cm, a 06 L powinna wynosić 41,5 cm, natomiast zaprezentowana antena przez przystępującego E ma długość ok. 29 cm, a więc nie jest to antena 06L; wymiary anteny świadczą o tym, że przystępujący E zaoferował antenę FALTE 06, która nie spełnia podstawowego wymagania zysku anteny na poziomie co najmniej 6 dBi;

B) zamawiającego:

- 1) Z1 informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19.02.2020 r. umieszczona na portalu zamawiającego na wykazanie, że oferta odwołującego została odrzucona;
- 2) Z2 pismo jakie zamawiający wysłał do wykonawców, a nie zamieścił na portalu, jest to pismo szersze wskazujące wykonawcom na przyczyny odrzucenia ich ofert;
- 3) Z3 wiadomość pracownika Tauron Dystrybucja Pomiary sp. z o.o. (spółka badająca przypadki nielegalnego poboru energii) na wskazanie możliwości nielegalnego poboru energii przy konstrukcji licznika zaprezentowanego w postępowaniu przez odwołującego;
- 4) Z4 fragment specyfikacji, które zamawiający prowadził równolegle na wykazanie, że w pkt 1.7 tej specyfikacji było wskazanie wprost na możliwość uszkodzenia obudowy («w sposób widoczny»), a analogicznego wskazania na możliwość uszkodzenia obudowy nie ma w rozpoznawanym obecnie postępowaniu;
- 5 i 6) Z5 i Z6 kopię wyroku z 2 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2470/20 i kopię odwołania z 28.09.2020 r. oraz kopię wyroku z dnia 26 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 3251/20 i kopię odwołania z 7.12.2020 r. na wykazanie, że odwołania powinny zostać odrzucone zgodnie z art. 528 NPzp [odrzucone odwołania] ze względu na spóźnienie wniesienia obecnego odwołania i na czynność samego badania próbki tj. kwestionowane przez odwołującego;
- 7 i 8) Z7 i Z8, na okoliczność, że odwołujący wnosił o pokazanie źródeł pytań, a Zamawiający odpowiedział, że nie okaże tych źródeł, natomiast pozostałe materiały obowiązujące zgodnie z ustawą SPzp były udostępnione odwołującemu jak i innym wykonawcom.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp – przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że treść oferty odwołującego w pełni odpowiada treści SIWZ – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że 19.02.2021 r. zamawiający pismami i publikacją na właściwej stronie internetowej zamawiającego powiadomił m.in. odwołującego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Zamawiający stwierdził, cyt. »W trakcie oceny oferty Zamawiający, zgodnie z wymaganiem 1.4 Załącznika nr 1 do umowy – Wymagania techniczne dla liczników 3-fazowych (specyfikacja urządzeń) stwierdził, że wadliwa konstrukcja obudowy i pokrywy listwy zaciskowej licznika oraz lokalizacja miejsc przeznaczonych do założenia plomb zabezpieczających, uniemożliwia skuteczne plombowanie obudowy, a w konsekwencji – zabezpieczenia wnętrza licznika przed ingerencją umożliwiającą nielegalny pobór energii

elektrycznej. [...] [...] Ręcznie (bez użycia narzędzi, manualnie) dokonano odchylenia górnej części pokrywy listwy zaciskowej licznika, wskutek czego powstała szczelina około 1,5 cm szerokości, umożliwiająca dostęp do wnętrza licznika bez naruszenia lub uszkodzenia elementów zabezpieczających (plomby, obudowy i pokrywy listwy zaciskowej). [...] [...] umożliwia [to – przyp. Izby] w prosty sposób dokonanie nielegalnego poboru energii elektrycznej. [...] [...] Żadna z wykonywanych czynności nie spowodowała uszkodzenia plomby zabezpieczającej, założonej na pokrywie listwy zaciskowej licznika»

Ponadto zamawiający dokonał podobnych badań w innych miejscach licznika i stwierdził, że licznik także nie odpowiada wymaganiom pkt 1.70 Załącznika nr 1 do umowy (cyt. »Interfejsy elektryczne licznika nie mogą być dostępne dla użytkownika bez naruszenia plomby monterskiej«) oraz pkt 1.72 załącznika nr 1 do umowy (cyt. »Kieszeń (SIM HOLDER) na kartę SIM – dostępna tylko po zdemontowaniu osłony skrzynki zaciskowej lub innej osłony zabezpieczonej plombą Zamawiającego oraz czujnikiem otwarcia tej osłon«).

Zamawiający podejmował badania próbek na podstawie postanowienia znajdującego się w 3 kolumnie tabeli nr 1 załącznika nr 1 do umowy, której to kolumny nagłówek brzmiał »Dokumenty i czynności, na podstawie których nastąpi weryfikacja spełnienia wymagania« i w pkt 1.4 zamawiający wpisał »Badanie techniczne licznika«, a w pkt 1.70 i 1.72 zamawiający wpisał »Badanie techniczne«.

W efekcie wyżej opisanych wyników badań zamawiający postanowił, że cyt. »Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy [A – przyp. Izby] nie spełnia wymagań określonych w pkt 1.4, 1.70, 1.72 Załącznika nr 1 do umowy – „Wymagania techniczne (specyfikacja urządzeń)” i z tej przyczyny podlega odrzuceniu«.

Obecny podczas badania próbki przedstawiciel odwołującego wpisał do notatki [protokołu] z badania próbki, które odbyło się w Tarnowie 27.11.2020 r., że wykonawca nie zgadza się z wynikiem badania, gdyż cyt. »[1] osłona skrzynki zaciskowej przed przystąpieniem do badania [...] była już wcześniej poddana działaniom mechanicznym [...] wskutek czego utraciła ona swoje pierwotne właściwości. [...] [2] Wcześniejsze działania mechaniczne były wykonywane bez obecności przedstawicieli [odwołującego – przyp. Izby] [...] jednakże pozostawiły one trwałe ślady. [...] [3] Czujnik otwarcia osłony skrzynki zaciskowej nie zadziałał wskutek wcześniejszych działań mechanicznych. [...] [4] Wskutek badania 27.11.2020 r. pozostały kolejne ślady ingerencji w postaci trwałego odkształcenia części odginanej«.

Odnosnie tych zastrzeżeń Izba musi stwierdzić, że w SIWZ zamawiający nie stanowił, że badanie techniczne będzie odbywało się bez użycia jakichkolwiek rzeczy pomocniczych. Na filmie, który przedstawił na rozprawie zamawiający widać, że badający używał klina

drewnianego w celu podtrzymania odkształcenia spowodowanego naciskiem manualnym na osłonę licznika, a nie używał tego narzędzia w celu zwiększenia siły nacisku.

Zamawiający nie stanowił nigdzie w SIWZ, że badanie techniczne będzie polegało na tylko jednokrotnym poddaniu próbki działaniu siły zewnętrznej, a więc zamawiający mógł kilkakrotnie wykonywać naciski na badany przedmiot, szczególnie że wyrok Izby (KIO 2470/20) nakazywał zamawiającemu powtórzenia badań, zresztą zgodnie z żądaniem tego samego odwołującego – wykonawcy A. A więc zamawiający nie mógł po dokonaniu badania – w wyniku realizacji wyroku – niejako cofnąć się do próbki niebadanej, gdyż zamawiający już dysponował próbką po co najmniej jednym badaniu, a wnioskowanie o dostarczenie nowej próbki do kolejnego badania kłóciłoby się regulami zamówień publicznych zakazu składania nowych elementów oferty po upływie terminu składania ofert (z wyjątkami określonymi w ustawie SPzp, ale takie sytuacje nie wystąpiły w rozpoznawanym postępowaniu).

Również zamawiający nie zastrzegł, że osoba przeprowadzająca badania techniczne nie będzie mogła mieć do dyspozycji jakichkolwiek narzędzi takich jak śrubokręt, kombinerki czy drewniany klin. Posługiwanie się takimi narzędziami nie czyni z czynności ręcznych, manualnych jakichkolwiek innych kategorii tych czynności, a szczególnie nie czyni tych czynności czynnościami mechanicznymi.

Ponadto, z doświadczenia życiowego wiadomo, że ślady zadrapań i minimalnych wyszczerbień nie mogą wpłynąć w sposób zasadniczy na właściwości próbki, aby stała się ta próbka niezdolna do przeprowadzania na niej kolejnych badań, jakie były wykonywane na próbce odwołującego w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym. Także odwołujący nie wykazał, że zamawiający wykonał z próbką jakiś czynności, które spowodowałyby, że próbka straciła swoje istotne, pierwotne właściwości – jednak już pierwsze badanie (niewłaściwie udokumentowane) wykazało, że próbka nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w powyżej przytoczonych pkt 1.4, 1.70 i 1.72 załącznika nr 1 do umowy.

Także opinia Politechniki Gdańskiej nie odnosiła się do konkretnej próbki złożonej wraz z ofertą zamawiającemu, bo przedmiotowa próbka była cały czas w posiadaniu zamawiającego. Podobnie opinia Politechniki Śląskiej nie odnosiła się do właściwej próbki złożonej wraz z ofertą zamawiającemu, gdyż zamawiający nie udostępnił tej próbki specjalistom wydającym opinię. Z tych powodów opinie Politechniki Gdańskiej i Politechniki Śląskiej nie mogły być wzięte pod uwagę przez Izbę jako dowody w sprawie.

Również odwołujący mimo stwierdzenia na notatce z badania próbki, że badanie 27.11.2020 r. pozostawiło na próbce trwałe ślady nie wykazał tego trwałego śladu na rozprawie podczas prezentacji próbki licznika, a więc ślad ten – o ile zaistniał – zaniknął, a

więc nie był trwałym śladem. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający zniwelował czy usunął ten ślad jakimikolwiek sposobami.

Dlatego Izba uważa, że należy uznać, że przedmiot zaoferowany przez odwołującego nie spełnił wymogów postawionych w pkt 1.4, 1.70 i 1.72 Załącznika nr 1 do umowy będącej załącznikiem do SIWZ i w związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp, gdyż oferta nie odpowiadała treści SIWZ i zamawiający podstawnie odrzucił tę ofertę odwołującego.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy F i oferty wykonawcy E pomimo, że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzut czwarty naruszenia art. 26 ust. 3 SPzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy E do uzupełnienia i poprawienia dokumentów – nie mogą zostać uwzględnione.

Izba stwierdza, że zamawiający – zgodnie z odpowiedziami na pytania ostatecznie sformułował pkt 1.35 specyfikacji urządzeń dotyczący znacznika RFID cyt. »Licznik musi zostać wyposażony na etapie produkcji w znacznik RFID RFID Smartrac DogBone MonzaR6-P przezroczysty z podkładem samoklejącym. Znacznik RFID musi pracować w częstotliwościach europejskich zgodnie z protokołem EPC Class 1 Gen 2. Licznik powinien posiadać na obudowie trwały symbol graficzny oznaczający zainstalowanie znacznika RFID. Znacznik ten może zostać zabudowany w liczniku lub trwale przymocowany do obudowy w sposób uniemożliwiający jego odklejenie lub uszkodzenie. Badanie techniczne (oznaczenie na tabliczce znamionowej licznika) Dokumentacja techniczna«. Postanowienie to (jak i każde inne) nie może zostać zmienione po upływie terminu składania ofert. Dlatego zamawiający nie badał liczników specjalistycznym czytnikiem pod kątem obecności znacznika RFID, ale zamawiający ograniczył się do stwierdzenia istnienia odpowiedniego oznaczenia graficznego na tabliczce znamionowej oraz sprawdzenia umieszczenia znacznika we wnętrzu licznika. Izba musi podkreślić, że przeprowadzenie wnioskowanego przez odwołującego badania licznika wykonawcy F pod kątem zgodności znacznika RFID za pomocą czytnika stanowiłoby wykroczenie zamawiającego poza treść SIWZ, gdyż zamawiający nie zamieścił w SIWZ takiego postanowienia. Natomiast zamawiający stwierdził zamieszczenie znacznika RFID wewnątrz obudowy licznika i na tej podstawie zamawiający uznał spełnienie wymagania SIWZ w tym zakresie. Badanie czytnikiem licznika wykonawcy F przez odwołującego nie może być brane pod uwagę, bo zamawiający nie przewidział takiej czynności w SIWZ.

Odwołujący zarzucił także wykonawcy F brak możliwości wyprowadzenia anteny zewnętrznej poza obudowę modemu. Izba stwierdza, że zamawiający w pkt 1.69f i 1.69g Specyfikacji urządzeń wymagał, aby zaoferowany licznik (próbka) wraz z modułem

komunikacyjnym posiadał jeden port antenowy typu żeńskiego (pkt 1.69f) oraz posiadał antenę GSM zainstalowaną w obrysie licznika bądź pod osłoną skrzynki zaciskowej licznika (pkt 1.69g). Badanie próbki wykonawcy F przez zamawiającego wykazało, że próbka spełnia wymogi SIWZ, zgodnie z pkt 1.69f i 1.69g oraz § 3 ust. 6 pkt 6 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 5 do SIWZ. Zamawiający przeprowadził badanie próbek liczników w oparciu o anteny wewnętrzne. Ponadto w liczniku wykonawcy F w osłonie modułu komunikacyjnego znajduje się miejsce do wyłamania w celu wyprowadzenia przewodu antenowego poza obrys licznika, co umożliwi zainstalowanie anteny z kablem koncentrycznym spełniającym wymogi minimalnego promienia gięcia wskazane przez odwołującego w odwołaniu. Miejsce to zostało zademonstrowane na rozprawie podczas prezentacji liczników przez zamawiającego. Opinia z dowodu Politechniki Gdańskiej nie może być wzięta pod uwagę, gdyż opiera się nie na konkretnej próbce złożonej z ofertą zamawiającemu przez wykonawcę F.

Izba stwierdza również, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy E ani do wzywania wykonawcy E na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp do uzupełnienia dokumentów, art. 26 ust. 3 SPzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Izba stwierdza, że odwołujący zarzucił, że w ofercie wykonawcy E brak jest wykonania oceny zgodności potwierdzonej deklaracją CE dla modułu komunikacyjnego zaoferowanego licznika. Odwołujący stwierdził, że cyt. »moduł komunikacyjny to urządzenie radiowe w rozumieniu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/53/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE („Dyrektywa Radiowa”). Zgodnie z rozumieniem art. 2 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy Radiowej „urządzenie radiowe” oznacza produkt elektryczny lub elektroniczny, który celowo emituje lub odbiera fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji, lub produkt elektryczny lub elektroniczny, który musi zostać uzupełniony o dodatkowy element, taki jak np. antena, aby mógł celowo emitować lub odbierać fale radiowe na potrzeby radiokomunikacji lub radiolokacji. [...] [Na urządzeniach radiowych – przyp. Izby] oznakowanie CE umieszcza się tak, by było widoczne, czytelne i niemożliwe do usunięcia z

urządzenia radiowego lub z jego tabliczki znamionowej, chyba że nie ma takiej możliwości lub jest to nieuzasadnione z uwagi na rodzaj urządzenia radiowego. Oznakowanie CE umieszcza się również w sposób widoczny i czytelny na opakowaniu». Jednak Izba zauważa, że wykonawca E zaofertował licznik z wbudowanym modułem komunikacyjnym stanowiącym element konstrukcji wewnętrznej licznika.

Moduł komunikacyjny znajduje się pod pokrywą zabezpieczającą przed dostępem osób nieuprawnionych do wnętrza licznika. Wykonawca E w instrukcji użytkownika licznika wymienia opcję zdalnej komunikacji LTE jako jedną z możliwych konfiguracji sprzętowych i producent nie podaje w instrukcji informacji dodatkowych na temat modułu komunikacyjnego, co należy odczytywać, że moduł komunikacyjny nie jest oddzielnym urządzeniem radiowym, ale należy ten moduł komunikacyjny traktować jako wewnętrzny, zaprojektowany indywidualnie dla tego typu licznika i stanowiący jego integralną część. Dlatego zamawiający stwierdził – zdaniem Izby – słusznie, że moduł ten nie wymaga oznaczenia oddzielnego, a wystarczy oznakowanie dla całego licznika, jak to uczynił producent i producent dokonał certyfikacji urządzenia jako całości przedstawiając odpowiednią dokumentację oraz deklaracje zgodności z wymaganiami zasadniczymi (Deklaracja CE).

Zamawiający stwierdził fakt wykonania przez producenta procedury oceny zgodności urządzenia z wymaganiami zasadniczymi (CE) na podstawie odpowiednich oznaczeń usytuowanych na tabliczce znamionowej licznika oraz dokumentów dotyczących badań typu urządzenia zgodnego z dostarczoną próbką. Badany licznik posiada oznaczenia wykazane na zdjęciu tabliczki znamionowej (str. 21 odpowiedzi zamawiającego z 20.04.2021 r.): oznakowanie CE, deklarację zgodności produktu, oznaczenie typu urządzenia – G35.144, numer fabryczny 02599380, nazwę producenta i znak towarowy producenta oraz pocztowy adres kontaktowy. Zastrzeżenie odwołującego, że interfejs komunikacyjny licznika oferowanego przez wykonawcę E jest osobnym modułem, który wymaga oceny zgodności na podstawie osobnego procesu oceny jest zbyt daleko idące ze względu na uznanie, że moduł nie jest samodzielną częścią i stanowi tylko integralną część licznika, który jako całość został poddany odpowiednim procesom oceny.

Także odwołujący pomija w uwagach, że wymagania Dyrektywy MID dotyczą zakresu dedykowanego dla urządzeń metrologicznych i tylko ten zakres musi być dokumentowany certyfikatem MID, dlatego certyfikat odnosi się jedynie do zakresu Dyrektywy MID. Dlatego uwagi odwołującego, żeby certyfikat MID odnosił się również do pozostałych dyrektyw, są błędne. Potwierdza to, że nawet sam odwołujący stwierdził cyt. »[...] nie mogły one być objęte badaniem pod kątem Dyrektyw Radiowej, bo to zupełnie inna dyrektywa, niż Dyrektywa Licznikowa, której dotyczy certyfikat MID, której spełnienie wymagań zasadniczych potwierdza«. Izba musi zgodzić się z zamawiającym w zakresie stwierdzenia

z przytoczonej odpowiedzi zamawiającego, że w przypadku liczników z wbudowanym modemem LTE urządzenie można traktować jako całość konstrukcji bez oddzielnego certyfikowania poszczególnych elementów urządzenia, dlatego licznik zaoferowany przez wykonawcę E spełnia określone w SIWZ wymogi w zakresie certyfikacji.

Odnosnie braku zabezpieczenia dostępu do SIM Holder (w postaci czujnika) wykonawca E zaoferował licznik, który wyposażony jest w czujnik otwarcia osłony, co zamawiający potwierdził podczas badań oraz funkcjonalność ta opisana jest szczegółowo w Instrukcji użytkownika licznika stanowiącej załącznik nr 25 do oferty wykonawcy E. Pod pokrywą modemu znajduje się przycisk, który jest przyciskiem czujnika otwarcia pokrywy zgodnie ze zdjęciem ze str. 25 przytoczonej odpowiedzi na odwołanie. Także i to zastrzeżenie odwołującego nie może być uwzględnione.

W zakresie uwag odwołującego do anteny zewnętrznej – odwołujący nie wziął od uwagę, że producent anteny zaoferowanej przez wykonawcę E (FULLANTENNA TECHNOLOGY CO.LTD) w zakresie typu zaoferowanej anteny zewnętrznej FALTE.06 oferuje 5 rodzajów urządzeń z przedziałem uzysku 5-7 dBi, przez co wykonawca E wykazuje spełnienie wymagań SIWZ. Ponadto zamawiający nie zadeklarował w SIWZ, że będzie dokonywał badania parametrów anteny, dlatego na etapie badania ofert nie powinien wprowadzać procedury badania parametrów anteny.

Dlatego – zdaniem Izby – zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy E do uzupełnienia oferty czy odrzucenia oferty wykonawcy E.

W związku z tym Izba uważa, że należy uznać, że przedmioty zaoferowane przez wykonawcę F i wykonawcę E spełniły wymogi postawione w SIWZ i z tego powodu Izba nie może uwzględnić zarzutu drugiego i czwartego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp i art. 26 ust. 2 SPzp.

W ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp – przez wybór oferty wykonawcy F pomimo, że nie jest to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz zarzut piąty naruszenia art. 7 ust. 1 SPzp – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – nie mogą zostać uwzględnione.

Izba stwierdza, że – ze względu na brak przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy F (o czym wyżej) – zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert ustanowionych w SIWZ i zamawiający nie naruszył tym art. 91 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Ponadto odwołujący poza postawieniem zarzutów trzeciego i piątego nie uzasadnił w żaden sposób swojego

stanowiska, poza uzasadnieniem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 SPzp, czego jednak nie uznała za zasadne Izba.

Dlatego Izba stwierdza, że nie może uwzględnić zarzutów trzeciego i piątego naruszenia art. art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 SPzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych.

Przewodniczący: