

**WYROK**

**z dnia 14 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2014 r.

przez wykonawcę: **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa gazomierzy miechowych w roku 2014 dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.* (nr postępowania ZP/2013/007/GFZ)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy: Itron Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach i**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego: Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach na rzecz zamawiającego: Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 181 zł 00 gr** (słownie: sto osiemdziesiąt jeden złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci kosztów przejazdu na wyznaczone

**Sygn. akt KIO 642/14**

posiedzenie.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi – przez swój oddział we Wrocławiu – w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawy pn. *Dostawa gazomierzy miechowych w roku 2014 dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.* (nr postępowania ZP/2013/007/GFZ).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 listopada 2013 r. pod nr 2013/S\_216-376638, z tym, że 5 listopada 2013 r. w Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w siedzibie oddziału we Wrocławiu na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej (<http://www.wroclaw.psgaz.pl/przetargi/>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub s.i.w.z.}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 19.428.071,00 zł, co stanowi równowartość 4.833.334,41 euro.

21 marca 2014 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – Zakładowi Wytwórczemu Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach {spółce zwanej również dalej w skrócie „Intergaz”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w 4 i 5 części zamówienia {zwanymi również „zadaniami”} oferty złożonej przez Itron Polska sp. z o.o. {spółkę zwaną również dalej w skrócie „Itron”}.

31 marca 2014 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od rozstrzygnięcia postępowania w części 4 i 5 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez bezpodstawny wybór oferty Itron, która winna podlegać odrzuceniu z powodu sprzeczności jej treści z treścią wymagań SIWZ.
2. Art. 7 ust. 1 – przez brak równego traktowania wszystkich wykonawców i w konsekwencji dopuszczenie do udziału w postępowaniu oferty, która winna być odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w części 4 i 5 zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru oferty Itron jako naruszającej powyżej wskazane przepisy prawa.
2. Odrzucenia oferty Itron, jako niezgodnej z SIWZ, a wybranej z naruszeniem zasad udzielenia zamówienia poprzez nierówne potraktowanie wykonawców.
3. Powtórzenia procedury przetargowej z zachowaniem zasady równego potraktowania wszystkich wykonawców.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że Zamawiający opisując szczegółowo przedmiot zamówienia, w pkt 3.3.6 SIWZ określił, że oferowane gazomierze muszą *charakteryzować się odpornością na wysoką temperaturę otoczenia (zgodnie z punktem 6.5.5-PN-EN 1359:2004) i oznakowaniem symbolem „T” na tabliczce znamionowej gazomierza*. Jednocześnie w pkt 7 SIWZ Zamawiający zażądał od wykonawców dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania. Odwołujący podał również, że zgodnie z pkt 7.4.1 SIWZ potwierdzeniem spełnienia wymagania opisanego w ppkt 3.3.6 SIWZ jest dołączenie do oferty certyfikatu Bezpieczeństwa ważnego na dzień składania ofert. Odwołujący dodał, że wg pkt 18.5.1 SIWZ dotyczącego kryteriów oceny ofert („wskaźnik H”) za dołączenie tego certyfikatu oferent mógł otrzymać 6 pkt.

Odwołujący podniósł, że ponieważ oferta Itron dla zadań 4 i 5 nie zawiera certyfikatu bezpieczeństwa potwierdzającego spełnienia wymogów określonych pkt 3.3.6 i pkt 7.4.1, powinna być odrzucona, a tym bardziej przyznanie jej 6 punktów jest całkowicie bezzasadne. Odwołujący opisał, że co prawda na str. 210 oferta Itron zawiera Certyfikat B nr 39/12, ale z jego treści wynika, że odnosi się on do gazomierzy przeznaczonych na ciśnienie robocze  $p_{max} = 0,5$  baru (tzn. 50 kPa). Według Odwołującego oznacza to, że gazomierze objęte tym certyfikatem nie spełniają wymagania odporności wysokotemperaturowej i nie mogą być oznakowane symbolem „T”. Odwołujący dodał, że z treści Świadectwa badania typu zgodnie z wymaganiami WE nr DE-07-MI002-PTB0141 (str. 84 oferty Itron) wynika, że oferowane przez Itron gazomierze mogą charakteryzować się ciśnieniem roboczym: a)  $p_{max} = 0,2$  baru (20 kPa), jeżeli są odporne na wysoką temperaturę, lub b)  $p_{max} = 0,5$  baru (50 kPa), jeżeli nie spełniają wymagań wysokotemperaturowych. Jednak o tym, czy gazomierz może być oznakowany  $p_{max} = 0,2$  baru lub  $p_{max} = 0,5$  baru decyduje treść właściwego certyfikatu. Zdaniem Odwołującego z treści oferty Itron dla zadań 4 i 5 wynika jednoznacznie, że Certyfikat „B” nr 39/12 potwierdza prawo Itron do oznaczenia przedmiotowych gazomierzy tylko ciśnieniem  $p_{max} = 0,5$  baru, tj. bez prawa oznaczenia ich symbolem „T” (odporność wysokotemperaturowa).

W związku z powyższymi okolicznościami Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że: po pierwsze – bezpodstawnie w zadaniu 4 i 5 przyznał ofercie Itron 6 pkt, po drugie – zaniechał odrzucenia oferty Itron za niespełnianie wymagań technicznych – pomimo przedstawienia certyfikatu bezpieczeństwa B, według którego oferowane gazomierze nie spełniają wymagania z pkt 3.3.6 SIWZ. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 14 stycznia 2013 (sygn. akt KIO 2903/12), z którego wynika, że stosownie do treści art. 89 ust 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

11 kwietnia 2014 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do jego treści.

1. {brak podstaw do odrzucenia oferty Itron}

Według Zamawiającego Odwołujący błędnie przyjął, że zgodnie z pkt 7.4.1 SIWZ potwierdzeniem spełniania wymagań z pkt 3.3.6 SIWZ jest dołączenie do oferty certyfikatu bezpieczeństwa ważnego na dzień składania ofert.

Zamawiający podał, że w pkt 3 SIWZ określił warunki i parametry, jakim powinny odpowiadać gazomierze, a na potwierdzenie tychże warunków wymagał złożenia dokumentów wskazanych w pkt 7.2 SIWZ, który został zatytułowany *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego*. Natomiast w pkt 7.4 SIWZ, zatytułowanym *Wykaz oświadczeń i dokumentów wpływających na ocenę oferty, które można dołączyć do ofert*, znajduje się wykaz dokumentów, których złożenie nie było obligatoryjne. W pkt tym znajduje się również zdanie: *Oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt. 7.4. powyżej nie są bezwzględnie wymagane w ofercie, lecz są niezbędne do uzyskania przez Wykonawców punktów w ramach kryteriów oceny ofert przedstawionych w pkt. 18.5. SIWZ. W przypadku, gdy Wykonawca nie dołączy wskazanych wyżej dokumentów nie będzie to stanowiło podstawy do odrzucenia oferty*.

W ocenie Zamawiającego powyższe postanowienia SIWZ jasno wskazują, że certyfikat bezpieczeństwa nie był dokumentem wymaganym, a jego złożenie mogło mieć wpływ jedynie na ocenę punktową. Nawet gdyby przyjąć, że złożony certyfikat nie był prawidłowy, nie było podstaw do odrzucenia oferty. Dokumenty wskazane w pkt 7.4 SIWZ nie miały potwierdzać wymagań określonych w pkt 3 SIWZ, a służyły temu dokumenty wskazane w pkt 7.2, wśród których nie ma certyfikatu bezpieczeństwa.

2. {brak podstaw do obniżenia punktacji oferty Itron}

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 18.5.1 SIWZ wykonawca powinien otrzymać 6 punktów w przypadku posiadania certyfikatu bezpieczeństwa lub certyfikatu WE. Zgodnie

z pkt 1.5 SIWZ użyte w SIWZ terminy oznaczają:

- *Certyfikat Bezpieczeństwa* – *certyfikat na znak bezpieczeństwa „B” w trybie dobrowolnym lub Certyfikat na znak bezpieczeństwa i jakości „B” w trybie dobrowolnym lub inny równoważny certyfikat;*
- *Certyfikat WE* – *oznacza Certyfikat badania typu WE lub Certyfikat badania projektu WE, o którym mowa w Rozporządzeniu (rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 grudnia 2006 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla przyrządów pomiarowych, Dz.U. z 2007 r., Nr 3 poz. 27).*

Zamawiający podniósł, że dla gazomierzy oferowanych w ramach części nr 4 i 5 zamówienia Itron przedstawił w ofercie dwa dokumenty, niezależnie od siebie wystarczające do przyznania punktów w ramach wskaźnika „H” (zgodnie z pkt 18.5.1 SIWZ). Po pierwsze – certyfikat na znak bezpieczeństwa i jakości nr 39/12, wystawiony przez Instytut Nafty i Gazu w Krakowie, ważny do 19 grudnia 2015 r. (str. 210 oferty). Zdaniem Zamawiającego powyższy certyfikat określa, że dotyczy gazomierzy, które będą pracować przy ciśnieniu roboczym nieprzekraczającym 0,5 baru (50 kPa), a zatem oferowane gazomierze mieszczą się w tej granicy. Po drugie – certyfikat badania typu WE nr DE-07-M1002-PTB014, wystawiony przez Physikalisch-Technische Bundesanstalt (PTB) w Berlinie, ważny do 21 czerwca 2017 r. (str. 78 -117 oferty). Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie sformułował żadnych zastrzeżeń co do przedstawionego w ofercie Itron certyfikatu WE.

### 3. {spełnianie przez ofertę Itron wymagania odporności temperaturowej}

Zamawiający potwierdził, że zgodnie z pkt 3.3.6 SIWZ oferowane gazomierze winny *charakteryzować się odpornością na wysoką temperaturę otoczenia (zgodnie z punktem 6.5.5 – PN-EN 1359:2004) i oznakowaniem symbolem „T” na tabliczce znamionowej gazomierza*. Zamawiający podał, że według pkt 7.2.3 SIWZ dla potwierdzenia spełnienia wymogów zawartych w pkt 3.3.6 SIWZ wykonawcy mieli złożyć oświadczenie zgodne z załącznikiem J do SIWZ – *Oświadczenie o spełnieniu warunków technicznych określonych w pkt, 3 SIWZ*, a nie *Certyfikat Bezpieczeństwa*, jak twierdzi Odwołujący. Zamawiający dodał że takie oświadczenia o spełnianiu wymagania 3.3.6, zgodne z załącznikiem J do SIWZ, znajdują się na stronach 50 - 52 i 53 - 55 oferty Itron. Niezależnie od tego Zamawiający podkreślił, że fakt odporności na wysoką temperaturę wynika z załączonego przez Itron certyfikatu WE (str. 78 - 117 oferty), gdzie na str. 84 oferty znajduje się informacja, że *maksymalne ciśnienie robocze  $P_{max}$  dla gazomierzy z obudową blaszaną, w których wymagana jest odporność na wysoką temperaturę wynosi 0,2 bara. W pozostałych przypadkach dla gazomierzy z obudową blaszaną  $P_{max} = 0,5$  bara*. Z kolei na str. 92 oferty znajduje się zatwierdzony wzór tabliczki znamionowej, na którym znajduje się oznaczenie

„T”, zgodnie z pkt 6.5.5 normy PN-EN 1359. Zamawiający wywiódł, że ponieważ oferowane przez Itron gazomierze mają maksymalne ciśnienie robocze  $P_{max} = 10$  kPa (czyli 0,1 baru), co wynika zarówno z pkt 6 deklarowanych parametrów technicznych i eksploatacyjnych gazomierza (str. 40 i 41 oferty), jak i z dokumentacji techniczno-ruchowej (str. 71 oferty), nie miał wątpliwości, że spełniają wymóg wskazany w pkt 3.3.6 SIWZ.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że Certyfikat nr 39/12 nie dotyczy oferowanych gazomierzy, nie rzutowałoby to na spełnianie warunków z pkt 3.3.6. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że sformułowania dotyczące odporności na wysoką temperaturę zostały analogicznie ujęte w świadectwie badania typu konstrukcyjnego WE złożonego przez Odwołującego (str. 133 oferty Intergaz).

31 marca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przez Itron Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie {pisemnej}, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do jego treści.

Przystępujący podał, że w pkt 3 SIWZ dotyczącym przedmiotu zamówienia, w pkt 3.3.6 SIWZ Zamawiający wymaga, aby oferowane gazomierze charakteryzowały się odpornością na wysoką temperaturę otoczenia (zgodnie z punktem 6.5.5 - PN-EN 2359:2004) i oznakowaniem symbolem „T” na tabliczce znamionowej gazomierza. Z kolei w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego (pkt 7 SIWZ), w pkt 7.2.2 Zamawiający wymaga złożenia podpisanego i wypełnionego załącznika F do SIWZ – dotyczącego deklarowanych parametrów technicznych i eksploatacyjnych gazomierza oraz, zgodnie z ppkt 7.2.3, załącznika J – dotyczącego spełniania warunków technicznych określonych w pkt 3 SIWZ, a nie – jak twierdzi Odwołujący – *Certyfikatu Bezpieczeństwa dla oferowanego typu gazomierza* wg pkt 7.4.1. Przystępujący oświadczył, że złożył w swojej ofercie dla części 4 i 5 wymagane załączniki F (strony 40 - 41 oferty) oraz załączniki J (strony 50 -55 oferty), przy czym w pkt 12 załącznika F i pkt 7 załącznika J zadeklarował i potwierdził odporność na wysoką temperaturę otoczenia (zgodnie z punktem 6.5.5 – PN-EN 2359:2004) i oznakowanie symbolem „T” oferowanych gazomierzy. Przystępujący dodał, że deklarowane parametry gazomierzy nie budziły zastrzeżeń

Zamawiającego, który uznał, że oferowane wyroby spełniają wymagania z pkt 3 SIWZ, w tym również pkt 3.3.6.

Według Przystępującego ocena złożonych ofert została przeprowadzona przez Zamawiającego zgodnie z pkt 18 SIWZ, przy zastosowaniu kryterium ceny (50%) i oceny technicznej gazomierzy (50%). Do oceny technicznej gazomierzy został zastosowany m.in. przytoczony przez Odwołującego z pkt 18.5.1 wskaźnik *Certyfikat Bezpieczeństwa*. W celu udokumentowania posiadania takiego certyfikatu dla oferowanych gazomierzy – zgodnie z pkt 7.4 SIWZ *Wykaz oświadczeń i dokumentów wpływających na ocenę oferty, które można dołączyć do oferty*, pkt. 7.4.1 – należało dołączyć certyfikat bezpieczeństwa. Przystępujący dodał, że oświadczenia i dokumenty wymienione w pkt 7.4 nie są bezwzględnie wymagane w ofercie, a w przypadku ich niedołączenia, nie stanowi to podstawy do odrzucenia oferty. Przystępujący zaznaczył, że – wbrew stwierdzeniom Odwołującego – Zamawiający ani w pkt 7.4.1 SIWZ, ani w kryteriach oceny ofert zawartych w pkt 18.5.1 SIWZ nie wskazuje wymagań technicznych opisanych w pkt 3, których spełnienie miałby rzekomo potwierdzać posiadanie certyfikatu. W związku z tym, wobec złożenia w ofercie Przystępującego, czego nie podważa Odwołujący, ważnego na dzień składania ofert certyfikatu na znak bezpieczeństwa „B” w trybie dobrowolnym, według Przystępującego nieuprawnione jest stwierdzenie, że Zamawiający bezpodstawnie przyznał mu 6 pkt w kryterium wskaźnika certyfikatu bezpieczeństwa lub certyfikatu WE

Przystępujący podniósł ponadto, że z kryteriów i definicji certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości B wynika, że oznaczony tym znakiem produkt musi spełnić szereg wymagań, w tym odporności wysokotemperaturowej, niezależnie od maksymalnego ciśnienia roboczego deklarowanego przez producenta – w tym przypadku tożsamej z wymaganiami ppkt 3.3.6 SIWZ tego postępowania. Brak pozytywnego spełnienia jakiegokolwiek kryterium znaku bezpieczeństwa skutkowałby brakiem posiadania takiego certyfikatu, co według Przystępującego potwierdza Instytut Nafty i Gazu w Krakowie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. W toku postępowania nie zgłoszono w tym zakresie żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.



**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która jest następną w rankingu ofert w obu częściach zamówienia, których dotyczy odwołanie. Jednocześnie zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego naraża Odwołującego na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba nie uwzględniła stanowiska Przystępującego, który podniósł na rozprawie, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż składając 24 lutego 2014 r. Zamawiającemu pisemne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, nie przedłużył jednocześnie ważności wadium. Po pierwsze – Przystępujący pominął okoliczność, że wspomniane oświadczenie zostało złożone po unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania, w związku z wniesionym odwołaniem na tę czynność. Tymczasem zgodnie z art. 46 pzp Zamawiający zwraca wszystkim wykonawcom wadium niezwłocznie po unieważnieniu postępowania (por. ust. 1), a następnie żąda ponownego wniesienia wadium tylko od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku rozstrzygnięcia odwołania (por. ust. 3). Skutkiem wydania przez Izbę postanowienia z 25 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 272/14, KIO 298/14 i KIO 299/14 był m.in. wybór oferty Przystępującego w zadaniach 4 i 5, i tylko od niego Zamawiający zażądał ponownego wniesienia wadium.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego (przy czym część dokumentacji została przesłana w związku ze sprawą o sygn. akt: KIO 272/14, KIO 298/14 i KIO 299/14), to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. w ostatecznej wersji, oferty Przystępującego, a także z protokołu

postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dowody przedstawione przez Przystępującego na rozprawie, dokonując odpowiedniej oceny ich znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie dopatrzyła się podstaw ani do odrzucenia oferty Itron, ani do obniżenia punktacji tej oferty. W odwołaniu ze złożonego przez Itron {str. 210 oferty} Certyfikatem Nr 39/12 (certyfikatem na znak bezpieczeństwa i jakości „B”), wystawionym 20 grudnia 2012 r. przez Instytut Nafty i Gazu w Warszawie, wywiedziono zarówno zarzut niezgodności treści oferty Itron z pkt 3.6.6 s.i.w.z., jak i zarzut zawyżenia punktacji tej oferty w kryterium z pkt 18.5.1 s.i.w.z. (tzw. wskaźnik H). O odwołanie kładzie nacisk na wykazanie zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty Itron, o tyle na rozprawie Odwołujący przede wszystkim podkreślał bezpodstawne przyznanie ofercie Itron 6 pkt w kwestionowanych zadaniach. Niesporne było jednak, że bez tych punktów oferta Przystępującego miałaby niższą sumę punktów niż oferta Odwołującego.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi

na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Nie ulega również wątpliwości, że dla zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców).

Izba stwierdziła, że zawarty w odwołaniu zarzut niespełnienia przez gazomierze parametru odporności na wysoką temperaturę oparty został na wybiórczej interpretacji treści zarówno obowiązującej s.i.w.z., jak i oferty złożonej przez Itron. Poza wszelkim sporem było, że specyfikacja techniczna zamawianych gazomierzy w pkt 3.3.6 s.i.w.z. określa, że mają one cechować się odpornością na wysoką temperaturę otoczenia (zgodnie ze wskazanym punktem przywołanej w treści postanowienia PN-EN), co z kolei ma znaleźć odzwierciedlenie w oznakowaniu symbolem „T” na obudowie. Z treści s.i.w.z. – wbrew stanowisku Odwołującego – nie wynika jednak, że potwierdzeniu spełniania tego wymagania służy certyfikat bezpieczeństwa dla oferowanego typu gazomierza, o którym mowa w pkt 7.4.1 s.i.w.z. Jest to natomiast pierwszy dokument z zawartego w pkt 7.4 s.i.w.z. wykazu oświadczeń i dokumentów wpływających na ocenę oferty, które fakultatywnie można było dołączyć do oferty. Rola tych dokumentów została wyjaśniona w ostatnim akapicie pkt 7.4 – na ich podstawie wykonawca może uzyskać punkty w pozacenowych kryteriach oceny ofert, o których mowa w pkt 18.5 s.i.w.z., czyli w ramach kryterium oceny technicznej gazomierzy. I tak, w pkt 18.5.1 zostało sprecyzowane podkryterium *wskaźnik H* jako *wskaźnik Certyfikat Bezpieczeństwa lub Certyfikat WE*. Według s.i.w.z. konsekwencją niezłożenia takiego certyfikatu dla oferowanego typu gazomierza, czyli *de facto* niezłożenia dokumentu w ogóle albo złożenia dokumentu nie dotyczącego gazomierza będącego przedmiotem oferty, może być przyznanie 0 pkt we wspomnianym kryterium. Odwołujący mimo to usiłuje wywieść

z podnoszonego przez siebie braku objęcia Certyfikatem nr 39/12 gazomierzy odpornych na wysoką temperaturę podwójny skutek: nie tylko obniżenia punktacji oferty Itron, ale – przede wszystkim – odrzucenia tej oferty. Teoretycznie wydaje się to niewykonalne, gdyż według s.i.w.z. brak certyfikatu bezpieczeństwa dla oferowanych gazomierzy, traktowanego jako dokument fakultatywny, nie może skutkować odrzuceniem oferty. Jednak Odwołujący dokonuje swoistego zabiegu interpretacyjnego, polegającego na ustaleniu treści oferty Itron wyłącznie na podstawie zestawienia treści wspomnianego certyfikatu bezpieczeństwa z treścią Świadectwa badania typu zgodnie z wymaganiami WE nr DE-07-MI002-PTB014, również załączonego do oferty Itron. Według interpretacji Odwołującego przedmiotem oferty Itron są gazomierze cechujące się  $p_{\max} = 0,5$  baru, a nie o  $p_{\max} = 0,2$  baru, gdyż ta pierwszą wartość maksymalnego ciśnienia roboczego występuje w obu tych dokumentach, natomiast według świadectwa badania typu dla gazomierzy, w których wymagana jest odporność na wysoką temperaturę maksymalne ciśnienie robocze wynosi maksymalnie 0,2 baru {str. 84 oferty}. Odwołujący przy ustalaniu, co jest przedmiotem oferty Itron, skupił się wyłącznie na tych dwóch dokumentach, z których jeden wprost potwierdza istnienie wersji gazomierzy odpornych na wysoką temperaturę. Przede wszystkim pominął zupełnie pozostałe dokumenty zawarte w ofercie. Tymczasem Itron wprost potwierdził, że oferuje gazomierze, które *charakteryzują się odpornością na wysoką temperaturę otoczenia (zgodnie z pkt. 6.5.5. – PN EN 1359:2004) lub normy równoważnej i oznakowaniem symbolem „T” na tabliczce znamionowej gazomierza, spełniając tym samym wymagania określone w pkt. 3.3.6. SIWZ* {brzmienie pkt 7 oświadczenia o spełnieniu warunków technicznych określonych w pkt 3 s.i.w.z., str. 51 i 54 oferty Itron}, podpisując treść załącznika J do s.i.w.z. przygotowanego przez Zamawiającego. Ponadto wypełniając samodzielnie załącznik F – *Deklarowane parametry techniczne i eksploatacyjne gazomierza* – Itron wskazał, że przedmiotem oferty w zadaniu 4 jest gazomierz typu RF1 G2,5 {tabela na str. 40 oferty}, a w zadaniu 5 gazomierz typu RF1 G4 {tabela na str. 41 oferty}, w obu przypadkach określając maksymalne ciśnienie robocze na 10 kPa {pkt 6 obu tabel}, czyli 0,1 baru, ponownie potwierdzając przez wpisanie „TAK” spełniania przez te gazomierze parametru odporności na wysoką temperaturę {pkt 12 obu tabel}. W ocenie Izby choć systematyka i terminologia s.i.w.z. sugeruje zaklasyfikowane obu tych dokumentów jako służących jedynie potwierdzeniu przez oferowane dostawy gazomierzy spełniania wymagań Zamawiającego, czyli jako dokumentów zażądanych na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, stanowią one w istocie oświadczenie woli wykonawcy, który przez podpisanie lub wypełnienie tych załączników do s.i.w.z. precyzuje treść oferty w zakresie parametrów w nich wyszczególnionych. Odwołujący nie zakwestionował skutecznie treści oferty Itron, a ponieważ nie podważał adekwatności

i prawidłowości załączonego do niej Certyfikatu WE, bez znaczenia dla sprawy okazało się złożone dodatkowo na rozprawie przez Przystępującego Świadcstwo badania typu DIN DVGW nr rejestracyjny NG-4701BN0089.

Zarzut zawyżenia punktacji oferty Itron w zadaniach nr 4 i 5 przez bezpodstawne przyznanie tej ofercie 6 punktów w kryterium „wskaźnik H”, również należy uznać za niezasadny z powodu okoliczności, które Odwołujący pominął w odwołaniu. Zarzut zawarty w odwołaniu został wywiedziony wyłącznie na podstawie Certyfikatu Nr 39/12 załączonego do oferty Itron. Odwołujący nie kwestionował przy tym, że Świadcstwo badania typu zgodnie z wymaganiami WE nr DE-07-MI002-PTB014, również załączone do oferty Itron, stanowi w rozumieniu s.i.w.z. {i przywołanych w niej przepisów} Certyfikat WE dotyczący gazomierzy oferowanych przez Itron w zadaniu 4 i 5. Ma to kluczowe znaczenie, gdyż zgodnie z opisem sposobu oceny oferty w tym kryterium dla przyznania punktacji wystarczające było *wykazanie przez Wykonawcę posiadania Certyfikatu Bezpieczeństwa lub Certyfikatu WE na oferowany typ gazomierza*. Nie ma zatem wątpliwości, że dla przyznania maksymalnej punktacji za wskaźnik H wystarczające było złożenie jednego z dwóch dokumentów: certyfikatu bezpieczeństwa lub certyfikatu WE. Załączenie przez Itron do oferty certyfikatu WE dla oferowanych gazomierzy stanowi samoistną podstawę uzasadniającą punktację przyznaną przez Zamawiającego ofercie Itron w części 4 i 5 zamówienia.

Nie ma zatem znaczenia, że rzeczywiście sam Certyfikat Nr 39/12 z 20 grudnia 2012 r. nie mógł być dla Zamawiającego podstawą do przyznania takiej punktacji. Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że ów certyfikat odnosi się do oferowanej w części 4 i 5 zamówienia wersji gazomierzy o  $p_{\max} = 0,1$  baru. W jego treści wskazano bowiem  $p_{\max} = 0,5$  baru, a na podstawie certyfikatu WE nr DE-07-MI002-PTB014 Zamawiający mógł ustalić, że w przypadku gazomierzy odpornych na wysoką temperaturę parametr ten może wynosić maksymalnie 0,2 baru. Przystępujący dopiero na rozprawie przedstawił poprawiony Certyfikat Nr 39/12 (nazwany przez wystawcę „wydaniem 2”), w którego treści poprawiono ten parametr na  $p_{\max} = 10$  kPa, co pozwoliło na stwierdzenie, że dokument ten odnosi się do gazomierzy stanowiących przedmiot oferty. Jednak obowiązuje on dopiero od daty wystawienia – 10 marca 2014 r., czyli po terminie składania ofert, który przypadał na 16 grudnia 2013 r. Tym bardziej Zamawiający nie mógł wiedzieć w toku badania oferty Itron, że zakres wskazany w pierwotnej treści certyfikatu jest wynikiem błędu jego wystawcy – Instytutu Nafty i Gazu w Krakowie, który przyznał to w piśmie z 31 marca 2014 r., również złożonym dopiero na rozprawie przez Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy

## **Sygn. akt KIO 642/14**

pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. a i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, które udokumentował rachunkami przedstawionymi do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....