

Sygn. akt: KIO/UZP 1036/09

**WYROK**  
z dnia 24 sierpnia 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie:** Małgorzata Stręciwilk  
Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. (Lider Konsorcjum)** i **APATOR S.A.** z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: **58-100 Świdnica, ul. Łukasińskiego 26** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENERGA - OPERATOR S.A., 80-557 Gdańsk, ul. Marynarki Polskiej 130** protestu z dnia **30 czerwca 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **JM - TRONIC Sp. z o. o., 00-379 Warszawa, ul. Wybrzeże Kościuszkowskie 31/33**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. i APATOR S. A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum 58-100 Świdnica, ul. Łukasińskiego 26**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. i APATOR S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum 58-100 Świdnica, ul. Łukasińskiego 26,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. i APATOR S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum 58-100 Świdnica, ul. Łukasińskiego 26.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - ENERGA - OPERATOR S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na "Dostawę liczników energii elektrycznej dla ENERGA - OPERATOR S.A." wykonawca - konsorcjum firm w składzie: Fabryka Aparatury Pomiarowej PAFAL S.A. oraz APATORS.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył w części 2 zamówienia protest na czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp:

1. art. 26 ust. 3, poprzez wezwanie firmy JM Tronic Sp. z o.o. (dalej również JM Tronic) do uzupełnienia dokumentów, które nie podlegały uzupełnieniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt.2, poprzez wybór oferty firmy JM Tronic Sp. z o.o. mimo, że oferta tej firmy nie spełnia wymagań określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),

3. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez zwolnienie jednego wykonawcy - firmy JM Tronic Sp. z o.o. z obowiązku, który dotyczył wszystkich pozostałych wykonawców.

Protestujący wskazał, że w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, jego oferta jest drugą ofertą pod względem uzyskanych punktów, zaś wybór oferty firmy JM Tronic Sp. z o.o. z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy uniemożliwia protestującemu uzyskanie zamówienia dla części 2 w tym postępowaniu.

Wniósł o:

1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty firmy JM Tronic Sp. z o.o.,
2. odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
3. ponowną ocenę i wybór oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu podał wymagania, jakie zamawiający zawarł w pkt. X.1, X.2. i X.3. SIWZ, tj.

pkt. X.1 "w celu potwierdzenia, że oferowane liczniki spełniają wymagania określone przez zamawiającego oraz wykonania niezbędnych prób, wykonawca złożył wraz z ofertą po 10 egz. oferowanego typu licznika, zwanego dalej licznikiem wzorcowym, wraz z dedykowanym oprogramowaniem parametryzacyjnym dla każdego z nich, dla każdej części na którą składa ofertę"

pkt.X.2 "wykonawca jest zobowiązany dostarczyć wraz z licznikami wzorcowymi moduły komunikacyjne gwarantujące zdalną komunikację z oferowanym licznikiem oraz systemem akwizycji danych, spełniającym wymagania określone w załączniku nr 1 "wymagania techniczne", a także, dla każdej części zamówienia 2 urządzenia typu palmtop wraz z oprogramowaniem Windows Mobile oraz oprogramowaniem odczytowym i parametryzacyjnym z zachowaniem wymogów określonych w załączniku nr 1 "wymagania techniczne".

Protestujący dodał, że odpowiadając na pytanie 12 zamawiający uściślił, że „oczekuje, że dostawca dostarczy moduł komunikacyjny, który pozwoli na odczytanie wszystkich rejestrów licznika w sposób zdalny programem służącym do parametryzacji liczników dostarczonych przez oferenta"

pkt. X.3 "Dostarczone liczniki wzorcowe wraz z oprogramowaniem będą poddane testom sprawdzającym, czy oferowane liczniki odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego"

Protestujący wyjaśnił, że w celu przetestowania liczników wzorcowych zamawiający powołał dwa zespoły biegłych, z których każdy testował po 5 liczników wzorcowych. W wyniku testów liczników wzorcowych firmy JM Tronic Sp. z o.o. stwierdzono brak spełniania następujących wymagań - wg protokołu biegłych z dnia 07.05 2009 r. Kalisz:

- pkt 4.8 wymóg "objaśnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów na obudowie licznika" ,  
oferta: kody rejestrów zostały umieszczone nie na obudowie licznika lecz na pokrywie listwy zaciskowej licznika.
- pkt 4.10 wymóg "komunikacja z licznikiem przez optozłącze oraz jeden z interfejsów elektrycznych: RS-485, M-BUS",  
oferta: nie udało się uzyskać połączenia z licznikiem poprzez RS485.
- pkt 4.18 wymóg (odp. na pyt. 21 i zmiana SIWZ z 04.03.2009 r.) "zapamiętywanie największej mocy 15 minutowej jaka wystąpiła, opcja kasowania tej wartości z jednoczesnym zapisem czynności i wartości w rejestrze zdarzeń",  
oferta: w liczniku brak możliwości ustawienia rejestracji mocy maksymalnej z okresem integracji 15 minutowym, w przypadku gdy ustawimy rejestrację profilu obciążenia z okresem integracji 60 minutowym - wymóg w pkt. 4.22.
- pkt 4.20 wymóg: „możliwość ustawienia grupy taryfowej i nastaw zegara przez elektryczny port komunikacyjny”,  
oferta: nie uzyskano połączenia z licznikiem przez RS 485.

Wg protokołu biegłych z dnia 08.05.2009 r. (Gdańsk):

- pkt 1.16 wymóg: "przerwanie komunikacji przez optozłącze, podczas parametryzacji nie może blokować lub zawieszać pracy licznika. Powinna pozostać funkcjonalność i ustawienia licznika sprzed parametryzacji",  
oferta: mimo komunikatu o utracie transmisji, schemat parametrów zostaje zmieniony, zmiana dotyczy całego schematu.
- pkt 2.5 wymóg: „wszelkie działania programem parametryzacyjnym powinny pozostawić informacje w liczniku, w niekasowalnym rejestrze zdarzeń, zawierającym następujące dane: data i czas ingerencji, ID użytkownika",  
oferta: w zdarzeniach rejestrowana jest data parametryzacji. Nie ma czytelnej informacji o identyfikatorze programujących w poszczególnych parametryzacjach, nie ma także informacji czego dotyczyła parametryzacja.
- pkt 2.7 wymóg: "oprogramowanie winno umożliwiać przygotowanie wzorcowej konfiguracji pozwalającej na zmianę wszystkich parametrów danego typu licznika. Każda z nowszych wersji oprogramowania winna umożliwiać wykorzystanie wzorcowych konfiguracji przygotowanych przy użyciu programu w wersji wcześniejszej (przy zachowaniu założonych kont i uprawnień wynikających z poziomów oprogramowania 1-3 - opisanych w pkt. 2.6",  
oferta: oprogramowanie pozwala na stworzenie wzorcowego szablonu. Wymaga jednak odczytu licznika. Licznik pozwala na parametryzowanie starymi schematami,

oraz schematami tworzonymi na innych licznikach 3 fazowych JM Tronic. Stare schematy powodują zablokowanie licznika na dacie, co uniemożliwia dalszy odczyt przez inkasenta lub monter.

- pkt 4.8 wymóg "objaśnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów na obudowie licznika",  
oferta: objaśnienia kodów OBIS znajdują się na pokrywie skrzynki przyłączonej co jest niezgodne z SIWZ Wymagano opisu na obudowie. Zgodnie z normą osłona i obudowa to 2 różne elementy. Wszyscy inni oferenci, umieścili je na tabliczce znamionowej licznika.
- pkt 4.10 wymóg „komunikacja z licznikiem przez optozłącze oraz jeden z interfejsów elektrycznych: RS-485, M-BUS”,  
oferta: komunikacja z licznikiem przez RS 485 nie powiodła się.
- pkt 4.20 wymóg: „możliwość ustawienia grupy taryfowej i nastaw zegara przez elektryczny port komunikacyjny”,  
oferta: nie udało się sparametryzować licznik oraz ustawić datę i czas poprzez złącze RS 485.

Protestujący wskazał nadto, że zespół biegłych (Gdańsk) stwierdził, że oprogramowanie często generuje błąd odczytu, liczniki nie kasują profili przy zmianie okresu uśredniania i nie ma możliwości oceny poprawności odczytu pełnego profilu obciążenia.

Protestujący podał, że zamawiający, pismem SH/291/05/2009/LP z dnia 21.05.2009 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę JM Tronic do uzupełnienia próbek i złożenia wyjaśnień dotyczących próbek.

W ocenie protestującego, wezwanie do uzupełnienia nastąpiło z naruszeniem wskazanego przepisu, ponieważ należy odróżnić dokument, który zawiera błąd od dokumentu, który nie potwierdza spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. Firma JM Tronic złożyła liczniki wzorcowe wraz z oprogramowaniem, testy liczników i oprogramowania wykazały, że oferowane wyroby nie spełniają wymagań zamawiającego w wielu punktach, wobec czego w takiej sytuacji nie można mówić o błędzie, o którym mowa w art. 26 ust.3 ustawy Pzp i na tej podstawie wzywać do uzupełnienia wzorców oferowanych produktów. Zdaniem protestującego pojęcie błędu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do błędów formalnych, a nie merytorycznych. Przedłożone wzorce oferowanego produktu nie posiadają błędów w rozumieniu art. 26 ust.3 ustawy Pzp, ale w pełni potwierdzają brak spełniania wymagań zamawiającego i wobec tego oferta wykonawcy JM Tronic powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł także, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W ocenie protestującego, na dzień składania ofert, tj. 14.04.2009 r. oferowane produkty firmy JM Tronic (licznik plus oprogramowanie) nie spełniały wymagań zamawiającego, co potwierdzają przytoczone protokoły badań dwóch zespołów biegłych.

Wezwanie zamawiającego do uzupełnienia umożliwiło wykonawcy JM Tronic dopracowanie produktu, jakim jest oprogramowanie i ponowne jego złożenie w dniu 28.05.2009r, tj. po terminie składania ofert.

Wobec tego, że uzupełnienie nie potwierdza spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego na dzień składania ofert, zdaniem protestującego stanowi to drugą przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy JM Tronic na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Protestujący stwierdził również, że mimo uzupełnienia oferty, zgodnie ze sprawozdaniem zespołu biegłych z dnia 03.06.2009 (Gdańsk), uzupełnione wzorce nadal nie spełniają wymagań zamawiającego w zakresie:

- "w dalszym ciągu występuje zgłaszany problem z przerywaniem transmisji plików parametryzacyjnych przez optozłącze" (wymaganie pkt 1.16 zał. 1 SIWZ)
- uwagi na temat kodu OBIS uwzględnione, jednak na wzorcu brakuje nr fabrycznego wraz z odpowiednią sekwencją uzupełniającą (wymaganie pkt 4.8 zał. 1 SIWZ),
- nadal brak opisu wykonanych zmian parametryzacyjnych (wymaganie pkt 2.5 zał. 1 do SIWZ)
- uwagi do profilu takie same jak w dokumencie poprzednim,

co stanowi przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy JM Tronic na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp protestujący podał, że zamawiający w pkt X. 6 SIWZ określił wymaganie: "Liczniki dostarczone wraz z wybraną ofertą nie podlegają zwrotowi. Będą one stanowić wzorzec dla liczników dostarczanych w ramach realizacji umowy" oraz w pkt. 4.8 zał. 1 do SIWZ: "Objaśnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów na obudowie licznika, zgodne z kodem OBIS". Wskazał, że firma JM Tronic przedłożyła wzory, w których objaśnienia kodów znajdują się na pokrywie skrzynki przyłączonej, co jest niezgodne z SIWZ. Podniósł, że wymagano opisu na obudowie oraz, że zgodnie z normą osłona i obudowa to 2 różne elementy. Wyjaśnił, że wszyscy inni oferenci umieścili je na tabliczce znamionowej licznika.

Protestujący wskazał, że zamawiający pismem SH/291/05/2009/LP z dnia 21.05.2009 r. wezwał wykonawcę JM Tronic do wyjaśnienia, czy można umieścić kody OBIS

na tabliczce znamionowej, zaś w odpowiedzi firma ta przesłała wzór tabliczki znamionowej z naniesionymi kodami OBIS nie do końca spełniając wymagania SIWZ, jak opisano w protokole zespołu biegłych z dnia 03.06.2009 r.

Fakt, że zamawiający uznał uzupełnienie za wystarczające i stwierdził, że brak numeru licznika może zostać uzgodniony na etapie podpisywania umowy narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, ponieważ wszyscy wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wzorów liczników z naniesionymi na obudowie kodami OBIS, a firma JM Tronic została zwolniona z tego obowiązku. W stosunku do tej firmy zamawiającemu wystarczyło wyjaśnienie, że może zamieścić kody na tabliczce, nie przeszkadza też zamawiającemu to, że przesłany wzór tabliczki z naniesionymi kodami także nie odpowiada SIWZ, a przecież przedłożone wzorce liczników mające stanowić wzorzec dla liczników dostarczanych w ramach realizacji umowy mają kody (niezgodnie z SIWZ) na osłonce skrzynki zaciskowej.

Powyższe, zdaniem protestującego, świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i wyborze oferty z naruszeniem przepisów ustawy. O nierównym traktowaniu wykonawców świadczy również fakt, że wzory oferowanych liczników były badane przez dwa niezależne zespoły biegłych, natomiast wzory firmy JM Tronic (po uzupełnieniu) tylko przez jeden zespół. Zamawiający nie wziął pod uwagę wyników badań zespołu z Kalisza i w badaniach (po uzupełnieniu) brak ustosunkowania się do uwag tego zespołu.

Zamawiający protest oddalił, wyjaśniając w uzasadnieniu, że wyszedł z założenia, że jeżeli należałoby wymieniać oprogramowanie wewnętrzne licznika, aby spełnić wymagania, to taką ofertę należało odrzucić, natomiast z uwagi na świadomość, że oprogramowanie parametryzacyjne będzie w trakcie eksploatacji ulegało zmianom i modyfikacjom, w wymaganiach zamawiającego pojawiło się zadanie wsparcia technicznego oraz wymóg dostarczania nowych oprogramowań. Zwrócił uwagę, że biegli nie potrafili określić, czy zgłaszane błędy lub niedogodności wynikają z nieprawidłowości działania licznika oprogramowania parametryzacyjnego, czy też błędnie posługiwano się oprogramowaniem parametryzacyjnym. Wyjaśnił, że nie mógł prosić o uczestniczenie w testach przedstawicieli producenta, który na bieżąco wyjaśniałby wątpliwości podczas badania wzorca.

Wyjaśnił, że po przesłaniu uzupełnień biegli uznali: „Licznik JM TRONIK - po przesłaniu uzupełnień przez dostawcę w dalszym ciągu występuje zgłaszany problem z przerwaniem transmisji plików parametryzacyjnych przez optozłącze. Program w komputerze podaje komunikat o prawidłowo dokonanej zmianie licznik natomiast zostaje w starej taryfie - zachowanie licznika zgodne z wymaganiami natomiast działanie programu nieczytelne. Przesłane uzupełnienie i wyjaśnienie wprawdzie wskazuje miejsce identyfikacji umożliwia identyfikację sprzętu, którym wykonano parametryzację, ale nie opisuje jakie zmiany były wykonane. Wgranie starego wzorca nie spowodowało zawieszenia licznika.

Przesłane uzupełnienie że dla synchronizacji czasu z PDA należy wprowadzić licznik w tryb administracyjny pozwoliło na wykonanie wyżej opisanej czynności. Uwagi na temat kodu OBIS uwzględnione w uzupełnieniu jednak na wzorcu brakuje numeru fabrycznego wraz z odpowiednią sekwencją uzupełniającą. Licznik udało się przeczytać GPRS za 3 razem i proces był powtarzalny. Uwagi do profilu takie same jak w dokumencie poprzednim. Nakaz czytania profilu za okres 63 dni wykazał, że w czasie kiedy licznik nie był używany pojawia się profil o oznaczeniu pełnej godziny z 15 minutowym przyspieszeniu (znacznik danych np. 12:15 kolejna 13:15)".

Zamawiający stwierdził, że zdanie "w dalszym ciągu występuje zgłaszany problem z przerywaniem transmisji plików parametryzacyjnych przez optozłącze" wyrwane zostało przez protestującego z opinii biegłych, co wypacza tę opinię.

W odniesieniu do zdania "uwagi na temat kodu OBIS uwzględniono jednak na wzorcu brakuje nr fabrycznego wraz z odpowiednią sekwencją uzupełniającą" zamawiający wskazał, że ma wątpliwości co do określenia, którego użył w SIWZ, tj. czy osłona jest częścią trwałą licznika. W związku z tym, że to na jakim elemencie licznika umieszczony jest kod nie ma wpływu na jego własności metrologiczne oraz na funkcjonalność licznika zamawiający spytał firmę JM Tronic, czy możliwe byłoby umieszczenie tych opisów na tabliczce znamionowej. Uznał, że przesłana propozycja jest odpowiedzią pozytywną choć zauważono, że w przesłanym wzorze nie było numeru licznika.

Odnosnie wymagań pkt 2.5 zał. 1 zamawiający wyjaśnił, że uznał, iż przesłane uzupełnienie jest wystarczające z punktu widzenia pkt 2.5 SIWZ.

Odnosnie uwag do profilu zamawiający wyjaśnił, że problemy podczas zmiany nastaw w trakcie pracy licznika okresu profilu obciążenia jest niedogodne, jednak w SIWZ nie znalazł się wymóg, aby bezwzględnie istniała taka funkcjonalność.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego zawartej w rozstrzygnięciu protestu odwołujący wskazał, że:

1. przedmiotem zamówienia jest dostawa liczników energii elektrycznej i oprogramowania umożliwiającego parametryzację i odczyt licznika, co dokładnie zostało sprecyzowane w pkt. IV SIWZ -"Opis przedmiotu zamówienia" dla części 2 w ppkt 2.2 - dostawa 113 530 sztuk liczników trójfazowych, wielotaryfowych z zegarem wewnętrznym i profilem obciążenia oraz dostawa oprogramowania wraz z bezterminową licencją na jego użytkowanie dla 100 stanowisk",
2. zamawiający w zał. 1 do SIWZ "wymagania techniczne" dokładnie sprecyzował wymagania dla liczników i wymagania dla oprogramowania,

3. licznik i oprogramowanie parametryzacyjne stanowią nierozdzielną całość, ponieważ oprogramowanie jest niezbędne do uruchomienia licznika i jego funkcji wymaganych przez zamawiającego opisanych w zał. 1 do SIWZ, dlatego też zamawiający nie może oceniać licznika w oderwaniu od oprogramowania, czy oprogramowania w oderwaniu od licznika. Natomiast zapis SIWZ w zał.1 pkt 2 ppkt 2.2 "wykonawca przez okres 4 lat od dnia zawarcia umowy zapewnia prawo do uaktualnień oprogramowania, w przypadku pojawienia się nowych wersji dostarczonego oprogramowania i wsparcia merytorycznego przy wprowadzaniu nowego oprogramowania", na który powołuje się zamawiający, nie zwalnia wykonawców z obowiązku, aby oprogramowanie zaoferowane było poprawne na dzień składania ofert i spełniało wymagania zamawiającego określone w SIWZ. W ocenie odwołującego, zapis ten jedynie zapewnia zamawiającemu prawo do uaktualnień zaoferowanego "dobrego" oprogramowania, jeżeli takie nastąpią, co wcale nie oznacza, że muszą nastąpić.

Zdaniem odwołującego, stwierdzenie zamawiającego, iż "biegli nie potrafili określić, czy zgłaszane błędy lub niedogodności wynikają z nieprawidłowości działania licznika, oprogramowania parametryzacyjnego, czy też błędnie posługiwano się oprogramowaniem parametryzacyjnym, a zamawiający nie mógł poprosić o uczestniczenie w testach przedstawicieli producenta, który na bieżąco wyjaśniałby wątpliwości podczas badania wzorca", nie stanowi żadnego uzasadnienia dla wyboru oferty JM Tronic, przeciwnie, świadczy o tym, że zamawiający nie mógł sobie poradzić z oceną oferty tej firmy - jeżeli przedłożone wzory liczników i oprogramowania spełniałyby wymagania zamawiającego, zamawiający nie powinien mieć aż tak wielu trudności w ich sprawdzeniu, postępując zgodnie z przedłożonymi instrukcjami obsługi licznika i oprogramowania.

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 września 2005 r. Sygn. akt V Ca 665/05, zgodnie z którym: „Przepis art. 26 ust. 3 dot. sytuacji, gdy dokument nie został złożony, bądź jego treść wzbudza wątpliwości zamawiającego, natomiast nie stosuje się go wówczas, gdy dokument został złożony, ale bezspornie nie spełnia warunków ustalonych przez zamawiającego", a także na wyroki Zespołów Arbitrów (UZP/ZO/0-305/07, UZP/ZO/0-94/07) oraz Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. Sygn. Akt X Ga 2/07; X Ga 4/07.

Do postępowania protestacyjnego i odwoławczego przystąpił Tronic Sp. z o.o.

W opinii przystępującego, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek żądania od wykonawcy uzupełnienia oświadczeń lub

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie złożonych lub zawierających błędy.

Podniósł, że zarówno doktryna jak i orzecznictwo zgodne jest co do tego, iż dokument nie potwierdzający spełniania warunków podlega uzupełnieniu (KIO/UZP 1529/08, KIO/UZP 231/09, Sąd Okręgowy we Wrocławiu z dnia 24 sierpnie 2007 r. o sygn. akt X Ga 223/07).

Podniósł także, że przywołane przez odwołującego wyroki KIO oraz Sądu Okręgowego wydane zostały w poprzednio obowiązującym stanie prawnym i jako takie nie mogą stanowić argumentacji i potwierdzenia obowiązującej wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie mogą mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Wskazał, że bezspornie w przedmiotowym przypadku zamawiający miał obowiązek wezwania go do uzupełnienia, gdyż zgodnie z pkt. X.1 SIWZ próbki były żądane w celu potwierdzenia, iż oferowane liczniki spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ (KIO/UZP 919/08).

Stwierdził, że uzupełnienie potwierdzało jednoznacznie spełnienie wymagań na dzień składania ofert, co możliwe jest do zweryfikowania, poprzez sprawdzenie daty modyfikacji pliku instalacyjnego dostarczonego zamawiającemu.

Wskazał, że badanie złożonych w niniejszym postępowaniu liczników przeprowadzały dwa zespoły biegłych powołane przez zamawiającego, a każdy z tych zespołów (jak wynika ze sporządzonych sprawozdań) stosował własną metodologię badań, co skutkuje innymi wynikami przeprowadzonych badań.

Dodał, że zespoły biegłych wyrażają swoją opinię również w stosunku do elementów licznika lub oprogramowania, które nie były wymagane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Wielokrotnie tam, gdzie jakieś niezgodności wykrywa jeden zespół biegłych nie znajduje ich drugi, stwierdzając właściwe działanie licznika i oprogramowania w tym zakresie. Wobec tego przystępujący stwierdził, że w związku z takim sposobem badania sprawozdania z przeprowadzonych badań należy czytać w ten sposób, że jeśli niezgodności nie zostały wykryte przez oba zespoły niezależnie to przedmiotowe niezgodności nie występują.

W opinii przystępującego, należy założyć prawidłowe działanie wszystkich badanych elementów, gdyż zostały one złożone na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez SIWZ, a wykonawca złożył ofertę w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, zaś zgodnie z orzecznictwem i doktryną wszelkie niejasności wynikłe w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia należy interpretować na korzyść wykonawcy. Niewłaściwie przeprowadzone badanie nie może obciążać wykonawcy.

Przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z Polską Normą przenoszącą normę europejską PN-EN 50470 - 1 : 2008 urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego)

pkt 3.3.6 obudową licznika jest zespół obejmujący podstawę i osłonę. Osłoną (pkt 3.3.5 ww normy) jest przednia część obudowy licznika wykonana albo w całości z materiału przezroczystego, albo z materiału nie przezroczystego z oknem (oknami), przez które można obserwować wskaźnik pracy (jeżeli jest) i odczytywać pole odczytowe. Natomiast podstawą (pkt 3.3.3. ww normy) jest tylna część licznika, przeznaczona zazwyczaj do jego zamocowania, do której mocowane są: element pomiarowy (elementy pomiarowe), zaciski lub skrzynka zaciskowa oraz osłona.

Stwierdził, że tabliczka znamionowa nie stanowi obudowy, a w związku z tym żaden z wykonawców nie spełnił przedmiotowego wymagania w jego literalnym brzmieniu. Podał, że objaśnienia mają na celu umożliwienie odbiorcy energii zrozumienie oznaczeń wyświetlanych na wyświetlaczu licznika - są swoistą "legendą" wyświetlacza licznika dla użytkownika. W praktycznym rozumieniu przedmiotowego wymagania każde z miejsc zamieszczenia objaśnień wskazane przez wykonawców jest prawidłowe, gdyż zapewnia realizację funkcjonalnego celu uwidocznienia przedmiotowych objaśnień.

Przystępujący stwierdził, że bezsprzecznie zaoferował zamieszczenie wymaganych objaśnień, tym samym nie możemy mówić o niezgodności treści oferty z treścią SWIZ.

Potwierdził, że zamawiający zapytał go, czy istnieje możliwość zamieszczenia objaśnień na tabliczce znamionowej i przystępujący potwierdził taką możliwość, jednocześnie przekazał zamawiającemu, w jaki sposób może umieścić go na przedmiotowej tabliczce. W związku z tym, iż pytanie zamawiającego dotyczyło tylko i wyłącznie możliwości zamieszczenia wymaganych objaśnień na tabliczce znamionowej przystępujący nie widział potrzeby i konieczności (nie tego dotyczyło pytanie) przedstawiania tabliczki ze wszystkimi wymaganymi elementami.

Stwierdził, iż pokazując tabliczkę znamionową z żądanymi objaśnieniami nigdzie nie oświadczył, iż tabliczka nie będzie zawierała pozostałych wymaganych przez zamawiającego elementów, które znajdowały się na tabliczkach znamionowych przekazanych liczników. Przekazany projekt tabliczki (którego zamawiający nie żądał) miał tylko potwierdzić możliwość umieszczenia objaśnień kodów 0815 na przedmiotowej tabliczce.

Jednocześnie oświadczył, iż tabliczki znamionowe, którymi będą opatrzone dostarczane liczniki będą posiadały wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego, w tym objaśnienia kodów 0815 oraz numer licznika.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, wyjaśnień do treści SIWZ z dnia 04.03.2009 r. (pismo znak: 127/03/2009/LP), Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -

Prawo zamówień publicznych (druk ZP - 1 wraz z załącznikami), wezwania zamawiającego skierowanego do JM Tronic Sp. z o.o. z dnia 21.05.2009 r. (pismo znak: SH/291/05/2009/LP), odpowiedzi tego wykonawcy z dnia 25.05.2009 r., Protokołów (sprawozdań) z prac zespołów biegłych z Gdańska i Kalisza z dnia 08.05.2009 r. i 03.06.2009 r. (Gdańsk) oraz 07.05.2009 r. (Kalisz), Opinii w sprawie oceny zgodności złożonych próbek z wymaganiami określonymi w SIWZ dotyczących części 2 postępowania przetargowego nr ZP/1/LP/2009 przeprowadzonego z dnia 19.08.2009 r. wydanej przez jednostkę badawczo – rozwojową Instytut Energetyki Oddział w Gdańsku, informacji z dnia 11.04.2009 r. Laboratorium Badawczego i Wzorcującego Instytutu Elektrotechniki z Warszawy, a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach do postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę liczników energii elektrycznej dla ENERGA - OPERATOR S.A.” obejmuje dwie części. Część druga, której dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie obejmuje dostawę 113 530 sztuk liczników trójfazowych, wielotaryfowych z zegarem wewnętrznym i profilem obciążenia oraz dostawę oprogramowania wraz z bezterminową licencją na jego użytkowanie dla 100 stanowisk.

W części tej oferty złożyło 4 wykonawców (druk ZP-12), z których dwóch zostało wykluczonych (druk ZP-18), a ich oferty zostały odrzucone (druk ZP-19).

Oferta JM Tronic Sp. z o.o. oraz oferta odwołującego zostały poddane ocenie z zastosowaniem kryteriów oceny ofert przewidzianych w rozdziale XVIII SIWZ, tj. cena oferty – znaczenie 85 %, oferowany okres gwarancji – znaczenie 10 %, pomiar energii biernej – znaczenie 5 %.

Oferta odwołującego otrzymała łącznie 95 pkt, zaś JM Tronic Sp. z o.o. 97 pkt.

Oferta odwołującego została wyżej oceniona w kryterium „cena” (maksymalna liczba punktów, tj. 85, oferta JM Tronic Sp. z o.o. – 82 pkt), w kryterium „możliwość pomiaru energii biernej” oferta odwołującego otrzymała 0 pkt – wykonawca nie zadeklarował w ofercie ocenianej możliwości, oferta JM Tronic Sp. z o.o. otrzymała maksymalną liczbę punktów, tj. 5 – wykonawca zadeklarował w ofercie ocenianą możliwość. W kryterium „okres gwarancji” obaj wykonawcy otrzymali po 10 pkt (zadeklarowali taki sam – 60 miesięczny okres gwarancji).

Z porównania zadeklarowanych w ofertach pozostałych dwóch wykonawców cen, okresów gwarancji oraz możliwości lub braku możliwości pomiaru energii biernej wynika, że oferta odwołującego, w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, w przypadku odrzucenia

oferty JM Tronic Sp. z o.o. byłaby ofertą najkorzystniejszą, ponieważ oferta złożona przez ZPA Smart Energy s.r.o. zawierała cenę wyższą (19 044 657,00 zł) od odwołującego (15 208 024,68 zł) oraz taki sam jak odwołujący okres gwarancji (60 miesięcy) oraz, podobnie jak w przypadku oferty odwołującego, deklarację braku możliwości pomiaru energii biernej.

Wykonawca drugiej z odrzuconych ofert (Kamstrup A/S) złożył protest na tą czynność zamawiającego. Z porównania zadeklarowanych w ofercie tego wykonawcy i odwołującego cen, okresów gwarancji oraz możliwości lub braku możliwości pomiaru energii elektrycznej z zastosowaniem kryteriów oceny ofert wynika, że w nawet w przypadku przywrócenia tej oferty przez zamawiającego w wyniku złożonego protestu i poddania jej ocenie, oferta odwołującego zostałaby oceniona wyżej, ponieważ oferta złożona przez odwołującego zawierała cenę niższą (15 208 024,68 zł) od oferty Kamstrup A/S (21 053 003,20 zł), co dałoby odwołującemu – w przypadku odrzucenia oferty JM Tronic Sp. z o.o. – maksymalną liczbę punktów, tj. 85, zaś Kamstrup A/S – 72 pkt, taką samą liczbę punktów w kryterium „oferowany okres gwarancji” (obu wykonawców zaoferowało 60 miesięczny okres gwarancji). Oferta Kamstrup A/S otrzymałaby maksymalną liczbę punktów, tj. 5 w kryterium „możliwość pomiaru energii biernej”, oferta odwołującego – jak wskazano wyżej otrzymałaby 0 pkt.

Różnica punktów wynikająca z odmiennej oceny tych ofert w kryterium „cena” (85 – 72= 13 pkt) i „możliwość pomiaru energii biernej” (5 pkt) dawałaby 8 – mio punktową przewagę ofercie odwołującego.

Powyższe ustalenia pozwoliły stwierdzić, że odwołujący posiadał i posiada interes prawny do wniesienia i popierania środków ochrony prawnej, ponieważ potwierdzenie się zarzutu bezprawnego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez JM Tronic Sp. z o.o. oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia w części drugiej. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 zamawiający zażądał: „W celu potwierdzenia, że oferowane liczniki spełniają wymagania określone przez zamawiającego oraz wykonania niezbędnych prób, wykonawca winien złożyć wraz z ofertą po 10 egzemplarzy oferowanego typu licznika, zwanego dalej licznikiem wzorcowym, wraz z dedykowanym oprogramowaniem parametryzacyjnym dla każdego z nich (minimum trzydziestodniowa licencja), dla każdej części na którą składa ofertę”.

W pkt 3 i 6 tego Rozdziału zamawiający zawarł odpowiednio informację, że „Dostarczone liczniki wzorcowe wraz z oprogramowaniem będą poddane testom sprawdzającym, czy oferowane liczniki odpowiadają wymaganiom określonym przez

zamawiającego” oraz „Liczniki dostarczone wraz z wybrana ofertą nie podlegają zwrotowi. Będą stanowić wzorzec dla liczników dostarczanych w ramach realizacji umowy”.

W Rozdziale XVII zatytułowanym „Badanie i ocena ofert” zamawiający zawarł informację o możliwości żądania wyjaśnień w toku badania i oceny ofert oraz poprawiania omyłek. Brak w tym rozdziale, jak i całej SIWZ informacji na temat sposobu przeprowadzenia testów z licznikami złożonymi przez wykonawców wraz z ofertą.

W wyjaśnieniach do treści oferty z dnia 04.03.2009 r. (pismo znak: 127/03/2009/LP) zamawiający podał: „Zamawiający zbada zgodność parametrów liczników wzorcowych z wymaganiami technicznymi określonymi w załączniku nr 1 do SIWZ Wymagania techniczne. Testy zostaną przeprowadzone zgodnie z Polskimi Normami oraz zostaną sprawdzone deklarowane funkcjonalności. Z przyczyn niezależnych od zamawiającego nie ma możliwości obecności przedstawicieli wykonawców przy testach” (odpowiedź na pytanie 13 o treści: „Prosimy o wyspecyfikowanie rodzajów testów jakim będą poddawane próbki liczników i zagwarantowanie przedstawicielom wykonawcy obecności przy tych testach”).

Pismem z dnia 14.04.2009 r. Piotr P. – Główny Specjalista ds. pomiarów w imieniu Komisji Przetargowej złożył do zarządu Energia – Operator S.A. wniosek o powołanie biegłych - biegłych z Gdańska (7 osób) pod przewodnictwem Jacka R. oraz biegłych z Kalisza (3 osoby) pod przewodnictwem Jakuba G. Członkowie zarządu spółki w osobach: Leszek N. (Prezes) oraz Rafał C. wniosek rozpatrzyli pozytywnie, wyrażając zgodę na powołanie wskazanych biegłych. W samym wniosku brak jest informacji co do sposobu prowadzenia testów, zawarto jedynie, że biegli mają zostać powołani w celu przeprowadzenia zgodności dostarczonych przez wykonawców liczników wzorcowych z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Powołane dwa zespoły biegłych sporządziły odrębne protokoły (Kalisz – protokół z dnia 07.05.2009 r., Gdańsk – protokół z dnia 08.05.2009 r.).

Zarówno zespół biegłych z Kalisza, jak i Gdańska wskazał nie spełnienie przez licznik wraz z oprogramowaniem złożony przez JM Tronic Sp. z o.o. niektórych wymagań SIWZ, przy czym zespół biegłych z Kalisza wskazał niezgodność z pkt. 4.8., 4.10., 4.18., 4.20. SIWZ, zaś z Gdańska wskazał niezgodność z pkt. 1.16., 2.5., 2.7., 4.8., 4.10., 4.20 oraz dodatkowo, jak stwierdził odwołujący na rozprawie, pkt. 4.22. i 2.1 SIWZ (zamawiający na rozprawie zakwestionował, że zastrzeżenie zespołu dotyczyło pkt. 4.22., potwierdził natomiast, że dotyczyło pkt. 2.1.).

Sprawozdanie biegłych z Kalisza w pkt. III.1. zawiera stwierdzenie: „Zgodność przedstawionych liczników z niżej wymienionymi punktami w dokumencie SIWZ (dot. 1.5.,

1.9., 1.14., 2.2., 2.3., 3.13., 4.13., 3.10., 3.21., 4.10., 4.20) uznaje się jako zgodne na podstawie dokumentacji dostarczonej przez producenta lub informacji umieszczonej na stronie producenta. Faktyczne sprawdzenie tych punktów ze względu na charakter lub czas przeprowadzenia badań nie było możliwe".

Sprawozdanie biegłych z Gdańska zawiera natomiast stwierdzenie: „Część z wymaganych parametrów w dokumencie SIWZ nie była możliwa do merytorycznego sprawdzenia z uwagi na ich charakter lub czasokres występowania. Do takich parametrów zaliczono:

- działanie zewnętrznym polem magnetycznym o określonej indukcji magnetycznej
- udostępnienie przez oferenta protokołu komunikacyjnego celem implementacji w oprogramowaniach nadrzędnych
- zakres temperatury pracy,
- stopień ochrony IP,
- poziom ochrony przed przepięciami
- poziom pracy wyświetlacza bez napięcia
- długość pracy zegara bez napięcia
- uaktualnienia oprogramowania
- zabezpieczenie i szyfrowanie danych przy transmisji.

Parametry wyżej wymienione oznaczone jako zgodne i deklarowane przez producenta samym przystąpieniem do postępowania przetargowego chyba że dokumentacja dostarczona lub umieszczona na stronie producenta wskazywała inaczej”.

Jak wynika z pisma znajdującego się w aktach sprawy (brak daty i podpisu; zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika zamawiającego złożonym na rozprawie, autorem pisma był Przewodniczący Komisji Przetargowej Piotr P., który pismo to drogą elektroniczną skierował do członków Komisji Przetargowej), po zapoznaniu się z wynikami prac zespołów biegłych, zaproponowano zwrócenie się do wskazanego wykonawcy o uzupełnienie w szczególności oprogramowania oraz wyjaśnienie: „czy można umieścić objaśnienia kodów OBIS na tabliczce znamionowej licznika ?” (w związku ze stwierdzeniem: „objaśnienia kodów OBIS znajdują się na pokrywie skrzynki przyłączonej co nie jest niezgodne z SIWZ. Wymagano opisu na obudowie. Zgodnie z normą osłona i obudowa to 2 różne elementy. Wszyscy inni oferenci, którzy wykonali oznaczenie OBIS umieścili je na tabliczce znamionowej licznika”).

W dniu 21.05.2009 r. (pismem znak: SH/291/05/2009/LP) zamawiający wezwał JM Tronic Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w szczególności „oprogramowania” oraz na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnienia -

odpowiedzi na powyższe pytanie dotyczące możliwości umieszczenia objaśnień kodów na tabliczce znamionowej - w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania pisma.

Protokółem datowanym na 25.05.2009 r. JM Tronic Sp. z o.o. przekazał zamawiającemu w dniu 28.05.2009 r. m.in. płytę CD zawierającą oprogramowanie parametryzacyjno – odczytowe L-Pro w wersji na PC i PDA, oprogramowanie do modemów GPRS dostarczonych wraz z próbkami oraz projekt tabliczki znamionowej z naniesionymi objaśnieniami kodów OBIS. Dodatkowo wykonawca oświadczył, że objaśnienia kodów OBIS można umieścić na tabliczce znamionowej licznika.

Zespół biegłych z Gdańska sporządził protokół datowany na dzień 03.06.2009 r. z którego wynika, że uwzględnia on uzupełnienia złożone przez wykonawców. Brak jest podobnego protokołu sporządzonego przez zespół biegłych z Kalisza.

W protokole tym zawarto następującą opinię:

„Licznik JM TRONIK - po przesłaniu uzupełnień przez dostawcę w dalszym ciągu występuje zgłaszany problem z przerwaniem transmisji plików parametryzacyjnych przez optozłącze. Program w komputerze podaje komunikat o prawidłowo dokonanej zmianie licznik natomiast zostaje w starej taryfie - zachowanie licznika zgodne z wymaganiami natomiast działanie programu nieczytelne. Przesłane uzupełnienie i wyjaśnienie wprowadzie wskazuje miejsce identyfikacji umożliwia identyfikację sprzętu którym wykonano parametryzacji, ale nie opisuje jakie zmiany były wykonane. Wgranie starego wzorca nie spowodowało zawieszenia licznika. Przesłane uzupełnienie że dla synchronizacji czasu z PDA należy wprowadzić licznik w tryb administracyjny pozwoliło na wykonanie wyżej opisanej czynności. Uwagi na temat kodu OBIS uwzględnione w uzupełnieniu jednak na wzorcu brakuje numeru fabrycznego wraz z odpowiednią sekwencją uzupełniającą. Licznik udało się przeczytać GPRS za 3 razem i proces był powtarzalny. Uwagi do profilu takie same jak w dokumencie poprzednim. Nakaz czytania profilu za okres 63 dni wykazał, że w czasie kiedy licznik nie był używany pojawia się profil o oznaczeniu pełnej godziny z 15 minutowym przyspieszeniu (znacznik danych np. 12:15 kolejna 13:15).”.

Na rozprawie odwołujący stwierdził, że w świetle zdania poprzedzającego zwrot, iż „działanie programu jest nieczytelne”, uzasadnionym jest twierdzenie, że działanie programu jest nieprawidłowe, nie zaś nieczytelne.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał dopuszczalność uzupełnienia próbek – liczników w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie wskazanego przepisu w sytuacji, gdy testy przeprowadzone przez zespoły biegłych potwierdziły, że przedłożone próbki – liczniki w wyspecyfikowanych punktach nie potwierdzają, że oferowane produkty spełniają wymagania SIWZ.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że „błąd” dokumentu (odpowiednio także próbki) polegać może zarówno na jego fizycznym braku, jak i na tym, że chociaż fizycznie dokument został złożony to nie potwierdza on okoliczności, dla których został złożony.

Wobec braku definicji legalnej „błędu” w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, skład orzekający Izby uznał za zasadne dokonać interpretacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem wykładni celowościowej oraz podstawowych zasad rządzących zamówieniami publicznymi, tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W pierwszym przypadku uwzględnić należy fakt, że uzupełnienia ograniczać mają przypadki, w których konieczne byłoby odrzucanie ofert, w drugim fakt, że nie można różnicować sytuacji wykonawców i w gorszej stawiać wykonawcę, który złożył żądany dokument (próbkę) od tego, który nie podjął nawet takiej próby.

Skład orzekający Izby zgodził się z odwołującym co do tego, że złożone na wezwanie zamawiającego próbki – liczniki powinny potwierdzać spełnianie przez oferowany licznik wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący sformułował twierdzenie, że „wezwanie zamawiającego do spełnienia, umożliwiło wykonawcy JM Tronic dopracowanie produktu jakim jest oprogramowanie i ponowne złożenie w dniu 28.05.2009 r., grubo po terminie składania ofert”, nie poparł jednak tego stwierdzenia żadnym dowodami.

Wobec obowiązku uwzględnienia przez skład orzekający Izby, przy ocenie zasadności zarzutu, przepisu art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp wskazujących, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przystępujący – firma JM Tronic Sp. z o.o. po dacie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu prowadził prace „ulepszające oprogramowanie”, jak oświadczył to odwołujący na rozprawie.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że o ile wskazane przez zamawiającego w Rozdziale XVIII SIWZ kryteria oceny ofert były jasne i nie mogły nasuwać wątpliwości co do ich zastosowania (wyliczenie wg wzoru – cena, oferowany okres gwarancji lub przyznanie punktów dodatkowych za możliwość lub brak pomiaru energii biernej wg deklaracji wykonawców), o tyle brak jest w postanowieniach SIWZ jakichkolwiek regulacji co do sposobu przeprowadzania testów liczników, w tym zakresu tych testów, czy postępowania na wypadek rozbieżności w pracach dwóch zespołów biegłych, powołanych przez zamawiającego.

Zwraca uwagę rozbieżność pomiędzy wynikami prac obu zespołów biegłych, co w ocenie składu orzekającego Izby przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty JM Tronic Sp. z o.o. z powodu niezgodności z treścią SIWZ w przypadku punktów wskazanych przez tylko jeden z tych zespołów. W takim bowiem przypadku można co najwyżej mówić o wątpliwościach, nie zaś o pewności co do niespełnienia wymagań SIWZ, a przecież to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że istnieją podstawy do odrzucenia oferty – istnienie wątpliwości pewność tą wyklucza.

W treści protestu i odwołania odwołujący wskazał punkty SIWZ, w stosunku do których niezgodności z treścią SIWZ dopatrzyły się zespoły biegłych, w przypadku liczników przystępującego. Prawdliwość tego przyporządkowania potwierdził zamawiający na rozprawie.

Opierając się na tym przyporządkowaniu stron, skład orzekający Izby stwierdził, że niezgodności wskazane przez oba zespoły dotyczą trzech punktów – 4. 8, 4.10. i 4.20, przy czym jednocześnie stwierdzić należy, że zespół biegłych z Kalisza w pkt. III. 1 swojego protokołu wprost stwierdził w odniesieniu do pkt. 4.10. i 4.20., że „faktyczne sprawdzenie tych punktów ze względu na charakter lub czas przeprowadzenia badań nie było możliwe”.

W ocenie składu orzekającego Izby, podważa to możliwość uznania, że rzeczywiście zespół biegłych z Kalisza przeprowadził testy w sposób miarodajny, mogący być wiarygodną podstawą do stwierdzenia niezgodności cech licznika z wymaganiami SIWZ.

Nadto ponowne testy, jakim zostały poddane liczniki przystępującego przez zespół biegłych z Gdańska (sprawozdanie – protokół z dnia 03.06.2009 r.) nie wykazały niezgodności z wymaganiami SIWZ w zakresie pkt. 4.10. i 4.20. (odwołujący kwestionował w zakresie „punktów wspólnych” obu zespołów na tym etapie jedynie niezgodność z pkt. 4.8. SIWZ), co w sytuacji dopuszczalności uzupełnienia próbki – licznika, o czym była mowa wyżej, uznać należy za przesądzające o konieczności uznania braku podstaw do odrzucenia oferty JM Tronic Sp. z o.o. z tego powodu (tj. pkt. 4.10. i 4.20.).

Skład orzekający Izby uznał przy tym za dopuszczalne ponowienie przeprowadzenia testów jedynie przez jeden zespół, ponieważ brak takiego zakazu w postanowieniach SIWZ, a nadto procedura testowania również od początku mogła być prowadzona przez jeden zespół. Zwraca także uwagę znacznie większa liczebność składu zespołu biegłych z Gdańska (ostatecznie protokół podpisało 6 osób) w stosunku do liczby biegłych z Kalisza (3 osoby).

Skład orzekający Izby uznał także, że nie sposób zaakceptować próby przypisywania użytemu przez biegłych w protokole z przeprowadzonych testów zwrotowi innej treści niż wynika to z jego znaczenia (zamiast nieczytelne – nieprawidłowe), ponieważ brak jest podstaw do uznania, że użyte słowo zostało zawarte w protokole nie w sposób zamierzony, a zatem pomyłkowo i zostało zaakceptowane przez wszystkich 6 członków zespołu.

Powyższe ustalenia i rozważania prowadzą do wniosku, że w przypadku licznika przystępującego jedyna niezgodność odnosi się do pkt. 4.8. SIWZ, tj. wymogu, aby objaśnienia najważniejszych używanych kodów rejestrów znajdowały się na obudowie licznika.

Skład orzekający Izby wziął w tym względzie pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, skierowane do wszystkich wykonawców, jakich udzielił pismem z dnia 04.03.2009 r. (pytanie i odpowiedź nr 13), zgodnie z którymi: „Testy zostaną przeprowadzone zgodnie z Polskimi Normami oraz zostaną sprawdzone deklarowane funkcjonalności”.

W świetle tego wyjaśnienia należy odczytywać cel wymogu zamawiającego, aby wykonawcy dostarczyli oferowane przez siebie liczniki, a jednocześnie zakres, jakiemu ma służyć wzorcowy licznik przy jego porównaniu z licznikiem dostarczonym przez wykonawcę na etapie realizacji umowy.

Na tej podstawie skład orzekający Izby uznał, że wymóg zamawiającego co do miejsca zamieszczenia objaśnień kodów (legandy) nie mógł być w ogóle poddany ocenie, oznaczenie to pozostaje bowiem bez związku z funkcjonalnościami samego licznika i oprogramowania. Fakt, że „opis licznika nie stanowi jego funkcjonalności” potwierdził także odwołujący na rozprawie.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że wymóg ten należy traktować w kategoriach wymogu formalnego (jak np. podanie informacji w dokumencie w innym miejscu niż oczekiwał tego zamawiający), a nie merytorycznego, prowadzącego do odrzucenia oferty.

Zamieszczenie objaśnień na licznikach przez pozostałych wykonawców nie może samo w sobie, biorąc pod uwagę powyższe ustalenie, prowadzić do odrzucenia oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby złożone na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego dowody, tj. Opinię Instytut Energetyki Oddział w Gdańsku oraz informację Laboratorium Badawczego i Wzorcującego Instytutu Elektrotechniki z Warszawy uznał za stanowiska własne podmiotów je składających, tj. odpowiednio zamawiającego i przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez JM Tronic Sp. z o.o. w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz nie znalazł okoliczności, które przemawiałyby za przypisaniem zamawiającemu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 oraz 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....