

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez wykonawcę **T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „TE-EL” ELEKTROENERGETYKA-TELEKOMUNIKACJA T. L., ul. Tadeusza Kotarbińskiego 4, 41-400 Mysłowice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S. A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Andra Sp. z o.o., ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Landis+Gyr Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - **TAURON Dystrybucja S. A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części pierwszej zamówienia i wezwanie wykonawcy **Landis+Gyr Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa**, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wymaganej deklaracji zgodności oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert we wskazanej części zamówienia; w pozostałym zakresie oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S. A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „TE-EL” ELEKTROENERGETYKA-TELEKOMUNIKACJA T. L., ul. Tadeusza Kotarbińskiego 4, 41-400 Mysłowice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S. A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** na rzecz **T. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „TE-EL” ELEKTROENERGETYKA-TELEKOMUNIKACJA T. L., ul. Tadeusza Kotarbińskiego 4, 41-400 Mysłowice** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*dostawa urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard 3G do elektronicznych liczników energii elektrycznej produkcji Landis+Gyr serii: ZMG, ZMD oraz produkcji ELMESS serii: AS.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 090-162400.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, zarzucając Zamawiającemu:

1. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego,
2. mające istotny wpływ na wynik postępowania naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień, uzupełnień, odrzucenia ofert wykonawców Andra sp. z o.o. i Landis+Gyr sp. z o.o. mimo, iż wykonawcy nie przedstawili dokumentów wymaganych celem wykazania, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. odrzucenia oferty wykonawców Andra sp. z o.o. i Landis+Gyr sp. z o.o., względnie wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnień,
3. wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że zgodnie z „Dokumentacją techniczno-ruchową” modemu MK 9z3G (str. 4, pkt 1.1 str. 36 ofert), producent rozróżnia typy modemów MK9z, MK9u, MK9a, MK9xc.

Z opisu wynika jednoznacznie, że rozróżnienie to jest ściśle uzależnione od obudowy modemu. W przypadku typu MK9z jest to obudowa w formie pokrywy do liczników serii ZMD/ZMG/ZMQ produkcji Landis+Gyr sp. z o.o. Rozróżnienie technologii przesyłu danych

(2G, 3G) jest zawarte w nazwie produktu i modelu, zgodnie z Deklaracją zgodności (str. 31 oferty Odwołującego). W typie urządzenia nie ma takiej informacji.

Odwołujący przed „typem” potwierdził, że oferuje dostawę „urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard 3G do elektronicznych liczników energii elektrycznej produkcji Landis+Gyr serii: ZMG, ZMD”. Jednocześnie wszystkie pozostałe załączniki do oferty (w tym wzory urządzeń) wskazują jednoznacznie, że Odwołujący zaoferował urządzenia pracujące w standardzie 3G. Działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, jest bezpodstawne i bezprawne.

Odnosnie ofert Andra sp. z o.o. i Landis+Gyr sp. z o.o., to zdaniem Odwołującego, oferty te zawierają tożsamy Certyfikat CE, który nie poświadcza badania niezbędnych częstotliwości pracy modemu. Winien on wykazywać częstotliwości badane 900 MHz, 1800 MHz i 2100 MHz, tymczasem nie zawiera on oświadczenia w tym przedmiocie, tj. dotyczy innych urządzeń niż zaoferowane, bądź przedmiotem oferty są urządzenia niespełniające wymagań w zakresie częstotliwości.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący powołał się na orzecznictwo, w szczególności wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 lipca 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1058/04; wyrok KIO z dnia 26 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/ 218/08; wyrok KIO z dnia 6 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 151/08; wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1429/08; wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 133/09; wyrok SO w Warszawie z dnia 28 listopada 2005 r., sygn. akt: V Ca 398/05.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

„Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard 3G do elektronicznych liczników energii elektrycznej (...)” – pkt 2.1. ppkt 2.1.1.

W punkcie 1.23. Załącznika nr 10 (dotyczy części 1. zamówienia) oraz Załącznika nr 11 (dotyczy części 2. zamówienia) do SIWZ Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym: *„Urządzenie musi umożliwiać pracę w 3 trybach:*

- *praca w trybie 2G/2,5G (CSD/GPRS/EDGE),*
- *praca w trybie 3G (UMTS/HSPA),*
- *wybór automatyczny.”*

Natomiast w pkt 1.22 rzeczonych Załączników Zamawiający wskazał, iż: *„Urządzenie musi umożliwiać pracę w zakresach częstotliwości GSM 900 MHz i 1800 MHz i 2100 MHz”.*

W celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego należało przedłożyć m.in. kserokopię deklaracji CE (pkt 3.3.1.6. SIWZ).

Odwołujący w Formularzu oferty w zakresie części 1. zamówienia zaoferował urządzenie typu MK-9z, produkcji PW Interbin Sp. z o.o. (str. 2 oferty), zaś w ramach części 2. zamówienia zaoferował urządzenie typu MK-9u, tego samego producenta (str. 3 oferty). Deklaracja zgodności zawarta na str. 31 oferty odwołuje się do urządzenia MK-9z3G, MK-9z3G S3 modem 2G/3G, zaś ta zawarta na str. 32 dotyczy urządzenia Mk-9u3G, MK-9u3G S3 modem 2G/3G. Dokumentacja techniczno-ruchowa modemu 2G/3G przedstawiona w ofercie dotyczy urządzenia MK-9z3G (str. 33-44 oferty) oraz urządzenia MK-9u3G (str. 45-58 oferty). W rzeczonyj dokumentacji jako typ modemów wskazano MK-9 (str. 36 i 48 oferty). Na stronie 5 oferty Odwołujący wśród załączników wymienił: poz. 14. Deklaracje CE do modemów MK-9z i Mk-9u, poz. 15. Dokumentacje Techniczno-Ruchowe – modemy MK-9z i Mk-9u, poz. 16. Karty katalogowe – modemy MK-9z i Mk-9u, poz. 18. Instalacja sterowników dla modemów MK-9 3G.

Pismem z dnia 25 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odnośnie części 1. zamówienia, do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie następujących informacji: *„Wykonawca w Formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) jako oferowany typ urządzenia transmisji danych pomiarowych wskazał modem typu MK-9z (Producent: PW Interbin Sp. z o.o.). Jednocześnie wraz z ofertą Wykonawca dostarczył Zamawiającemu próbkę (wzorzec) urządzenia typu MK-9z3G, tego samego producenta, wraz z instrukcją obsługi i kartą katalogową dedykowaną do tego urządzenia. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia rozbieżności występujących w ofercie.”* W zakresie części 2. zamówienia wezwanie Zamawiającego miało następującą treść: *„Wykonawca w Formularzu oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) jako oferowany typ urządzenia transmisji danych pomiarowych wskazał modem typu MK-9u (Producent: PW Interbin Sp. z o.o.). Jednocześnie wraz z ofertą Wykonawca dostarczył Zamawiającemu próbkę (wzorzec) urządzenia typu MK-9u3G, tego samego producenta, wraz z instrukcją obsługi i kartą katalogową dedykowaną do tego urządzenia. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia rozbieżności występujących w ofercie.”*

W odpowiedzi (pismo z dnia 28 czerwca 2015 r.) Odwołujący podał, w zakresie części 1. zamówienia, że: *„Zgodnie z „Dokumentacją techniczno-ruchową modemu MK-9z3G (strona 4, punkt 1.1 - strona 36 oferty), Producent rozróżnia typy modemów: MK-9z, MK-9u, MK-9a, MK-9xc. Z opisu wynika jednoznacznie, że rozróżnienie to jest ściśle uzależnione od obudowy modemu. W przypadku typu MK-9z jest to obudowa w formie pokrywy do liczników serii ZMD/ZMG/ZMQ produkcji Landis+Gyr. Rozróżnienie technologii przesyłu danych (2G, 3G) jest zawarte w nazwie produktu i modelu, zgodnie z Deklaracją Zgodności (strona 31 Oferty), a nie w typie urządzenia, o co prosił Zamawiający w Formularzu Oferty (punkt B.1).*

Jednocześnie tuż przed „typem” było wyraźnie napisane, że dotyczy on „Części 1 Zamówienia”, czyli „Dostawy urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard 3G do elektronicznych liczników energii elektrycznej produkcji Landis+Gyr serii: ZMG, ZMD.” Sugerując się informacjami zawartymi w „Dokumentacji techniczno-ruchowej” modemu MK-9z3G, dotyczących typu urządzenia oraz mając na uwadze rozróżnienie typu modemu ze względu na jego zastosowanie, wpisaliśmy typ zgodny z wytycznymi Producenta, czyli PW Interbin. Jednocześnie wszystkie pozostałe załączniki do oferty (w tym wzory urządzeń) wskazują jednoznacznie, że zaoferowaliśmy urządzenia pracujące w standardzie 3G, czyli zgodnie z wymogami niniejszego postępowania. Chciałbym w tym miejscu oświadczyć, że nie było naszym celem wprowadzenie w błąd Zamawiającego, a jedynie potraktowaliśmy literalnie informacje zawarte w dokumentacji Producenta. Możemy zapewnić, że oferta dotyczy urządzeń wykorzystujących standard 3G.”

Natomiast, w odniesieniu do części 2. zamówienia wyjaśnienia Odwołującego brzmiały następująco: „Zgodnie z „Dokumentacją techniczno-ruchową modemu MK-9u3G (strona 4, punkt 1.1 - strona 48 oferty), Producent rozróżnia typy modemów: MK-9z, MK-9u, MK-9a, MK-9xc. Z opisu wynika jednoznacznie, że rozróżnienie to jest ściśle uzależnione od obudowy modemu. W przypadku typu MK-9u jest to modem przeznaczony do zabudowy pod pokrywę liczników Elster, np. AS1440, A1350. Rozróżnienie technologii przesyłu danych (2G, 3G) jest zawarte w nazwie produktu i modelu, zgodnie z Deklaracją Zgodności (strona 32 Oferty), a nie w typie urządzenia, o co prosił Zamawiający w Formularzu Oferty (punkt B.2). Jednocześnie tuż przed typem było wyraźnie napisane, że dotyczy on „Części 2 Zamówienia”, czyli „Dostawy urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard 3G do elektronicznych liczników energii elektrycznej produkcji Elmess serii: AS.” Sugerując się informacjami zawartymi w „Dokumentacji techniczno-ruchowej” modemu MK-9z3G, dotyczących typu urządzenia oraz mając na uwadze rozróżnienie typu modemu ze względu na jego zastosowanie, wpisaliśmy typ zgodny z wytycznymi Producenta, czyli PW Interbin. Jednocześnie wszystkie pozostałe załączniki do oferty (w tym wzory urządzeń) wskazują jednoznacznie, że zaoferowaliśmy urządzenia pracujące w standardzie 3G, czyli zgodnie z wymogami niniejszego postępowania. Chciałbym w tym miejscu oświadczyć, że nie było naszym celem wprowadzenie w błąd Zamawiającego, a jedynie potraktowaliśmy literalnie informacje zawarte w dokumentacji Producenta. Możemy zapewnić, że oferta dotyczy urządzeń wykorzystujących standard 3G.”

Zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2015 r. wezwał wykonawcę Andra Sp. z o.o. do wyjaśnienia, w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, „jaką procedurę oceny zgodności zastosował Producent oferowanego w postępowaniu modemu typu DM676 3G oraz czy przeprowadzona procedura wymagała udziału jednostki notyfikowanej?”

W odpowiedzi (pismo z dnia 10 lipca 2015 r.) wykonawca Andra Sp. z o.o. wskazał, zgodnie, z jaką procedurą producent przeprowadził ocenę zgodności i udzielił odpowiedzi co do jednostki notyfikowanej (przedmiotowe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

W ofercie wykonawcy Andra Sp. z o.o. znajduje się Deklaracja zgodności z dnia 23 września 2014 r., w której znajdujemy odwołanie dla pasm 900/2100 oraz pasm GSM 900/1800 (str. 115 oferty).

W ofercie wykonawcy Landis+Gyr znajduje się Deklaracja zgodności z dnia 24 września 2014 r., z której wynika m.in. że produkt CUPLP-61 3G został zaprojektowany, wyprodukowany i wprowadzony na rynek zgodnie z Dyrektywą 1999/5/WE i niżej wymienionymi normami (...) „*ETSI EN 489-7 V1.3.1 Dyrektywa 1999/5/EC art. 3.1b – wymaganie dotyczące kompatybilności elektromagnetycznej (ECM) oraz pasma radiowego; część 7: specyficzne warunki dotyczące przewożonych i przenośnych urządzeń radiowych oraz wyposażenia pomocniczego cyfrowych komórkowych systemów telekomunikacyjnych (dla pasm 900/1800) (...)*” – str. 134 oferty. Na rozprawie Przystępujący przedłożył, jak sam podał właściwą Deklarację zgodności z dnia 11 czerwca 2015 r.

Pismem z dnia 15 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, zarówno w części 1., jak i 2. zamówienia, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał (w zakresie części 1. zamówienia), że: „*W punkcie 2.1.1 SIWZ Zamawiający określił, że „Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard 3G do elektronicznych liczników energii elektrycznej (...)”, zaś w punkcie 1.23. Załącznika nr 10 do SIWZ Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym: „Urządzenie musi umożliwiać pracę w 3 trybach:*

- *praca w trybie 2G/2,5G (CSD/GPRS/EDGE),*
- *praca w trybie 3G (UMTS/HSPA),*
- *wybór automatyczny.”*

Tymczasem Wykonawca w złożonej w postępowaniu ofercie na Formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, zaoferował Zamawiającemu typ urządzenia transmisji danych pomiarowych, które wykorzystuje w swojej pracy standard 2G (MK-9z) lecz nie wykorzystuje standardu 3G, nie spełniając tym samym wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. Pomimo, że do oferty Wykonawca załączył kartę katalogową, deklaracje producenta 3G (CE) oraz próbkę urządzenia wykorzystującego standard 3G (MK-9z3G) to jednak Zamawiający na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp nie mógł dokonać poprawienia omyłki, którą popełnił Wykonawca. Mając powyższe na

uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt. 1.23. Załącznika nr 10 do SIWZ i dodatkowo wobec zaistniałej wewnątrz oferty sprzeczności dot. typu oferowanego urządzenia, której usunięcie nie było możliwe, oferta w Zakresie Części 1 zamówienia podlega odrzuceniu.”

W odniesieniu do części 2. zamówienia i odrzucenia oferty Odwołującego, uzasadnienie Zamawiającego było następujące: *„W punkcie 2.1.1 SIWZ Zamawiający określił, że „Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń transmisji danych pomiarowych wykorzystujących standard 3G do elektronicznych liczników energii elektrycznej (...)”, zaś w punkcie 1.23. Załącznika nr 11 do SIWZ Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym: „Urządzenie musi umożliwiać pracę w 3 trybach:*

- praca w trybie 2G/2,5G (CSD/GPRS/EDGE),*
- praca w trybie 3G (UMTS/HSPA),*
- wybór automatyczny.”*

Tymczasem Wykonawca w złożonej w postępowaniu ofercie na Formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ, zaoferował Zamawiającemu typ urządzenia transmisji danych pomiarowych, które wykorzystuje w swojej pracy standard 2G (MK-9u) lecz nie wykorzystuje standardu 3G, nie spełniając tym samym wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. Pomimo, że do oferty Wykonawca załączył kartę katalogową, deklaracje producenta (CE) oraz próbkę urządzenia wykorzystującego standard 3G (MK-9z3G) to jednak Zamawiający na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 pkt 1), 2), 3) ustawy Pzp nie mógł dokonać poprawienia omyłki, którą popełnił Wykonawca. Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt. 1.23. Załącznika nr 10 do SIWZ i dodatkowo wobec zaistniałej wewnątrz oferty sprzeczności dot. typu oferowanego urządzenia, której usunięcie nie było możliwe, oferta w Zakresie Części 2 zamówienia podlega odrzuceniu.”

Na podstawie Dokumentacji techniczno-ruchowej modemu GSM/GPRS przedłożonej na rozprawie Izba ustaliła, że na rynku oferowane są urządzenia MK-9z oraz MK-9u, które zapewniają transfer danych jedynie w technologii 2G (na powyższe wskazuje odwołanie do GSM/GPRS).

Z oświadczenia producenta Interbim Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia 31 lipca 2015 r. wynika, że *„urządzenia:*

- Typ: MK-9z Nazwa: MK-9z3g modem 2G/3G oraz*
- Typ: MK-9u Nazwa: MK-9u3G modem 2G/3G wykorzystują standard 3G.*

Do kwietnia 2015 roku producent posiadał w ofercie tylko urządzenia Typu MK-9z i MK-9u pracujące w standardzie 2G i dopuszczał postępowanie się jedynie Typem. Od kwietnia 2015

roku w nomenklaturze nazewniczej producenta Typ sprzętu określa, w jakim standardzie urządzenie pracuje (2G czy 3G). Typ urządzenia (MK-9z lub MK-9u) jednoznacznie określa jego zastosowanie:

- MK-9z – posiadający obudowę w formie pokrywy do liczników serii ZMD/ZMG/ZMQ
- MK-9u – modem przeznaczony do zabudowy pod pokrywą liczników ELSTER np. AS1440, A1350

Zapisanie Typu: MK-9z lub MK-9u nie oznacza obecnie, że nie posiada on możliwości pracy zgodnie ze standardem 3G. Dopiero pełna nazwa urządzenia określonego Typu daje pewność, co do standardu pracy urządzenia. Przykładowo:

- MK-9z modem GSM/GPRS – urządzenie Typu MK-9z pracujące w standardzie 2G
- MK-9z3G modem 2G/3G – urządzenie Typu MK-9z pracujące w standardach 2G i 3G.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Artykuł 66 § 1 i 2 w zw. z art. 71 k.c. pozwala sformułować syntetyczną definicję oferty, w myśl której jest to skierowana do adresata, stanowcza propozycja zawarcia umowy określonej treści. Do elementów definicyjnych należą tu zatem:

- 1) minimum treściowe oferty, którym jest wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy;
- 2) stanowczy charakter propozycji oferenta;
- 3) skierowanie do adresata.

Na minimum treściowe oferty składa się wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy. W przypadku umów nazwanych, zawieranych w trybie ofertowym, musi dojść do określenia co najmniej składników przedmiotowo istotnych (tzw. *essentialia negotii*), które determinują typ czynności prawnej. Natomiast w przypadku umów nienazwanych lub mieszanych, gdzie katalog takich składników trudno z góry określić, należy przyjąć ujęcie bardziej uniwersalne, zgodnie z którym istotne postanowienia umowy to te, które stanowią konieczne, a przy tym charakterystyczne elementy danego stosunku prawnego i które pozwalają na jego zaistnienie w obrocie. Dla ich określenia w literaturze używa się niekiedy terminu *essentialia contractus*

Podsumowując można stwierdzić, że treść oferty powinna pozwolić antycypować powstanie odpowiednio zindywidualizowanego stosunku umownego, dając podstawy do ustalenia z góry: a) podmiotów (stron) proponowanej umowy, b) jej przedmiotu, czyli powinnego zachowania, którego umowa dotyczy (w stosunkach zobowiązaniowych chodzi o wskazanie świadczenia dłużnika) oraz c) treści stosunku umownego, którą wyznaczają poszczególne prawa i obowiązki stron. Naturalnie, poza wskazanymi wyżej elementami

koniecznymi, oferta może zawierać dowolną liczbę dodatkowych zastrzeżeń.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w ofercie, która stanowi podstawę nawiązania stosunku obligacyjnego, jeśli zostanie przyjęta, niezbędne jest wskazanie przez oferenta - przedmiotu świadczenia. Skoro do istotnych postanowień umowy należy określić powinno zachowanie dłużnika, to treść oferty, na podstawie której kreowany jest stosunek cywilnoprawny, nie powinna budzić wątpliwości. Rolą wykonawcy jest więc określenie przedmiotu świadczenia.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu w treści Formularza ofertowego wskazał, jakie produkty oferuje, są to urządzenie MK-9z oraz urządzenie MK-9u, produkcji Interbin Sp. z o.o. Z wyjaśnień Odwołującego wynika, że w istocie zaoferował urządzenia MK-9z3G oraz MK-9u3G, bowiem tych urządzeń dotyczy Dokumentacja techniczno-ruchowa i Deklaracje zgodności przedłożone wraz z ofertą. Zaś określenie w treści Formularza ofertowego oferowanego produktu w podany wyżej sposób wynikało z faktu, iż sam Zamawiający wymagał wskazania typu nie precyzując, w jaki sposób należy rozumieć ten termin, a Odwołujący posłużył się nomenklaturą przypisaną przez producenta.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie znajduje uzasadnienia. W pierwszej kolejności wskazać należy, że to w treści Formularza ofertowego wykonawca winien określić przedmiot świadczenia. Inne dokumenty przedkładane wraz z ofertą mają znaczenie pomocnicze i służą potwierdzeniu, że oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego. Pierwszorzędne znaczenie należy więc przypisać Formularzowi ofertowemu, który stanowi postawę ewentualnego nawiązania w przyszłości stosunku obligacyjnego pomiędzy stronami. Nie można się przychylić do stanowiska Odwołującego, że w istocie wskazanie przez Zamawiającego na konieczność podania typu urządzenia legło u podstaw opisanie w określony sposób oferowanego urządzenia, zgodnie z nomenklaturą stosowaną przez producenta urządzenia. Zdaniem Izby, profesjonalny Wykonawca, uczestnik rynku zamówień publicznych nie powinien mieć wątpliwości, w jaki sposób skonstruować ofertę i określić przedmiot świadczenia. Wydaje się, że Wykonawca winien wiedzieć, iż to w ofercie następuje konkretyzacja świadczenia, nie odkodowuje się zaś go za pomocą dokumentów przedłożonych nawet z ofertą i okoliczności towarzyszących. W doktrynie podkreśla się, że przez ofertę należy rozumieć stanowczą propozycję zawarcia umowy i stanowczość tego oświadczenia należy odnosić do wszystkich istotnych elementów umowy, w tym również do przedmiotu świadczenia.

W niniejszej sprawie nie można również pomijać, że na rynku oferowane są zarówno urządzenia MK-9z i MK-9u oraz MK-9z3G i MK-9u3G. Różnica między tym urządzeniami jest taka, że urządzenia, które nie zawierają oznaczenia 3G zapewniają transfer danych jedynie w technologii 2G, a więc w takiej, która nie odpowiada wymogom Zamawiającego. Trudno w

tych okolicznościach przyjmując, że Odwołujący zaoferował w istocie urządzenia inne niż te wskazane w treści Formularza ofertowego.

Zdaniem Izby, nieuprawnione jest domniemywanie o przedmiocie świadczenia na podstawie dokumentów przedłożonych wraz z ofertą z uwagi na rolę (gradację) tychże dokumentów. Dokumenty te pełnią służebną względem oferty, zatem nie znajduje podstaw takie działanie, jakiego domaga się Odwołującego, mocą którego określenie przedmiotu świadczenia odbywa się wyłącznie w oparciu o rzeczony dokumenty, z pominięciem treści oferty.

Nawet więc gdyby przyjmując, że zgodnie z nomenklaturą producenta typ urządzenia oznacza się poprzez wskazanie MK-9z lub MK-9u nie ma podstaw do przyjęcia, że w taki właśnie sposób należy oznaczyć oferowany produkt w Formularzu ofertowym, skoro winna tam nastąpić konkretyzacja świadczenia. Nadto, trudno zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający oczekiwał podania typu oferowanego urządzenia według nomenklatury producenta, nawet, gdyby za pomocą takiego określenia nie dało się skonkretyzować przedmiotu świadczenia.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, bowiem Odwołujący wskazał w Formularzu ofertowym, jaki produkt oferuje, a ten z kolei nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego względem oferty wykonawcy Andra Sp. z o.o. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Deklaracja zgodności CE załączona do oferty tego Wykonawcy różni się od tej przedłożonej wraz z ofertą przez wykonawcę Landis+Gyr Sp. z o.o. Analiza jej treści prowadzi do wniosku, że badanie oferowanego urządzenia zostało przeprowadzone w odniesieniu do wszystkich wymaganych przez Zamawiającego częstotliwości sygnału, tj. GSM 900 MHz i 1800 MHz i 2100 MHz.

Jeśli zaś idzie o ofertę złożoną przez wykonawcę Landis+Gyr Sp. z o.o. to stwierdzić należy, że Deklaracja zgodności przedłożona wraz z ofertą nie potwierdza przeprowadzenia badania urządzenia w zakresie częstotliwości sygnału, wymaganych przez Zamawiającego. Deklaracja potwierdza badanie jedynie dla pasm 900/1800, zatem należało uznać, że zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp okazał się trafny, co potwierdził sam Przystępujący przedkładając na rozprawie, jak to określił, właściwą Deklarację. Jednakże ocena przedmiotowej Deklaracji nie mogła być dokonana przez Izbę, bowiem rolą Izby nie jest ocena ofert, ale czynności Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: