

Sygn. akt: **KIO 2365/16**
KIO 2367/16
KIO 2376/16

WYROK
z dnia 9 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**
Członkowie: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**
Anna Packo

Protokolant: **Rafał Komoń**

Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 3 i 4 stycznia 2017 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 15 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FOXYTECH Spółka z o.o., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** oraz **NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd Mingguang North Road 1166, 315191 Jiangshan Town, Yinzho District, Ningbo, Chińska Republika Ludowa (sygn. akt KIO 2365/16),**

B. w dniu 16 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w miejscowości Trutnov, Střední Předměstí, Komenského 821, 541 01 Republika Czeska (sygn. akt KIO 2367/16);**

C. w dniu 16 grudnia 2016 r. przez wykonawcę **APATOR S.A., ul. Gdańska 4a lok. C4, 87-100 Toruń (sygn. akt KIO 2376/16),**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Dostawa statycznych bezpośrednich 1 – fazowych i 3 – fazowych liczników energii elektrycznej (postępowanie nr 2)”

A. przy udziale wykonawcy **Aparator S.A., ul. Gdańska 4a lok. C4, 87-100 Toruń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2365/16 po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **ELGAMA Spółka z o.o., ul. Plac Kombatantów 2, 58-100 Świdnica** oraz **UAB ELGAMA-ELEKTRONIKA, ul. Visioriu 2, Wilno, Litwa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2365/16 po stronie Zamawiającego;

B. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **FOXYTECH Spółka z o.o., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** oraz **NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd Mingguang North Road 1166, 315191 Jiangshan Town, Yinzho District, Ningbo, Chińska Republika Ludowa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2367/16 po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **ELGAMA Spółka z o.o., ul. Plac Kombatantów 2, 58-100 Świdnica** oraz **UAB ELGAMA-ELEKTRONIKA, ul. Visioriu 2, Wilno, Litwa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2367/16 po stronie Zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **APATOR S.A., ul. Gdańska 4a lok. C4, 87-100 Toruń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2367/16 po stronie Zamawiającego;

C. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **FOXYTECH Spółka z o.o., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** oraz **NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd Mingguang North Road 1166, 315191 Jiangshan Town, Yinzho District, Ningbo, Chińska Republika Ludowa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2376/16 po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołania o sygn. akt KIO 2365/16, KIO 2367/16 oraz KIO 2376/16;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących się wykonawców i:

A. W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2365/16

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FOXYTECH Spółka z o.o., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** oraz **NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd Mingguang North Road 1166, 315191 Jiangshan Town, Yinzho District, Ningbo, Chińska Republika Ludowa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **FOXYTECH Spółka z o.o., ul. Wokulskiego 11, 58-100 Świdnica** oraz **NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd Mingguang North Road 1166, 315191 Jiangshan Town, Yinzho District, Ningbo, Chińska Republika Ludowa** na rzecz zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** kwotę w wysokości **3 839 zł 87 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dziewięć złotych i osiemdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izba oraz kosztów dojazdu na posiedzenie z udziałem Stron.

B. W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2367/16

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w miejscowości Trutnov, Střední Předměstí, Komenského 821, 541 01 Republika Czeska** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcę **ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w miejscowości Trutnov, Střední Předměstí, Komenského 821, 541 01 Republika Czeska** na rzecz zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** kwotę w wysokości **3 839 zł 87 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dziewięć złotych i osiemdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izba oraz kosztów dojazdu na posiedzenie z udziałem Stron.

C. W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2376/16

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **APATOR S.A., ul. Gdańska 4a lok C4, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **APATOR S.A., ul. Gdańska 4a lok C4, 87-100 Toruń** na rzecz zamawiającego - **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** kwotę w wysokości **3 839 zł 87 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dziewięć złotych i osiemdziesiąt siedem groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izba oraz kosztów dojazdu na posiedzenie z udziałem Stron.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 poz. 2164 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:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e

**do wyroku z dnia 9 stycznia 2017 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2365/16, KIO 2367/16
oraz KIO 2376/16**

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa statycznych bezpośrednich 1 – fazowych i 3 – fazowych liczników energii elektrycznej (postępowanie nr 2)” z podziałem na dwie części postępowania (dostawa liczników jednofazowych – zadanie nr 1 i dostawa liczników trójfazowych – zadanie nr 2).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lipca 2016 r. pod numerem 2016/S 128-230958.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2365/16

W dniu 06.12.2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zadania nr 1 i 2.

Odwołujący w dniu 15.12.2016 r. złożył odwołanie od:

1. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. oraz UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA” (dalej „Konsorcjum El gam a”), jako najkorzystniejszej w części nr 1 Postępowania oraz oferty Apator S.A. (dalej „Apator”) w części nr 2 Postępowania;
2. zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego w części nr 1 Postępowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem;
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia okoliczności omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0254 w części nr 2;

4. czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania w części nr 2 Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i błędną wykładnię w części nr 1 Postępowania i zaniechanie wezwania Odwołującego w części nr 1 Postępowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem, pomimo tego, że próbka oferowanego licznika złożona wraz z ofertą Odwołującego nie zawiera nieprawdziwych informacji (wskutek ich podania czy zatajenia), a więc Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu;

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej „Dyrektywa”) poprzez jego niewłaściwą interpretację i błędne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania w części nr 2 Postępowania z powodu podania rzekomo nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, pomimo tego, że Odwołujący nie złożył (wskutek podania lub zatajenia) jakichkolwiek nieprawdziwych informacji, które mogłyby lub miałyby wpływ na wynik Postępowania;

3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wyjaśnienia w części nr 2 Postępowania okoliczności omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0254, pomimo tego, że Zamawiający nie posiadał jakichkolwiek informacji pozwalających na przyjęcie, iż Odwołujący jest winny poważnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy Dyrektywy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Elgama w części nr 1 i czynności wyboru oferty Apator w części nr 2, jako najkorzystniejszych;

2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w części nr 1 Postępowania i wezwania Odwołującego w części nr 1 Postępowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem;

3. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w części nr 2 Postępowania i wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie okoliczności

omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0254;

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Wniosek o zasądzenie kosztów

Ponadto, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp i nie wykluczył Odwołującego z Postępowania, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza w części nr 1 i części nr 2 Postępowania. Oferta Odwołującego jest bowiem najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z Postępowania w obu częściach Postępowania. Wskazał ponadto, że w części nr 1 Postępowania Odwołujący złożył w dniu 02.12.2016 r. skargę do Sądu Okręgowego w Krakowie na wyrok KIO z dnia 7.11.2016 r. (sygn. akt KIO 1942 i KIO 1952/16) i w związku z tym nadal ma możliwość uzyskania zamówienia w tej części Postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu w obu częściach, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania uzyska je - w części nr 1 może je uzyskać w przypadku uwzględnienia złożonej przez niego skargi na wyrok KIO, co jest wysoce prawdopodobne.

Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia zarówno w części nr 1, jak i części nr 2 Postępowania. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów okręgowych „Aktualne brzmienie przepisu (art. 179 p.z.p.) jako podstawą wniesienia środka ochrony prawnej wskazuje posiadanie przez podmiot interesu. Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi poszerzenie zakresu stosowania art. 179 p.z.p., bowiem jako podstawę wystąpienia np. ze skargą nie wskazuje już «interesu prawnego», jak to miało miejsce dotychczas, ale jedynie wskazuje na potrzebę posiadania interesu. Oznacza

to, że może to być także interes faktyczny. Nie musi on zatem wynikać z przepisów prawa materialnego, czy też być chroniony przez prawo. Nadal jednak musi to być interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a nie interes hipotetyczny przewidywany w przyszłości.

Zatem jak wskazał Odwołujący skoro nadal ma faktyczne i realne szanse na uzyskanie zamówienia w części nr 1 Postępowania, to przysługuje mu interes we wniesieniu odwołania i usunięciu naruszeń ustawy Pzp dokonanych przez Zamawiającego zarówno w części nr 1 jak i części nr 2 Postępowania, a które mogą pozbawić go w przyszłości uzyskania zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy Pzp, z podziałem na część nr 1 i część nr 2 pod nazwą: „Dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3- fazowych liczników energii elektrycznej (Postępowanie nr 2)", znak sprawy 2016/TD- CN/CN UZA/02780/S (dalej „Postępowanie”).

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w Postępowaniu (wyciąg).

Do upływu terminu składania ofert Odwołujący złożył ofertę w części nr 1 i części nr 2. Zaś w dniu 5.10.2016 r. Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze, w części nr 1 zamówienia, oferty wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Trutnov (Dalej „ZPA Smart Energy”) oraz o sklasyfikowaniu na drugiej pozycji rankingu ofert oferty Odwołującego, zaś oferty Konsorcjum Elgama na pozycji 3, natomiast w części nr 2 o wyborze oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oraz sklasyfikowaniu na drugiej pozycji rankingu ofert oferty ZPA Smart Energy, zaś oferty Aparator na pozycji 3.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 5.10.2016 r.

W dniu 14.10.2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) wpłynęły odwołania wniesione przez Konsorcjum Elgama w części nr 1 Postępowania oraz przez

Apator w części nr 2 Postępowania. W dniu 7.11.2016 r., KIO wydała wyrok w sprawach połączonych (sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16), uwzględniła w części odwołanie Konsorcjum Elgama oraz Apator i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie badania i oceny ofert w części nr 1 i części nr 2, a także między innymi w odniesieniu do Odwołującego:

1. w części I wykluczenie Odwołującego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie właściwości oferowanego licznika; oraz
2. w części II wezwanie Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem.

W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, iż część zarzutów Konsorcjum Elgama była zasadna. W pierwszej kolejności, w odniesieniu do postawionego w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem oraz związanego z nim zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie właściwości oferowanego licznika KIO wskazała, że: „Nie była sporna między stronami i Konsorcjum F [tj. Odwołującego - przyp. Odwołujący] okoliczność braku tłumaczenia na str. 116 oferty Konsorcjum F pouczenia zawartego na str. 126 oferty („The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant”) ani przedstawione przez Odwołującego jego tłumaczenie. Zgodnie z nim treści oznaczone obramowaniem z linii przerywanych mogą się różnić w zależności od wariantu licznika. A contrario przyjąć należało, że treści, które na tabliczce znamionowej próbki licznika nie są oznaczone w ten sposób muszą być zgodne ze schematami (wzorami) tabliczek znamionowych zamieszczanych w treści Certyfikatu MID, co powinno zostać uwzględnione przez Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty Konsorcjum F.

Za przyjęciem tego poglądu przemawia, po pierwsze, okoliczność, że Certyfikat MID jest dokumentem potwierdzającym zgodność typu urządzenia z wymogami normy, a zatem dotyczy więcej niż jednego konkretnego wariantu (modelu) przyrządu pomiarowego. Oczywiście wydaje się, że mogą się one od siebie różnić nie tylko właściwościami technicznymi, ale również informacjami na tabliczkach znamionowych (na których notabene zawarte są m./n. dane o tychże właściwościach). Tym niemniej muszą pozostawać zgodne z Certyfikatem MID, jako dokumentem potwierdzającym, że modele te, będące wariantami przebadanego typu urządzeń, spełniają właściwe im wymagania norm(y).

(...) W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro tabliczka znamionowa na próbce licznika przedstawionej przez Konsorcjum F różniła się od jej wzorca uwidocznionego w Certyfikacie MID w zakresie informacji o normach i piktogramu (zob. str. 15 odwołania), to jego oferta jest w ten sposób niezgodna z SIWZ.

(...) Izba odmówiła wiarygodności dowodowi DPK7 [tj. opracowania Odwołującego dotyczącego różnic pomiędzy informacjami prezentowanymi na tabliczkach znamionowych próbek liczników, a wynikającymi z załączonych do nich Certyfikatów MID w ofertach innych wykonawców, w tym Konsorcjum Elgama i Apator - [przyp. Odwołujący] stwierdzając; że zmierzał on do usprawiedliwienia omówionej powyżej sprzeczności w ofercie Konsorcjum F przez wskazanie analogicznych różnic pomiędzy tabliczkami znamionowymi liczników innych wykonawców, a wzorami opisanymi w przedstawionych przez nich certyfikatach. Należy jednak zauważyć, że u podstaw zarzutu legła treść złożonego przez Konsorcjum F Certyfikatu MID, a konkretnie - nieprzetłumaczonej klauzuli odnoszącej się do zakresu zmian dopuszczalnych w obrębie tabliczki znamionowej. Z omawianego dowodu nie wynika czy, a jeśli tak, to w jaki sposób kwestia ta została ujęta w certyfikatach innych wykonawców. Ponadto, omawiane na str. 2 opracowania fragmenty treści Certyfikatu MID odwołującego APATOR S.A. wprost posługują się pojęciem „przykładu” tabliczki znamionowej, które to nie zostało użyte w Certyfikacie MID złożonym przez Konsorcjum F.

Następstwem potwierdzenia się tego zarzutu musiało być uchylene czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie oferty Konsorcjum F, które - w omówionym powyżej zakresie - przeprowadzone zostało wadliwie. Izba odstąpiła jednak od nakazywania Zamawiającemu dokonania czynności zmierzających do sanowania opisanej powyżej kwestii, jako że potwierdził się jednocześnie zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, a uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust 3 Pzp nie podlegają dokumenty niemi dotknięte

W konsekwencji, KIO uznała także, iż Odwołujący złożył rzekomo nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania: „Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp nastąpić może wyłącznie w razie łącznego ziszczenia się dwóch przesłanek - złożenia nieprawdziwych informacji oraz ich rzeczywistego lub potencjalnego wpływu na wynik takiego postępowania.

Odnosnie pierwszej z przesłanek wyjaśnić należy - bez konieczności szczegółowej analizy poglądów doktryny i judykatury, jako że kwestia ta została już dotąd omówiona w sposób kompleksowy i wyczerpujący - że nieprawdziwa informacja to taka, która jest niezgodna z

istniejącym stanem rzeczy. Innymi słowy jest to informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości.

Nie ulega wątpliwości składu orzekającego, że owo wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez przekazanie informacji nieprawdziwej w podanym powyżej znaczeniu, jak i w następstwie zaniechania przekazania (ukrycia, zatajenia) informacji prawdziwej (zgodnej z rzeczywistością). Oba te przypadki należy zatem odnosić do pojęcia złożenia nieprawdziwych informacji.

Przypomnieć również trzeba, że złożeniu nieprawdziwych informacji nie musi towarzyszyć umyślność działania, wystarczy bowiem działanie niedbałe, tj. z pominięciem należytej staranności określonej w przypadku wykonawcy będącego podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności (zob. art. 355 § 2 K.c.).

W kwestii drugiej z przesłanek skład orzekający zauważa, że należy wiązać ją przede wszystkim z uzyskaniem lub możliwością uzyskania zamówienia publicznego w wyniku posłużenia się nieprawdziwymi informacjami.

Jak wskazał Odwołujący okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy dały Izbie podstawy do przyjęcia, że co najmniej w wyniku niedbalstwa (choć brak tłumaczenia istotnego, zdaniem składu orzekającego, fragmentu dokumentu, korespondująca z argumentacją Konsorcjum F o możliwości wprowadzania zmian w treści tabliczki znamionowej przekraczających zakres wynikający z treści nieprzetłumaczonego pouczenia, wskazywać może na działanie intencjonalne), wyrażającego się nieprzetłumaczeniem Certyfikatu MID w pełnym zakresie (zob. str. 116 i 126 oferty Konsorcjum F), Zamawiający został wprowadzony w błąd co do właściwości oferowanych przez Konsorcjum F liczników (zgodności próbki oferowanego licznika z Certyfikatem MID).

W ocenie Odwołującego chybiona była argumentacja Zamawiającego, który braku złożenia nieprawdziwych informacji upatrywał w nieusunięciu nieprzetłumaczonej klauzuli z angielskiej wersji Certyfikatu MID. Wydaje się, że zmierzała ona do wykazania braku możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, mimo iż kwestia ta nie ma znaczenia dla ustalenia zaistnienia omawianej przesłanki, ponieważ nieprawdziwość informacji na charakter obiektywnej.

Skład orzekający uznał również, że w przedmiotowym stanie faktycznym ziściła się druga przesłanka dotycząca możliwego wpływu na wynik Postępowania. Należy ją bowiem, jak wspomniano, do możliwości uzyskania zamówienia, która, zwłaszcza wobec niepewnego losu oferty sklasyfikowanej na miejscu pierwszym, istniała.

W konsekwencji Izba nakazała wykluczenie Konsorcjum F z Postępowania, o czym orzeczono w pkt. 1.1.4 sentencji wyroku".

Ponadto KIO wskazała w uzasadnieniu wyroku, iż także część zarzutów Apator była zasadna. W odniesieniu do postawionego w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem KIO wskazała, że: „Zarzut potwierdził się, bowiem tabliczka znamionowa umieszczona na próbce licznika jest niezgodna z jej wzorem z Certyfikatu MID w zakresie pominięcia wskazania wszystkich norm zamieszczonych na zatwierdzonym certyfikatem wzorze, nieskonkretyzowania normy 50470 i piktogramów (zob. str. 10-11 odwołania).

Przyczyny uwzględnienia przedmiotowego zarzutu zostały omówione przy rozstrzyganiu o analogicznym zarzucie z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16, do których to rozważań Izba odsyła.(...) W konsekwencji", mając na uwadze brak zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, Izba uwzględniając odwołanie unieważniła wybór oferty Konsorcjum F, badanie i ocenę ofert i nakazała Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum F do uzupełnienia dokumentu w postaci próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem, o czym orzeczono w pkt 2.1.1. - 2.1.3. sentencji wyroku.

(...) Ergo, w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16 Izba nakazała wykluczenie Konsorcjum F. z Postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji i mimo, że w sprawie o sygn. akt KIO 1652/16 stan faktyczny przedstawiał się identycznie, to jednak odwołujący APATOR S.A. zarzutu związanego z nieprawdziwymi informacjami nie postawił, wobec czego Izba, po myśli przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, nie mogła co do niego orzekać.

Izba, nie będąc wprawdzie związana żądaniami odwołania, nie uznała za zasadne poprzestanie wyłącznie na uwzględnieniu odwołania i unieważnieniu czynności opisanych w pkt. 2.1.1. i 2.1.2., jako że mogłoby to sugerować Zamawiającemu ocenę prawdziwości informacji zawartych w ofercie Konsorcjum F., której to Zamawiający - prowadząc Postępowanie zgodnie z przepisami Pzp - powinien dokonać samodzielnie".

Z powyższym wyrokiem i jego uzasadnieniem nie zgodził się Odwołujący i w dniu 2 grudnia 2016 r. złożył skargę do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Dowód: - skarga na wyrok KIO sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16, wyrok KIO sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16 z dnia 7.11.2016 r.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że wcześniej, bo w dniu 16.11.2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia:

1. próbki oferowanego licznika 3-fazowego typu SX330-D2B31-RIFOPN o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym wzorem zawartym w Certyfikacie MID złożonym wraz z Ofertą;
2. protokołu z badania mocy licznika 3-fazowego, o którym mowa w pkt. 3.3.1.7. SIWZ, wykonanego przez niezależne od Wykonawcy laboratorium, spełniającego wymaganie pkt 1.50 Załącznika nr 13 do SIWZ.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 16.11.2016 r.

Odwołujący w dniu 23.11.2016 r. uzupełnił żądane dokumenty.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 23.11.2016 r.

Następnie w ramach uzasadnienia zostało wskazane, że ponadto, z ostrożności, w dniu 06.12.2016 r. - przed uzyskaniem rozstrzygnięcia Postępowania od Zamawiającego - Odwołujący pismem z dnia 5.12.2016 r. przedłożył Zamawiającemu tłumaczenie Certyfikatu MID zawierające tłumaczenie na język polski zdania: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant”. Jednocześnie wskazał, że przeoczenie przetłumaczenia wskazanego fragmentu wynikało z niezamierzonego działania pracownika Odwołującego i stanowi omyłkę. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 20 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 780/16) „Zamawiający, zamiast negocjować możliwość skorzystania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinien uzupełniony przez wykonawcę z własnej inicjatywy wykaz poddać ocenie i zakomunikować wykonawcy wyniki tej oceny”.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 05.12.2016 r.

W dniu 6 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania w części nr 1 i części nr 2 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik Postępowania. W odniesieniu do części nr 1 wskazał, że: Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu w/w Wykonawcę na podstawie (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że złożył nieprawdziwe informacje) mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zgodnie z pkt 3.3.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby „(...) oferowane liczniki spełniały wymagania określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym* Załącznik nr 12 do SIWZ (dla Zadania 1). Na potwierdzenie spełniania powyższego) zgodnie z pkt 3.3.1.6 SIWZ Wykonawca zobowiązany była załączyć do oferty: „kserokopię Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydanego przez uprawnioną Jednostkę notyfikującą zgodnie i z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia i 26.02.2014 roku w sprawie Urządzeń pomiarowych (Dz. Urz. UE L, 96)”.

Wykonawca wraz z ofertą dostarczył Certyfikat zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) w wersji anglojęzycznej oraz Jego tłumaczenie na język polski, W treści przetłumaczonego Certyfikatu MID Wykonawca pominął Istotne zdanie (str. 116 oferty - opis pod rysunkiem) o treści: „Zawartość oóf zaznaczonych przerwana Unia fest: zmienna w zależności od wariantu licznika”, które to zdanie w wersji anglojęzycznej' znajduje się na str. 126 oferty („The contents in the dashed boxes are changeable^ depending on the meter variant”). Nieprzetłumaczony na język polski tekst dotyczy możliwości wprowadzenia zmian w treści tabliczki znamionowej licznika. Fakt stwierdzenia braku tłumaczenia powyższego fragmentu Certyfikatu MID (pouczenia) wskazuje na co najmniej niedbalstwo Wykonawcy, wskazywać też może na działanie intencjonalne wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do właściwości oferowanych przez Wykonawcę liczników w zakresie zgodności próbki oferowanego licznika z Certyfikatem MID.

Mając powyższo na uwadze, działając na podstawie wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. w sprawie KIO 1942/16 oraz KIO 1952/16 (odwołania rozpatrywane łącznie), Wykonawcę należało wykluczyć z postępowania na podstawie art* 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp*

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 6.12.2016 r.

W części nr 2 Zamawiający powtórzył powyższe uzasadnienie, pomimo, że wyrok KIO z dnia 07.11.2016 r. odnosił się w zakresie nakazania Zamawiającemu wykluczenie Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 sut. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyłącznie do części nr 1 Postępowania.

II. Uzasadnienie zarzutów

1. Przedwczesne wykluczenie Odwołującego w części nr 1 Postępowania;

W tej części Postępowania Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ślad za sentencją wyroku KIO z dnia 7.11.2016 r. (sygn. akt KIO 1942/16). Niemniej jednak, zdaniem Odwołującego, przed ewentualnym wykluczeniem go z Postępowania, Zamawiający winien wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia:

1. próbki oferowanego licznika 1-fazowego typu SX300-D1B31-TIFOPN o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym wzorem zawartym w Certyfikacie MID złożonym wraz z Ofertą;
2. protokołu z badania mocy licznika 1-fazowego, o którym mowa w pkt. 3.3.1.7. SIWZ, wykonanego przez niezależne od Wykonawcy laboratorium, spełniającego wymaganie pkt 1.50 Załącznika nr 13 do SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący należy bowiem zauważyć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, w przypadku stwierdzenia podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, niedopuszczalne jest wzywianie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które zawierają rzeczony nieprawdziwe informacje. Należy jednak zauważyć, że sam dokument w postaci próbki oferowanego przez Odwołującego licznika nie zawiera jakichkolwiek „nieprawdziwych informacji”, a brak przetłumaczonego zdania „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant” znajduje się w Certyfikacie MID. W konsekwencji, niezależnie od tego czy Zamawiający uznał, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania, winien on wezwać Odwołującego do uzupełnienia powyżej wskazanych dokumentów - jako, że nie zawierają one jakichkolwiek nieprawdziwych informacji, a art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie pozwala Zamawiającemu na zrezygnowanie z jego zastosowania w tym przypadku.

2. Nieprawdziwe informacje - część nr 2 Postępowania

Zdaniem Zamawiającego podane przez Odwołującego „nieprawdziwe informacje” to brak przetłumaczenia w certyfikacie MID jednego zdania „The contents in the dashed Boxes are changeable depending on the meter variant” co oznacza „Treść w zakreślonych blokach jest zmienna w zależności od wariantu licznika”, bowiem zdaniem Zamawiającego z treści tego zdania należy wywodzić, że tabliczka znamionowa na liczniku energii musi być zgodna ze wzorem znajdującym się w Certyfikacie MID, a brak jego przetłumaczenia wprowadzał Zamawiającego w błąd co do właściwości licznika energii w tym zakresie.

Zamawiający wskazał, że wyklucza Odwołującego z Postępowania działając na podstawie wyroku KIO sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16. W ocenie Odwołującego Zamawiający pominął oczywisty fakt, że KIO nie nakazała Zamawiającemu wykluczyć Odwołującego z

Postępowania w części nr 2, ale jedynie w części nr 1. Wyrok KIO wiąże Zamawiającego jedynie w zakresie określonym w sentencji wyroku. Ponadto, KIO nawet w uzasadnieniu wyroku wskazała na konieczność wykluczenia Odwołującego z Postępowania w części nr 2 i pozostawiła tę kwestię do samodzielnego rozstrzygnięcia Zamawiającego.

Co więcej, w ocenie Odwołującego, sytuacja taka, nie zwalnia Zamawiającego z oceny tej sytuacji w świetle obowiązujących przepisów prawa, a także dalszych czynności mających miejsce w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Złożenie nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy. W niniejszej sprawie, taka sytuacja nie ma miejsca.

Po pierwsze, jak wskazano w uzasadnieniu odwołania, Odwołujący złożył pełną i zgodną z rzeczywistością informację - treść certyfikatu MIP jest kompletna i prawdziwa oraz zawiera treść „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant która jedynie omyłkowo nie została przetłumaczona, ale niewątpliwie została podana w sposób prawdziwy. Omyłkowy brak przetłumaczenia tego fragmentu z pewnością nie może także stanowić „podania informacji”, bowiem jest to omyłkowe nieprzetłumaczenie już podanych informacji (w języku angielskim), co nie wypełnia hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wskazany omyłkowo nieprzetłumaczony fragment nie wskazuje na brak jakiegokolwiek możliwości zmiany treści tabliczki znamionowej w stosunku do przykładu wskazanego w certyfikacie MID, ale jedynie wskazuje, że treść w zakreskowanych blokach jest zmienna. Nie można z tego wywodzić twierdzenia przeciwnego, że niedopuszczalne są jakiegokolwiek inne zmiany na tabliczce znamionowej licznika energii. Przykłady tabliczek znamionowych próbek liczników energii dostarczonych przez innych wykonawców, w tym Apator S.A. i Konsorcjum Elgama wskazują, że także w ich przypadku występują znaczne różnice w treści przykładowych tabliczek znamionowych określonych w certyfikatach MID i tabliczek znamionowych zamieszczonych na próbkach liczników energii przedłożonych w Postępowaniu.

Dowód: Zestawienie występujących różnic w przykładach tabliczek znamionowych wskazanych przez Wykonawców w certyfikatach MID a tabliczkami znamionowymi umieszczonymi na dostarczonych Zamawiającemu próbkach liczników energii

Zdaniem Odwołującego przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wymaga materialnego ustalenia; czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe. Nieprawdziwe informacje nie polegają na błędnej interpretacji czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane lub znane zamawiającemu. Złożona informacja uznana za nieprawdziwą musi mieć rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania i być niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący żadnych wątpliwości (tak wyrok KIO 350/11 i KIO/UZP 59/10). W wyroku z IV Ca 683/12, niepubl., Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że nie każda informacja nieprawdziwa musi być przyczyną wykluczenia wykonawcy, dlatego konieczne jest badanie przez zamawiających, czy podanie niezgodnych z rzeczywistością informacji było świadomym działaniem wykonawcy, czy stanowiło np. zwykłą pomyłkę jego pracownika. W przypadku braku wykazania, iż podanie przez wykonawcę informacji, które nie są zgodne z rzeczywistością, było świadomym i celowym działaniem wykonawcy, zamawiający nie jest uprawniony do wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu. Takiej analizy i ewentualnej oceny brak było w/w wyroku KIO o sygn. akt KIO 1942/16. Brak takiej analizy, refleksji i oceny także u Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, to czynność dokonana przez wykonawcę w sposób zamierzony, tj. z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa (tak wyrok KIO 552/14). Wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy bezspornie wykazać, że składane w postępowaniu oświadczenia lub dokumenty zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie jest wynikiem zamierzonego, zawinionego działania wykonawcy, nie zaś wynikiem niezrozumienia treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd (tak wyrok KIO 2196/12). Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyrokach KIO 590/12, KIO 600/12, KIO 491/12, KIO 267/12. Odwołujący wskazał, że wbrew mylnemu zapatrywaniu KIO - co skutkowało wydaniem także wadliwego wyroku - przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga dogłębnego zbadania doktryny i judykatury - czego KIO nie dokonało, uznając brak takiej konieczności.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że jak Odwołujący wykaże poniżej, właśnie absolutna większość judykatury opowiada się za przyjęciem, że nie każda nieprawdziwa informacja podana przez wykonawcę, skutkuje wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ale tylko taka, którą wykonawca celowo podał, mając świadomość jej nieprawdziwości, z zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego i

tym sposobem uzyskania zamówienia. Następnie wskazał, że jednocześnie, w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16 dotyczącym części nr 1 Postępowania KIO nie wskazała także na przyczyny przyjęcia, że hipotezą art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest objęta także taka sytuacja, w której wykonawca nie podaje informacji, które gdyby były znane, to miałyby wpływ na wynik postępowania. Także wbrew zapatrywaniu KIO, iż „złożeniu nieprawdziwych informacji nie musi towarzyszyć umyślność działania, wystarczy bowiem działanie niedbałe, tj. z pominięciem należytej staranności określanej w przypadku wykonawcy będącego podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności (zob. art. 355 § 2 K.c.)” przeważająca część orzecznictwa sądów okręgowych, a także interpretacja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje wręcz na zupełnie odmienny pogląd judykatury i doktryny.

W wyroku KIO z dnia 14 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 859/14) wskazano, że „nawiązanie przez ustawodawcę, w treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, do złożenia (podkreślenie Izby) nieprawdziwych informacji, które - odwołując się do terminologii prawa karnego - charakteryzuje czynność sprawczą wykonawcy świadczy, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt VI Ca 683/12, o tym, że jest to czynność "dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu, czy niedbalstwa...]"

Dalej wskazano, że jak wskazał Sąd Okręgowy w Szczecinie, Wydział II Cywilny Odwoławczy w wyroku z dnia 25.01.2013 r. (sygn. akt II Ca 1285/12), rozpatrując skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którą tym wyrokiem uwzględnił: „Sąd Okręgowy podziela prezentowany zarówno w orzecznictwie jak też w literaturze pogląd, iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 cytowanej ustawy wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlega jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając, albowiem ustawodawca dopuszcza uzupełnienie prawidłowych dokumentów i poprawienie oferty jeżeli przedstawione informacje nieprawdziwe mają charakter błędu lub omyłki - z założenia więc działania nieumyślnego (zob. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak). (...) Wprawdzie przepis art. 45 ust.2 lit. g dyrektywy wskazuje, iż przesłanka wykluczenia jest fakultatywna, co oznacza iż państwa członkowskie nie mają obowiązku ich transpozycji do krajowego porządku prawnego, jednakże w przypadku ich przyjęcia zaproponowanej w dyrektywie konstrukcji, jej zastosowanie powinno odzwierciedlać cei regulacji zaproponowanej przez ustawodawcę unijnego. Prawo wspólnotowe ustanawia w ten sposób granice dla pewnych metod wykładni stosowanych w

krajowym systemie prawnym, a wymaganie spójnej wykładni wyklucza interpretację prawa krajowego w sposób odmienny od wykładni zgodnej z dyrektywą. Tym samym, literalne brzmienie omawianego przepisu nie jest wystarczające do prawidłowego odczytania zawartej w nim normy prawnej. Jednocześnie Sąd Okręgowy podziela również prezentowany zarówno w orzecznictwie jak też w literaturze pogląd, iż powyższa wykładnia wymienionego przepisu, wydanego w celu transpozycji do krajowego porządku prawnego przepisu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r, w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DzM.UEX.2004.134.114 z późn. zm.), uwzględniać powinna cele regulacji prawodawcy unijnego. W myśl wymienionego przepisu dyrektywy z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

W związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej procesy udzielania zamówień publicznych przez polskich zamawiających zostały również poddane zasadom przyjętym w prawie unijnym. Państwa członkowskie zobowiązały się do stosowania zasady pierwszeństwa prawa unijnego, co oznacza że w razie sprzeczności pomiędzy normami krajowymi a normami unijnymi organy stosujące prawo powinny wybrać przepis prawa unijnego. Uzasadnieniem dla takiego działania jest autonomiczność unijnego porządku prawnego oraz konieczność jego jednolitego stosowania we wszystkich państwach członkowskich. W przypadku, gdy dane przepisy nie mogą być bezpośrednio stosowane przez sądy krajowe (przykładowo niektóre przepisy dyrektyw) są one zobowiązane do takiej wykładni prawa krajowego, która będzie starała się uwzględnić cele prawa unijnego (Aleksandra Sołtyńska Komentarz do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Europejskie prawo zamówień publicznych. Kraków 2006)

W realiach niniejszej sprawy; wykładnia przedstawiona przez odwołującego w piśmie z 15 stycznia 2013 r., stanowiącym załącznik do protokołu rozprawy, dotycząca jedynie modelowej instytucji odpowiedzialności cywilnej prawa krajowego, opartej na zasadzie winy, jako podstawa wykluczenia wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pkt ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) jest sprzeczna z zasadą wykładni ścieśniającej przepisów o charakterze sankcyjnym. W świetle powyższych rozważań, akcentując przy tym doniosłość działania w interesie publicznym Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie, polegającą m.in. na dążności do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach publicznych,

przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów i Trybunału Konstytucyjnego, wykładni pronunijnej przepisów prawa krajowego mających zastosowanie w systemie zamówień publicznych, Sąd Okręgowy - uznając zasadność zarzutów skargi - orzekł zgodnie z postulowanym w skardze rozstrzygnięciem.

Jak wskazał Odwołujący analogicznie orzekł Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny-Odwoławczy w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), także na skutek wniesionej skargi przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którą to skargę SO uwzględnił: „Sąd Okręgowy podziela pogląd, że celem regulacji zawartej w art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę wprowadzają w błąd Zamawiającego co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością - i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje - bez względu na przyczyny”. Podobnie SO w Warszawie Wydział V Cywilny - Odwoławczy w wyroku z dnia 14 maja 2015 r. (sygn. akt V Ca 408/14).

Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi, X Wydział Gospodarczy z dnia 23 lipca 2010 r. (sygn. akt X Ga 163/10), w którym stwierdził on, że „Nie kwestionując poglądu, zgodnie z którym świadome podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zwalnia zamawiającą z obowiązku wzywania takiego wykonawcy do złożenia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust 3 PZP, wskazać należy, że istota problemu w tym zakresie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy można w okolicznościach sprawy przypisać konsorcjum umyślne podanie nieprawdy. W sprawie brak jest jednak podstaw do wyciągnięcia takiego wniosku. Pamiętać bowiem należy, że spór dotyczy tłumaczeń dokumentów w oryginale sporządzonych w języku obcym. Oznacza to, że zarówno hiszpański uczestnik konsorcjum, jak i polski lider konsorcjum, mogli nie mieć kwalifikacji do skonfrontowania treści obu dokumentów (oryginału i jego tłumaczenia na język polski). Nadto przeciwko uznaniu, że konsorcjum świadomie złożyło nieprawdziwe informacje przemawia okoliczność - na którą zasadnie powołuje się przeciwnik skargi - że z faktu załączenia oryginału dokumentu można wysnuwać przypuszczenie, że nie było intencją konsorcjum

wprowadzenie zamawiającej w błąd (załączając oryginał umożliwiła przecież zamawiającej weryfikację treści tłumaczenia).

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że orzecznictwo wyraziło pogląd zgodnie z którym niezgodność tłumaczenia z oryginałem dokumentu nie musi oznaczać, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO wydanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1214/10, niepubl.)."

Podobnie w stosunku do błędów i braków w tłumaczeniu dokumentów wypowiadała się jednoznacznie KIO. W wyroku z dnia 8 maja 2014 r. (sygn. akt. KIO 797/14) wskazała, że „Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum MARO, Odwołujący wywodził z tego, iż zachodziła rozbieżność pomiędzy treścią oryginału dokumentu w postaci poświadczenia należytego wykonania usług na rzecz Apple Computers z 17.10.2012 r., sporządzonego w języku angielskim, a treścią przedłożonego w postępowaniu tłumaczenia tego dokumentu na język polski. Odwołujący wskazał, że w wersji przetłumaczonej na język polski m.in. bezpodstawnie wstawiono frazę w nawiasie, sugerującą, iż przedmiotem usług była dostawa i montaż mebli MARO, podczas gdy w żaden sposób nie wynikało to z wersji oryginalnej. W ocenie Odwołującego oznacza to manipulowanie treścią przedkładanych dokumentów i jest działaniem nagannym. Na potwierdzenie istnienia rozbieżności pomiędzy wersją oryginalną dokumentu a jego tłumaczeniem Odwołujący przedłożył w toku rozprawy tłumaczenie przysięgłe fotokopii poświadczenia, o którym mowa powyżej. (...)

Niemniej jednak; w ocenie Izby, nie stanowi to potwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu. W doktrynie wskazuje się, że wykluczenie związane z przedkładaniem fałszywych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie dwie przesłanki: wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. (...)

Z kolei Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia z dnia 11 kwietnia 2013 r. [sygn. akt: XIX Ga 179/13] wskazał, że wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością, w sposób nie budzący wątpliwości. Pojęcie "nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko / wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli.

Odnosząc się do okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że informacje złożone przez Konsorcjum MARO w przedmiotowym postępowaniu nie są zgodne ze stanem faktycznym. Fakt, że tłumaczenie dokumentu w postaci poświadczenia należytego wykonania usług na rzecz Apple Computers (na język polski) nie stanowi pełnego odzwierciedlenia treści tego dokumentu w wersji oryginalnej, nie oznacza, że dokument ten zawiera informacje odbiegające od rzeczywistości. W wersji oryginalnej dokumentu w ogóle nie występowała fraza: „dostawa i montaż mebli MARO”. Fraza ta została bezpodstawnie dodana w tłumaczeniu dokumentu na język polski, jednak nie przesądza to o tym, że tłumaczenie zawiera nieprawdziwe informacje”.

Wreszcie w kolejnym wyroku KIO z dnia 2 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1214/10) dotyczącym nieścisłości w tłumaczeniu Izba wskazała, że „W rozpoznanej sprawie istotę sporu stanowi dodana część zdania w tłumaczeniu dokumentu z dnia 12 marca 2010 r. na język polski, która nie została zamieszczona w wersji oryginalnej dokumentu. Część ta została uznana za informację nieprawdziwą, w sytuacji, gdy w ocenie zamawiającego, oryginalny dokument nie zawierał informacji nieprawdziwej.

Oceniając ustalenia KIO uznała, że wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu niezgodności tłumaczenia zaświadczenia z oryginałem nie jest tożsame z wykluczeniem z powodu złożenia nieprawdziwych informacji”.

W świetle powyższego, jak wskazał Odwołujący, aby można było zarzucić jemu podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, należałoby udowodnić ponad wszelką wątpliwość, że Odwołujący celowo i świadomie nie dokonał tłumaczenia omawianego fragmentu tekstu, z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd i uzyskaniem w ten sposób zamówienia (co zresztą przy jednoczesnym podaniu tych informacji w języku angielskim i tak nie mogłoby skutkować wykluczeniem Odwołującego z Postępowania). Taka okoliczność nie została jednak udowodniona, a okoliczność, że Odwołujący nie usunął z angielskojęzycznej treści Certyfikatu MID treści „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant” potwierdza, że nie zamierzał on wprowadzić Zamawiającego w błąd, a jego działanie miało charakter niezamierzony i nieświadomy. Gdyby bowiem Odwołujący działał w sposób zamierzony, usunąłby także angielskojęzyczny fragment, co w konsekwencji doprowadziłoby przecież do tego, że także sam wykonawca Konsorcjum Elgama nie zidentyfikowałby tej treści i nie postawił zarzutu podania przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. Razi okoliczność, że Zamawiający nie podjął nawet próby zmierzenia się z wyjaśnieniem intencji i zamiarów Odwołującego.

Co więcej warto podkreślić, że z faktu załączenia oryginału dokumentu przez Odwołującego można wysnuwać wniosek, że nie było intencją Odwołującego wprowadzenie

Zamawiającego w błąd (załączając oryginał umożliwił przecież Zamawiającemu weryfikację treści tłumaczenia).

Mając na uwadze, że kwestionowany nieprzetłumaczony fragment ten znajduje się na dole strony i stanowi część obszernego dokumentu, nie można byłoby zarzucić Odwołującemu nawet niedbalstwa - jak to twierdzi Zamawiający - ale co najwyżej nieostrożność, przy sprawdzaniu tłumaczenia, za co nie można z pewnością stosować wobec wykonawców tak daleko idących sankcji, jak wykluczenie z postępowania. Należy wyjaśnić, że do omyłki w tłumaczeniu certyfikatu MID doszło, gdy pracownik Odwołującego P. G. dokonywał tłumaczenia na potrzeby złożenia oferty na podstawie projektu certyfikatu MID, który nie zawierał fragmentu: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant”, które to zdanie pojawiło się dopiero w ostatecznej treści certyfikatu MID.

Dowód: wyjaśnienia Odwołującego w osobie prokurenta p. P. G. .

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał na to, że nie wprowadził on w błąd Zamawiającego, co do właściwości liczników energii, ale co najwyżej stworzył wątpliwości w zakresie wymaganej treści tabliczki znamionowej licznika energii. Zakres informacji określonych w certyfikacie MID, które są wiążące, nie determinuje dyskrejonalnie jednostka notyfikowana, ale wynika on z pewnością z przepisów prawa - te zaś znane są profesjonalnym podmiotom, jak Zamawiający i wykonawcy uczestniczący w Postępowaniu. Co za tym idzie, jeżeli tabliczka znamionowa na liczniku energii powinna odpowiadać wzorom wskazanym w certyfikatach MID, to winno to wynikać z treści Dyrektywy 2014/32/UE, a nie treści certyfikatu. Zamawiający i inni wykonawcy powinni więc mieć pełną świadomość które informacje w certyfikacie MID są wiążące, a które nie, niezależnie od fragmentarycznych i wyrwanych z kontekstu zdań certyfikatów MID, ale w oparciu o przepisy prawa.

Należy nadto wskazać, że Zamawiający nie wziął także pod uwagę tej też okoliczności, że wskutek uzupełnienia - w wykonaniu wyroku KIO z dnia 7.11.2016 r. (sygn. akt KIO 1952/16) - próbki oferowanego przez Odwołującego licznika energii oferta Odwołującego w części nr 2 Postępowania jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Dostarczona przez Odwołującego próbka licznika energii odpowiada bowiem treści Certyfikatu MID w części nr 2 Postępowania. W konsekwencji, należy wskazać, iż wskutek zmiany okoliczności po wydaniu przez KIO wyroku z dnia 7.11.2016r. (sygn. akt KIO 1952/16), polegających na uzupełnieniu przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZD. próbki oferowanego licznika zawierającej tabliczkę znamionową zgodną z Certyfikatem MID, rzekome nieprawdziwe informację - polegające na braku przetłumaczenia zdania w certyfikacie MID - nie mogą mieć i nie mają jakiegokolwiek wpływu na wynik Postępowania w części nr 2. Należy bowiem zauważyć, iż w

okolicznościach powstałych wskutek wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 7.11.2016 r., w części nr 2 Postępowania brak tłumaczenia zdania zawartego w Certyfikacie MID nie ma znaczenia na ocenę oferty Odwołującego uwzględniającej uzupełnienie jego Oferty zgodnie z wyrokiem KIO.

Podsumowując należy wskazać, iż:

1. Odwołujący nie podał jakiegokolwiek nieprawdziwej informacji. Certyfikat MID został załączony do oferty w całości i zawiera cała treść, a brak przetłumaczenia jednego fragmentu zdania z ponad 150 stronicowego dokumentu nie może być poczytywane, jako podanie nieprawdziwej informacji (nawet nie może być poczytywany, jako niepodanie informacji), a z pewnością nie, jako poważne wprowadzenie w błąd;

2. Zamawiający nie wykazał, iż omyłkowy brak tłumaczenia był świadomym działaniem Odwołującego, a w szczególności biorąc pod uwagę, iż skoro sama treść certyfikatu została w całości dostarczona, to niewątpliwie jest, że zamiarem Odwołującego nie było sfalszowanie dokumentu - brak ów powinien być być łatwo zauważalny dla samego Zamawiającego i innych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu

3. Wskutek wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO z dnia 7.11.2016r. (sygn. akt KIO 1952/16) i wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia próbki oferowanego licznika energii zawierającej tabliczkę znamionową o treści zgodnej ze wzorem wskazanym w Certyfikacie MID - które wezwanie Odwołujący wykonał - rzekome nieprawdziwe informacje w postaci braku tłumaczenia jednego zdania w Certyfikacie MID - nie mają i nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu na wyniki Postępowania w części nr 2.

Sąd Okręgowy w Toruniu, Wydział VI Gospodarczy w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt VI Ga 134/12) wskazał ponadto, że „Nie powinno być wątpliwości, że funkcją art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który poprzez podanie nieprawdziwych informacji, mających na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, dąży do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania. Jak trafnie podnosi skarżący przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 "g" dyrektywy 2004/i8/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DZ.U. U.E. nr 134, poz. 114 z późn. zm.), zgodnie z którym z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Niewątpliwie dokonana w zaskarżonym wyroku KIO wykładnia art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. jest nie tylko niezgodna z dyrektywą 2004/18/WE, a więc z prounijną wykładnią przepisów krajowych, ale także z jego literalnym brzmieniem i w odniesieniu do kolejnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust 2 pkt. 4 p.zp. Przepis art. 24 ust.

2 pkt. 3 p.z.p. znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie / art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p./.

Pozyskaniu stosownej wiedzy w tym kierunku, zdaniem Odwołującego, służyć powinno postępowanie wyjaśniające przeprowadzone w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Dokonując oceny dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie zamawiający powinien w pierwszej kolejności wykluczyć zaistnienie błędnej interpretacji istotnych warunków zamówienia lub omyłki wykonawcy i ocenić, czy omyłka ta wpływa/może wpływać /na wynik postępowania". Ponieważ Zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie okoliczności omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0254, mimo złożonych w tej kwestii w dniu 6 grudnia 2016 r. wyjaśnień przez Odwołującego i przyjął bezpodstawnie, iż Odwołujący świadomie nie dokonał wspomnianego tłumaczenia, naruszył tym samym nie tylko art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 2 lit g) Dyrektywy, ale także art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Zamawiający nie wykazał zaistnienia wobec Odwołującego ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i tym samym wykluczając Odwołującego z Postępowania w części nr 2 na tej podstawie, naruszył przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2367/16

W dniu 06.12.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i 2.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.12.2016 r. w formie pisemnej przez wykonawcę ZPA Smart Energy a.s. zarzucając Zamawiającemu

I. W zakresie Zadania 1 oraz Zadania 2 (liczniki 1. fazowe oraz 3. fazowe) zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust.2 oraz 29 ust. 1 i 2 Ustawy PZP oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania, poprzez bezpodstawne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji nieprawidłowej oceny spełnienia wymagań określonych w pkt. 1.1., 1.17, 1.2 oraz 1.3 Załącznika nr 12 do SIWZ w zakresie Zadania nr 1 oraz 1.1., 1.17, 1.2 oraz 1.3 Załącznika nr 13 do SIWZ w zakresie Zadania nr 2. Zamawiający przyjął błędnie, że Odwołujący nie wykazał warunków spełnienia udziału w postępowaniu, zarzucając Odwołującemu naruszenie w/w pkt. SIWZ mimo, iż dostarczone przez Odwołującego, w wymaganym terminie do składania ofert, jakoż i w ramach wezwania do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień z dnia 16.11.2016 r., przedstawione dokumenty i wyjaśnienia były i są zdaniem Odwołującego zgodne z wymogami SIWZ, co Odwołujący poniżej uzasadnia w ramach niniejszego odwołania.

II. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w zakresie Zadania 1 oraz Zadania 2:

- a. Unieważnienie czynności wyboru oferty spółki Konsorcjum wykonawców: Systemy pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. i UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA” w zakresie Zadania nr 1 oraz unieważnienia decyzji odrzucenia oferty Odwołującego.
- b. Unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Apator S.A. w zakresie Zadania nr 2 oraz unieważnienia decyzji odrzucenia oferty Odwołującego.
- c. Dokonania czynności poprawnej interpretacji przedłożonych dokumentów w świetle zapisów Ustawy PZP oraz SIWZ.
- d. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

III. Jednocześnie Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przedłożenie dowodów wskazanych w treści odwołania, jak również zobowiązania Zamawiającego do przedłożenia na rozprawie oryginalnej dokumentacji przetargowej.

IV. Interes Odwołującego w złożeniu odwołania wynika z faktu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP, co w konsekwencji doprowadziło do utraty zamówienia przez Odwołującego, a tym samym osiągnięcia przewidywanych korzyści. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, gdyż w tym celu złożył swoją ofertę w postępowaniu. Oferta złożona w postępowaniu przez Odwołującego została odrzucona. Niezgodne z przepisami Ustawy PZP działania i zaniechania

Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci braku zysku stanowiącego wynagrodzenie za wykonanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Ponadto, należy wskazać na występujący pomiędzy naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP a poniesieniem szkody przez Odwołującego związek przyczynowo-skutkowy. Skutkiem zaskarżonych czynności i zaniechań Zamawiającego jest uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

II.I. Odwołujący w ramach uzasadnienia prawnego wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie Zadania 1 zamówienia w ramach ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 06.12.2016 r. uzasadniając faktem, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

II. 1.1. Zamawiający uzasadnił, iż „zgodnie z wymaganiem pkt 1.17 Załącznika 12 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy < - 40 °C>”. Jednym z dokumentów, który miał potwierdzić spełnienie powyższego wymagania miał być dostarczony wraz z ofertą Certyfikat zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID). W dostarczonym przez Wykonawcę Certyfikacie MID (str. 141 i 149 oferty) zawarto informację „Licznik mierzy przy temperaturze - 40 °C prawidłowo, jednak dane na wyświetlaczu nie są czytelne. Mogą one zostać pozyskane z wyświetlacza przez interfejs optyczny lub przy temperaturze wyższej (>30 °C) Zapis ten jednoznacznie wskazuje, że wyświetlacz LCD stanowiący integralną część licznika nie spełnia przedmiotowego wymagania. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu poprzez dostarczenie Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez wszystkie komponenty próbki licznika (w tym również przez wyświetlacz LCD) przedmiotowego wymagania, Wykonawca dostarczył jedynie oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologii, nie będąc jednak Certyfikatem MID. Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.17 Załącznika nr 12 do SIWZ i z tej przyczyny podlega odrzuceniu.”

II. 1.2. Odnośnie uzasadnienia Zamawiającego przedstawionego w punkcie II.I.I.

Odwołujący oświadcza, iż przedstawiony licznik w pełni odpowiada wymogom punktu 1.17 Załącznika nr 12 do SIWZ, gdyż Odwołujący spełnił go poprzez dostarczenie próbki licznika ZE114 w pełni funkcjonującym również przy temperaturze -40°C, przy czym dany fakt potwierdza także Certyfikat MID przedłożony w ramach oferty. Podany tekst: „Licznik mierzy przy temperaturze -40°C prawidłowo, jednak dane na wyświetlaczu nie są czytelne. Mogą one zostać pozyskane z wyświetlacza przez interfejs optyczny lub przy temperaturze

wyższej ($>-30^{\circ}\text{C}$)“ dotyczy tylko nierozliczeniowych danych wyświetlacza, których wyświetlenie nie jest wymagane żadną normą, jak również nie jest wymagane podanie takiego uzupełnienia w Certyfikacie MID. Ten dodatkowy tekst jest w Certyfikacie MID podany wyłącznie w ramach dobrowolnej decyzji Odwołującego.

Dnia 16.11.2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów o Certyfikat MID potwierdzający spełnienie badań wszystkich komponentów licznika (w ramach tego również wyświetlacza LCD). Dane wymagane nie można było dosłownie spełnić, gdyż w ramach w/w wezwania Zamawiający podał, iż: „Przypominam jednocześnie, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, złożone na wezwania Zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. “ Odwołujący zaznacza, iż brzmienie Certyfikatu MID możliwe jest zmienić tylko przed jego sporządzeniem, nie ze skutkiem wstecznym. Z tego powodu zostało sporządzone dodatkowe oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologicznego (wydawca Certyfikatu MID dla przedstawionych liczników) o funkcjonalności wyświetlacza przy temperaturze $>-40^{\circ}\text{C}$, a to na podstawie dodatkowych badań.

Odwołujący w załączniku do niniejszego odwołania również załącza protokół 14/2016 z dnia 21.11.2016 z pomiarów danego typu licznika w temperaturze -40°C , z którego wynika, iż wszystkie istotne dane metrologiczne są przy takiej temperaturze wyraźnie czytelne. Dane badanie zostało na podstawie uwag Zamawiającego sporządzone w laboratorium Odwołującego i potwierdza spełnienie wymogu Zamawiającego w punkcie 1.17 Załącznika 12 do SIWZ: „ Liczniki muszą mieć minimalną temperaturę pracy $<-40^{\circ}\text{C}$ “. Zamawiający może sobie dany fakt zweryfikować na wszystkich przedłożonych próbkach, które zostały dotychczas w ramach postępowania przedłożone. Ten fakt Zamawiający dotychczas nie wziął pod uwagę.

Na marginesie Odwołujący wskazał, iż sam Zamawiający w ramach swej pisemnej odpowiedzi na w/w odwołania spółki Konsorcjum wykonawców: Systemy pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. i Zamknięta Spółka Akcyjna UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA” z dnia 17.10.2016 oraz spółki Apator S.A. z dnia 17.10.2016 stwierdził, że „temperatura pracy wyświetlacza LCD nie ma żadnego znaczenia dla należytego wykonania pomiarów przez licznik Podkreślił, że gdyby parametr pracy samego wyświetlacza był dla Zamawiającego istotny, zostałby on dodatkowo sprecyzowany w wymaganiach technicznych (jest to powszechna praktyka spotykana na rynku). Zamawiający celowo przewidział wymóg konieczności odczytu i programowania liczników przy użyciu urządzeń mobilnych, co nawet przy nie wyświetlającym prawidłowo wyświetlaczu LCD daje możliwość odczytu rejestrów

licznika. Zaoferowany licznik posiada tą funkcjonalność. Zamawiający zwrócił również uwagę, że gdyby temperatura pracy wyświetlacza LCD była istotna dla pracy licznika jako takiego, to jednostka certyfikująca z pewnością wydałaby Certyfikat MID na ograniczony zakres temperatury pracy licznika, albo nie wydałaby certyfikatu wcale. Z powszechnych względów Zamawiający uznał, iż zaoferowany licznik spełnia warunki stawiane w zakresie temperatury pracy licznika. “ (wyrok KIO z dnia 07.11.2016, sygn. 1942/16 1952/16).

Odwołujący nadmienia, iż ocena oferty Zamawiającego z podanych powyżej powodów jest błędna.

Dowód: Protokół nr 14/2016 z dnia 21.11.2016 wraz z tłumaczeniem na język polski

II. 1.3. Zamawiający dalej nadmienił, iż zgodnie z wymaganiem pkt 1.2 i 1.3 Załącznika 12 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać aktualny Certyfikat zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 26.02.2014 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (Dz. U. UE L.96)”, jak również: „Liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID). Dostarczona wraz z ofertą próbka licznika nie posiadała na listwie zaciskowej zacisku „5” pomimo tego, że na listwie umieszczony był opis, w którym miejscu zacisk ten powinien się znajdować, a schematy podłączenia licznika i fotografie licznika zamieszczone w Certyfikacie MID uwidaczniały jego istnienie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia próbki licznika o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematem podłączeń prezentowanym w Certyfikacie MID,

Wykonawca dostarczył licznik doposażony w zacisk „5”, w którym jednak konfiguracja zacisków na listwie odbiega od konfiguracji zacisków, na podstawie której licznik uzyskał Certyfikację MID. Dla listwy zaciskowej z „dorobionym **” przez Wykonawcę w uzupełnionej próbce zaciskiem „5” nie przeprowadzono badania wytrzymałości elektrycznej izolacji, co dodatkowo wskazuje na niespełnienie przez próbkę licznika wymagania pkt. L1 Załącznika nr 12 do SIWZ, tj. wykonania zgodnie z normą PN-EN 50470-1. Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt 1.2, 1.3 oraz 1.1 Załącznika nr 12 do SIWZ i z tej przyczyny podlega odrzuceniu. “

II. 1.4. Względem punktu II.1.3. niniejszego odwołania Odwołujący przedstawia, iż licznik ZE114.Dx certyfikowany jest w wariantcie z zaciskami zagiętymi (składanymi) zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/32/UE w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (implementowana w Republice Czeskiej Rozporządzeniem nr.

120/2016 Sb.), i do którego został wydany przez Czeski Instytut Metrologiczny w Brnie certyfikat TCM 221/14 - 5232 z dnia 15.07.2016. Zacisk nr. 5 jest tylko zaciskiem pomocniczym, przy czym jego obecność czy nieobecność nie ma żadnego wpływu na funkcjonowanie licznika.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia wymogi opisane w pkt 1.1, 1.2 i 1.3 Załącznika nr 12 do SIWZ Odwołujący spełnił dostarczeniem próbki licznika ZE114 z zabudowanym zaciskiem nr 5, który jest połączony wewnętrznie z zerowymi zaciskami nr 4 i 6 według podanego schematu podłączenia usytuowanego na przednim panelu licznika, zgodnie ze schematem podłączenia podanego w Certyfikacie MID. Ponieważ w porównaniu z pierwotnie przedłożonymi próbkami podłączenie licznika nie zmieniło się, izolacja zgodnie z EN 50470-1 roz. 7.3 jest z tego powodu bezpodstawną. Dla danych twierdzeń dodatkowo załączamy protokół nr 8551- PT-E0152-15 z dnia 06.08.2015 z badań izolacji liczników, które są jednakowej konstrukcji w konfiguracji z zaciskami dla przełączania taryf. W ramach badań zostało wykorzystane napięcie 8 kV, przy czym taka wartość jest wyższa, aniżeli wymaga norma nr EN 50470-1. Zaciski dla przełączania taryf umieszczone są w miejscu, gdzie znajduje się zacisk nr 5 na przedłożonych próbkach i podczas badań izolacji podłączone są na jednakowy potencjał. Przedstawione próbki nie zawierają żadne pomocnicze zaciski z napięciem referencyjnym niższym lub jednakowym 40V, dlatego parametry badania dla takiej konfiguracji licznika nie różnią się i są zgodne z przedłożonymi Certyfikatami MID.

Nawiasowo zaznaczam, iż Zamawiający w ramach swej pisemnej odpowiedzi na w/w odwołania spółki Konsorcjum wykonawców: Systemy pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. i Zamknięta Spółka Akcyjna UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA” z dnia 17.10.2016 oraz spółki Apator S.A. z dnia 17.10.2016 między innymi stwierdził, że: „analiza załączonych do oferty dokumentów prowadzi do wniosku, iż zacisk nr 5 jest funkcjonalnością o charakterze dodatkowym. Nie był od elementem wymaganym przez Zamawiającego, niemniej jednak Zamawiający w SJWZ nie wykluczał takiej funkcjonalności. Stąd też brak powyższego elementu w przedłożonym próbnym liczniku nie powoduje, że oceniany licznik nie spełnia wymogów> SIWZ. “ (wyrok KIO z dnia 07.11.2016, sygn. 1942/16 1952/16). Odwołujący podał, iż ocena oferty Zamawiającego z podanych powyżej powodów jest błędna.

Dowód: Protokół nr 8551-PT-E0152-15 z dnia 06.08.2015 wraz z tłumaczeniem s. 41-48 na język polski

II.2. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie Zadania 2 zamówienia w ramach ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 06.12.2016 r. uzasadniając faktem, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ 11.2.1. W danym zakresie postępowania Zamawiający uzasadnił, iż zgodnie z wymaganiem pkt 1.17 Załącznika 13 do SIWZ: „Liczniki

muszą posiadać minimalną temperaturę pracy $< -40^{\circ}\text{C}$ ". Jednym z dokumentów, który miał potwierdzić spełnienie powyższego wymagania miał być dostarczony wraz z ofertą Certyfikat zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID). W dostarczonym przez Wykonawcę Certyfikacie MID (str. 159 i 167 oferty) zawarto informację: „Licznik mierzy przy temperaturze -40°C prawidłowo, jednak dane na wyświetlaczu nie są czytelne. Mogą one zostać pozyskane z wyświetlacza przez interfejs optyczny lub przy temperaturze wyższej ($>30^{\circ}\text{C}$).” Zapis ten nie spełnia przedmiotowego wymagania. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu poprzez dostarczenie Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez wszystkie komponenty próbki licznika (w tym również przez wyświetlacz LCD) przedmiotowego wymagania, Wykonawca dostarczył jedynie oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologii, nie będące jednak Certyfikatem MID. Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.17 Załącznika nr 13 do SIWZ i z tej przyczyny podlega odrzuceniu." 11.2.2. Odnośnie w/w Odwołujący podaje, iż przedstawiony licznik w pełni odpowiada wymogom punktu 1.17 Załącznika nr 13 do SIWZ, gdyż Odwołujący spełnił go poprzez dostarczenie próbki licznika ZE314 w pełni funkcjonującym również przy temperaturze -40°C , przy czym dany fakt potwierdza także Certyfikat MID przedłożony w ramach oferty. Podany tekst: „Licznik mierzy przy temperaturze -40°C prawidłowo, jednak dane na wyświetlaczu nie są czytelne. Mogą one zostać pozyskane z wyświetlacza przez interfejs optyczny lub przy temperaturze wyższej ($>-30^{\circ}\text{C}$)“ dotyczy tylko nierozliczeniowych danych wyświetlacza, których wyświetlenie nie jest wymagane żadną normą, jak również nie jest wymagane podanie takiego uzupełnienia w Certyfikacie MID. Ten dodatkowy tekst jest w Certyfikacie MID podany wyłącznie w ramach dobrowolnej decyzji Odwołującego.

Dnia 16.11.2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów o Certyfikat MID potwierdzający spełnienie badań wszystkich komponentów licznika (w ramach tego również wyświetlacza LCD). Dane wymaganie nie można było dosłownie spełnić, gdyż w ramach w/w wezwania Zamawiający podał, iż: „Przypominam jednocześnie, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.” Odwołujący zaznacza, iż brzmienie Certyfikatu MID możliwe jest zmienić tylko przed jego sporządzeniem, nie ze skutkiem wstecznym. Z tego powodu zostało sporządzone dodatkowe oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologicznego (wydawca Certyfikatu MID dla przedstawionych liczników) o funkcjonalności wyświetlacza przy temperaturze $>-40^{\circ}\text{C}$, a to na podstawie dodatkowych badań.

Odwołujący w załączniku do niniejszego odwołania załączył protokół nr 13/2016 z dnia 21.11.2016 z pomiarów danego typu licznika w temperaturze -40°C , z którego wynika, iż wszystkie istotne dane metrologiczne są przy takiej temperaturze wyraźnie czytelne. Dane badanie zostało na podstawie uwag Zamawiającego sporządzone w laboratorium Odwołującego i potwierdza spełnienie wymogu Zamawiającego w punkcie 1.17 Załącznika 13 do SIWZ: „ Liczniki muszą mieć minimalną temperaturę pracy $< - 40^{\circ}\text{C}$ “. Zamawiający może sobie dany fakt zweryfikować na wszystkich przedłożonych próbkach, które zostały dotychczas w ramach postępowania przedłożone. Ten fakt Zamawiający dotychczas nie wziął pod uwagę.

Tak ja podano powyżej dla Zadania nr 1, na marginesie zaznaczam, iż sam Zamawiający w ramach swej pisemnej odpowiedzi na w/w odwołania spółki Konsorcjum wykonawców: Systemy pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. i Zamknięta Spółka Akcyjna U AB „ELGAMA - ELEKTRONIKA” z dnia 17.10.2016 oraz spółki Apator S.A. z dnia 17.10.2016 stwierdził, że „temperatura pracy wyświetlacza LCD nie ma żadnego znaczenia dla należytego wykonania pomiarów przez licznik. Podkreślił, że gdyby parametr pracy samego wyświetlacza był dla Zamawiającego istotny, zostałby on dodatkowo sprecyzowany w wymaganiach technicznych (jest to powszechna praktyka spotykana na rynku). Zamawiający celowo przewidział wymóg konieczności odczytu i programowania liczników przy użyciu urządzeń mobilnych, co nawet przy nie wyświetlającym prawidłowo wyświetlaczu LCD daje możliwość odczytu rejestrów licznika. Zaoferowany licznik posiada tę funkcjonalność. Zamawiający zwrócił również uwagę, że gdyby temperatura pracy wyświetlacza LCD była istotna dla pracy licznika jako takiego, to jednostka certyfikująca z pewnością wydałaby Certyfikat MID na ograniczony zakres temperatury pracy licznika, albo nie wydałaby certyfikatu wcale. Z powszechnych względów Zamawiający uznał, iż zaoferowany licznik spełnia warunki stawiane w zakresie temperatury pracy licznika. “ (wyrok KIO z dnia 07.11.2016, sygn. 1942/16 1952/16).

Odwołujący oświadczył, iż ocena oferty Zamawiającego z podanych powyżej powodów jest błędna.

Dowód: Protokół nr 13/2016 z dnia 21.11.2016 wraz z tłumaczeniem na język polski

11.2.3. Zamawiający dalej stwierdził, iż „zgodnie z wymaganiem pkt 1.2 i 1.3 Załącznika 13 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać aktualny Certyfikat zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 26.02.2014 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (Dz. U. UE L.96)”, jak również „Liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z

wymaganiami zasadniczymi (MID)". Dostarczona wraz z ofertą próbka licznika nie posiadała na listwie zaciskowej zacisku „11” pomimo tego, że na listwie umieszczony był opis, w którym miejscu zacisk ten powinien się znajdować, a schematy podłączenia licznika i fotografie licznika zamieszczone w Certyfikacie MID uwidaczniały jego istnienie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia próbki licznika o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematem podłączeń prezentowanym w Certyfikacie MID, Wykonawca dostarczył licznik doposażony w zacisk „11”, w którym jednak konfiguracja zacisków na listwie odbiega od konfiguracji zacisków, na podstawie której licznik uzyskał Certyfikację MID. Dla listwy zaciskowej z „dorobionym” przez Wykonawcę w uzupełnionej próbce zaciskiem „11” nie przeprowadzono badania wytrzymałości elektrycznej izolacji, co dodatkowo wskazuje na niespełnienie przez próbkę licznika wymagania pkt. 1.1 Załącznika nr 13 do SIWZ, tj. wykonania zgodnie z normą PN-EN 50470-1. Mając powyższe na uwadze, oferta Wykonawcy nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.2, 1.3 oraz 1.1 Załącznika nr 13 do SIWZ i z tej przyczyny podlega odrzuceniu. "

11.2.4. Względem punktu II.2.3. niniejszego odwołania Odwołujący oświadcza, iż licznik ZE314.Dx certyfikowany jest w wariantcie z zaciskami zagiętymi (składanymi) zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/32/UE w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych (implementowana w Republice Czeskiej Rozporządzeniem nr. 120/2016 Sb.), i do którego został wydany przez Czeski Instytut Metrologii w Brnie certyfikat TCM 221/14 - 5143 z dnia 15.07.2016. Zacisk nr. 11 jest tylko zaciskiem pomocniczym, przy czym jego obecność czy nieobecność nie ma żadnego wpływu na funkcjonowanie licznika. Obowiązkowe zaznaczenie wykorzystanych rodzajów zacisków w Certyfikacie nie jest zgodnie z przepisami o certyfikacji wymagane, chodzi tylko o fakultatywną informację producenta.

Wymogi opisane w pkt 1.1, 1.2 i 1.3 Załącznika nr 13 do SIWZ Odwołujący spełnił dostarczeniem próbki licznika ZE314 z zabudowanym zaciskiem nr 11, który jest połączony wewnętrznie z zerowymi zaciskami nr 10 i 12 według podanego schematu podłączenia usytuowanego na przednim panelu licznika zgodnie ze schematem podłączenia podanego w Certyfikacie MID. Ponieważ w porównaniu z pierwotnie przedłożonymi próbkami podłączenie licznika nie zmieniło się, izolacja zgodnie z EN 50470-1 roz. 7.3 jest z tego powodu bezpodstawną. Dla danych twierdzeń dodatkowo załączamy protokół nr 502741-01/02 z dnia 28.07.2015 z badań izolacji liczników, które są jednakowej konstrukcji w konfiguracji z zaciskami dla przełączania taryf. W ramach badań zostało wykorzystane napięcie 8 kV, przy czym taka wartość jest wyższa, aniżeli wymaga norma nr EN 50470-1. Zaciski dla

przełączania taryf umieszczone są w miejscu, gdzie znajduje się zacisk nr 11 na przedłożonych próbkach i podczas badań izolacji podłączone są na jednakowy potencjał. Przedstawione próbki nie zawierają żadne pomocnicze zaciski z napięciem referencyjnym niższym lub jednakowym 40V, dlatego parametry badania dla takiej konfiguracji licznika nie różnią się i są zgodne z przedłożonymi Certyfikatami MID.

Tak ja podano powyżej dla Zadania nr 1, nawiasowo zaznaczam, iż Zamawiający w ramach swej pisemnej odpowiedzi na w/w odwołania spółki Konsorcjum wykonawców: Systemy pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. i Zamknięta Spółka Akcyjna UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA” z dnia 17.10.2016 oraz spółki Apator S.A. z dnia 17.10.2016 między innymi stwierdził, że: „analiza załączonych do oferty dokumentów prowadzi do wniosku, iż zacisk nr 11 jest funkcjonalnością o charakterze dodatkowym. Nie był od elementem wymaganym przez Zamawiającego, niemniej jednak Zamawiający w SIWZ nie wykluczał takiej funkcjonalności. Stąd też brak powyższego elementu w przedłożonym próbnym liczniku nie powoduje, że oceniany licznik nie spełnia wymogów SIWZ. “ (wyrok KIO z dnia 07.11.2016, sygn. 1942/16 1952/16).

Zgodnie z w/w. zdaniem Odwołującego, ocena oferty Zamawiającego jest błędna.

Dowód: Protokół nr 502741-01/02 z dnia 28.07.2015 wraz z tłumaczeniem na język polski

II.3. Powyższa argumentacja stanowi uzasadnienie faktyczne oraz prawne stanowiące o bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego, która w jego ocenie i po uwzględnieniu odwołania i prawidłowo przeprowadzonej oceny załączonych dokumentów, prowadzić będzie do uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w złożonym postępowaniu zarówno w zakresie Zadania nr 1, jak i w zakresie Zadania 2.

W/w opinię Odwołujący uzasadnił również faktem, iż jego oferta została Zamawiającym, w ramach pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanego w dniu 05.10.2016 r., w zakresie Zadania nr 1 wybrana jako pierwsza najkorzystniejsza a w zakresie Zadania 2 zaś jako druga najkorzystniejsza.

III.

Odwołujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej (POSTĘPOWANIE nr 2)“ - sygn. 2016/TD-CN/CN UZA/02780/S w zakresie Zadania nr 1 oraz w zakresie Zadania nr 2 dopatruje się naruszenia:

art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1. i 3. oraz art. 25 ust. 2 Ustawy PZP, ponieważ sposób postępowania Zamawiającego nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i zamówienie nie udzielono wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający jako wykonawca sektorowy może wprawdzie z mocy art. 138c ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP żądać przedstawienia także innych dokumentów, niż wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 tej Ustawy PZP, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Jednakże również zamawiający sektorowy związany jest zakazem ustanawiania warunków nadmiernych, eliminujących z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 13.12.2011, KIO 2549/11, Legalis 432937). Zgodnie z w/w art. 25 ust. 2 tej Ustawy PZP bowiem potwierdzeniem, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, którym właśnie jest w/w oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologicznego o funkcjonalności wyświetlacza przy temperaturze $>-40^{\circ}\text{C}$. art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, ponieważ jego naruszenie polega na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego, gdyż w ramach wezwania z dnia 16.11.2016 Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz wyjaśnień, przy czym Zamawiający przyjął błędnie, że Odwołujący nie wykazał warunków spełnienia udziału w postępowaniu, zarzucając Odwołującemu naruszenie SIWZ mimo, iż dostarczone przez Odwołującego dokumenty i wyjaśnienia, w wymaganym terminie do składania ofert, jakoż i w ramach w/w wezwania do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, są zgodne z wymogami SIWZ. Prawem i jednocześnie obowiązkiem każdego Zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi (wyrok KIO z dnia 13.01.2009 r., KIO UZP 1481/08). Wykonawcy powinni rozumieć opis przedmiotu zamówienia w taki sam sposób. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 28.03.2011, KIO 545/11 oraz wyrok KIO 278/10). Zatem Odwołujący przedstawił swoją ofertę zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz SIWZ.

Zamawiający podjął w danym postępowaniu czynności niezgodne z przepisami Ustawy oraz zaniechał pewnych czynności. Naruszenie tkwi w błędnej ocenie spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, a to poprzez bezpodstawne dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji nieprawidłowej oceny spełnienia wymagań określonych w pkt. 1.1., 1.17, 1.2 oraz 1.3 Załącznika nr 12 do SIWZ w zakresie Zadania nr 1 oraz 1.1., 1.17, 1.2 oraz 1.3 Załącznika nr 13 do SIWZ w zakresie Zadania nr 2.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru i oceny ofert z dnia 06.12.2016,
- 2) dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert,
- 3) uznał spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego,
- 4) nie odrzucił ofertę Odwołującego z postępowania,
- 5) dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

KIO 2376/16

W dniu 06.12.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i 2.

Odwołanie w zakresie zadania nr 2 zostało wniesione w dniu 16.12.2016 r. przez wykonawcę APATOR S.A. w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum FOXYTECH sp. z o.o. oraz NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC CO., LTD.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie w zakresie zadania 2 naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FOXYTECH pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum FOXYTECH,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego.

Wnioski dowodowe

Odwołujący APATOR S.A. wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz pozostałych dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ w zakresie zadania nr 2 złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania spowoduje odrzucenie oferty Konsorcjum FOXYTECH i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego w zadaniu nr 2 jako najkorzystniejszej. W przypadku bowiem wniesienia Odwołania przez Konsorcjum Foxytech na czynność wykluczenia go z Postępowania, Odwołujący mógłby nie uzyskać zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez APATOR. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymogom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

UZASADNIENIE

I. PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

1. W dniu 6 grudnia 2016r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo datowane na dzień 6 grudnia 2016r.) - wybór II. Jako najkorzystniejsza w zadaniu nr 2 została uznana oferta Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy Konsorcjum FOXYTECH. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, że „Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu w/w Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

2. Wybór oferty poprzedzony był postępowaniem odwoławczym pod sygnaturą akt KIO 1942/16 KIO 1953/16. W wyniku rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez APATOR, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała w wyroku z dnia 7 listopada 2016r.: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej unieważnienie badania i oceny ofert, wezwanie Konsorcjum FOXYTECH w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem.

3. Konsorcjum FOXYTECH na wezwanie Zamawiającego z dn. 16 listopada 2016r. uzupełniło próbkę licznika w zadaniu nr 2. Uzupełniona próbka jest jednak wadliwa i nie spełnia wymagań Zamawiającego.

II. ZARZUTY W STOSUNKU DO OFERTY KONSORCJUM FOXYTECH - KIO 1952/16

1. Zgodnie z pkt 3.3.1.6 SIWZ Zamawiający żądał przedłożenia kserokopii Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami (dalej: „certyfikat MID”) wydanego przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dn. 26.02.2014 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (Dz.Urz. UE L. 96).

2. W dniu 14 października 2016r. Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił, że tabliczka znamionowa oferowanego przez Konsorcjum FOXYTECH licznika 3-fazowego SX330 złożonego jako próbka w Postępowaniu jest sprzeczna z certyfikatem MID, który był wymagany zgodnie z pkt 3.3.1.6 SIWZ. Zatem oferta jest wewnętrznie sprzeczna. Ponadto próbka ta jest sprzeczna z pkt 1 ppkt 1.1 Załącznika nr 13 do SIWZ, zgodnie z którym:

liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami i:

- a) PN-EN 50470*1:2008 - Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) - Część 1: Wymagania ogólne, badania i warunki badań - Urządzenia do pomiarów (klas A, BI C)
- b) PN-EN 60470-3:2000 - Urządzenia do pomiarów energii 1,1, elektrycznej (prądu przemiennego) - Część 3: Wymagania szczegółowe - Liczniki statyczne energii czynnej (Was A,BiC)
- c) PN-EN 62056-21:2003 - Pomiary elektryczne - Wymiana danych w celu odczytu liczników, sterowania taryfami i obciążeniem - Część 21: Lokalna bezpośrednia wymiana danych
- d) PN-EN 62056-6-1:2014-02E - Wymiana danych w pomiarach energii elektrycznej - Zespół DLMS/COSEM - Część 6*1: System identyfikacji obiektów (OBIS).

2. Na str. 209 i następnych oferty Konsorcjum FOXYTECH zostało złożone tłumaczenie przedmiotowego certyfikatu. Na stronie zaś 212 znajduje się wzór zatwierdzonej tabliczki znamionowej. Rozbieżności występują, w szczególności w następującym zakresie:

1) na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B zostały nadrukowane numery wymaganych przez Zamawiającego norm: PN-EN 50470-1, PN-EN 50470-3. Z kolei producent na liczniku złożonym jako próbka nadrukował na tabliczce znamionowej nazwę normy PN-EN 50470,

2) na liczniku złożonym jako próbka nie nadrukowano na tabliczce znamionowej nazw pozostałych norm występujących na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B (innych niż wskazane w pkt 1) powyżej),

3) piktogramy występujące na liczniku złożonym jako próbka różnią się od występujących na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B:

- piktogramy na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B:

- piktogramy występujące na liczniku złożonym jako próbka:

4. Oryginalny Certyfikat MID na stronie 223 oferty zawiera nieprzetłumaczony na język polski zapis w postaci: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant” który w tłumaczeniu na język polski oznacza: „Treść w ramce zaznaczonej linią przerywaną jest zmienna w zależności od wariantu licznika”.

5. Kwestie wskazane powyżej nie były objęte linią przerywaną i nie mogły ulec zmianie.

Powyższe dowodzi, że tabliczka w zaoferowanym liczniku, nie jest zgodna z zatwierdzoną tabliczką w certyfikacie MID, ponieważ opis norm i piktogramów nie jest objęty możliwością zmian.

6. W związku z powyższym APATOR wywodził, że oferta Konsorcjum FOXYTECH podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest sprzeczna wewnętrznie i sprzeczna ze wskazanymi powyżej postanowieniami SIWZ

7. W wyniku rozpatrzenia odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała uzupełnienie próbki oferowanego przez Konsorcjum Foxytech licznika 3-fazowego SX330.

III. UZUPEŁNIONA PRÓBKA LICZNIKA - ENERGIA BIERNA

1. Uzupełniona przez Konsorcjum FOXYTECH w wyniku rozstrzygnięcia odwołania KIO 1942/16 KIO 1953/16 próbka licznika 3fazowego SX330 zawiera sprzeczności. Uzupełniona próbka licznika posiada tabliczkę znamionową, na której oznaczone są normy, jakie ma spełniać zaoferowana próbka - zgodnie z certyfikatem MID. Są to następujące normy:

EN 50470-3 Kl. B - (norma obejmuje liczniki statyczne energii czynnej klas A, B, i C)

IEC 62053-21 Kl.I - (norma obejmuje liczniki statyczne energii czynnej klasy 1 i 2)

IEC 62053-23 Kl. 2 - (norma obejmuje liczniki statyczne energii biernej klasy 2 i 3)

2. Naniesione na tabliczce znamionowej licznika normy wraz z określoną klasą pomiaru, konkretyzują dokładne wykonanie licznika, w tym przypadku, iż jest to licznik przeznaczony do pomiaru energii czynnej w klasie B (1) i energii biernej w klasie 2. Klasa B - klasyfikacja

wg Dyrektywy 2014/32/UE i normy EN 50470-3 jest równoznaczna z klasą 1 wg dotychczasowej klasyfikacji, tj. według normy IEC. Z uwagi na fakt, że producent zatwierdził w MID tabliczki, które jako element stały i niezmienny posiadają naniesione oznaczenia w/w norm międzynarodowych z oznaczoną klasą pomiaru (str. 212 oferty Konsorcjum FOXYTECH), oznacza to, że Konsorcjum Foxytech w oparciu o złożony wraz z ofertą certyfikat MID może oferować tylko liczniki, które przeznaczone są do pomiaru zarówno energii czynnej i biernej w określonej klasie. Zaoferowanie licznika tylko z pomiarem energii czynnej stanowi sprzeczność z certyfikatem MID w zakresie zatwierdzonej tabliczki znamionowej licznika.

3. Oryginalny Certyfikat MID na stronie 223 oferty zawiera nieprzetłumaczony na język polski zapis w postaci (zresztą brak przetłumaczenia tego zdania zadecydował o wykluczeniu konsorcjum FOXYTECH w zadaniu 1 i zadaniu 2 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp): „The contents h the dashed boxes are changeable depending on the meter variant” który w tłumaczeniu na język polski oznacza:

„Treść w ramce zaznaczonej linią przerywaną jest zmienna w zależności od wariantu licznika”.

4. Kwestia umieszczenia na tabliczce znamionowej nazw norm, które licznik ma spełniać nie była objęta linią przerywaną. Wobec tego nie jest dopuszczalna ich zmiana względem certyfikatu MID i zatwierdzonej w nim tabliczki znamionowej. Powyższe wynika z treści certyfikatu MID, taki certyfikat pozyskał producent i taki certyfikat postanowił złożyć w Postępowaniu.

5. Konsorcjum Foxytech zaoferował w Postępowaniu licznik 3-fazowy typu SX330-D2B31-RIFOPN, co potwierdził w formularzu ofertowym i uzupełnił próbkę licznika 3 fazowego z takim samym oznaczeniem typu, jak w formularzu ofertowym. W w/w oznaczeniu typu licznika 3 fazowego litera „B” - zgodnie z MID str. 215 oferty - oznacza, że licznik przeznaczony jest do pomiaru tylko energii czynnej w klasie B, co jest sprzeczne z normami naniesionymi na tabliczce, które informują, że licznik jest przeznaczony do pomiaru zarówno energii czynnej w klasie B (1) i biernej w klasie 2.

7. Przedmiotowa tabela przedstawia zasady oznaczania typu licznika. Każdorazowo część nazwy SX-330 pozostaje niezmienna. Pozostała część nazwy modelu musi zaś odpowiadać nomenklaturze wynikającej z przedstawionej tabeli. Analizując nazwę licznika

zaoferowanego w tym Postępowaniu w zadaniu 2 przez Konsorcjum FOXYTECH, tj. SX330-D2B31-RIFOPN, należy wskazać, że:

- „3X330” - pozostaje niezmiennie,
- „D” - oznacza „din standard”, czyli standard din,
- „2” - oznacza standard BS dla którego przypisany jest zakres prądów na poziomie: 230V 0,25-5 (80A),
- „B” - oznacza „Active class B”, „czyli pomiar energii czynnej w klasie B”,
- „3” - oznacza „const”, czyli „stałą”, której przypisana jest wartość 1000,
- kolejne cyfry i litery (po kolei, tak jak zostały one użyte w nazwie) oznaczają kolejne parametry, które przypisane zostały do tego konkretnego typu licznika. Zasada jest taka, że kolumny po prawej stronie tabeli na stronie 226 - 228 definiują poszczególne parametry i funkcje, które zostały wyspecyfikowane w lewej kolumnie tabeli. W zależności od tego, gdzie w danej kolumnie po prawej stronie tabeli (odpowiadającej miejscu danej cyfry lub litery w nazwie) wpisana zostanie dana cyfra lub litera, to takim parametrem charakteryzuje się dany typ licznika.

8. Zatem litera „B” w nazwie typu zaoferowanego licznika SX330-D2B31-RIFOPN oznacza zgodnie z certyfikatem MID na str. 226, że licznik posiada funkcję pomiaru energii czynnej w klasie B.

Aby licznik zatwierdzony certyfikatem MID złożonym w Postępowaniu przez Konsorcjum FOXYTECH, miał właściwe oznaczenie typu - tak jak wskazują na to normy użyte na tabliczce znamionowej licznika, musiałby mieć oznaczenie „D” zamiast „B”. Bowiem zgodnie z tymże certyfikatem funkcja pomiaru energii czynnej i biernej oznaczona została literą właśnie „D” - w tabeli w kolumnie po prawej stronie oznaczonej literą „D” przy parametrze „Active class B, Reactive class 2” (w tłumaczeniu „Klasa czynna B, Klasa bierna 2” znajduje się litera „D”. Reasumując, uzupełniona próbka jest niezgodna z certyfikatem MID.

9. Nadmienić należy, że tłumaczenie certyfikatu MID w ofercie Konsorcjum FOXYTECH zostało dokonane nierzetelnie - nastąpiło przesunięcie o jeden wiersz. Wobec czego należy mieć na względzie wersję angielskojęzyczną.

10. Zgodnie z pkt 3.3.1.1 Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą 1 egzemplarza oferowanego licznika (próbki) na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w załączniku nr 13 do SIWZ. Zgodnie zaś z pkt 3.3.1.6 SIWZ Zamawiający żądał przedłożenia kserokopii Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami (dalej: „certyfikat MID”) wydanego przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z

Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dn. 26.02.2014 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (Dz.Urz. UE L. 96) również jako dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań przez oferowany licznik.

11. W związku z powyższym oferta Konsorcjum FOXYTECH podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest sprzeczna wewnętrznie i sprzeczna ze wskazanymi powyżej postanowieniami SIWZ

IV. UZUPEŁNIONA PRÓBKĄ LICZNIKA - DOSTĘP DO WNĘTRZA LICZNIKA

1. Uzupełniona przez Konsorcjum FOXYTECH w wyniku rozstrzygnięcia odwołania 1942/16 KIO 1953/16 próbka licznika 3 fazowego typu SX 330 jest sprzeczna z pkt 1.6 zał. 13 do SIWZ oraz pkt 1.1 zał. 13 do SIWZ w zakresie spełniania wymaganej przez Zamawiającego Normy PN-EN 50470-1, a w szczególności z pkt 5.2.1. wskazanej normy.

Zgodnie z pkt 1.6 zał. 13 do SIWZ wymagał:

„liczniki muszą być wykonane w taki sposób, aby dostęp do jakichkolwiek wewnętrznych części licznika był możliwy tylko i wyłącznie w przypadku uszkodzenia obudowy (w sposób widoczny) albo zdemontowania plomby zabezpieczającej”.

Sposób oceny spełniania przedmiotowego wymogu określono w SIWZ - poprzez badanie licznika.

Zgodnie z pkt 1.1 zał. 13 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby liczniki były wykonane zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami, w tym zgodnie z normą PN-EN 50470-1:2008, która w pkt 5.2.1 definiuje iż:

„Licznik powinien mieć obudowę przystosowaną do plombowania lub zamykania w taki sposób, by zabezpieczyć wnętrze, odpowiednie części związane z parametrami metrologicznymi, aby nie był możliwy tam dostęp bez zerwania plomby (plomb) lub rozbicia obudowy”.

2. W uzupełnionej próbce licznika widoczny jest prześwit pomiędzy osłoną główną licznika a jego podstawą, który umożliwia wsunięcie do wnętrza licznika cienkiej blaszki i w konsekwencji dokonanie trwałego uszkodzenia licznika np.: poprzez zwarcie elektryczne lub zalanie wnętrza cieczą i w rezultacie zafałszowanie wskazań licznika. Ingerencja do wnętrza licznika nie pozostawia żadnego śladu na obudowie licznika.

3. Opisaną sytuację obrazują poniższe zdjęcia wykonane podczas wglądu do ofert. Na zdjęciach widać szczelinę oznaczoną czerwoną ramką przez którą istnieje dostęp do wewnętrznych części licznika.

4. Należy podkreślić, że norma PN-EN 50470 - 1 w punktach 3.3.5 i 3.3.6 wyraźnie definiuje co to jest obudowa licznika, a mianowicie, iż jest to podstawa i osłona licznika. Natomiast osłonka skrzynki zaciskowej wg normy PN-EN 50470-1 nie jest elementem obudowy licznika.

Zdaniem Odwołującego dlatego też zgodnie z pkt. 1.6 zał. 13 do SIWZ oraz z pkt 5.2.1 normy PN-EN 50470, licznik ma mieć taką obudowę czyli podstawę i osłonę (bez osłonki skrzynki zaciskowej), aby nie był możliwy dostęp do wnętrza licznika bez zerwania plomb (oczywiście zabezpieczających nałożonych podczas oceny zgodności) lub uszkodzenia w sposób widoczny obudowy. Zaoferowany licznik nie spełnia przedmiotowych wymagań, ponieważ jak Odwołujący wykazał powyżej istnieje możliwość bezśladowego dostępu do wnętrza licznika, bez zrywania plomb zabezpieczających i bez uszkodzenia obudowy.

5. Zgodnie z pkt 3.3.1.1 Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą 1 egzemplarza oferowanego licznika (próbki) na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w załączniku nr 13 do SIWZ.

6. Podsumowując, przedłożona próbka licznika 3 faz. typu SX330 nie spełnia wymagań z pkt 1.6 zał. 13 do SIWZ oraz pkt 1.1 zał.13 do SIWZ w zakresie normy PN-EN 50470-1 pkt 5.2.1. W związku z powyższym oferta Konsorcjum FOXYTECH podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest sprzeczna ze wskazanymi powyżej postanowieniami SIWZ.

7. Wobec powyższego Odwołujący APATOR S.A. wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin i badania próbki licznika złożonej przez Konsorcjum FOXYTECH w zakresie zadania nr 2 Postępowania na okoliczność jej sprzeczności z treścią SIWZ w zakresie wskazanym powyżej,
- zobowiązanie Zamawiającego do przybycia na rozprawę z próbką licznika złożoną przez Konsorcjum FOXYTECH w zakresie zadania nr 2 Postępowania.

Na zakończenie wskazał, że zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FOXYTECH z przyczyn wskazanych w pkt m i IV stanowi jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 02.01.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołania o sygn. akt KIO 2365/16, KIO 2367/16 oraz KIO 2376/16 wnosząc o:

1. sprawa z odwołania FOXYTECH Sp. z o.o. oraz NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC CO. LTD (sygn. akt KIO 2365/16)

1) oddalenie w całości odwołania wniesionego przez Konsorcjum wykonawców: FOXYTECH Sp. z o.o. oraz NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC CO. LTD (dalej jako „Konsorcjum FOXYTECH”),

2) zwrot kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego tj.: zwrot kosztów przejazdu pełnomocnika na rozprawę oraz zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

2. sprawa z odwołania ZPA Smart Energy A.S (sygn. akt KIO 2367/16)

1) oddalenie w całości odwołania wniesionego przez ZPA Smart Energy A.S (dalej jako „ZPA”),

2) zwrot kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego tj.: zwrot kosztów przejazdu pełnomocnika na rozprawę oraz zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

3. sprawa z odwołania Apator S.A. (sygn. akt KIO 2376/16)

1) oddalenie w całości odwołania wniesionego przez Apator S.A. (dalej jako „APATOR”),

2) zwrot kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego tj.: zwrot kosztów przejazdu pełnomocnika na rozprawę oraz zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

Na wstępie uzasadnienia Zamawiający wskazał, że prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych i 3-fazowych liczników energii elektrycznej (Postępowanie nr2)” (dalej jako „Postępowanie”). Przedmiotem zamówienia jest dostawa statycznych bezpośrednich liczników energii elektrycznej w ilości: 187 216 sztuk liczników 1-fazowych oraz 154 719 sztuk liczników 3-fazowych.

Zamówienie zostało podzielone na dwa zadania:

1. Zadanie nr: 1 - dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych liczników energii elektrycznej, w ilości 187.216 sztuk (dalej „Część 1”).

2. Zadanie nr: 2 - dostawa statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii elektrycznej, w ilości 154.719 sztuk (dalej „Część 2”).

W dniu 5 października 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W odpowiedzi na przekazaną przez Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca APATOR oraz wykonawca konsorcjum w składzie: Systemy pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. oraz Zamknięta Spółka Akcyjna UAB

„ELGAMA- ELEKTRONIKA" (dalej „Konsorcjum ELGAMA") złożyli odwołania. Wykonawca APATOR wniósł odwołanie w zakresie Części nr 2, natomiast wykonawca Konsorcjum ELGAMA wniósł odwołanie w zakresie Części nr 1.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 7 listopada 2016 roku wydanym w połączonych sprawach KIO 1942/16 (Część 1 Postępowania) i KIO 1952/16 (Część 2 Postępowania) uwzględniła odwołania złożone względem czynności Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w obu sprawach nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórne badania i ocenę ofert.

Zamawiający unieważnił oraz powtórzył czynności zgodnie z nakazem KIO. Po dokonaniu powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 6 grudnia 2016 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części 1 i Części 2 Postępowania. W odpowiedzi na przekazaną przez Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca Konsorcjum FOXYTECH, wykonawca APATOR oraz wykonawca ZPA złożyli odwołania.

Zamawiający nadmienia, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte dnia 7 lipca 2016 r. tj. przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) - 28 lipca 2016 r., a tym samym zgodnie z art. 16 ustawy nowelizującej, należy w niniejszej sprawie stosować stan prawny sprzed nowelizacji.

II. [Odwołanie Konsorcjum FOXYTECH]

II. 1. Wprowadzenie

Odwołujący Konsorcjum FOXYTECH zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) Art. 26 ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie i błędną wykładnię w Części 1 Postępowania i zaniechanie wezwania Konsorcjum FOXYTECH w Części 1 Postępowania w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem, pomimo tego, że próbka oferowanego licznika złożona wraz z ofertą Konsorcjum FOXYTECH nie zawiera nieprawdziwych informacji (wskutek ich podania czy zatajenia), a więc Zamawiający winien wezwać Konsorcjum FOXYTECH do uzupełnienia tego dokumentu,

2) Art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. z art. 45 ust. 2 lit g Dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi poprzez jego niewłaściwą interpretację i błędne zastosowanie i wykluczenie Konsorcjum FOXYTECH z Części 2 Postępowania z powodu podania rzekomo nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, pomimo tego, że Konsorcjum FOXYTECH nie złożył (wskutek podania lub zatajenia) jakichkolwiek nieprawdziwych informacji, które mogłyby lub miałyby wpływ na wynik Postępowania,

3) Art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wyjaśnienia w Części 2 Postępowania okoliczności omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0254, pomimo tego, że Zamawiający nie posiadał jakichkolwiek informacji pozwalających na przyjęcie, iż Konsorcjum FOXYTECH jest winne poważnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy Dyrektywy 2004/17/WE.

Odwołujący Konsorcjum FOXYTECH wniósł o: 1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum ELGAMA w Części nr 1 Postępowania i czynności wyboru oferty APATOR w Części nr 2 Postępowania, jako najkorzystniejszych; 2. unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w Części nr 1 Postępowania i wezwanie Konsorcjum FOXYTECH w Części 1 Postępowania w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem; 3. unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w Części 2 Postępowania i wezwanie Konsorcjum FOXYTECH na podstawie art. 26 ust. 4 PZP do udzielenia wyjaśnień w zakresie okoliczności omyłkowego braku przetłumaczenia pełnej treści Certyfikatu badania typu WE: 0120/SGS0254; 4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Poniżej Zamawiający odniesie się szczegółowo do zarzutów stawianych przez Konsorcjum FOXYTECH.

Zamawiający zaprzeczył wszystkim twierdzeniom odwołującego, poza tymi które wyraźnie przyznaje.

II.2. Zarzut przedwczesnego wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH w Części nr 1 Postępowania

Zamawiający wskazuje, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w zakresie Części 1 postępowania (KIO 1942/16) nakazała Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie badania i oceny ofert,
3. wezwanie wykonawcy ZPA w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia następujących dokumentów:
 - 1) Próbki oferowanego licznika o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematami połączeń uwidocznionymi w treści certyfikatu MID
 - 2) Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez oferowane liczniki wymogu o którym mowa w pkt 1.17 załącznika nr 12 do SIWZ,
 - 3) Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
4. wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie właściwości oferowanego licznika,
5. powtórne badanie i ocenę ofert,

Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała ponadto, iż wobec zaistnienia podstawy wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP - Izba odstąpiła od nakazywania Zamawiającemu dokonywania czynności zmierzających do sanowania niezgodności pomiędzy tabliczką znamionową na próbce licznika przedstawionej przez Konsorcjum FOXYTECH a wzorcem uwidocznionym w Certyfikacie MID (strona 61 uzasadnienia wyroku).

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wskazał, iż postąpił zgodnie ze nakazami i wskazaniem płynącymi z wyroku KIO (KIO 1942/16). Zamawiający ponadto zwraca uwagę, iż ocena wykonawcy i jego oferty w ramach postępowania zamówieniowego następuje etapowo. W pierwszej kolejności zamawiający ocenia czy nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a gdy takie podstawy zostaną ustalone

zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co oznacza, że nie konkuruje ona dalej o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie podlega badaniu i ocenie przez zamawiającego (P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016 - komentarz do art. 24 PZP). Uznanie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania za odrzuconą ma ten skutek, iż dalsza ocena oferty w zakresie jej np. zgodności z ustawą czy z treścią SIWZ nie ma znaczenia i w związku z tym nie powinna być dokonywana. Oferta, która z mocy prawa uznana zostaje za odrzuconą, nie może być bowiem przedmiotem dalszych ocen i analiz (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015 - komentarz do art. 24 PZP). Potwierdza to KIO w wyroku z 26 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 86/12): „w przypadku przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 24 ust. 4, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Wskazany skutek powstaje ex lege i nie wymaga podejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek czynności”. Tym samym, w przypadku stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy de facto nie dochodzi do badania i oceny oferty wykluczonego wykonawcy. Możliwość odmiennego sposobu procedowania została przewidziana w PZP dopiero nowelizacją wprowadzającą tzw. procedurę odwróconą (art. 24aa PZP).

Z tego też względu, w ocenie Zamawiającego, brak było podstawy (ale również racjonalnego powodu) do wzywania Konsorcjum FOXYTECH do uzupełniania dokumentów wobec faktu wykluczania tego wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Zamawiający wskazuje, iż przyjęcie optyki proponowanej przez Konsorcjum FOXYTECH prowadziłoby do wniosku, iż zamawiający jest zobowiązany podejmować bezprzedmiotowe działania formalne - wobec konieczności wykluczenia wykonawcy ewentualne wyjaśnienie niezgodności oferty z SIWZ nie wpłyną w żaden sposób na sytuację tego wykonawcy w postępowaniu. Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż ciąg czynności nakazanych przez KIO jednoznacznie wskazywał, że wykluczenie Konsorcjum FOXYTECH niejako ma poprzedzać czynność badania i oceny ofert.

Zamawiający wskazał ponadto, iż Konsorcjum FOXYTECH podniesionym zarzutem zmierza de facto do podważenia pierwszego wyroku KIO (KIO 1942/16) w sposób ustawą nieprzewidziany - wyrok KIO można wzruszyć tylko poprzez skargę do Sądu Okręgowego, a nie poprzez ponowne skarżenie czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z dyspozycją wyroku KIO.

Mając powyższe na uwadze, podniesiony przez Konsorcjum FOXYTECH zarzut przedwczesnego wykluczenia tego wykonawcy w Części nr 1 Postępowania należy uznać za chybiony.

II.3. Zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum FOXYTECH

1. Konsorcjum FOXYTECH zarówno w Części 1 jak i Części 2 Postępowania przedłożyło tłumaczenie na język polski Certyfikatu MID które nie zawierało zdania: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the metr variant” (w tłumaczeniu na język polski zdanie to oznacza - „Treść w ramce zaznaczonej linią przerywaną jest zmienna w zależności od wariantu licznika”). Zdanie to odnosi się do zatwierzonego w Certyfikacie MID wzoru tabliczki znamionowej licznika. Zgodnie z tą informacją, dane uwidocznione na wzorze tabliczki znamionowej licznika które objęte są linią przerywaną mogą ulec zmianie - a contrario patrząc stricte literalnie pozostałe dane uwidocznione na tabliczce znamionowej są niezmiennie (każdorazowo obligatoryjne). Jednocześnie Konsorcjum FOXYTECH przedstawiła zarówno w Części 1 jak i Części 2 Postępowania próbki liczników które nie zawierały danych (oznaczeń) obligatoryjnych zgodnie z wzorem tabliczki znamionowej wskazanym w Certyfikacie MID (danych które nie były oznaczone linią przerywaną a tym samym które nie mogły zostać zmienione). Zamawiający dokonując pierwotnego badania i oceny ofert nie dostrzegł tej nieprawidłowości.

Powyższa okoliczność została podniesiona zarówno przez Konsorcjum ELGAMA (Część 1 postępowania -KIO 1942/16) jak i przez APATOR (Część 2 Postępowania - KIO 1952/16). Obaj odwołujący w tym zakresie podnieśli zarzut, iż tabliczka znamionowa oferowanego licznika jest niezgodna z jej wzorem w Certyfikacie MID. W odwołaniu złożonym w sprawie KIO 1942/16 odwołujący Konsorcjum ELGAMA postawił dodatkowo zarzut podania przez Konsorcjum FOXYTECH nieprawdziwych informacji (art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP) wskazując, że Konsorcjum FOXYTECH zaoferowało licznik z tabliczką znamionową niezgodną z wzorem zatwierdzonym w Certyfikacie MID i w celu zatuszowania swojego błędu sfalszowało jego tłumaczenie w taki sposób, że pominęło tłumaczenie zdania, które ujawniało niezgodność tabliczki znamionowej ze wzorem tabliczki zamieszczonym w certyfikacji (zdania: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the metr variant” (w tłumaczeniu na język polski zdanie to oznacza - „Treść w ramce zaznaczonej linią przerywaną jest zmienna w zależności od wariantu licznika”). Odwołujący wskazał, iż wykonawca jest zobligowany do zachowania staranności przy tłumaczeniu dokumentów przedkładanych Zamawiającemu, szczególnie jeśli są to informacje mające bezpośredni wpływ na ocenę jego oferty. Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie Konsorcjum FOXYTECH celowo zaniechało tego obowiązku. Wskazał ponadto, iż w treści Certyfikatu MID na stronie 10 zawarta jest informacja zgodnie z którą wszelkie nieautoryzowane zmiany lub zafalszowania treści lub wyglądu tego dokumentu są niezgodne z prawem, a sprawcy mogą być ścigani w najszerszym zakresie prawa. Odwołujący wskazał, że niezamieszczenie cytowanego

powyżej zdania w tłumaczeniu dokumentu miało niewątpliwie wpływ na wynik postępowania. Celowość działania, zamiar i wina Konsorcjum FOXYTECH w ocenie odwołującego nie budziły wątpliwości, tym bardziej, że brak przetłumaczenia odpowiedniego fragmentu certyfikatu umożliwił uzyskanie drugiej pozycji na liście uczestników, wobec czego Zamawiający powinien wykluczyć Konsorcjum FOXYTECH z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny podniesiony przez Konsorcjum ELGAMA zarzut niezgodności tabliczki znamionowej licznika z Certyfikatem MID (strony 59-61 uzasadnienia) jak również zarzut podania przez Konsorcjum FOXYTECH informacji nieprawdziwych które miały wpływa na wyniki postępowania za zasadny. W uzasadnieniu wyroku (strony 63-64) w sprawie KIO 1942/16 KIO wskazała, iż:

„Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nastąpić może wyłącznie w razie łącznego ziszczenia się dwóch przesłanek - złożenia nieprawdziwych informacji oraz ich rzeczywistego wpływu na wynik postępowania.

Odnosnie pierwszej z przesłanek wyjaśnić należy - bez konieczności szczegółowej analizy poglądów doktryny judykatury, jako że kwestia ta została już dotąd omówiona w sposób kompleksowy i wyczerpujący - że nieprawdziwa informacja to taka która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Innymi słowy jest to informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje mylne postrzeganie rzeczywistości.

Nie ulega wątpliwości skład orzekający, że owo wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez przekazanie informacji nieprawdziwej w podanym wyżej znaczeniu, jak i w następstwie zaniechania przekazania (ukrycia, zatajenia) informacji prawdziwej (zgodnej z rzeczywistością). Oba te przypadki należy zatem odnosić do pojęcia złożenia nieprawdziwych informacji.

Przypomnieć również trzeba, że złożeniu nieprawdziwych informacji nie musi towarzyszyć umyślność działania, wystarczy bowiem działanie niedbałe, tj. z pominięciem należytej staranności określonej w przypadku wykonawcy będącego podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności (zob. art. 355 § 1 k.c).

W kwestii drugiej przesłanki skład orzekający zauważa, że należy wiązać ją przede wszystkim z uzyskaniem lub możliwością uzyskania zamówienia publicznego w wyniku posłużenia się nieprawdziwymi informacjami.

Okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy dały Izbie podstawy do przyjęcia, że co najmniej w wyniku niedbalstwa (choć brak tłumaczenia istotnego, zdaniem składu orzekającego, fragmentu dokumentu, korespondująca z argumentacją Konsorcjum F [Konsorcjum FOXYTECH dop. ŁR] o możliwości wprowadzenia zmian w treści tabliczki znamionowej przekraczających zakres wynikający z treści nieprzetłumaczonego pouczenia, wskazywać może na działanie intencjonalne), wyrażającego się nieprzetłumaczeniem Certyfikatu MID w pełnym zakresie (zob. str. 116 i 126 oferty Konsorcjum F), Zamawiający został wprowadzony w błąd co do właściwości oferowanych przez Konsorcjum F liczników (zgodność próbki oferowanego licznika z Certyfikatem MID).

Chybiona była argumentacja Zamawiającego, który braku złożenia nieprawdziwych informacji upatrywał w nieusunięciu nieprzetłumaczonej klauzuli z anglojęzycznej wersji Certyfikatu MID. Wydaje się, że zmierzała ona do wykazania braku możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, mimo iż kwestia ta nie ma znaczenia dla ustalenia zaistnienia omawianej przesłanki, ponieważ nieprawdziwość informacji ma charakter obiektywny.

Skład orzekający uznał również że w przedmiotowym stanie faktycznym ziszcła się druga przesłanka dotycząca możliwego wpływu na wynik Postępowania. Należy ją bowiem, jak wspomniano, do możliwości uzyskania zamówienia, która zwłaszcza wobec niepewnego losu oferty sklasyfikowanej na miejscu pierwszym, istniała.

W konsekwencji Izba nakazała wykluczenia Konsorcjum F z Postępowania o czym orzeczono w pkt 1.1.4. sentencji wyroku."

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie Części 1 Postępowania (KIO 1942/16), nakazała Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum FOXYTECH z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie właściwości oferowanego licznika.

Odnosząc się natomiast do podniesionego przez APATOR w sprawie KIO 1952/16 zarzutu niezgodności tabliczki znamionowej licznika z jej wzorem w Certyfikacie MID KIO wskazała, iż:

„Zarzut potwierdził się, bowiem tabliczka znamionowa umieszczona na próbce licznika jest niezgodna z jej wzorem z Certyfikatu MID w zakresie pominięcia wskazania wszystkich norm zamieszczonych w zatwierdzonym certyfikatem wzorze, nieskonkretyzowania normy 50470 i piktogramów (zob. str. 10-11 odwołania).

Przyczyny uwzględnienia zarzutu zostały omówione przy rozstrzygnięciu o analogicznym zarzucie z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16, do których to rozważań Izba odsyła. Wyjaśnić należy przy tym, że zawartą w nich ocenę dowodów DPK6 i DPK7 należy odnieść odpowiednio do dowodów DPK 9 i DPK10, jako że miały one identyczną treść i zawnioskowane zostały na potwierdzenie tych samych okoliczności.

Co zaś dotyczy dowodu D04 skład orzekający uznał go za pisemne stanowisko Odwołującego, które zostało uwzględnione w zakresie, w jakim nie jest sprzeczne z zapatrywania Izby odnoszącymi się do kwestii zgodności informacji zawartych na tabliczkach znamionowych z informacjami wynikającymi z wzorów tabliczek w certyfikatach.

W konsekwencji, mając jednocześnie na uwadze brak zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, Izba uwzględniając odwołanie unieważniła wybór oferty Konsorcjum F, badanie i ocenę ofert i nakazała Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum F do uzupełnienia dokumentu w postaci próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem, o czym orzeczono w pkt 2.1.1.-2.1.3. sentencji wyroku.

Skład orzekający podkreśla, że zdaje sobie sprawę z odmiennych rozstrzygnięć dotyczących konsorcjum F w części 1 i 2 zamówienia, mimo że oparte są one na tym samym stanie faktycznym, którego najistotniejszym elementem jest nieprzetłumaczenie pełnej treści Certyfikatu MID. Zwraca jednak uwagę, że połączenie spraw odwoławczych do łącznego rozpoznania (art. 189 ust. 1 Pzp) ma przede wszystkim na celu usprawnienie postępowania odwoławczego. Nie uprawnia to Izby do przenoszenia ustaleń podjętych w zakresie zarzutów jednego z odwołań na grunt rozstrzygnięcia o drugim ze środków ochrony prawnej, zwłaszcza w sytuacji, w której nie sformułowano w nim określonego zarzutu. Ergo, w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16 Izba nakazała wykluczenie Konsorcjum F z Postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji i mimo, że w sprawie o sygn. akt KIO 1952/16 stan faktyczny przedstawiał się identycznie, to jednak odwołujący APATOR S.A. zarzutu związanego z nieprawdziwymi informacjami nie przedstawił wobec czego Izba, po myśli przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, nie mogła co do niego orzekać. Izba, nie będąc wprawdzie związana żądaniemi odwołania, nie uznała za zasadne poprzestanie wyłącznie na uwzględnieniu odwołania i unieważnieniu czynności opisanych w pkt. 2.1.1. i 2.1.2. jako że mogłoby to sugerować Zamawiającemu ocenę prawdziwości informacji zawartych w ofercie Konsorcjum F, której to Zamawiający - prowadząc postępowania zgodnie z przepisami Pzp - powinien dokonać samodzielnie."

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie Części 2 Postępowania (KIO 1952/16) nakazała Zamawiającemu jedynie wezwanie Konsorcjum FOXYTECH, w

trybie przepisu art. 26 ust. 3 PZP do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem.

2. Mając powyższe na względzie Zamawiający wykonał nakazy KIO płynące z wyroku w połączonych sprawach KIO 1942/16 i KIO 1952/16 i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. Dokonana przez Zamawiającego analiza stanu faktycznego i prawnego Postępowania w Części 2 doprowadziła do konstatacji, iż również w tej części postępowania zachodzi przesłanka do wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z postępowania w oparciu art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Zamawiający w tym miejscu wskazuje, iż nieprawda jest twierdzenie podniesione przez Konsorcjum FOXYTECH (strona 12 odwołania), iż Zamawiający wykluczył Konsorcjum FOXYTECH w Części 2 postępowania na podstawie wyroku KIO w połączonych sprawach KIO 1942/16 i KIO 1952/16. Zamawiający w piśmie z dnia 6 grudnia 2016 roku - Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, precyzyjnie wskazał, iż w Części 1 Postępowania wyklucza Konsorcjum FOXYTECH „działając na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. w sprawie KIO 1942/16 i KIO 1952/16” (strona 3 pisma) natomiast przy ocenie wykonawcy w Części 2 Postępowania rzeczony wyrok KIO nie stanowił podstawy wykluczenia a miał jedynie walor pomocniczy - użycie zwrotu: „Mając na uwadze powyższe, jak również treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. w sprawie KIO 1942/16 i KIO 1952/16”. Wskazać należy, iż Zamawiający jest uprawniony do pozyskiwania informacji o wadliwości postępowania zamówieniowego z dowolnego źródła. Wskutek powzięcia wiadomości o nieprawidłowościach w postępowaniu z dowolnego źródła może niejako „z urzędu” podjąć działania naprawcze (taki wniosek wpływa m.in. z wyroku KIO z dnia 9 października 2012 r. sygn. KIO 2037/12, KIO 2047/12). Z tego też względu, Zamawiający miał na uwadze konkluzje wyroku KIO 1942/16 -jako że jak sama KIO wskazała, w obu sprawach sytuacja faktyczna oraz ocena KIO tego stanu faktycznego była tożsama, niemniej jednak podstawą wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z Części 2 Postępowania nie był wyrok w połączonych sprawach KIO 1942/16 i KIO 1952/16, a samodzielnie dokonane przez Zamawiającego ustalenia.

W tym miejscu Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 8 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 105/16) gdzie wskazano, iż informację o podstawach wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP zamawiający może powziąć z dowolnego źródła. Zamawiający wskazuje tym samym, iż nie ma przeszkód aby wiedza ta mogła pochodzić z informacji uzyskanych w ramach postępowania odwoławczego. Ten wniosek jest tym bardziej zasadny w niniejszej sprawie gdyż w jej ramach, po pierwsze mamy do czynienia z jednym postępowaniem zamówieniowym podzielonym jedynie na części. Po drugie, dokument którego wadliwe tłumaczenie stanowiło podstawę wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH w Części 2

Postępowania jest odpowiednikiem dokumentu z Części 1 Postępowania. Po trzecie, wadliwość obu dokumentów (Certyfikatów MID przełożonych w Części 1 i Części 2 Postępowania) jest dokładnie taka sama i polega na nieprzetłumaczeniu zdania: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the metr varianf. Po czwarte powyższa wadliwość w analogiczny sposób wpływa na ocenę zaoferowanej próbki licznika również w Części 2 a w konsekwencji na wynik badania samej oferty.

Zamawiający w dalszej części swojego stanowiska wskazała na ewolucję poglądów orzecznictwa w zakresie nieprawdziwych informacji.

Podniósł, iż zgodnie z najnowszym orzecznictwem dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP konieczne jest stwierdzenie, że:

- 1) po pierwsze - wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje,
- 2) po drugie - stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 3) po trzecie - wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

Ad1)

A. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem rzeczywistym (tak m.in. wyroki: KIO z dnia 28 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1257/12, KIO 1262/12; KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; KIO z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09).

B. Weryfikacji podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Weryfikacja ta następuje w kategoriach prawda - nieprawda. Wskazać tu należy na orzeczenie Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99), w którym Sąd Najwyższy wskazał m.in. „Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w

języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

C. Ponadto przez złożenie nieprawdziwych informacji, w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, należy rozumieć nie tylko przedstawienie określonych informacji, ale również zatajenie pewnych informacji. Wykładnia taka zgodna jest bowiem z dyrektywą 2004/18/WE, która stanowiła w art. 45 ust. 2 lit g: Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy.

Podkreślić należy, iż wykładnia przepisów prawa krajowego wydanych w celu transpozycji do porządku krajowego norm prawa unijnego powinna uwzględniać cele regulacji prawodawcy unijnego. Tym samym należy stosować wykładnię pronijną, która w omawianym zakresie prowadzi do wniosku, iż należy sankcjonować zarówno przekazanie wprowadzających w błąd informacji jak i nieprzekazanie informacji.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę na fakt, iż również w orzecznictwie KIO wskazuje się w duchu wykładni pronijnej, iż podanie nieprawdziwych informacji może polegać na przekazaniu lub nieprzekazaniu (zatajeniu) pewnych informacji - m.in. wyrok KIO z dnia 18 listopada 2015 r. (sygn. akt KIO 2301/15; KIO 2302/15).

Ad 2)

A. Informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą (wyroki: KIO z dnia 25 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1736/11, KIO 1735/11; KIO z dnia 20 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1424/11).

B. W nowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, iż przesłankę istotnego wpływu na wynik postępowania należy interpretować możliwie szeroko i nie należy jej wiązać wyłącznie z sytuacjami, w których dochodzi do zmiany ustalonego przez zamawiającego rankingu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale również z przypadkami, w których dochodzi do innego niż wybór oferty najkorzystniejszej

zakończenia takiego postępowania (tak KIO w wyroku z dnia 1 października 2015 r. sygn. akt KIO 2036/15).

C. W tym miejscu zwrócić ponadto uwagę należy, iż jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: „szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem ” (wyrok i KIO z dnia 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt. KIO 2934/12); z dnia 7 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1231/13)).

W świetle powyższego za zasadny należy uznać wniosek, iż również szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje mające znaczenie dla dokonania oceny zgodności oferty z SIWZ gdyż wiążą się one z możliwością odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP (treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Ad 3)

A. Obecnie w orzecznictwie wskazuje się, iż dla uznania że zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP wystarczające jest aby wprowadzenia zamawiającego w błąd nastąpiło w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Tym samym nie jest konieczne aby wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd.

B. W najnowszym orzecznictwie wskazuje się, iż wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. Przywołana regulacja, w przeciwieństwie do literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, odwołuje się wprost do winy wykonawcy, który to wykonawca przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego.

Z tym że podkreślić należy, że ustawodawca europejski nie zawęży winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku

niedbalstwa wykonawcy (wyroki KIO z dnia 26 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 1/16; KIO z dnia 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15; KIO z dnia 13 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2809/15).

W tym kontekście Zamawiający przywołał stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm.) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku, gdy wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, (por. pkt 75 i 119 wyroku). Jak się wydaje to właśnie tak jednoznaczne stanowisku judykatury unijnej miało wpływ na zmianę prezentowanej we wcześniejszym orzecznictwie krajowym wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP.

Jak wskazał Zamawiający w najnowszym orzecznictwie zwraca się ponadto uwagę, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Zwraca się uwagę, iż takie podejście ograniczałoby znacząco zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, co z pewnością nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed

nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymał od osób trzecich (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 1/16).

C. Jako dodatkowy argument na potwierdzenie słuszności powyższego należy wskazać, iż dokonując implementacji do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit h) Dyrektywy 2014/24/UE - Jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59; lub", co należy podkreślić którego brzmienie koresponduje z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit g Dyrektywy 2004/18/WE, w znowelizowanym art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP ustawodawca krajowy wskazał, iż:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;".

Tym samym implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit h) Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit g Dyrektywy 2004/18/WE) ustawodawca krajowy wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenie nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego - może być to również działanie nieumyślne tj. działanie niedbałe.

D. Dalej wskazać należy, że wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 KC, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej

staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 1/16).

4. Wskazać ponadto należy, iż w doktrynie i orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 P7P pozbawia wykonawcę możliwości udziału w postępowaniu i nie podlega konwalidacji np. poprzez uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, które zawierają nieprawdziwą informację, na oświadczenia lub dokumenty wolne od takiej wady w trybie art. 26 ust. 3 PZP, ani przez wyjaśnienie treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 PZP, ani przez wyjaśnienie treści złożonej oferty, w trybie art. 87 ust. 1 PZP, czy usunięcie nieprawdziwej informacji w drodze korekty omyłek w trybie art. 87 ust. 2 PZP (wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r. sygn. akt KIO 2403/13).

W takiej sytuacji, jak wskazał Zamawiający, ocenie podmiotu zamawiającego podlegają wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone przez wykonawcę wraz z ofertą (tak m.in. wyroki: KIO z 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 526/15; KIO z 11 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 177/15, KIO z 13 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1370/15, KIO z dnia 27 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1759/15).

5. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Zamawiający wskazał, iż nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sytuacji istniała niezgodność pomiędzy dwoma dokumentami o charakterze przedmiotowym tzn. dokumentami potwierdzającymi, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego: Certyfikatu MID (w oryginalnej wersji językowej) oraz próbki licznika.

Równocześnie zgodnie z zasadą prowadzenia postępowania w języku polskim, wykonawca zobowiązany był przedłożyć certyfikat MID wraz z tłumaczeniem na język polski (§ 7 ust. 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 9 ust. 2 PZP). Stwierdzić również należy, że tłumaczenia dokumentów przedmiotowych mają istotny, merytoryczny charakter co wynika min. z wyroku KIO z dnia 28 marca 2013 r., KIO 599/13, "ustawodawca w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) (w przedmiotowej sprawie - rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r. - dop. ŁR), którego przepisy mają zastosowanie do przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, określił wymóg przedłożenia tak dokumentów podmiotowych, jak i przedmiotowych, do których odnosi się również treść wskazanego rozporządzenia, wraz z tłumaczeniem na język polski (§ 6 ust. 4 ww. rozporządzenia). Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że brak w ofercie, czy też w jej uzupełnieniu dokumentu przedmiotowego w polskiej wersji językowej (brak tłumaczenia dokumentu) kwalifikuje się stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania wymogów merytorycznych oferty opisanych w treści SIWZ. Tym samym taką ofertę należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucić w świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że brak tłumaczenia dokumentu na język polski należałoby potraktować jako brak formalny, a nie merytoryczny, który jako taki nie może skutkować odrzuceniem oferty we wskazanym trybie. Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił wymogi merytoryczne co do treści oferty. Określił on też zestaw dokumentów przedmiotowych, które miały potwierdzać te merytoryczne wymogi SIWZ. Brak potwierdzenia spełniania takiego merytorycznego wymogu SIWZ - a takim brakiem potwierdzenia jest niewątpliwie brak dokumentu w polskiej wersji językowej - skutkuje stwierdzeniem, że wykonawca nie spełniania merytorycznych wymogów SIWZ. (...). W przedmiotowej sprawie chodzi bowiem w efekcie o brak tłumaczenia na język polski całości jednostronicowego dokumentu, zawierającego istotne treści merytoryczne o charakterze technicznym".

Podkreślenia wymaga, iż celem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP jest jego sankcyjny charakter -chodzi o piętnowanie wykonawców nieprofesjonalnych, nierzetelnych, czy wręcz nieuczciwych. Nawiasem mówiąc przepis ten jest emanacją w ustawie - Prawo zamówień publicznych, przepisu o charakterze karnym - art. 297 § 1 Kodeksu karnego:

§ 1. Kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub

instytucji dysponujących środkami publicznymi - kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP pełni zatem na gruncie zamówień publicznych odmienną funkcję niż np. art. 24 ust. 1 pkt 4 (wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu) czy też art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP (odrzucenie oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Ponadto należy mieć na uwadze, co zostało wskazane wcześniej, że wprowadzenie w błąd ma charakter niesanowalny (tak np. Babiarz, Stefan. Art. 24. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2013.). Nie należy tego rozumieć jedynie formalistycznie jako niemożliwość wezwania o uzupełnienie dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, ale przede wszystkim w ten sposób, że jeżeli na danym etapie postępowania doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, które w momencie ich złożenia mogły mieć wpływ na wynik postępowania, to wszelkie dalsze działania wykonawcy podjęte w ramach tego postępowania nie są w stanie wyłączyć skutku w postaci obowiązku jego wykluczenia. Tylko bowiem w ten sposób może zostać zrealizowany sankcyjny cel tego przepisu. Badać zatem należy istotność wprowadzania zamawiającego w błąd w momencie przedstawiania informacji nieprawdziwych - jest to jedyny miarodajny moment oceny, który pozwala na pełne zrealizowanie celów tego przepisu, który ma stanowić swoistą ochronę zamawiającego przed wykonawcami, którzy bądź to w celowy sposób bądź też niedbale przygotowują dokumentację składaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy mieć na uwadze, że art. 26 ust. 3 PZP pozwala wykonawcy usuwać błędy w dokumentach bądź przedłożyć brakujące dokumenty podmiotowe lub przedmiotowe tj. pozwala uchronić się przez wykonawcę od skutku w postaci czy to wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (dokumenty podmiotowe), czy też odrzucenia oferty niespełniającej wymagań Zamawiającego podanych w SIWZ (dokumenty przedmiotowe). Art. 26 ust. 3 PZP nie pozwala natomiast wykonawcy sanować w jakikolwiek sposób uchybienia w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do pewnych

okoliczności, które to mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania. Chybione są zatem argumenty Konsorcjum FOXYTECH, jakoby uzupełnienie dokumentu spowodowało rzekomą zmianę okoliczności, który pozbawia Zamawiającego możliwości wykluczenia wykonawcy z przyczyn określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Jest to argumentacja chybiona nie tylko z punktu widzenia celów oraz założeń art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, ale również jego literalnego brzmienia, które nie stanowi o żadnych wyjątkach od obowiązku wykluczenia takiego wykonawcy w sytuacji zaistnienia określonych w nim przesłanek. Stwierdzić należy, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania - jest kwestią nieistotną z punktu widzenia brzmienia tego przepisu, czy w wyniku wszystkich podjętych przez uczestników postępowania czynności takiego wpływu finalnie nie wywarły. Nadto potwierdza to wykładnia systemowa z punktu widzenia brzmienia Dyrektywy 2004/18/WE, która nie tyle posługuje się przesłanką wpływu, co przesłanką „poważności” wprowadzenia w błąd - nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez Konsorcjum FOXYTECH było poważne skoro dotyczyło istotnych informacji (z punktu widzenia ewentualnego odrzucenia oferty) zawartych w dokumencie przedmiotowym. Informacje te nie były zatem marginalne, bez znaczenia, czy nieistotne. Wręcz przeciwnie - ranga fragmentu Certyfikatu MID była na tyle wysoka, że jego brak w tłumaczeniu może wręcz sugerować, że Konsorcjum FOXYTECH całkowicie z premedytacją tego fragmentu w tłumaczeniu nie zawarło - po to, aby Zamawiający nie wykrył niezgodności w obrębie dokumentów przedmiotowych i stwierdził (bez jakiegokolwiek wezwania w tym zakresie), że oferta Konsorcjum FOXYTECH spełnia wymagania Zamawiającego (i tak się właśnie stało - ewentualny bezpośredni zamiar Konsorcjum FOXYTECH został zrealizowany). Budzi daleko idące wątpliwości z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego, że tak istotny (z punktu widzenia zgodności oferowanej dostawy, odzwierciedlonej w próbce licznika, z wymaganiami Zamawiającego) fragment Certyfikatu MID został całkiem „przez przypadek” przez Odwołującego pominięty - tak, jak chce to przedstawić Konsorcjum FOXYTECH. Odwołujący próbuje forsować de facto pogląd, że jedynie „nieostrożność” w tłumaczeniu zadecydować miała, że przedłożona próbka licznika akurat zgodna była z tłumaczeniem Certyfikatu MID, przy czym uwzględnienie tego pominiętego fragmentu sprawiło, że pojawiła się konieczność przedłożenia odmiennej próbki licznika. Podkreślenia wymaga, co opisano już wcześniej, iż rzekome przeoczenie wystąpiło w identycznej formie w obu częściach Postępowania.

Co więcej, jak wskazał Zamawiający, nawet jeśli rzeczywiście dziwnym trafem, ten esencjonalny fragment został całkiem przez przypadek (z powodu zwykłego ludzkiego przeoczenia, błędów uwagi, ludzkiej pamięci czy innych procesów psychicznych) pominięty, to jest to pominięcie na tyle istotne, że wskazuje wręcz na rażące niedbalstwo Konsorcjum

FOXYTECH w trakcie sporządzania oferty - niedbalstwo, które powinno być w obrębie systemu prawa zamówień publicznym piętnowane w sposób skrajnie surowy, bo właśnie przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przedsiębiorcy, dochowujący należytej staranności jakiej wymaga się od profesjonalisty (podmiotu posiadającego szczególną, ekspercką, specjalistyczną wiedzę w dziedzinie prowadzonej przez siebie działalności), powinni bowiem szczególnie uważać w trakcie przygotowywania oraz składania dokumentów ofertowych, aby wszystkie ważne informacje dot. zgodności oferowanego dobra z wymogami SIWZ, zostały zamawiającemu w sposób transparentny i zgodny z rzeczywistością podane. Stwierdzić należy, że Konsorcjum FOXYTECH takiej staranności z pewnością nie dochowało lub też wręcz nie chciało dochować. Nie ulega wątpliwości, że stopień winy (niezależnie od przyjętej interpretacji zdarzeń związanych z brakiem przetłumaczenia fragmentu certyfikatu) Konsorcjum FOXYTECH jest na tyle znaczny, że uzasadnia zastosowanie sankcji w postaci wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że Konsorcjum FOXYTECH winne jest poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie nieprzekazania informacji istotnych z punktu widzenia potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.

Należy również stwierdzić, że obojętne jest, że ów fragment znajdował się w wersji oryginalnej Certyfikatu MID. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim - ustawa PZP nie wymaga od Zamawiającego ani znajomości języków obcych, ani weryfikowania tłumaczeń przedłożonych przez wykonawców przez tłumaczy przysięgłych etc. Wykonawca ma obowiązek przedkładania zarówno oryginałów jak i tłumaczeń (nie jest zatem przejawem jakiegokolwiek „niewinności”, że oryginał w ofercie również się znalazł), przy czym oczywiste jest, że tłumaczenia powinny w sposób niebudzący wątpliwości, zgodny z prawdą odzwierciedlać wszystkie wymagane informacje (w przeciwnym razie - zasada języka polskiego w prawie zamówień publicznych stanowiłaby fikcję). Brak pewnych informacji w tłumaczeniu może z kolei sugerować wolę wprowadzenia w błąd Zamawiającego - szczególnie przebiegłego wykorzystania przez Odwołującego tego, że nie zostanie wnikliwie zbadana zgodność tłumaczenia z oryginałem dokumentu. Wymazanie zaś stosownego fragmentu z oryginału, byłoby nie tylko podaniem nieprawdziwych informacji, lecz wręcz podrobieniem dokumentu jako pewnej szczególnie kwalifikowanej formy podania nieprawdziwych informacji). Zatem fakt, że w oryginale certyfikatu kontrowersyjny fragment się znajdował, nie oznacza, iż Konsorcjum FOXYTECH nie podał nieprawdziwych informacji. Tłumaczenie może być nośnikiem nieprawdziwych informacji tak jak każdy inny dokument składany w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Również KIO nakazując Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum FOXYTECH o przedłożenie odpowiedniej próbki w żaden sposób nie przesądziło, że w zakresie Części 2 postępowania nie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji - jak argumentowała Izba chodziło jedynie o to, aby „nie sugerować Zamawiającemu oceny prawdziwości informacji zawartych w ofercie Konsorcjum F, której to Zamawiający - prowadząc Postępowanie zgodnie z przepisami Pzp - powinien dokonać samodzielnie”. Skoro Izba nie mogła sama nakazać wykluczenia Odwołującego w ramach Części 2 (ponieważ formalnie nie został podniesiony stosowny zarzut), to jedyne co mogła w tej sytuacji zrobić to zachować się tak, jakby problemu nieprawdziwych informacji w danej części postępowania nie było. Zamawiający samodzielnie dokonując oceny czy nie doszło do zaktualizowania się skutków, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, doszedł do zbieżnych wniosków z oceną KIO w zakresie Części 1 Postępowania.

Jak wskazał Zamawiający należy mieć na uwadze, że uwzględnienie odwołania w zakresie Części 2 doprowadzi do trudnej do zaakceptowania sytuacji, w której w ramach tego samego postępowania, w zakresie jednej części Konsorcjum FOXYTECH podlegał wykluczeniu z powodu podania nieprawdziwych informacji (zgodnie z wiążącą Zamawiającego dyspozycją Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku KIO 1942/16), a w drugiej zaś takiemu wykluczeniu nie podlegał, pomimo, że w obu częściach zostały złożone właściwie te same dokumenty (różnice wynikające z rodzaju licznika natomiast wadliwości w obu dokumentach tożsame) oraz stan faktyczny i prawny w obu częściach Postępowania kształtuje się identycznie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Konsorcjum FOXYTECH nie może skutecznie odwoływać się do Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie jego wykluczenia z Części 1, skoro zarzuty, które legły u podstaw tego rozstrzygnięcia były już przedmiotem postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, a Zamawiający postąpił jedynie zgodnie z nakazem KIO w tym zakresie. Taką sytuację cechowałaby trudna do zaakceptowania niespójność wywołana jedynie kwestiami formalnymi, związanymi z niemożliwością uwzględnienia przez KIO w ramach danego postępowania odwoławczego zarzutu niepodniesionego przez stronę.

Zamawiający na koniec podkreśla, iż skierowanie do Konsorcjum FOXYTECH, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 PZP, wezwanie do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem stanowiło jedynie realizację nałożonego na Zamawiającego wyrokiem KIO 1952/16 obowiązku i nie miało ono na celu (ale też obiektywnie nie mogło) sanować wprowadzenie w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji.

Podsumowując powyższe rozważania, Zamawiający wskazał, że:

1. Konsorcjum FOXYTECH posłużyło się dokumentem, który zawierał informacje niezgodne z prawdą. Przedłożone przez Konsorcjum FOXYTECH tłumaczenie na język polski Certyfikatu MID nie zawierało zdania: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the metr variant” (w tłumaczeniu na język polski zdanie to oznacza - „Treść w ramce zaznaczonej linią przerywaną jest zmienna w zależności od wariantu licznika”).

2. Zdanie to odnosi się do zatwierdzonego w Certyfikacie MID wzoru tabliczki znamionowej licznika. Zgodnie z tą informacją, dane uwidocznione na wzorze tabliczki znamionowej licznika, które objęte są linią przerywaną mogą ulec zmianie - a pozostałe dane uwidocznione na tabliczce znamionowej są niezmiennie. Jednocześnie Konsorcjum FOXYTECH przedstawił w Części 2 Postępowania (podobnie jak to zrobił w Części 1 Postępowania) próbkę licznika który nie zawierał danych (oznaczeń) obligatoryjnych zgodnie z wzorem tabliczki znamionowej wskazanym w Certyfikacie MID (danych, które nie były oznaczone linią przerywaną, a tym samym które nie mogły zostać zmienione).

3. Jak to zostało wskazane wyżej przez „złożenie nieprawdziwych informacji” należy rozumieć nie tylko podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwej ale również zatajenie informacji prawdziwej. Nieprzetłumaczenie przedmiotowego fragmentu Certyfikatu MID jest okolicznością niesporną. Fakt ten wynika również jednoznacznie z treści złożonej przez Konsorcjum FOXYTECH oferty.

4. Nieprzetłumaczenie fragmentu certyfikatu MID skutkowało poważnym wprowadzeniem w błąd Zamawiającego co do tego, że oferowany przedmiot zamówienia (przedstawiony w próbce) spełnia wymagania Zamawiającego.

5. W ocenie Zamawiającego złożenie niepełnego tłumaczenia Certyfikatu MID (podanie nieprawdziwych informacji) miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić bowiem należy, że złożenie przedmiotowego dokumentu dało Konsorcjum FOXYTECH możliwość uczestnictwa w postępowaniu. Gdyby nie doszło do ustalenia, że dokument zawiera nieprawdziwe informacje, oferta Konsorcjum FOXYTECH mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza. Wpływ więc złożenia przez Konsorcjum FOXYTECH nieprawdziwych informacji jest zatem oczywisty.

6. W ocenie Zamawiającego powyższe informacje zostały przekazane Zamawiającemu w wyniku co najmniej niedbalstwa - niedochowania przez Konsorcjum FOXYTECH należytej staranności w procesie tłumaczenia przedmiotowego dokumentu.

7. W związku z powyższym w niniejszej sprawie zaszyły wszystkie podstawy do zastosowania wobec Konsorcjum FOXYTECH sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego, podniesiony przez Konsorcjum FOXYTECH zarzut bezpodstawnego wykluczenia tego wykonawcy w Części nr 2 Postępowania należy uznać za chybiony.

III. [Odwołanie ZPA]

III. 1. Wprowadzenie

Odwołujący ZPA zarzucił Zamawiającemu zarówno w zakresie Części 1 i Części 2 Postępowania naruszenie następujących przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 2 PZP oraz art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienie odwołania, poprzez bezpodstawne dokonanie czynności odrzucenia oferty ZPA, w sytuacji nieprawidłowej oceny spełnienia wymagań określonych w pkt. 1.1., 1.17, 1.2. oraz 1.3. Załącznika nr 12 do SIWZ w zakresie Części 1 oraz 1.1., 1.17, 1.2. oraz 1.3. Załącznika nr 13 do SIWZ w zakresie Części 2. ZPA wskazuje, iż Zamawiający przyjął błędnie, że ZPA nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarzucając ZPA naruszenie w/w pkt. SIWZ mimo, iż dostarczone przez ZPA, w wymaganym terminie do składania ofert, jakoż i w ramach wezwania do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień z dnia 17.11.2016 r., przedstawione dokumenty i wyjaśnienia były i są zdaniem ZPA zgodne z wymogami SIWZ.

Odwołujący ZPA zarówno w zakresie Części 1 i Części 2 Postępowania wniósł o 1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert; 3. nakazanie Zamawiającemu uznanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ZPA; 4. nakazanie Zamawiającemu nie odrzucanie oferty ZPA; 5. nakazanie Zamawiającemu wybór oferty ZPA jako najkorzystniejszej.

Poniżej Zamawiający odniesie się szczegółowo do zarzutów stawianych przez ZPA.

Zamawiający zaprzecza wszystkim twierdzeniom odwołującego, poza tymi które wyraźnie przyznaje.

III. 2. Zarzuty ZPA

III. 2.1. Kwestia temperatury pracy licznika

Zgodnie z wymaganiami pkt 1.17 Załącznika 12 do SIWZ „Liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy $>-40^{\circ}\text{C}$ ”. Zamawiający na potwierdzenie powyższego warunku wymagał przedłożenia Certyfikatu MID. Odwołujący ZPA zaoferował licznik, co do którego oświadczył, iż spełnia wymagania Zamawiającego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący ZPA załączył do oferty Certyfikat MID w którym w pkt. 2 - „Podstawowa charakterystyka metrologiczna” (str. 141 i 149 oferty ZPA w Części 1 oraz str. 159 i 167 oferty ZPA w Części 2) zamieszczono zastrzeżenie dotyczące poz. 15 („Zakres temperatury roboczej”), zgodnie z którym: „Licznik mierzy przy temperaturze -40°C prawidłowo, jednak dane na wyświetlaczu nie są czytelne. Mogą one zostać pozyskane z wyświetlacza poprzez interfejs optycznym lub przy temperaturze wyższej ($>-30^{\circ}\text{C}$)”.

Zamawiający podczas pierwotnego badania i oceny ofert przyjął założenie, iż powyższy warunek powinien być odczytywany jako wymaganie stawiane funkcji mierniczej licznika, natomiast wyświetlacz LCD jako element licznika nie związany bezpośrednio z procesem pomiarowym nie musiał spełniać powyższego wymogu. Powyższe podejście zamawiającego zostało zakwestionowane przez wykonawców którzy złożyli w powyższym zakresie odwołania - w Części 1 wykonawca Konsorcjum ELGAMA (KIO 1942/16), w Części 2 wykonawca APATOR (KIO 1942/16). Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzuty podniesione w powyższych odwołaniach za zasadne - tym samym zakwestionowała poprawność przyjętego przez Zamawiającego założenia. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in. iż zestawiając treść pkt 1.17 Opisu Przedmiotu Zamówienia z przytoczonym fragmentem Certyfikatu MID należało dojść do wniosku, że - po pierwsze -wymóg Zamawiającego odnosił się do całego licznika, nie zaś do jego określonych komponentów i nie można tłumaczyć go w ten sposób, że spod jego zakresu wyłączony został akurat wyświetlacz urządzenia pomiarowego, po drugie - że nie wszystkie komponenty licznika oferowanego przez ZPA zachowują sprawność w pełnym zakresie temperatur ujemnych (strona 53 uzasadnienia wyroku w połączonych sprawach KIO 1942/16 i KIO 1952/16).

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza zarówno w zakresie Części 1 postępowania (KIO 1942/16) jak i Części 2 postępowania (KIO 1952/16) nakazała Zamawiającemu: wezwanie wykonawcy ZPA w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez oferowane liczniki wymogu o którym mowa w pkt 1.17 załącznika nr 12 do SIWZ.

Wykonując nakaz KIO Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2016 roku wezwał ZPA do dostarczenia:

1. Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez wszystkie komponenty próbki licznika 1-fazowego w Części 1 oraz, w tym również przez wyświetlacz LCD, wymogu zawartego w pkt 1.17 Załącznika nr 12 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy < -40° C”.

2. Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez wszystkie komponenty próbki licznika 3-fazowego w Części 2 oraz, w tym również przez wyświetlacz LCD, wymogu zawartego w pkt 1.17 Załącznika nr 12 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy < -40° C”.

W odpowiedzi na powyższe wezwania Zamawiającego ZPA dostarczył jedynie oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologii z dnia 21 listopada 2016 r., nie będącego jednak Certyfikatem MID. Podkreślić należy, iż przedłożony dokument nie stanowił nawet aneksu, czy też addendum do przedłożonego pierwotnie Certyfikatu MID. Przedłożony dokument nie może być również kwalifikowany jako dokument równoważny względem Certyfikatu MID. Ponadto wskazać należy, iż Certyfikat MID dopóki nie zostanie we właściwym trybie wyłączony z obrotu lub zmieniony jest w pełni wiążący. Tym samym oferta ZPA w dalszym ciągu zawierała Certyfikat MID - dokument kluczowy dla oceny zaoferowanego towaru -zgodnie z którym nie wszystkie komponenty licznika oferowanego przez ZPA zachowują sprawność w pełnym zakresie temperatur ujemnych. Z tego też powodu Zamawiający uznał, iż oferta ZPA nie spełnia wymagania określonego w pkt. 1.17. Załącznika nr 13 do SIWZ i z tej przyczyny podlega odrzuceniu.

W tym miejscu Zamawiający wyjaśnił, iż względem liczników energii elektrycznej będących w obrocie w Polsce oraz krajach UE stosowanych w gospodarstwach domowych, usługach i handlu oraz w przemyśle, stosuje się identyczne wymagania określone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/32/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku przyrządów pomiarowych, zwaną Dyrektywą MID (ang. Measuring Instruments Directive). Dyrektywa MID dotycząca m.in. liczników energii elektrycznej została wdrożona aktami prawnymi do prawodawstwa polskiego. Na podstawie tych aktów prawnych dokonanie oceny zgodności jest obowiązkowe przed wprowadzeniem licznika energii elektrycznej do obrotu. Dowodem, że licznik energii elektrycznej przeszedł pozytywnie ocenę zgodności z zasadniczymi wymaganiami jest naniesiony na nim znak CE. Jedną z części procedury oceny zgodności jest badanie typu. Producent zgłasza wniosek o badanie typu do wybranej przez siebie niezależnej jednostki notyfikowanej. Jeżeli badania licznika energii elektrycznej zakończą się wynikiem pozytywnym, jednostka notyfikowana wydaje producentowi certyfikat badania typu WE (Certyfikat MID). Obowiązkiem Producenta licznika,

który uzyskał Certyfikat MID jest informowanie jednostki notyfikowanej, która jest w posiadaniu dokumentacji technicznej, na podstawie której licznik uzyskał certyfikację, o wszystkich modyfikacjach zatwierdzonego typu licznika mogących wpływać na zgodność tego przyrządu z wymaganiami zawartymi w Dyrektywie MID. Wszelkie modyfikacje treści Certyfikatu MID wymagają dodatkowego zatwierdzenia typu i wprowadzane są do pierwotnego certyfikatu badania typu WE wyłącznie w formie aneksu.

W świetle powyższego Zamawiający wskazuje, iż Certyfikat MID jest podstawowym dokumentem służącym ocenie oferowanych liczników energii elektrycznej. Jest to dokument standardowo wymagany przez zamawiających w postępowaniach, których przedmiotem jest dostawa liczników energii elektrycznej. Wymaganie tego dokumentu w żaden sposób nie może być traktowane jako wymóg nadmierny, czy nieproporcjonalny - przeciwnie, właśnie ten dokument zasadniczo stanowi podstawę dla oceny właściwości oferowanego licznika energii elektrycznej.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający podkreślić, że:

1. Zamawiający jednoznacznie określił przy pomocy jakich dokumentów powinno być wykazane spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego (Certyfikat MID). Zamawiający jest związany treścią SIWZ do chwili jego ewentualnej zmiany. Tym samym Zamawiający powinien oceniać zaoferowane przez wykonawcę dokumenty przedmiotowe w świetle postanowień SIWZ.
2. W związku z harmonizacją na terenie Unii Europejskiej prawa w zakresie certyfikacji urządzeń pomiarowych, w tym liczników energii elektrycznej, Certyfikat MID należy do dokumentów standardowych w tego rodzaju postępowaniach zamówieniowych.
3. ZPA dysponowała na moment składania ofert Certyfikatem MID (niepotwierdzającym spełnienia przez oferowany licznik wymogów Zamawiającego) co jednoznacznie potwierdza, iż nie było obiektywnych przyczyn z powodu których ZPA nie mogła uzyskać Certyfikatu MID w terminie składania ofert.
4. Przepisy prawa przewidują możliwość aneksowania Certyfikatu MID - tym samym pierwotna treść tego dokumentu może ulegać modyfikacji. Brak jest podstaw aby przedłożone przez ZPA oświadczenie traktować jako aneks do Certyfikatu MID.

W tym miejscu Zamawiający wskazał ponadto, że jak wskazała KIO w wyroku z dnia 8 marca 2016 r. KIO 261/16: „możliwość uzupełniania dokumentów jaką stwarza art. 26 ust. 3 PZP, co do zasady nie dotyczy wytwarzania nowych dokumentów po upływie terminu składania

ofert, ale wyłącznie dokumentów, które były w posiadaniu wykonawcy przed upływem terminu składania ofert i tylko przez przeoczenie nie zostały załączone w dokumentacji oferty."

Na marginesie Zamawiający zwrócił uwagę, iż dokumenty przedkładane przez wykonawcę powinny potwierdzać, spełnienie stawianych przez zamawiającego warunków (warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania. Na moment składania ofert odwołujący ZPA nie posiadał wiedzy odnośnie spełniania przez oferowany przez niego licznik wymagań stawianych przez Zamawiającego (przeciwnie zaoferowany przez ZPA Certyfikat MID wskazywał, że licznik nie spełnia stawianego wymogu). Dopiero w skutek wezwania skierowanego przez Zamawiającego, ZPA podjął czynności, w tym przeprowadził dodatkowe badania w celu zbadania oferowanego licznika pod względem spełniania wymagań stawianych przez Zamawiającego w zakresie temperatury pracy. W ocenie Zamawiającego za stanowiącą rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należałoby uznać sytuację w której wykonawca z ofertą przedstawia dokumenty na potwierdzenie, iż oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego i dopiero po ustaleniu w oparciu o przedłożone dokumenty, że produkt tych wymagań nie spełnia podejmuje działania i prowadzi badania w celu ustalenia czy dany produkt można uznać za spełniający wymagania zamawiającego. Analiza dokumentów przedłożonych przed ZPA prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż brak było podstaw do uznania, że oferowany licznik w terminie składania ofert spełniał wymagania stawiane przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, podniesiony przez ZPA zarzut, w ocenie Zamawiającego, należy uznać za chybiony.

III. 2. 2. Kwestia zgodności zacisków ze schematami podłączeń uwidocznionymi w treści certyfikatu MID

Zgodnie z wymaganiami pkt 1.2. i 1.3. Załącznika 12 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać aktualny Certyfikat zgodności z wymogami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami wydany przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 26.02.2014 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (DZ. U. UE L.96)", jak również: „Liczniki muszą być dopuszczone do obrotu i użytkowania na podstawie oceny zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID)".

Dostarczona wraz z ofertą próbka licznika w Części 1 nie posiadała na listwie zaciskowej zacisku „5” pomimo tego że na listwie umieszczony był opis, w którym miejscu zacisk ten powinien się znajdować, a schematy podłączenia licznika i fotografie licznika zamieszczone w Certyfikacie MID uwidaczniały jego istnienie. Analogicznie dostarczona wraz z ofertą próbka licznika w Części 2 nie posiadała na listwie zaciskowej zacisku „11” pomimo tego że na listwie umieszczony był opis, w którym miejscu zacisk ten powinien się znajdować, a schematy podłączenia licznika i fotografie licznika zamieszczone w Certyfikacie MID uwidaczniały jego istnienie.

Zamawiający podczas pierwotnego badania i oceny ofert przyjął założenie, iż zacisk „5” (Część 1 Postępowania) i zacisk „11” (Część 2 Postępowania) stanowi dodatkową funkcjonalność nieistotną z perspektywy potrzeb Zamawiającego. Stąd też Zamawiający przyjął, iż brak powyższego elementu w przedłożonej próbce licznika nie powoduje, że oceniany licznik nie spełnia wymagań SIWZ. Powyższe podejście Zamawiającego zostało zakwestionowane przez wykonawców którzy złożyli w powyższym zakresie odwołania - w Części 1 wykonawca Konsorcjum ELGAMA (KIO 1942/16), w Części 2 wykonawca APATOR (KIO 1942/16). Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzuty podniesione w powyższych odwołaniach za zasadne - tym samym zakwestionowała poprawność przyjętego przez Zamawiającego założenia. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in., iż ze względu na brak zacisku „5” (Część 1 Postępowania) i zacisku „11” (Część 2 Postępowania) na listwie zaciskowej powoduje, iż przedłożona próbka licznika jest niezgodna z Certyfikatem MID przez co nie spełnia wymogów określonych w pkt 1.2. i 1.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia (strona 50 uzasadnienia wyroku w połączonych sprawach KIO 1942/16 i KIO 1952/16).

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza zarówno w zakresie Części 1 postępowania (KIO 1942/16) jak i Części 2 postępowania (KIO 1952/16) nakazała Zamawiającemu: wezwanie wykonawcy ZPA w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia próbki oferowanego licznika o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematami podłączeń uwidocznionymi w treści Certyfikatu MID.

Wykonując nakaz KIO Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2016 roku wezwał ZPA do dostarczenia:

1. próbki oferowanego licznika 1-fazowego typu ZE114.D0.C0B148-052 o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematem podłączeń uwidocznionym w Certyfikacie MID złożonym wraz z Ofertą. W treści wezwania wskazano, iż „Wykonawca wraz z ofertą dostarczył próbkę (wzorzec) licznika 1-fazowego, którego listwa zaciskowa nie posiada zacisku nr 5, którego

obecność wskazuje Certyfikat MID" i schemat połączeń licznika na jego tabliczce znamionowej."

2. próbki oferowanego licznika 3-fazowego typu ZE314.D0.C0B088-052 o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematem połączeń uwidocznionym w Certyfikacie MID złożonym wraz z Ofertą. W treści wezwania wskazano, iż: „Wykonawca wraz z ofertą dostarczył próbkę (wzorzec) licznika 3-fazowego, którego listwa zaciskowa nie posiada zacisku nr 11, którego obecność wskazuje Certyfikat MID i schemat połączeń licznika na jego tabliczce znamionowej."

W odpowiedzi na powyższe wezwania Zamawiającego ZPA dostarczył próbkę licznika rozbudowaną o zacisk „5” - próbka w Części 1 Postępowania, oraz zacisk „11” - próbka w Części 2 Postępowania. Zamawiający wskazuje jednakże, iż w przedłożonych próbkach konfiguracja zacisków na listwie odbiega od konfiguracji zacisków, na podstawie której licznik uzyskał Certyfikat MID. Ponadto dla listwy zaciskowej z „dorobionym” w uzupełnionej próbce zaciskiem (nr „5” w Części 1 Postępowania i nr „11” w Części 2 Postępowania) nie przeprowadzono badania wytrzymałości elektrycznej izolacji, co dodatkowo wskazuje na niespełnienie przez próbkę licznika wymagania pkt. 1.1. Załącznika nr 12 do SIWZ tj. wykonania zgodnie z normą PN-EN 50470-1.

Mając powyższe na uwadze, podniesiony przez ZPA zarzut należy uznać za chybiony.

Poniżej Zamawiający przedstawił dokumentację zdjęciową obrazującą wskazane wyżej rozbieżności.

Zamawiający w tym zakresie wskazuje, iż zgodnie z brzmieniem art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP: „odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8". Z tego też względu, gdyby rzeczywiście Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieracjonalny czy też postawił nadmierne warunki udziału w postępowaniu bądź też nieproporcjonalne warunki względem żądanych dostaw, okoliczności te powinny zostać przez ZPA zaskarżone w terminie 10 dni od publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Mając na uwadze powyższe, złożone odwołanie w omawianym zakresie należy kwalifikować jako odwołanie od ogłoszenia o zamówieniu, a co za tym idzie - powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w PZP.

Na marginesie Zamawiający wskazuje, iż ZPA wcześniej nie podnosiło zarzutów, iż postawione w niniejszym postępowaniu warunki, czy też opis przedmiotu zamówienia w jakikolwiek sposób są niewłaściwe, nieproporcjonalne lub niewłaściwe.

Analiza wskazanych w części III odwołania ZPA zarzutów prowadzi do wniosku, iż ZPA oczekuje, że w chwili obecnej Zamawiający dokona zmiany postanowień SIWZ w sposób umożliwiający odwołującemu spełnienie wskazanych w specyfikacji warunków. Powyższe stanowiłoby rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poza tym na obecnym etapie postępowania jest prawnie niedopuszczalne.

IV. [Odwołanie APATOR]

IV. 1. Wprowadzenie

Odwołujący APATOR zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP - poprzez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FOXYTECH pomimo, że jej treść nie odpowiada SIWZ,
- 2) art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

Odwołujący APATOR wniósł o 1. merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania; 2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum FOXYTECH; 3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz APATOR kosztów postępowania odwoławczego.

Poniżej Zamawiający odniesie się szczegółowo do zarzutów stawianych przez APATOR.

Zamawiający zaprzecza wszystkim twierdzeniom odwołującego, poza tymi które wyraźnie przyznaje.

IV. 2. Brak interesu APATOR we wniesieniu odwołania

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 PZP środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Generalnie mówiąc przez interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć wszelkie rzeczywiste stany faktyczne skutkujące uniemożliwieniem uzyskania przez danego

wykonawcę zamówienia. W koniunkcji z interesem w uzyskaniu zamówienia odwołujący wykazać musi, że poniósł lub może ponieść szkodę. Zasadniczo szkoda będzie rozumiana jako strata, jako że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny. Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy PZP, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

W ocenie Zamawiającego na obecnym etapie postępowania przetargowego interes w uzyskaniu zamówienia APATOR nie doznaje uszczerbku, ponadto nie może on ponieść szkody. Wyjść należy od tego, iż ocena wykonawcy i jego oferty w ramach postępowania zamówieniowego następuje etapowo. W pierwszej kolejności zamawiający ocenia czy nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a gdy takie podstawy zostaną ustalone zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, co oznacza, że nie konkuruje ona dalej o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie podlega badaniu i ocenie przez zamawiającego.¹⁰ Uznanie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania za odrzuconą ma ten skutek, iż dalsza ocena oferty w zakresie jej np. zgodności z ustawą czy z treścią SIWZ nie ma znaczenia i w związku z tym nie powinna być dokonywana. Oferta, która z mocy prawa uznana zostaje za odrzuconą, nie może być bowiem przedmiotem dalszych ocen i analiz¹¹. Potwierdza to KIO w wyroku z 26.1.2012 r. (KIO 86/12, Legalis): „w przypadku przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 24 ust. 4, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Wskazany skutek powstaje ex lege i nie wymaga podejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek czynności”. Tym samym, w przypadku stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy de facto nie dochodzi do badania i oceny oferty wykluczonego wykonawcy. Możliwość odmiennego sposobu procedowania została przewidziana w PZP dopiero nowelizacją wprowadzającą tzw. procedurę odrzuconą (art. 24aa PZP).

Mając powyższe na względzie w ocenie Zamawiającego nawet gdyby doszło do zakwestionowania wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH dokonanego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP tj. ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, konieczny byłby powrót do etapu badania i oceny ofert w ramach którego Zamawiający dokonałby badania i oceny oferty Konsorcjum FOXYTECH. W ocenie zamawiającego dopiero gdyby w

konsekwencji ponownego badania i oceny oferty Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum FOXYTECH za najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu (a sam wykonawca Konsorcjum FOXYTECH wykluczeniu) interes APATOR byłby zagrożony a tym samym APATOR uprawniony byłby do złożenia odwołania w przedmiocie nieodrzczenia oferty Konsorcjum FOXYTECH jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016 - komentarz do art. 24 PZP 11 J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015 - komentarz do art. 24 PZP.

Poprawność powyższego stanowiska Zamawiającego potwierdza również analiza treści odwołania złożonego przez Konsorcjum FOXYTECH. W tym odwołaniu Konsorcjum FOXYTECH w zakresie Części nr 2 wnosi o: 1. unieważnienie czynności wyboru oferty APATOR jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z postępowania oraz wezwanie Konsorcjum FOXYTECH do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP, 3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Tym samym również żądanie Konsorcjum FOXYTECH wskazane w odwołaniu nawet gdyby zostało uwzględnione przez KIO nie powoduje, iż z założenia APATOR dozna ograniczenia w możliwości konkurowana o zamówienie czy wręcz zostanie tej możliwości pozbawiony.

Podkreślić należy, iż na chwilę obecną Zamawiający nie wypowiedział się odnośnie tego czy oferta Konsorcjum FOXYTECH jest zgodna z SIWZ czy też nie i powinna podlegać odrzuceniu z tego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. W związku z powyższych w chwili obecnej brak jest czynności lub zaniechań Zamawiającego oddziałujących negatywnie na interes APATOR a w konsekwencji powodujących u tego ostatniego szkodę.

Zamawiający w tym miejscu wskazuje, iż ewentualna konieczność konkurowania przez APATOR z Konsorcjum FOXYTECH w ramach po ponownego badania i oceny ofert sama przez się nie powoduje szkody u APATOR. Powyższy wniosek można wyprowadzić z wyroków: KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1708/14; KIO z dnia 21 lutego 2013 r. KIO 272/13, KIO 285/13.

Ponadto zwrócić uwagę należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie może merytorycznie orzekać, jeżeli odwołanie dotyczy hipotetycznych czynności, czy też takich zaniechań zamawiającego, co do których podjęcia czynności termin jeszcze nie upłynął. Krajowa Izba Odwoławcza nie podejmuje bowiem czynności za zamawiającego, ale jedynie weryfikuje prawidłowość tych czynności, (wyrok KIO z 17.7.2014 r., KIO 1354/14).

Na marginesie Zamawiający zwrócił uwagę na liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące na brak interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (12 por. wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r. KIO 643/16; wyrok KIO z dnia 6 listopada 2015 r. KIO 2318/15; wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1708/14; wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r. KIO 1557/14; wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2014 r. KIO 2640/14, KIO 2651/14, KIO 2652/14; wyrok KIO z dnia 4 września 2014 r. KIO 1708/14; wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r. KIO 272/13, KIO 285/13).

Zamawiający zasygnalizował ponadto, iż w orzecznictwie KIO można znaleźć jednostkowe stanowiska zgodnie z którymi dopuszczalne jest składanie przez wykonawcę którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza odwołania w ramach którego wykonawca ten podnosi zarzuty względem ofert niżej klasyfikowanych - wskazuje dodatkowe wadliwości tych ofert, lub wskazuje, iż oferta ta powinna zostać odrzucona na innej podstawie niż to uczynił zamawiający. W powyższej sytuacji (tj. gdy zamawiający dokonał badania i oceny ofert i czynność tę wykonał wadliwie) można rozważać istnienie interesu odwołującego w kwestionowaniu działania lub zaniechania zamawiającego -jednakże sytuacja kształtuje się istotnie odmiennie w przypadku gdy zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania (sytuacja w której de facto nie dokonano oceny oferty, w tym jej zgodności z SIWZ) w konsekwencji nie dokonuje weryfikacji oferty tego wykonawcy.

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego, w przypadku uwzględnienia przez Izbę odwołania Konsorcjum FOXYTECH, postępowanie przetargowe wróci do etapu badania i oceny ofert. W sytuacji braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z postępowania, oferta tego wykonawcy zostanie oceniona i zweryfikowana pod kątem postaw odrzucenia oferty. Uznanie wskutek przeprowadzonej procedury badania i oceny ofert, iż oferta Konsorcjum FOXYTECH nie podlega odrzuceniu a w konsekwencji, iż stanowi ona ofertę najkorzystniejszą zmaterializuje po stronie APATOR uprawnienie do zaskarżenia tej czynności Zamawiającego (zaskarżenie czynności wyrobu oferty Konsorcjum FOXYTECH jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy ta oferta jest niezgodna z SIWZ - argumenty APATOR podniesione w przedmiotowym odwołaniu). Do tego momentu brak jest jednak podstaw do uznania, iż interes APATOR jest zagrożony jak również, że może on ponieść szkodę. W konsekwencji APATOR nie posiada interesu we wniesieniu odwołania z dnia 16 grudnia 2016 roku.

IV. 3. Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy FOXYTECH - kwestia uzupełnienia próbki licznika -energia bierna oraz dostęp do licznika

1. Jak to zostało wskazane wyżej w związku z zaistnieniem przesłanki wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, Zamawiający nie dokonał w sposób wiążący badania oferty Konsorcjum FOXYTECH z punktu widzenia jej zgodności z SIWZ. Tym samym, Zamawiający na obecny moment nie uznał, iż oferta Konsorcjum FOXYTECH jest zgodna z wymaganiami SIWZ i w konsekwencji, że nie podlega odrzuceniu. Konieczność dokonania powyższej oceny, a w konsekwencji wyrażenie w tym zakresie przez Zamawiającego jednoznacznego stanowiska, zaistnieje dopiero w sytuacji, w której zostanie ustalone, iż w stosunku do Konsorcjum FOXYTECH nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania.

Z tego też względu, w ocenie Zamawiającego, zarzut APATOR należy uznać za bezprzedmiotowy i przedwczesny -Zamawiający nie był obowiązany do dokonania badania oferty Konsorcjum FOXYTECH z punktu widzenia jej zgodności z SIWZ, z tego też względu brak jest działania lub zaniechania Zamawiającego, które podlegałoby zaskarżeniu.

2. Z daleko idącej ostrożności Zamawiający wskazał, iż przedłożona w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów próbka licznika od strony technicznej i konstrukcyjnej jest tym samym urządzeniem co próbka przedłożona pierwotnie (Konsorcjum FOXYTECH zgodnie z wyrokiem KIO 1952/16 zostało wezwane do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem -tym samym nie miał być to konstrukcyjnie inny licznik a jedynie licznik z właściwą tabliczką znamionową). Różnica pomiędzy próbkami sprowadza się do zmian które zostały naniesione na tabliczce znamionowej kolejnej z przedłożonych próbek. Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego zarzut APATOR odnośnie dostępu do wnętrza licznika należy uznać za spóźniony i jako taki nie powinien podlegać merytorycznemu rozpoznaniu. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 341/15) zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Natomiast w wyrokach z dnia 1 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 134/11) i z dnia 1 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 334/09) wskazano, iż zarzuty oparte o tę samą podstawę faktyczną, muszą być powoływane jednocześnie. W świetle powyższych stanowisk stwierdzić należy, iż w zakresie danej okoliczności faktycznej odwołujący w tym samym momencie powinna przedstawić (choćby alternatywnie) wszystkie możliwe zarzuty. Jeżeli tego nie zrobi np. pierwotnie poniesie względem okoliczności faktycznej tylko jeden zarzut, chociaż obiektywnie była możliwość podniesienia kilku różnych, to zgodnie z powyższym stanowiskiem KIO należy uznać, że nie będzie miał możliwości podniesienia dalszych zarzutów co do tej samej okoliczności faktycznej na dalszym etapie

np. w przypadku kolejnego odwołania. W świetle powyższych stanowisk KIO takie zarzuty gdyby zostały podniesione powinny zostać pominięte jako spóźnione (złożone z naruszeniem terminu).

3. Ponadto z daleko idącej ostrożności Zamawiający wyjaśnił, iż APATOR w odwołaniu wskazuje, iż dostęp do wnętrza licznika jest możliwy dopiero po zerwaniu plomb z osłonki skrzynki zaciskowej i zdjęciu samej osłonki, tym samym potwierdza, że zaoficerowany licznik spełnia wymagania SIWZ oraz norm, gdyż ewentualny dostęp do wewnętrznych elementów licznika jest możliwy wyłącznie po uszkodzeniu plomb. Uszkodzenie plomb i w konsekwencji zdjęcie osłony listwy zaciskowej licznika umożliwia pełny dostęp do tej listwy i eliminuje zasadność jakichkolwiek ingerencji do wnętrza licznika, który nawiasem mówiąc przez wskazaną przez Odwołującego szczelinę i tak jest znacząco utrudniony. Dodatkowo należy wspomnieć, że dostęp do wnętrza licznika jest zabezpieczony w celu zachowania poprawnej pracy licznika, głównie części związanych z metrologią. Nieuprawniony dostęp do wnętrza licznika pozostawi widoczne ślady ingerencji. Dodatkowo fakt zdjęcia osłony skrzynki zaciskowej licznika spowoduje aktywację wskaźnika zdjęcia osłony skrzynki zaciskowej licznika. Sygnalizacja faktu zdjęcia i założenia osłony listwy zaciskowej licznika jest widoczna na wyświetlaczu LCD licznika z jednoczesnym zapisem faktu w rejestrze zdarzeń ze znacznikiem daty i czasu każdego zdarzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z orzeczeniem Izby w sprawach KIO 1942/16 i KIO 1952/16, wniesionymi przez Odwołujących się wykonawców odwołaniami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań.

Izba nie uwzględniła bowiem wniosku złożonego przez Przystępującego Konsorcjum FOXYTECH Spółka z o.o. oraz NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd do

sprawy o sygn. akt KIO 2376/16 o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 oraz 5 ustawy Pzp, w ramach którego wskazano, iż odwołanie dotyczy zarzutów będących przedmiotem rozpoznania w sprawie o sygn. KIO 1952/16. Izba uznała, za stanowiskiem Zamawiającego, odmienność zarzutów i dopuszczalność ich podniesienia w ramach zasady koncentracji i ekonomiki postępowania, W przypadku zaś uwzględnienia odwołania o sygn. akt KIO 2365/16 wykonawca APATOR S.A. zostałby pozbawiony możliwości zakwestionowania wyboru oferty Konsorcjum FOXYTECH Spółka z o.o. oraz NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd w toku postępowania. Tym samym Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie odwołanie o sygn. akt KIO 2376/16 uzależniając jego ewentualne uwzględnienie, przy potwierdzeniu się zarzutów w nim podniesionych, od losów odwołania o sygn. akt KIO 2365/16. W przypadku oddalenia tego ostatniego zastosowanie mieć będzie norma prawna wyrażona w treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, która umożliwia uwzględnienie odwołania, w przypadku potwierdzenia się zarzutów w nim podniesionych, tylko w przypadku ich faktycznego lub hipotetycznego wpływu na wynik postępowania. Tym samym Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania o sygn. akt KIO 2376/16.

Jednakże mając na względzie sformułowany przez Przystępującego konsorcjum Elgama wniosek w zakresie odrzucenia odwołania o sygn. akt KIO 2365/16 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w ramach którego wskazano, że odwołanie dotyczy czynności wykonanej zgodnie z wyrokiem Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16 Izba w niniejszym składzie uznała, że wniosek ten jest zasadny tylko co do zarzutów podniesionych w ramach zadania nr 1 i nie może doprowadzić do odrzucenia odwołania w całości. Wszakże, co zostało ustalone po analizie orzeczenia Izby z dnia 7 listopada 2016 r. w sprawach wyżej wskazanych rozstrzygnięcia Izby wobec Konsorcjum FOXYTECH Spółka z o.o. oraz NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd były odmienne, zaś Zamawiający w ramach powtórzonej dnia 9 grudnia 2016 r. czynności wykluczył tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ramach zadania nr 1 i 2. Tym samym Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2365/16 jedynie zarzuty odnoszące się do zadania nr 2 wydając w tym zakresie postanowienie na posiedzeniu z udziałem Stron i uczestników postępowania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującym w sprawach o sygn. akt KIO 2365/16 oraz KIO 2367/16 przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez tych wykonawców będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożyli w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejsze ekonomicznie oferty,

zaś wykluczenie Odwołującego Konsorcjum FOXYTECH Spółka z o.o. i NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd z postępowania oraz odrzucenie oferty wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. spowodował, iż zostali oni wyeliminowani z procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania mają oni szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2376/16, Izba poza innymi argumentami natury formalnej i merytorycznej, stwierdziła również brak po stronie Odwołującego spełnienia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, która zostanie omówiona w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego. Izba uwzględniła również akta sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16.

Izba przeprowadziła również na rozprawie dowód z oględzin liczników złożonych w postępowaniu jako próbki i poddała ocenie ten dowód.

Izba przeprowadziła również dowody z dokumentów zawnioskowanych w odwołaniach oraz na rozprawie i obejmujących m.in.:

- oświadczenie Czeskiego Instytutu Metrologicznego z dnia 02.01.2017 r.;
- oświadczenia wraz z jego tłumaczeniem podpisanego przez R. J. z dnia 14.12.2016 r. dotyczącego tłumaczenia certyfikatu i jego projektu;
- aktu notarialnego z dnia 07.12.2016 r. Repertorium A numer 10347/2016;
- odpisu stron 34 i 35 treści normy EN 50470-1:2006.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że wniesione odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamówienie zostało podzielone na dwa zadania:

1. Zadanie nr: 1 - dostawa statycznych bezpośrednich 1-fazowych liczników energii elektrycznej, w ilości 187.216 sztuk (dalej „Część 1”).
2. Zadanie nr: 2 - dostawa statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii elektrycznej, w ilości 154.719 sztuk (dalej „Część 2”).

W dniu 5 października 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W odpowiedzi na przekazaną przez Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca APATOR oraz wykonawca konsorcjum w składzie: Systemy pomiarowe ELGAMA sp. z o.o. oraz Zamknięta Spółka Akcyjna UAB „ELGAMA- ELEKTRONIKA” (dalej „Konsorcjum ELGAMA”) złożyli odwołania. Wykonawca APATOR wniósł odwołanie w zakresie Części nr 2, natomiast wykonawca Konsorcjum ELGAMA wniósł odwołanie w zakresie Części nr 1.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 7 listopada 2016 roku wydanym w połączonych sprawach KIO 1942/16 (Część 1 Postępowania) i KIO 1952/16 (Część 2 Postępowania) uwzględniła odwołania złożone względem czynności Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w obu sprawach nakazała Zamawiającemu m.in. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz powtórne badanie i ocenę ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w zakresie Części 1 postępowania (KIO 1942/16) nakazała Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie badania i oceny ofert,
3. wezwanie wykonawcy ZPA w trybie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia następujących dokumentów:
 - 1) Próbki oferowanego licznika o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematami podłączeń uwidocznionymi w treści certyfikatu MID;
 - 2) Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez oferowane liczniki wymogu o którym mowa w pkt 1.17 załącznika nr 12 do SIWZ;
 - 3) Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
 4. wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie właściwości oferowanego licznika,

5. powtórne badanie i ocenę ofert,

W uzasadnieniu tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała ponadto, iż wobec zaistnienia podstawy wykluczenia Konsorcjum FOXYTECH z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP - Izba odstąpiła od nakazywania Zamawiającemu dokonywania czynności zmierzających do sanowania niezgodności pomiędzy tabliczką znamionową na próbce licznika przedstawionej przez Konsorcjum FOXYTECH a wzorcem uwidocznionym w Certyfikacie MID (strona 61 uzasadnienia wyroku).

Zamawiający kierując się powyższym orzeczeniem unieważnił oraz powtórzył czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach obu zadań. Po dokonaniu powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 6 grudnia 2016 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części 1 i Części 2 postępowania. W odpowiedzi na przekazaną przez Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca Konsorcjum FOXYTECH, wykonawca APATOR oraz wykonawca ZPA Smart & Energy a.s. (dalej zwanym „ZPA”) złożyli odwołania.

Ustalenia faktyczne w sprawie **KIO 2365/16**

W dniu 14.10.2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) wpłynęły odwołania wniesione przez Konsorcjum Elgama w części nr 1 Postępowania oraz przez Apator w części nr 2 Postępowania. W dniu 7.11.2016 r., KIO wydała wyrok w sprawach połączonych (sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16), uwzględniła w części odwołanie Konsorcjum Elgama oraz Apator i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie badania i oceny ofert w części nr 1 i części nr 2, a także między innymi w odniesieniu do Odwołującego:

1. w części I wykluczenie Odwołującego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie właściwości oferowanego licznika; oraz
2. w części II wezwanie Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem.

W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, iż część zarzutów Konsorcjum Elgama była zasadna. W pierwszej kolejności, w odniesieniu do postawionego w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do

uzupełnienia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem oraz związanego z nim zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie właściwości oferowanego licznika KIO wskazała, że: „Nie była sporna między stronami i Konsorcjum F [tj. Odwołującego - przyp. Odwołujący] okoliczność braku tłumaczenia na str. 116 oferty Konsorcjum F pouczenia zawartego na str. 126 oferty („The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant”) ani przedstawione przez Odwołującego jego tłumaczenie. Zgodnie z nim treści oznaczone obramowaniem z linii przerywanych mogą się różnić w zależności od wariantu licznika. A contrario przyjąć należało, że treści, które na tabliczce znamionowej próbki licznika nie są oznaczone w ten sposób muszą być zgodne ze schematami (wzorami) tabliczek znamionowych zamieszczanych w treści Certyfikatu MID, co powinno zostać uwzględnione przez Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty Konsorcjum F.

Za przyjęciem tego poglądu przemawia, po pierwsze, okoliczność, że Certyfikat MID jest dokumentem potwierdzającym zgodność typu urządzenia z wymogami normy, a zatem dotyczy więcej niż jednego konkretnego wariantu (modelu) przyrządu pomiarowego. Oczywiście wydaje się, że mogą się one od siebie różnić nie tylko właściwościami technicznymi, ale również informacjami na tabliczkach znamionowych (na których notabene zawarte są m./n. dane o tychże właściwościach). Tym niemniej muszą pozostawać zgodne z Certyfikatem MID, jako dokumentem potwierdzającym, że modele te, będące wariantami przebadanego typu urządzeń, spełniają właściwe im wymagania norm(y).

(...) W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro tabliczka znamionowa na próbce licznika przedstawionej przez Konsorcjum F różniła się od jej wzorca uwidocznionego w Certyfikacie MID w zakresie informacji o normach i piktogramu (zob. str. 15 odwołania), to jego oferta jest w ten sposób niezgodna z SIWZ.

(...) Izba odmówiła wiarygodności dowodowi DPK7 [tj. opracowania Odwołującego dotyczącego różnic pomiędzy informacjami prezentowanymi na tabliczkach znamionowych próbek liczników, a wynikającymi z załączonych do nich Certyfikatów MID w ofertach innych wykonawców, w tym Konsorcjum Elgama i Apator - [przyp. Odwołujący] stwierdzając; że zmierzał on do usprawiedliwienia omówionej powyżej sprzeczności w ofercie Konsorcjum F przez wskazanie analogicznych różnic pomiędzy tabliczkami znamionowymi liczników innych wykonawców, a wzorami opisanymi w przedstawionych przez nich certyfikatach. Należy jednak zauważyć, że u podstaw zarzutu legła treść złożonego przez Konsorcjum F Certyfikatu MID, a konkretnie - nieprzetłumaczonej klauzuli odnoszącej się do zakresu zmian dopuszczalnych w obrębie tabliczki znamionowej. Z omawianego dowodu nie wynika czy, a jeśli tak, to w jaki sposób kwestia ta została ujęta w certyfikatach innych wykonawców.

Ponadto, omawiane na str. 2 opracowania fragmenty treści Certyfikatu MID odwołującego APATOR S.A. wprost posługują się pojęciem „przykładu” tabliczki znamionowej, które to nie zostało użyte w Certyfikacie MID złożonym przez Konsorcjum F.

Następstwem potwierdzenia się tego zarzutu musiało być uchylene czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie oferty Konsorcjum F, które - w omówionym powyżej zakresie - przeprowadzone zostało wadliwie. Izba odstąpiła jednak od nakazywania Zamawiającemu dokonania czynności zmierzających do sanowania opisanej powyżej kwestii, jako że potwierdził się jednocześnie zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, a uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust 3 Pzp nie podlegają dokumenty niemi dotknięte

W konsekwencji, KIO uznała także, iż Odwołujący złożył rzekomo nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania: „Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp nastąpić może wyłącznie w razie łącznego ziszczenia się dwóch przesłanek - złożenia nieprawdziwych informacji oraz ich rzeczywistego lub potencjalnego wpływu na wynik takiego postępowania.

Odnosnie pierwszej z przesłanek wyjaśnić należy - bez konieczności szczegółowej analizy poglądów doktryny i judykatury, jako że kwestia ta została już dotąd omówiona w sposób kompleksowy i wyczerpujący - że nieprawdziwa informacja to taka, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Innymi słowy jest to informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeżenie rzeczywistości.

Nie ulega wątpliwości składu orzekającego, że owo wprowadzenie w błąd może nastąpić zarówno przez przekazanie informacji nieprawdziwej w podanym powyżej znaczeniu, jak i w następstwie zaniechania przekazania (ukrycia, zatajenia) informacji prawdziwej (zgodnej z rzeczywistością). Oba te przypadki należy zatem odnosić do pojęcia złożenia nieprawdziwych informacji.

Przypomnieć również trzeba, że złożeniu nieprawdziwych informacji nie musi towarzyszyć umyślność działania, wystarczy bowiem działanie niedbałe, tj. z pominięciem należytej staranności określanej w przypadku wykonawcy będącego podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą, z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności (zob. art. 355 § 2 K.c.).

W kwestii drugiej z przesłanek skład orzekający zauważa, że należy wiązać ją przede wszystkim z uzyskaniem lub możliwością uzyskania zamówienia publicznego w wyniku posłużenia się nieprawdziwymi informacjami.

Okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej sprawy dały Izbie podstawy do przyjęcia, że co najmniej w wyniku niedbalstwa (choć brak tłumaczenia istotnego, zdaniem składu orzekającego, fragmentu dokumentu, korespondująca z argumentacją Konsorcjum F o możliwości wprowadzania zmian w treści tabliczki znamionowej przekraczających zakres wynikający z treści nieprzetłumaczonego pouczenia, wskazywać może na działanie intencjonalne), wyrażającego się nieprzetłumaczeniem Certyfikatu MID w pełnym zakresie (zob. str. 116 i 126 oferty Konsorcjum F), Zamawiający został wprowadzony w błąd co do właściwości oferowanych przez Konsorcjum F liczników (zgodności próbki oferowanego licznika z Certyfikatem MID).

W ocenie Odwołującego chybiona była argumentacja Zamawiającego, który braku złożenia nieprawdziwych informacji upatrywał w nieusunięciu nieprzetłumaczonej klauzuli z anglojęzycznej wersji Certyfikatu MID. Wydaje się, że zmierzała ona do wykazania braku możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, mimo iż kwestia ta nie ma znaczenia dla ustalenia zaistnienia omawianej przesłanki, ponieważ nieprawdziwość informacji na charakter obiektywny.

Skład orzekający uznał również, że w przedmiotowym stanie faktycznym ziściła się druga przesłanka dotycząca możliwego wpływu na wynik Postępowania. Należy ją bowiem, jak wspomniano, do możliwości uzyskania zamówienia, która, zwłaszcza wobec niepewnego losu oferty sklasyfikowanej na miejscu pierwszym, istniała.

W konsekwencji Izba nakazała wykluczenie Konsorcjum F z Postępowania, o czym orzeczono w pkt. 1.1.4 sentencji wyroku".

Ponadto KIO wskazała w uzasadnieniu wyroku, iż także część zarzutów Apator była zasadna. W odniesieniu do postawionego w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem KIO wskazała, że: „Zarzut potwierdził się, bowiem tabliczka znamionowa umieszczona na próbce licznika jest niezgodna z jej wzorem z Certyfikatu MID w zakresie pominięcia wskazania wszystkich norm zamieszczonych na zatwierdzonym certyfikatem wzorze, nieskonkretyzowania normy 50470 i piktogramów (zob. str. 10-11 odwołania).

Przyczyny uwzględnienia przedmiotowego zarzutu zostały omówione przy rozstrzygnięciu o analogicznym zarzucie z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16, do których to rozważań Izba odsyła.(...) W konsekwencji', mając na uwadze brak zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, Izba uwzględniając odwołanie unieważniła wybór oferty Konsorcjum F, badanie i ocenę ofert i nakazała Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum F do uzupełnienia dokumentu w postaci próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w Certyfikacie MID wzorem, o czym orzeczono w pkt 2.1.1. - 2.1.3. sentencji wyroku.

(...) Ergo, w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16 Izba nakazała wykluczenie Konsorcjum F. z Postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji i mimo, że w sprawie o sygn. akt KIO 1652/16 stan faktyczny przedstawiał się identycznie, to jednak odwołujący APATOR S.A. zarzutu związanego z nieprawdziwymi informacjami nie postawił, wobec czego Izba, po myśli przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, nie mogła co do niego orzekać.

Izba, nie będąc wprawdzie związana żądaniami odwołania, nie uznała za zasadne poprzestanie wyłącznie na uwzględnieniu odwołania i unieważnieniu czynności opisanych w pkt. 2.1.1. i 2.1.2., jako że mogłoby to sugerować Zamawiającemu ocenę prawdziwości informacji zawartych w ofercie Konsorcjum F., której to Zamawiający - prowadząc Postępowanie zgodnie z przepisami Pzp - powinien dokonać samodzielnie".

Z powyższym wyrokiem i jego uzasadnieniem nie zgodził się Odwołujący i w dniu 2 grudnia 2016 r. złożył skargę do Sądu Okręgowego w Krakowie.

W dniu 16.11.2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia:

1. próbki oferowanego licznika 3-fazowego typu SX330-D2B31-RIFOPN o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym wzorem zawartym w Certyfikacie MID złożonym wraz z Ofertą;
2. protokołu z badania mocy licznika 3-fazowego, o którym mowa w pkt. 3.3.1.7. SIWZ, wykonanego przez niezależne od Wykonawcy laboratorium, spełniającego wymaganie pkt 1.50 Załącznika nr 13 do SIWZ.

Odwołujący w dniu 23.11.2016 r. uzupełnił żądane dokumenty.

W dniu 06.12.2016 r. Odwołujący (Konsorcjum FOXYTECH) pismem z dnia 5.12.2016 r. przedłożył Zamawiającemu tłumaczenie Certyfikatu MID zawierające tłumaczenie na język

polski zdania: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant”.

W dniu 6 grudnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego – Konsorcjum FOXYTECH o wykluczeniu go z Postępowania w części nr 1 i części nr 2 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik Postępowania. W odniesieniu do części nr 1 wskazał, że: Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że złożył nieprawdziwe informację) mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonej czynności wskazał, że zgodnie z pkt 3.3.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby „(...) oferowane liczniki spełniały wymagania określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym* Załącznik nr 12 do SIWZ (dla Zadania 1). Na potwierdzenie spełniania powyższego) zgodnie z pkt 3.3.1.6 SIWZ Wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty: „kserokopię Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz\ z załącznikami wydanego przez uprawnioną Jednostkę notyfikującą zgodnie i z Dyrektywą 2014/32/UE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia i 26.02.2014 roku w sprawie Urządzeń pomiarowych (Dz. Urz. UE L, 96)”.

Wykonawca wraz z ofertą dostarczył Certyfikat zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) w wersji anglojęzycznej oraz jego tłumaczenie na język polski, W treści przetłumaczonego Certyfikatu MID Wykonawca pominął zdanie (str. 116 oferty) o treści: „Zawartość pól zaznaczonych przerywaną linią jest: zmienna w zależności od wariantu licznika”, które to zdanie w wersji anglojęzycznej znajduje się na str. 126 oferty („The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant”).

Nieprzetłumaczony na język polski tekst dotyczy możliwości wprowadzenia zmian w treści tabliczki znamionowej licznika. Fakt stwierdzenia braku tłumaczenia powyższego fragmentu Certyfikatu MID (pouczenia) wskazuje na co najmniej niedbalstwo Wykonawcy, wskazywać też może na działanie intencjonalne wprowadzające Zamawiającego w błąd, co do właściwości oferowanych przez Wykonawcę liczników w zakresie zgodności próbki oferowanego licznika z Certyfikatem MID.

Mając powyższo na uwadze, działając na podstawie wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. w sprawie KIO 1942/16 oraz KIO 1952/16 (odwołania rozpatrywane

łącznie), Wykonawcę należało wykluczyć z postępowania na podstawie art* 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W części nr 2 Zamawiający powtórzył powyższe uzasadnienie.

Ustalenia faktyczne w sprawie **KIO 2367/16**

Zgodnie z wymaganiami pkt 1.17 Załącznika 12 i 13 do SIWZ „Liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy $>-40^{\circ}\text{C}$ ". Zamawiający na potwierdzenie powyższego warunku wymagał przedłożenia Certyfikatu MID.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 1.17 OPZ-1 Zamawiający wymagał, aby liczniki posiadały minimalną temperaturę pracy $\leq -40^{\circ}\text{C}$. Powyższe Zamawiający ustalać miał na podstawie karty katalogowej, instrukcji obsługi licznika i Certyfikatu MID z załącznikami (dokumenty przedmiotowe wymienione odpowiednio w pkt 3.3.1.3., 3.3.1.4. i 3.3.1.6. SIWZ). W zakresie tego zarzutu ustalono, że zgodnie z pkt 3.3.1. SIWZ na potwierdzenie spełniania przez oferowane liczniki wymogów zawartych w OPZ-1 wykonawcy mieli złożyć m.in. jeden egzemplarz (próbkę) oferowanego licznika (dla każdej części zamówienia 1 egzemplarz) wraz z oświadczeniem o spełnianiu stawianych wymagań. Zamawiający przewidział, że próbki zostaną poddane badaniom technicznym w celu potwierdzenia zgodności ich parametrów z wymogami OPZ-1 i OPZ-2.

Ponadto, zgodnie z 4.5.1.3. SIWZ, oferty miały być oceniane w kryterium „Walory techniczne (waga – 10%), w którym przyznawano punkty zależnie od posiadania funkcjonalności opisanych w tabelach, osobno dla części 1 i 2 zamówienia. Jedną z takich funkcjonalności w części 1 zamówienia (poz. 2 tabeli) referowała do listwy zaciskowej i przewidywała otrzymanie 2 punktów w omawianym kryterium w przypadku, gdy wszystkie zaciski będą typu klatkowego.

Wykonawca ZPA zadeklarował, że zaoferował liczniki posiadające opisaną powyżej cechę (str. 203 oferty, pkt 2.2.).

Odwołujący ZPA zaoferował licznik, co do którego oświadczył, iż spełnia wymagania Zamawiającego określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący ZPA załączył do oferty Certyfikat MID w którym w pkt. 2 - „Podstawowa charakterystyka metrologiczna” (str. 141 i 149 oferty ZPA w Części 1 oraz str. 159 i 167 oferty ZPA w Części 2) zamieszczono zastrzeżenie dotyczące poz. 15 („Zakres temperatury roboczej”), zgodnie z którym: *„Licznik mierzy przy temperaturze -40°C prawidłowo, jednak dane na wyświetlaczu nie są czytelne.*

Mogą one zostać pozyskane z wyświetlacza poprzez interfejs optycznym lub przy temperaturze wyższej (>-30 °C)".

Z protokołu badania technicznego z dnia 22 września 2016 r., str. 10, pkt 2.2 (badanie poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej) wynika, że próbka licznika otrzymała komplet punktów w przedmiotowym podkryterium.

Wykonawca ZPA Smart Energy a.s. zaoferował licznik, co do którego oświadczył, że spełnia wymagania Zamawiającego określone w OPZ-1 (Załącznik A do Załącznika nr 7, pkt 1.17, str. 194 oferty Wykonawcy Z. Do oferty załączył Certyfikat MID, w którym, w pkt 2 – „Podstawowa charakterystyka metrologiczna” (str. 149 oferty Wykonawcy ZPA), pod zamieszczoną w nim tabelą, zawarto zastrzeżenie dotyczące poz. 15 („Zakres temperatury roboczej”), zgodnie z którym „Licznik mierzy przy temperaturze -40°C prawidłowo, jednak dane na wyświetlaczu nie są czytelne. Mogą one zostać pozyskane z wyświetlacza poprzez interfejs optyczny lub przy temperaturze wyższej ($\geq -30^{\circ}\text{C}$)”.

1.3. W dniu 05.10.2016 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zawierającej ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Zadania nr 1 i 2 ze wskazaniem wykonawców, którzy spełnili warunki danego postępowania oraz wykonawców, których oferta została odrzucona. W ramach w/w wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 1, jako ofertę najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego, zaś w zakresie Zadania nr 2 oferta Odwołującego umiejscowiła się na miejscu drugim.

Wobec w/w wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 1 wykonawca, który umiejscowił się na miejscu trzecim, spółka Konsorcjum wykonawców: Systemy pomiarowe EL GAMA sp. z o. o. i Zamknięta Spółka Akcyjna UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA” złożyła w dniu 17.10.2016 r. odwołanie.

Wobec w/w wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Zadania nr 2 wykonawca, który umiejscowił się na miejscu trzecim, spółka Apator S.A. złożyła w dniu 17.10.2016 r. odwołanie.

Na podstawie złożonych w/w odwołań, po ich rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 i 31 października 2016 r., Krajowa Izba Odwoławcza (dalej tylko „KIO“) wydała wyrok z dnia 07.11.2016 r., sygn. akt. KIO 1942/16 i 1952/16, w ramach którego orzekła, iż uwzględnia

w/w odwołania i nakazała Zamawiającemu w zakresie Zadania nr 1 zamówienia między innymi:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie badania i oceny ofert,
- wezwanie wykonawcy ZPA Smart Energy a.s, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia następujących dokumentów:

a) próbki oferowanego licznika o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematami podłączeń uwidocznionymi w treści certyfikatu MID,

b) certyfikatu MID potwierdzającego spełnianie przez oferowany licznik wymogu, o którym mowa w pkt. 1.17 załącznika nr 12 do SIWZ,

c) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,

- powtórne badanie i ocenę ofert,

oraz w zakresie Zadania nr 2 zamówienia w szczególności:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie badania i oceny ofert,
- wezwanie wykonawcy ZPA Smart Energy a.s., w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia następujących dokumentów:

a) próbki oferowanego licznika o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematami podłączeń uwidocznionymi w treści certyfikatu MID,

b) certyfikatu MID potwierdzającego spełnianie przez oferowany licznik wymogu, o którym mowa w pkt. 1.17 załącznika nr 13 do SIWZ,

c) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,

- powtórne badanie i ocenę ofert.

Zamawiający na podstawie w/w wyroku zawiadomił Odwołującego w dniu 09.11.2016 o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2.

Jak ustalono Zamawiający na podstawie powyższego wyroku wezwał dnia 16.11.2016 Odwołującego do uzupełnienia następujących dokumentów w nieprzekraczalnym terminie 22.11.2016 r. do godz. 15:00 :

- a) w zakresie Zadania 1 przez:

- dostarczenie próbki oferowanego licznika 1-fazowego typu ZE114.D0.C0B148-052 o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematem podłączeń prezentowanym w Certyfikacie MID złożonym wraz z Ofertą. Wykonawca wraz z ofertą dostarczył próbkę (wzorzec) licznika 1-fazowego z listwą zaciskową nie posiadającą zacisku nr 5, którego obecność wskazuje Certyfikat MID i schemat połączeń licznika na jego tabliczce znamionowej.

— dostarczenie protokołu z badania poboru mocy licznika 1-fazowego, o którym mowa w pkt. 3.3.1.7 SIWZ, wykonanego przez niezależne od Wykonawcy laboratorium, spełniającego wymagania pkt. 1.49 Załącznika nr 12 do SIWZ. Wykonawca wraz z ofertą dostarczył protokół z badania poboru mocy dla licznika 1-fazowego o nr fabrycznym zgodnym z próbką licznika. Dostarczenie przez Wykonawcę (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z pkt 1 powyżej) próbki wymagana w konsekwencji dostarczenia protokołu z badania tejże próbki a nr fabryczny licznika zawarty w protokole z badań musi być zgodny z numerem fabrycznym uzupełnionej próbki.

- dostarczenie Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez wszystkie komponenty próbki licznika 1-fazowego, w którym również przez wyświetlacz LCD wymogu zawartego w pkt 1.17 Załącznika nr 12 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy < -40° C“.

Wykonawca wraz z ofertą dostarczył Certyfikat MID, który nie potwierdza spełnienia przedmiotowego wymagania przez wyświetlacz LCD próbki licznika 1-fazowego.

b) w zakresie Zadania 2 poprzez:

- dostarczenie próbki oferowanego licznika 3-fazowego typu ZE314.D0.C0B088-052 o konfiguracji zacisków zgodnej ze schematem podłączeń prezentowanym w Certyfikacie MID złożonym wraz z Ofertą. Wykonawca wraz z ofertą dostarczył próbkę (wzorzec) licznika 3-fazowego z listwą zaciskową nie posiadającą zacisku nr 11, którego obecność wskazuje Certyfikat MID i schemat połączeń licznika na jego tabliczce znamionowej.

- dostarczenie protokołu z badania poboru mocy licznika 3-fazowego, o którym mowa w pkt 3.3.1.7. SIWZ, wykonanego przez niezależne od Wykonawcy laboratorium, spełniającego wymagania pkt. 1.50 Załącznika nr 13 do SIWZ. Wykonawca wraz z ofertą dostarczył protokół z badania poboru mocy dla licznika 3-fazowego o nr fabrycznym zgodnym z próbką licznika. Dostarczenie przez Wykonawcę (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z pkt 4 powyżej) próbki wymagana w konsekwencji dostarczenia protokołu z badania tejże próbki a nr fabryczny licznika zawarty w protokole z badań musi być zgodny z numerem fabrycznym uzupełnionej próbki.

- dostarczenie Certyfikatu MID potwierdzającego spełnienie przez wszystkie komponenty próbki licznika 3-fazowego, w tym również przez wyświetlacz LCD, wymogu zawartego w pkt 1.17 Załącznika nr 13 do SIWZ: „Liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy < -40° C“.

Wykonawca wraz z ofertą dostarczył Certyfikat MID, który nie potwierdza spełnienia przedmiotowego wymagania przez wyświetlacz LCD próbki licznika 3-fazowego.

- dostarczenie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem Zamówienia. Suma ubezpieczenia nie może być niższa niż równowartość 1500000 PLN.

Wykonawca wraz z ofertą dostarczył dokument, który nie spełnia wymagania określonego w pkt 3.2.1.2.2. SIWZ.

Odwołujący przedstawił żądane dokumenty w ustanowionym przez Zamawiającego terminie, a to poprzez złożenie w dniu 23.11.2016 (jak wskazał wykonawca ZPA w treści odwołania termin ten został na żądanie Odwołującego przedłużony o jeden dzień) pisma - uzupełnienie dokumentów z dnia 21.11.2016 wraz z załączeniem próbki - licznik ZE114.D0.C0B148-052 No.16070720 oraz próbki - licznik ZE314.D0.C0B088-052 No.16070721.

1.7. Zamawiający na podstawie w/w wyroku wezwał dnia 16.11.2016 Odwołującego również do wyjaśnienia treści złożonej oferty w nieprzekraczalnym terminie 18.11.2016 r. do godz. 13:00.

W dniu 06.12.2016 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania o sygn. akt KIO 2367/16, tj. informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zawierającej ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Zadania nr 1 i 2 ze wskazaniem wykonawców, którzy spełnili warunki danego postępowania oraz wykonawców, którzy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu lub wykonawców, których oferta została odrzucona, wraz z uzasadnieniem. W ramach wykonawców w zakresie Zadania nr 1 i 2, których oferta została odrzucona, wskazana została spółka ZPA Smart Energy a.s., zaś jako powód odrzucenia oferty Zamawiający podał fakt, iż oferta Odwołującego nie spełniła wymagań określonych w pkt. 1.1., 1.17, 1.2 oraz 1.3 Załącznika nr 12 do SIWZ w zakresie Zadania nr 1 oraz 1.1., 1.17, 1.2 oraz 1.3 Załącznika nr 13 do SIWZ w zakresie Zadania nr 2.

Ustalenia faktyczne w sprawie **KIO 2376/16**

Zgodnie z pkt 3.3.1.6 SIWZ Zamawiający żądał przedłożenia kserokopii Certyfikatu zgodności z wymaganiami zasadniczymi (MID) wraz z załącznikami (dalej: „certyfikat MID”) wydanego przez uprawnioną jednostkę notyfikującą zgodnie z Dyrektywą 2014/32/UE

Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dn. 26.02.2014 roku w sprawie urządzeń pomiarowych (Dz.Urz. UE L. 96).

Wybór oferty poprzedzony był postępowaniem odwoławczym pod sygnaturą akt KIO 1942/16 KIO 1953/16. W wyniku rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez APATOR, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała w wyroku z dnia 7 listopada 2016r.: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej unieważnienie badania i oceny ofert, wezwanie Konsorcjum FOXYTECH w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia próbki oferowanego licznika o tabliczce znamionowej zgodnej z zatwierdzonym w certyfikacie MID wzorem.

W dniu 14 października 2016r. Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił, że tabliczka znamionowa oferowanego przez Konsorcjum FOXYTECH licznika 3-fazowego SX330 złożonego jako próbka w Postępowaniu jest sprzeczna z certyfikatem MID, który był wymagany zgodnie z pkt 3.3.1.6 SIWZ. Zatem oferta jest wewnętrznie sprzeczna. Ponadto w powyższym odwołaniu wskazano, że próbka ta jest sprzeczna z pkt 1 ppkt 1.1 Załącznika nr 13 do SIWZ, zgodnie z którym: liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami:

- a) PN-EN 50470*1:2008 - Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) - Część 1: Wymagania ogólne, badania i warunki badań - Urządzenia do pomiarów (klas A, BI C)
- b) PN-EN 60470-3:2000 - Urządzenia do pomiarów energii 1,1, elektrycznej (prądu przemiennego) - Część 3: Wymagania szczegółowe - Liczniki statyczne energii czynnej (Was A,BiC)
- c) PN-EN 62056-21:20§3 - Pomiary elektryczne - Wymiana danych w celu odczytu liczników, sterowania taryfami i obciążeniem - Część 21: Lokalna bezpośrednia wymiana danych
- d) PN-EN 62056-6-1:2014-02E - Wymiana danych w pomiarach energii elektrycznej - Zespół DLMS/COSEM - Część 6*1: System identyfikacji obiektów (OBIS).

Jak wskazał Odwołujący w ramach postępowania prowadzonego pod sygn. akt KIO 1952/16 na str. 209 i następnym oferty Konsorcjum FOXYTECH zostało złożone tłumaczenie przedmiotowego certyfikatu. Na stronie zaś 212 znajduje się wzór zatwierdzonej tabliczki znamionowej. Rozbieżności występują, w szczególności w następującym zakresie:

1) na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B zostały nadrukowane numery wymaganych przez Zamawiającego norm: PN-EN 50470-1, PN- EN 50470-3. Z kolei producent na liczniku złożonym jako próbka nadrukował na tabliczce znamionowej nazwę normy PN-EN 50470,

2) na liczniku złożonym jako próbka nie nadrukowano na tabliczce znamionowej nazw pozostałych norm występujących na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B (innych niż wskazane w pkt 1) powyżej),

3) piktogramy występujące na liczniku złożonym jako próbka różnią się od występujących na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B:

- piktogramy na tabliczce znamionowej zatwierdzonej w certyfikacie MID moduł B:

- piktogramy występujące na liczniku złożonym jako próbka:

Oryginalny Certyfikat MID na stronie 223 oferty zawiera nieprzetłumaczony na język polski zapis w postaci: „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant” który w tłumaczeniu na język polski oznacza: „Treść w ramce zaznaczonej linią przerywaną jest zmienna w zależności od wariantu licznika”.

W ocenie Odwołującego w sprawie KIO 1952/16 kwestie wskazane powyżej nie były objęte linią przerywaną i nie mogły ulec zmianie. Powyższe dowodzi, jego zdaniem, że tabliczka w zaoferowanym liczniku, nie jest zgodna z zatwierdzoną tabliczką w certyfikacie MID, ponieważ opis norm i piktogramów nie jest objęty możliwością zmian.

W związku z powyższym APATOR wywodził, że oferta Konsorcjum FOXYTECH podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest sprzeczna wewnętrznie i sprzeczna ze wskazanymi powyżej postanowieniami SIWZ

W wyniku rozpatrzenia odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała uzupełnienie próbki oferowanego przez Konsorcjum Foxytech licznika 3-fazowego SX330. Uzupełniona próbka licznika posiada tabliczkę znamionową, na której oznaczone są normy:

EN 50470-3 Kl. B - (norma obejmuje liczniki statyczne energii czynnej klas A, B, i C)

IEC 62053-21 Kl.I - (norma obejmuje liczniki statyczne energii czynnej klasy 1 i 2)

IEC 62053-23 Kl. 2 - (norma obejmuje liczniki statyczne energii biernej klasy 2 i 3)

W dniu 6 grudnia 2016r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – wykonawcy APATOR S.A. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo datowane na dzień 6 grudnia 2016r.) - wybór II. Jako najkorzystniejsza w zadaniu nr 2 została uznana oferta Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy Konsorcjum FOXYTECH. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, że „Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu w/w Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach o sygn. akt KIO 2365/16, KIO 2367/16 oraz KIO 2376/16, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołujących się wykonawców zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż poza sporem zainicjowanym wniesionymi odwołaniami pozostawały okoliczności faktyczne, które były co do zasady akceptowane przez Strony i Uczestników postępowania. Kwestię sporną stanowiła wykładnia poszczególnych norm ujętych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym kwestia prawidłowości wykonania orzeczenia Izby w sprawach KIO 1942/16 oraz KIO 1952/16. Nawet dowodzone przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2367/16 okoliczności faktyczne stanowiły de facto ocenę realizacji przez Zamawiającego nakazów ujętych w sentencji orzeczenia Izby w sprawach KIO 1942/16 i KIO 1952/16.

Odnosząc się w sposób ogólny do zarzutów podniesionych w ramach wszystkich rozpoznawanych odwołań Izba jest zmuszona w pierwszej kolejności wskazać, iż w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia z drugim wyborem ofert dla zadań nr 1 i 2 poprzedzonym postępowaniem odwoławczym prowadzonym przed Izbą w sprawach oznaczonych sygn. akt KIO 1942/16 oraz KIO 1952/16. Powyższe oznacza, po pierwsze, że wykonawcy mogli zapoznać się z ofertami konkurentów na wcześniejszym etapie postępowania, po drugie, co najistotniejsze, że w znaczącej mierze podnoszone przez odwołujących się wykonawców zarzuty stanowiły już przedmiot rozstrzygnięcia i badania w innym postępowaniu odwoławczym. Należy również wskazać, że znaczna część zarzutów odnosi się do czynności Zamawiającego stanowiących realizację orzeczenia Izby, i w tym kontekście będzie podlegać merytorycznej ocenie.

Izba co do zasady nie jest związana ustaleniami oraz stanowiskiem podjętym w innym postępowaniu odwoławczym jednakże, jak od każdej zasady, i w tym wypadku można dostrzec wyjątki od tak sformułowanej zasady. Wskazać bowiem należy, że w postępowaniu odwoławczym ocenie podlegają czynności podejmowane przez podmiot zamawiający lub zaniechania tego podmiotu, w tym realizacja obowiązków wynikających z przepisów prawa lub nakazów ujętych w sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub właściwego Sądu Okręgowego.

Powyższe oznacza, iż Izba jest pośrednio związana, w zakresie dokonanych przez inny skład ustaleń faktycznych i prawnych, które znalazły swoje odzwierciedlenie w sentencji

innego orzeczenia, do którego wykonania był zobligowany podmiot zamawiający. Mając na uwadze powyższe Izba w takim przypadku przy ocenie czynności zamawiającego przez pryzmat orzeczenia, do którego wykonania zamawiający był zobligowany, jest winna przyjąć za własne dokonane tam ustalenia, jako dodatkowe (poza przepisami) wzorce kontroli dla czynności podmiotu zamawiającego. Nie podlega bowiem dyskusji okoliczność, iż podmiot zamawiający jest zobligowany do wykonania orzeczenia Izby i jest nim związany w przypadku, gdy nie wniósł skargi na podjęte przez Izbę rozstrzygnięcie.

Tym samym Izba w niniejszym składzie winna uznać za własne ustalenia faktyczne oraz ich kwalifikację prawną dokonaną w ramach orzeczenia o sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16 w części, w ramach której ocenie podlega wykonanie przez Zamawiającego powyższego orzeczenia, tj. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2016 r. Co do pozostałych ustaleń Izba wskazuje, iż odnoszą się one do czynności Zamawiającego dokonanych po wydaniu przez Izbę wyroku w ww. sprawach, tj. do czynności dokonanych po dniu 7 listopada 2016 r.

Nie sposób bowiem dokonać oceny, w ramach podniesionych przez odwołujących się wykonawców zarzutów, z pominięciem orzeczenia, do którego wykonania Zamawiający był zobligowany.

KIO 2365/16

W zakresie zarzutów skierowanych przez Izbę do rozpoznania w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2365/16, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie odnoszących się do zadania nr 2 Izba uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, mając na uwadze treść art. 1 zatytułowanego „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych” akapit 3 *Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych* oraz implementującego powyższy przepis do krajowego porządku prawnego art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej ocenie podlegają jedynie czynności podmiotu zamawiającego w zakresie ich zgodności z postawionymi w ramach odwołania wzorcami kontroli, tj. przepisami prawa, które odwołujący uznał za naruszone. Izba w ramach rozpoznania odwołania nie jest uprawniona do kontroli prawidłowości prowadzonego postępowania, a tym bardziej do

kontroli postępowania prowadzonego przez Izbę w innym postępowaniu odwoławczym. Tym samym podniesione przez Odwołującego zarzuty i zaprezentowana na ich poparcie argumentacja stały się podstawą merytorycznej oceny czynności oraz zaniechań Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z wykonaniem wyroku Izby z w sprawach o sygn. akt KIO 1942/16 oraz 1952/16, tj. czynności podjętych w postępowaniu po dniu 7 listopada 2016 r.

Wskazany wyżej przepis dyrektywy stanowi bowiem, że: „Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”. Przepis krajowy stanowi zaś, że: „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”.

Izba przechodząc od wskazanych wyżej ogólnych wytycznych do podstaw faktycznych, które stanowiły fundament podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonych czynności wskazuje, iż czynności te zostały poprzedzone postępowaniem odwoławczym w sprawach o sygn. akt KIO 1942/16 oraz KIO 1952/16. W ramach tych postępowań ówczcześni odwołujący zarzucili Zamawiającemu odmienne, co do swej istoty, naruszenia wskazując jednak za ich podstawę identyczne okoliczności faktyczne (nieprzetłumaczenie fragmentu certyfikatu MID wydane dla zaoferowanych urządzeń).

Powyższemu dała wyraz Izba wydając w sprawach o sygn. akt KIO 1942/16 oraz KIO 1952/16 w dniu 7 listopada 2016 r. orzeczenie. Na str. 67 wskazanego wyżej orzeczenia w jego uzasadnieniu prawnym zostało bowiem wskazane, że: „Skład orzekający podkreśla, że zdaje sobie sprawę z odmiennych rozstrzygnięć dotyczących Konsorcjum F w części 1 i 2 zamówienia, mimo że oparte są one na tym samym stanie faktycznym, którego najistotniejszym elementem jest nieprzetłumaczenie pełnej treści Certyfikatu MID. Zwraca jednak uwagę, że połączenie spraw odwoławczych do łącznego rozpoznania (art. 189 ust. 1 Pzp) ma przede wszystkim na celu usprawnienie postępowania odwoławczego. Nie uprawnia to Izby do przenoszenia ustaleń podjętych w zakresie zarzutów jednego z odwołań na grunt rozstrzygnięcia o drugim ze środków ochrony prawnej, zwłaszcza w sytuacji, w której nie sformułowano w nim określonego zarzutu. Ergo, w sprawie o sygn. akt KIO 1942/16 Izba nakazała wykluczenie Konsorcjum F z Postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji i mimo, że w sprawie o sygn. akt KIO 1952/16 stan faktyczny przedstawiał się identycznie, to jednak odwołujący APATOR S.A. zarzutu związanego z nieprawdziwymi

informacjami nie postawił, wobec czego Izba, po myśli przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, nie mogła co do niego orzekać”.

Mając na uwadze powyższe Izba w składzie rozpoznającym przedmiotowe odwołanie wskazuje, iż Zamawiający ustalając identyczny stan faktyczny w ramach obu zadań oraz wskazane wyżej orzeczenie Izby (sprawa KIO 1942/16 i KIO 1952/16) był zmuszony, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podjąć wobec Konsorcjum FOXYTECH Spółka z o.o. oraz NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd analogiczne rozstrzygnięcie jak w ramach zadania nr 1.

W przeciwnym wypadku w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszłoby, mimo analogicznych ustaleń faktycznych w obu zadaniach, do odmiennych czynności i przypisania tym samym faktom odmiennych konsekwencji prawnych. W ocenie Izby takie zachowanie Zamawiającego byłoby niedopuszczalne ze względu na wyrażoną wyżej zasadę równego traktowania wykonawców, która nakazuje podejmowanie wobec wykonawców, jeżeli znajdują się oni w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej, takich samych czynności. Powyższą zasadę należy tym bardziej odnieść do tego samego wykonawcy, jeżeli złożył on oferty na różne części postępowania.

Jeżeli zatem Izba rozpoznając odwołania o sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16 ustaliła, że w ramach zadania nr 1 brak przetłumaczenia przez wykonawcę w ramach certyfikatu MID zdania „The contents in the dashed boxes are changeable depending on the meter variant.” stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiającemu nie pozostało nic innego jak, przy tożsamy okolicznościach faktycznych, zastosować wobec tego wykonawcy tożsamą przesłankę wykluczenia w ramach zadania nr 2, tj. tej części postępowania, która swoim przedmiotem obejmowała dostawę liczników trójfazowych. Jak wyraźnie wynika z ww. orzeczenia Izby odmienność rozstrzygnięcia w ramach obu części postępowania była spowodowana tylko i wyłącznie brakiem stosownych zarzutów w ramach odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt KIO 1952/16.

Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2365/16 przepisów, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba uznała, że Zamawiający wykonując orzeczenie Izby z dnia 7 listopada 2016 r. w sprawach o sygn. akt 1942/16 i KIO 1952/16 prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania nie mając jednocześnie prawnych podstaw do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie.

Tylko bowiem takie rozstrzygnięcie stanowić mogło realizację naczelných zasad zamówień publicznych wyrażonych w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – a tym samym nie prowadziło do naruszenia przepisów ww. ustawy. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie o sygn. akt KIO 2365/16 nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO 2367/16

1. W zakresie podniesionego w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2367/16 zarzutu odnoszącego się do temperatury pracy licznika w zakresie wskazań jego wyświetlacza Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Izba uznała, iż ujęty w treści załącznika nr 12 i 13 (odpowiednio dla liczników jednofazowych i trójfazowych) wymóg, że liczniki muszą posiadać minimalną temperaturę pracy $< -40^{\circ}\text{C}$ odnosi się również do wyświetlacza LCD – a zatem wskazane w tym zakresie w certyfikacie MID w ofercie Odwołującego zastrzeżenie powoduje, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ.

Izba rozpoznając powyższy zarzut, w kontekście powołanego przez Odwołującego dowodu z dokumentu w postaci oświadczenia Czeskiego Instytutu Metrologicznego z 02.01.2017 r. wskazuje, iż w tym zakresie za najistotniejszy argument uznała, przychylając się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego oraz Przystępujących, że organem mogącym dokonać odmiennych, niż w przedłożonym przez Odwołującego w ramach oferty certyfikacie MID, ustaleń jest właściwa jednostka notyfikowana. Powyższe wynika z faktu, że Czeski Instytut Metrologiczny nie występuje w takim charakterze we wskazanym wyżej dokumencie (brak jest w wystawionym oświadczeniu wskazania w tym zakresie). Nadto przedstawiony przez Odwołującego dokument ma bardzo ogólny charakter i nie odnosi się wprost do kwestionowanego przez Zamawiającego parametru pracy wyświetlacza w temperaturze do -40°C . Zawiera on wzmiankę o przeprowadzeniu „badania pomiaru własnego zużycia w obwodach napięciowych u niżej podanych liczników (...)” – jednakże jak niżej zostanie wskazane w tym zakresie nie może on stanowić podstawy do uznania, że potwierdził się drugi z zarzutów, tj. zarzut odnoszący się do umiejscowienia zacisków.

Nadto, na co słusznie zwrócili uwagę Zamawiający oraz Przystępujący, został on wystawiony 02.01.2017 r. (a więc po terminie składania ofert i nie odnosi się do tego terminu) oraz zawiera w swojej treści informację na temat szczegółów przeprowadzonych badań w odniesieniu do liczników energii elektrycznej (wskazanych szczegółowo w oparciu o ich numery seryjne), zaś jak wskazał Zamawiający liczniki te znajdują się w jego wyłączonym posiadaniu od listopada 2016 r.

Odwołujący nie zaprzeczył powyższej okoliczności, starając się skupić na przedłożonych dokumentach oraz nadmiernym formalizmie postępowania, przy

jednoczesnym wskazaniu, że wymagania Zamawiającego w zakresie liczników i temperatury ich pracy są nadmierne, jak również na okoliczności, że w treści SIWZ warunek odnoszący się do temperaturowego zakresu pracy nie odnosi się wprost do wyświetlacza.

Izba w tym miejscu wskazuje, iż w ramach kontroli podjętych przez Zamawiającego czynności nie sposób pominąć ustaleń Izby dokonanych w ramach postępowania o sygn. akt KIO 1942/16 oraz KIO 1952/16 uznając, że Zamawiający wykonał czynności nałożone na niego sentencją orzeczenia z dnia 7 listopada 2016 r. Izba w niniejszym składzie podziela zatem pogląd, że wymóg dotyczący temperatury pracy odnosi się do licznika jako całości, a więc dotyczy również wyświetlacza LCD i w tym zakresie Odwołujący nie sprostął wymaganiom uzupełnienia próbek i dokumentów potwierdzających ten fakt.

Tym samym Izba uznała, że podniesiony w treści odwołania zarzut w zakresie temperatury pracy urządzenia nie potwierdził się.

2. W zakresie zarzutów odnoszących się do oceny uzupełnionej przez Odwołującego ZPA Smart Energy a.s. próbki liczników pod kątem umiejscowienia zacisków nr 5 i 11 Izba uznała, iż zarzut ten również nie potwierdził się.

Jak słusznie wskazał w toku rozprawy oraz w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający kwestia umiejscowienia zacisków została przesądzona w ramach postępowań odwoławczych prowadzonych pod sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16. Izba wówczas uznała, iż zaciski te winny zostać umiejscowione zgodnie ze schematami w wydany dla danego typu licznika certyfikatem MID. Izba w niniejszym składzie podziela ten pogląd wskazując, że powyższe wynika wprost z norm regulujących kwestie badania wytrzymałości izolacji, które zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia. Zamawiający realizując powyższy wyrok wezwał Odwołującego do uzupełnienia próbek. Tym samym w ramach niniejszego odwołania ocenie może podlegać jedynie skuteczność uzupełnienia próbek, gdyż co do samego zarzutu związanego ze sposobem rozumienia postanowień certyfikatu oraz zgodności próbek z jego treścią element ten już był przedmiotem orzekania i wiążącego dla Zamawiającego rozstrzygnięcia Izby.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, iż sposób uzupełnienia przez Odwołującego próbek obejmujący usunięcie dotychczasowych oznaczeń dla zacisków nr 5 i 11 (które de facto nie zostały umiejscowione na listwie zaciskowej) oraz przeniesienie tych oznaczeń na prawą stronę nie może stanowić realizacji ani wyroku Izby z dnia 7 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16), ani tym bardziej zgodności przedłożonej próbki z certyfikatem badania typu urządzenia wprowadzanego do obrotu.

Wskazać bowiem należy, iż istotą procesu certyfikacji określonego typu urządzenia (proces badania typu WE) jest to, że w ramach właściwej procedury jednostka notyfikowana sprawdza i poświadcza, że urządzenia reprezentatywne dla przewidywanej produkcji

spełniają wymagania określone w rozporządzeniu lub innych aktach określających wymagania zasadnicze dla danego typoszeregu urządzeń. W ramach tej procedury wskazuje się, co istotne, iż badaniu podlegają reprezentatywne egzemplarze urządzeń i urządzenia wprowadzone do obrotu powinny pozostawać z nimi zgodne.

Tym samym Izba w niniejszym składzie podejmując rozstrzygnięcie w zakresie zarzutów związanych z uzupełnioną przez Odwołującego pod kątem umiejscowienia zacisków próbką za zasadniczy uznała dowód z dokumentu przedstawiony przez przystępującego Konsorcjum ELGAMA Spółka z o.o. i UAB ELGAMA-ELEKTRONIKA w postaci wyciągu stron 34 i 35 treści normy EN 50470-1:2006, z którego punktu 7.3.2. wynika, że: „W badaniach typu badanie wytrzymałości elektrycznej izolacji jest uznawane za ważną tylko dla konfiguracji zacisków licznika poddanego badaniu. Przy innej konfiguracji zacisków wszystkie badania wytrzymałości elektrycznej izolacji należy wykonać dla każdej konfiguracji zacisków”.

Oznacza to, iż nie może dojść do dowolnego „przenoszenia” zacisków lub ich oznaczeń, jak miało to miejsce w niniejszym przypadku, w próbkach poddanych badaniom w innej konfiguracji, gdyż powyższe byłoby dopuszczalne tylko wówczas, gdyby liczniki w nowej konfiguracji zacisków zostały poddane badaniom i przeszły pod tym względem na nowo proces certyfikacji typu. W ocenie Izby powyższego nie zmienia również, ze względów wskazanych w ramach zarzutu dotyczącego temperatury pracy wyświetlacza, przedłożony przez Odwołującego jako dowód dokument w postaci oświadczenia Czeskiego Instytutu Metrologii z 02.01.2017 r. Dokument ten nie może stanowić podstawy do wprowadzenia do obrotu typu licznika z odmienną konfiguracją zacisków, która została wskazana w uzupełnionych przez Odwołującego próbkach.

Mając na uwadze powyższe ustalenia oraz wskazana wyżej argumentację Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim postępowaniem wskazanych w treści odwołania przepisów w postaci art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

3. Co do pozostałych zarzutów, tj. naruszenia art. 25 ust. 2 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba uznała je za spóźnione. Powyższe zarzuty, mając na uwadze zarówno wskazane przepisy, jak również podniesioną przez Odwołującego ZPA Smart Energy a.s. argumentację obejmującą wniosek, iż wymagania Zamawiającego były nadmierne i nieuzasadnione jego potrzebami zmierzają de facto do zakwestionowania postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i jako takie nie mogą podlegać rozpoznaniu na tym etapie postępowania. Izba wskazuje, iż upływ terminu na ich zaskarżenie, liczony od daty publikacji postanowień SIWZ, powoduje, że na etapie oceny i badania ofert wiążą one zarówno zamawiającego i wykonawców, jak również Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznającą niniejsze odwołane.

Tym samym zarzuty te jako spóźnione nie podlegały rozpoznaniu.

KIO 2376/16

W ramach odwołania o sygn. akt KIO 2376/16 i w związku z podniesionymi przez Odwołującego zarzutami naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wywiedzionych z zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia w zadaniu nr 2 oferty wykonawcy Konsorcjum FOXYTECH Spółka z o.o. i NINGBO SANXING MEDICAL & ELECTRIC Co. Ltd (zwanym dalej „Przystępującym”) Izba w niniejszym składzie wskazuje, iż w całości podziela argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie.

Zgodzić się należy z poglądem, iż wykluczenie Przystępującego z postępowania spowodowało, że Zamawiający nie miał obowiązku poddania tej oferty badaniu i ocenie. Wskazać bowiem należy, iż czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania jest sankcją o charakterze podmiotowym i najdalej idącą jeżeli chodzi o jego dalszy udział w postępowaniu. Wprowadzenie przez ustawodawcę krajowego w treści art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w tym zakresie domniemania, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, bez wprowadzania odrębnej przesłanki odrzucenia powoduje, że brak jest podstaw do badania takiej oferty i ustalania innych, niż wskazana wyżej, podstaw jej eliminacji z obrotu prawnego.

Izba wskazuje, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z brakiem substratu zaskarżenia (brakiem zaskarżonej czynności) spowodowanym brakiem obowiązku badania i oceny oferty Przystępującego ze względu na podjęcie przez Zamawiającego w toku postępowania czynności, która odnosi dalej idące skutki niż samo odrzucenie oferty.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego w tym zakresie, że zarówno chronologia ustawy, jak również orzecznictwo Izby przemawiają za brakiem konieczności badania oferty pod względem jej zgodności z treścią SIWZ w przypadku zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Poza wskazanymi wyżej argumentami, które w ocenie Izby są wystarczające dla oddalenia podniesionych w ramach odwołania zarzutów, Izba wskazuje nadto, że zasady koncentracji środków odwoławczych oraz ekonomiki postępowania mogły stanowić dla Odwołującego podstawę do postawienia tego rodzaju zarzutów na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w zakresie obudowy licznika). W zakresie zarzutu dotyczącego uwidocznionych na tabliczce norm dotyczących energii biernej oraz czynnej Izba wskazuje, że tego rodzaju treść tabliczce została nadana w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę pod sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16. Izba na uwadze miała również stanowisko Przystępującego, z którego wynikało, z czym należy się zgodzić, że w zakresie energii czynnej i biernej Odwołujący nie kwestionuje żadnych technicznych cech licznika, a jedynie treść tabliczki, która została zmieniona w

wyniku jego własnego odwołania. W ocenie Izby, bez znaczenia pozostają w tym zakresie, argumenty Odwołującego, że stwierdzona następczo po uzupełnieniu próbki „rozbieżność” pomiędzy cechami urządzenia, treścią certyfikatu MID a jego oznaczeniem jest wynikiem zaniechania w tłumaczeniu fragmentu tego certyfikatu. W tym miejscu jedynie celem przypomnienia wskazać należy, iż z tego powodu Zamawiający zastosował wobec Przystępującego jedna z najdalej idących sankcji, tj. wykluczył go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym uznać należy, że podniesione w ramach zadania nr 2 zarzuty z oczywistych względów nie potwierdziły się.

Izba wskazuje, że Odwołujący w odniesieniu do zadania nr 2 swój interes, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, realizuje w wystarczający sposób przez skuteczne przystąpienie do postępowania o sygn. akt KIO 2365/16. Wszakże w zakresie zadania nr 2 Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Odwołującego i brak jest podstaw do uznania, że czynność ta narusza interes APATOR S.A. i może mieć wpływ na poniesienie przez niego szkody. Tym samym jednocześnie, w ocenie Izby, Odwołującemu nie przysługiwało podmiotowe prawo do skorzystania z drogi odwoławczej, które zostało zmaterializowane w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącym bezpośrednią implementację przepisów *Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.*

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nawet gdyby doszło do uwzględnienia postawionych w ramach odwołania o sygn. akt KIO 2376/16 zarzutów na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba zmuszona byłaby oddalić odwołanie, ze względu na oddalenie odwołania w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2365/16, tj., jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie o sygn. akt KIO 2376/16 nie zasługiwało na uwzględnienie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych we wniesionych odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....