

WYROK

z dnia 23 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2013 r.

przez wykonawcę: **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pn. *Modernizacja systemu SCADA SGT – postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem* (nr postępowania ZP/SGT-50/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez dopuszczenie, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli wykazać się wiedzą i doświadczeniem uzyskanym przy realizacji zamówień dotyczących elektroenergetycznych sieci dystrybucyjnych.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego: Systemu Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego: Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu kwotę 18617 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługi pn. *Modernizacja systemu SCADA SGT – postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem* (nr postępowania ZP/SGT-50/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2013/S_096-164245 z 18 maja 2013 r., Zamawiający zamieścił również ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.europolgaz.com.pl).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 lipca 2013 r. (pismem z tej daty) Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu w brzmieniu opublikowanym 2 lipca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym UE, a mianowicie wobec postanowień zawartych w:

- a) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, ppkt 1.1,
- b) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, ppkt 1.5,
- c) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, pkt 2,
- d) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, pkt 2.1,
- e) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp FORMALNOŚCI, pkt 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (lub aktów wykonawczych do tej ustawy):

1. Art. 7 ust.1 w zw. z art. 22 ust. 1, 3 i 4 oraz w zw. art. 192 ust. 2 i ust. 3 – przez określenie warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a nadto w sposób niezgodny z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13).
2. Art. 22 ust. 1, 3 i 4 w zw. art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 – przez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w sposób niedopuszczalny – niezwiązany z przedmiotem zamówienia, jak i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nadto

Sygn. akt KIO 1654/13

w sposób niezgodny z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie postanowień:

- a) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, ppkt 1.1,
- b) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, ppkt 1.5,
- c) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, pkt 2,
- d) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp INFORMACJE, pkt 2.1,
- e) sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, ustęp FORMALNOŚCI, pkt 2

– w sposób zgodny z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13), a mianowicie przez *dopuszczenie, aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie mogli wykazać się również doświadczeniem uzyskanym w innych branżach, a w szczególności ropy lub elektroenergetyki, a zatem bez nieuprawnionego ograniczania doświadczenia wyłącznie do wąskich podbranż tychże branż (elektroenergetyczne sieci przesyłowe, przesyłu gazu ziemnego rurociągami o ciśnieniu powyżej 5MPa).*

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzuty podając następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13) uwzględniła jego poprzednie odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących następujących postanowień ogłoszenia o zamówieniu: pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5 w sekcji III.2.3) INFORMACJE, pkt 2 w sekcji III.2.3) INFORMACJE, pkt 2.1 w sekcji III.2.3) INFORMACJE oraz pkt 2 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI – nakazując Zamawiającemu *modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez dopuszczenie aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie mogli wykazać się również doświadczeniem uzyskanym w innych branżach, a w szczególności ropy lub elektroenergetyki.*

Odwołujący podał, że w zmodyfikowanym przez Zamawiającego ogłoszeniu pojawiły się dodatkowe zapisy o następującej treści {dodane fragmenty zostały w poniższym tekście podkreślone}:

Sekcja III.2.3) Kwalifikacje techniczne. Ustęp INFORMACJE:

(...)

1.1. *były zastosowane do zbudowania systemu SCADA wykorzystywanego do kontrolowania procesów transportu (przesyłu) gazu ziemnego rurociągami o ciśnieniu powyżej 5MPa, przesyłu ropy lub sterowania i kontroli w elektroenergetycznych sieciach*

przesyłowych.

(...)

1.5. były integrowane z oprogramowaniem do symulacji procesów transportu gazu ziemnego rurociągami wysokociśnieniowymi, przeznaczonym do modelowania pracy gazociągu w stanach nieustalonych on-line oraz w stanach ustalonych off-line lub przesyłu energii elektrycznej lub ropy. Za oprogramowanie do symulacji uważa się oprogramowanie wykorzystujące model matematyczny odzwierciedlający zjawiska fizyczne zachodzące w sieci przesyłowej.

(...)

2. W okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonał, jako integrator lub producent, co najmniej jeden system multisite SCADA, lub zrealizował projekt rozbudowy wcześniej dostarczonego systemu multisite SCADA, posiadającego łącznie cechy wymienione w punktach: 2.1, 2.2 i 2.3. Jako projekt rozbudowy traktowany jest projekt zrealizowany jako odrębne zamówienie/zlecenie podlegające odrębnemu odbiorowi ze strony zamawiającego polegający na włączeniu do istniejącego systemu multisite SCADA nowej sekcji gazociągu wyposażonego w instalacje RTU (ang. Remote Terminal Unit) lub SCS (ang. Station Control System), nowej sekcji/odcinka ropociągu lub nowej sekcji/odcinka elektroenergetycznej sieci przesyłowej.

2.1. system był przeznaczony do kontroli i sterowania procesami przesyłu rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5MPa, ropy lub elektroenergetycznych sieci przesyłowych.

Sekcja III.2.3) Kwalifikacje techniczne. Ustęp FORMALNOŚCI:

(...)

2. Wykazu wykonanych głównych usług w zakresie wdrożenia/instalacji systemów SCADA określonych w punkcie II 1.2.3) ustęp INFORMACJE poz.2. o wartości powyżej 3 mln PLN przeznaczonych do kontroli i sterowania instalacjami przemysłowymi w branży przesyłu gazu, przesyłu ropy lub elektroenergetycznych sieci przesyłowych realizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy – to w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu (wraz z krótkim opisem obejmującym co najmniej zakres informacji określony w punktach 2.1 -2.3 ustępu INFORMACJE), wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których systemy zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie.

W ocenie Odwołującego powyższe zmiany nie tylko przesądzają o braku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ale również w dalszym ciągu ograniczają – w sposób

nieuzasadniony przedmiotem zamówienia – możliwość wykazania potencjału technicznego i doświadczenia przez wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, i to w dwojaki sposób.

Przede wszystkim zgodnie z sentencją wyroku Zamawiający miał rozszerzyć zakres branż, w których wykonawcy mogli wykazać się doświadczeniem, w szczególności o branżę ropy i elektroenergetyki. Użycie przez Izbę wyrażenia „w szczególności” oznacza, iż rozszerzenie winno nastąpić bez ograniczania rodzajów branż do tych konkretnych (gazu, ropy i elektroenergetyki). Skład orzekający Izby potwierdził to także w treści uzasadnienia podkreślając, że wskazane branże są tylko przykładowe, a mianowicie: *„W niniejszym stanie faktycznym zamawiający uzależnił bowiem możliwość złożenia oferty od posiadania przez wykonawcę doświadczenia wyłącznie w branży gazociągów tranzytowych. Tym samym nie dopuścił do udziału w postępowaniu takich wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w innych branżach, w tym np. w branży ropy i branży elektroenergetycznej.* {str. 10 uzasadnienia}, oraz: *Dlatego też niezbędna jest taka zmiana warunku udziału w postępowaniu, która umożliwi ubieganie się o zamówienie również wykonawcom posiadającym doświadczenie w innej branży, w tym branży ropy i elektroenergetyki* {str. 11 uzasadnienia}. Tymczasem Zamawiający dokonał zmiany postanowień ogłoszenia ograniczając branże wyłącznie do wskazanych przykładowo przez Izbę, tj. gazu, ropy i energii elektrycznej (a w istocie do fragmentów, „podbranż” tychże branż – o czym mowa poniżej), wyłączając inne branże dotyczące innych mediów (np. wody), co już stanowi niewłaściwie wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Według Odwołującego prawidłowym wykonaniem wyroku byłoby szerokie wskazanie branż, przez ich przykładowe wymienienie, bez zamykania ich zbioru, przy zastosowaniu zwrotu: „w szczególności”. Tym samym – w ocenie Odwołującego – Zamawiający dokonał ponownie nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania.

Po drugie zdaniem Odwołującego – modyfikując treść warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający dokonał również kolejnego, nieuzasadnionego i sprzecznego z treścią wyroku oraz przepisami ustawy pzp ograniczenia konkurencji, przez ograniczenie wymaganego doświadczenia w ramach podanych branż, a mianowicie: w zakresie gazu – jedynie do transportu (przesyłu) gazu ziemnego rurociągami ciśnieniu powyżej 5MPa; w zakresie elektroenergetyki – jedynie do elektroenergetycznych sieci przesyłowych. Odwołujący podniósł, że brak jest uzasadnienia do ograniczenia doświadczenia w realizacji systemów SCADA w zakresie procesów przemysłowych związanych z gazem jedynie do: gazu ziemnego, transportu jedynie w zakresie przesyłu i wskazanych ciśnień rurociągów. Odwołujący podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13 czerwca 2013 r. poddała

krytyce taki sposób określenia warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, który prowadzi do tożsamości z przedmiotem zamówienia. Również sam Zamawiający w poprzednio ogłoszonym postępowaniu nr ZP/SGT-43/2012 nie ograniczał w ten sposób warunku wiedzy i doświadczenia, podając, iż wykonawcy mogą wykazać się doświadczeniem w zakresie systemów SCADA, *które były przeznaczone do kontroli i sterowania instalacjami przemysłowymi w branży: przesyłu gazu lub ropy lub elektroenergetyki*. Z kolei Odwołujący podniósł, że procesy przesyłowe energii elektrycznej występują nie tylko w sieciach przesyłowych, ale również w sieciach dystrybucyjnych. Potwierdzeniem dla powyższego jest w szczególności treść poszczególnych podklas Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), a mianowicie: *35.12.Z Podklasa ta obejmuje: przesyłanie energii elektrycznej sieciami przesyłowymi z miejsca jej wytworzenia do systemu dystrybucji*. *35.13.Z Podklasa ta obejmuje: działalność systemów dystrybucji (obejmujących linie, słupy, liczniki oraz instalacje elektryczne), przesyłających energię elektryczną z miejsca jej wytworzenia lub z systemu przesyłowego, do odbiorcy końcowego*. Odwołujący wyjaśnił ponadto, że pojęcie sieci przesyłowej jest zdefiniowane w ustawie – Prawo energetyczne dla wydzielenia obszaru sieci podlegającego określonym przepisom prawa. Natomiast definicja ta nie odnosi się do właściwości fizycznych sieci i procesów fizycznych w nich występujących. Wobec czego w ocenie Odwołującego nie może mieć znaczenia na charakteryzowanie doświadczenia wykonawców systemów SCADA, gdyż takie systemy dla sieci przesyłowych i sieci dystrybucyjnych mają takie same właściwości. Odwołujący podkreślił, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 czerwca 2013 r. nie wprowadzał takiego ograniczenia, a nawet ujmował konieczność zmodyfikowania treści wymagań w sposób bardziej konkurencyjny, niż zostało to zaproponowane w pierwotnej treści ogłoszenia. Również sam Zamawiający w poprzednio ogłoszonym postępowaniu nr ZP/SGT-43/2012 nie ograniczał w ten sposób warunku wiedzy i doświadczenia, podając iż wykonawcy mogą wykazać się doświadczeniem w zakresie systemów SCADA, *które były przeznaczone do kontroli i sterowania instalacjami przemysłowymi w branży: przesyłu gazu lub ropy lub elektroenergetyki*. Zamawiający nie wskazywał też w wymaganiu dotyczącym doświadczenia wymogu jego posiadania w zakresie konkretnych procesów przesyłowych, co czyni obecnie, a co stanowi dodatkowe ograniczenie. Co więcej, Zamawiający zakwalifikował Odwołującego – który posługiwał się wówczas referencjami z branży dystrybucji energii elektrycznej, obecnie niespełniającymi postawionego warunku – do dalszego etapu postępowania. Jak słusznie zauważył skład orzekający Izby, między poprzednim a obecnym postępowaniem nie nastąpiły okoliczności, które uzasadniałyby inne ukształtowanie warunku niż miało to miejsce we wcześniejszym postępowaniu. Tym samym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do zawężania

doświadczenia w zakresie branży elektroenergetyki jedynie do sieci przesyłowych.

Odwołujący podsumował, że mając na uwadze powyższe ogłoszenie nadal zawiera postanowienia naruszające ustawę pzp, w szczególności art. 7 ust.1 oraz art. 22 ust. 1, 3 i 4 w zw. z art. 192 ust. 2. I ust. 3 pkt 1, albowiem modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu została przez Zamawiającego przeprowadzona niezgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13), a treść zaskarżonych postanowień ogłoszenia – mimo dokonanej modyfikacji – nadal w sposób nieuzasadniony uniemożliwia dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania, takim jak Odwołujący, który dysponuje wieloletnim doświadczeniem w zakresie systemów SCADA, w tym bardzo rozbudowanych i o dużej funkcjonalności. Tymczasem obowiązkiem Zamawiającego jest właśnie gwarantowanie dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania (tak m.in. wyrok Izby z 10 października 2012 r., sygn. akt 2074/12, wyrok Izby z 11 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2779/12). Odwołujący podkreślił, że uczestniczył w analogicznym – unieważnionym przez Zamawiającego – postępowaniu przetargowym nr ZP/SGT-43/2012 na *Modernizację Systemu SCADA SGT*, wszczętym na podstawie ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE nr 2012/S 105-175676 z 5 czerwca 2012 r., i zakwalifikowany został przez Zamawiającego – jako spełniający warunki udziału w postępowaniu – do dalszego etapu postępowania, w tym zaproszony do złożenia oferty wstępnej. W ocenie Odwołującego, mimo że przedmiot zamówienia tamtego postępowania odpowiadał przedmiotowi zamówienia aktualnie prowadzonego postępowania, warunki udziału w nim zostały w sposób nieuzasadniony oraz nieuprawniony zmienione przez Zamawiającego – znającego już potencjał poszczególnych oferentów – w taki sposób, aby ograniczyć dostęp do zamówienia dla wybranych wykonawców, co w sposób rażący narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę, że był jedynie jednym z dwóch zakwalifikowanych w poprzednim postępowaniu wykonawców do złożenia ofert wstępnych.

19 lipca 2013 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego odrzucenie w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, z uwagi na okoliczność dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z sentencją wyroku.

Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego modyfikacja ogłoszenia została dokonana zgodnie z dyspozycją zawartą w sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1276/13), gdyż Izba nakazała dopuszczenie wykazania się doświadczeniem w innych branżach, wskazując na konkretne branże, tj. dotyczące ropy lub

elektroenergetyki. Tym samym niejako skład Izby podpowiedział Zamawiającemu sposób dokonania modyfikacji, pozostawiając jednak pewien zakres swobody. Zamawiający na marginesie zaznaczył, że zgodnie z wykładnią literalną oraz podstawowymi zasadami logiki i semantyki, treść sentencji przedmiotowego wyroku wskazuje na możliwość wyboru rozwiązań. Co oznacza, że Zamawiający w szczególności mógł w modyfikacji dopuścić albo jedynie branżę dotyczącą ropy, albo dotyczącą elektroenergetyki, albo obie. Zamawiający oświadczył, że kierując się przede wszystkim swoimi uzasadnionymi potrzebami oraz interesem publicznym, uwzględnił propozycje Izby, dopuszczając obie wskazane w sentencji branże. Zamawiający wskazał, że jedynie branże ropy i elektroenergetyki stanowią branże pokrewne w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ są zaliczane ogólnie do branż związanych z energetyką.

Dla Zamawiającego zarzut nieuwzględnienia branż dotyczących innych mediów (z jednoczesnym wskazaniem na wodę) jest zupełnie nieprzekonujący. Systemy SCADA są stosowane w nadzorze instalacji technologicznych w różnych branżach, m.in. znajdują zastosowanie w oczyszczalniach ścieków czy sieciach wodociagowych. Jednakże ze względu na odmienne przeznaczenie systemu, stosowane są inne rozwiązania, inna jest również skala zastosowania systemu. Występują różnice związane z wielkością i sposobem funkcjonowania instalacji w danej branży, gdyż zasięg sieci wodociagowych czy oczyszczalni ścieków jest nieporównywalnie mniejszy od zasięgu największego w Polsce gazociągu tranzytowego. Zgodnie z art. 22 ust. 4 pzp zamawiający jest zobowiązany do sformułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny, jednakże według Zamawiającego nie można tej zasady sprowadzać do absurdu. Tym bardziej nie można zapominać, że ten sam przepis wskazuje również na konieczność zachowania związku warunków z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego PWN* słowo „proporcjonalny” oznacza *mający określony stosunek części do całości lub wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości*. Zdaniem Zamawiającego proponowana przez Odwołującego branża wodociagowa nie pozostaje w żadnym związku, ani stosunku do przedmiotu zamówienia obecnego postępowania. Według Zamawiającego wskazuje na to również systematyka ustawy Prawo zamówień publicznych, która w art. 132 określa poszczególne zamówienia sektorowe. Tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją, przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej, gazu lub ciepła lub dostarczania energii elektrycznej, gazu albo ciepła do takich sieci lub kierowania takimi sieciami znajduje się w odrębnym punkcie niż tworzenie sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania, wody pitnej do takich,

sieci lub kierowania takimi sieciami.

Tym samym zdaniem Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił w tym zakresie, że Zamawiający wykonał wyrok z 13 czerwca 2013 r. Zamawiający przypomniał, że zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zamawiający zwrócił również uwagę na brak sprecyzowania w tym zakresie swoich żądań przez Odwołującego, który wskazał jedynie ogólnie, że Zamawiający powinien uwzględnić również „inne branże”. W opinii Zamawiającego żądanie dopuszczenia niedookreślonych branż w warunkach udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia prowadziłyby do sytuacji, w której niemożliwym stałoby się wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający uznał za celowe wskazać na praktykę formułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia w następujących przykładowych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy pzp w branży elektroenergetycznej:

1. Opublikowane pod nr 2008/S_171-228724 ogłoszenie o zamówieniu na wymianę systemu sterowania i wizualizacji dla Elektrowni Turów – potencjalny wykonawca musiał legitymować się doświadczeniem w *wykonaniu co najmniej trzech instalacji podobnego systemu SCADA w elektrowni lub stacji elektroenergetycznej* {Sekcja III.2.3 Kwalifikacje techniczne}. Zdaniem Zamawiającego powyższe wskazuje, że doświadczenie w wykonaniu systemu SCADA do sterowania na przykład tłocznią gazu, choć jest zagadnieniem o podobnej skali skomplikowania, nie zostało uznane za równoważne.
2. Opublikowane pod nr 2011/S_59-096171 ogłoszenie o zamówieniu na dostawę oraz wdrożenie systemu SCADA dla sieci dystrybucyjnej wysokiego napięcia ENION S.A.. potencjalny wykonawca musiał posiadać doświadczenie obejmujące *wdrożenie systemu SCADA dla sieci WN w branży energetycznej (rozumianej jako przedsiębiorstwa dystrybucyjne lub przesyłowe energii elektrycznej)* {Sekcja III.2.3 o Kwalifikacje techniczne}. Zamawiający skomentował, że doświadczenie z innych branż energetyki nie były brane pod uwagę.
3. Opublikowane pod nr 2013/S_029-045722 ogłoszenie o zamówieniu na wdrożenie aplikacji sieciowych Energy Management Systems (EMS) w Obszarowych Dyspozycjach Mocy i zintegrowanie ich z oprogramowaniem SCADA, w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne – operatora systemu przesyłowego energii elektrycznej – potencjalny wykonawca wdrożenia musiał spełnić między innymi poniższe warunki {określone w Sekcji III.2.3 Kwalifikacje techniczne}:

- Wykonawca w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, dostarczył, zainstalował i uruchomił produkcyjnie (tj. przekazał, do użytkowania służbom dyspozytorskim podmiotu zamawiającego) w przedsiębiorstwie energetycznym zajmującym się przesyłem, energii elektrycznej o napięciu 110 kV lub wyższym co najmniej jeden system, informatyczny EMS (Energy Management System) wykorzystywany do wykonywania w czasie rzeczywistym analiz bezpieczeństwa pracy sieci elektroenergetycznej,
- Wykonawca w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał modernizację lub rozbudowę istniejącego i eksploatowanego operacyjnie (tj. przez służby dyspozytorskie podmiotu zamawiającego) co najmniej jednego systemu nadzoru sieci elektroenergetycznej pracującej na napięciu 110kV lub wyższym w czasie rzeczywistym (typu SCADA) w sposób niepowodujący zakłóceń pracy systemu nadzoru. Przez modernizację lub rozbudowę rozumie się dodawanie funkcjonalności, wymianę wersji narzędzi systemowych lub wymianę wersji oprogramowania aplikacyjnego.

Zamawiający skomentował, że ze względu na wysoką złożoność zagadnienia, wysokie wymagania niezawodnościowe, także w tym przypadku żądano doświadczenia wykonawcy bezpośrednio w realizacji zamówień dla sieci przesyłowych o napięciu co najmniej 110 kV, a nie w branżach pokrewnych.

4. Opublikowane pod nr 2013/S_099-169914 ogłoszenie na dostarczenie i wdrożenie systemu SCADA, dotyczące postępowania prowadzonego przez RWE Stoen Operator sp. z o.o. – potencjalni wykonawcy musieli spełnić między innymi poniższe warunki {określone w Sekcji III.2.3 Kwalifikacje techniczne}:

- Wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem, składania, wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 zamówienie, którego przedmiotem, było wdrożenie systemu SCADA o wartości co najmniej 3 000 000 PLN brutto, obsługującego co najmniej 50 obiektów elektroenergetycznych wysokiego napięcia (o napięciu 110kV lub wyższym) (np. stacji RPZ lub równoważnych), w przedsiębiorstwie będącym Operatorem Systemu Dystrybucyjnego elektroenergetycznego lub Operatorem Systemu Przesyłowego elektroenergetycznego;
- Wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed, upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1

zamówienia na wdrożenie (lub rozbudowę) systemu (lub modułu) analityczno-obliczeniowego zintegrowanego z systemem SCADA, umożliwiającego: a) obliczanie rozptyłów mocy dla sieci WN, b) analizę zakłóceń prac sieci i wskazywanie działań do podjęcia przez dyspozytora.

Zamawiający podniósł, że również w tym ogłoszeniu żądane od wykonawcy doświadczenie obejmowało bezpośrednio branżę elektroenergetyczną, a nie inne branże z obszaru energetyki.

Powyższe wskazuje według Zamawiającego, że mając na uwadze stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia oraz jego specjalistyczny charakter ma uprawnienie, a nawet obowiązek do wymagania od wykonawców wykazania się wiedzą i doświadczeniem konieczną do należytego wykonania zamówienia. Na ten obowiązek wskazuje art. 22 ust. 5 pzp, zgodnie z którym: *Warunki, o których mowa w ust. 1. oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania, udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.*

Ponadto Zamawiający wywiódł, że orzecznictwo również opowiada się za koniecznością zachowania związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a warunkami udziału w postępowaniu, powołując się przykładowo na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2537/12): *Stosownie do art. 22 ust 4 ustawy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem, zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis „związany z przedmiotem zamówienia” powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania udzielanego zamówienia. Opis nie może wykraczać poza realizację celu, a więc nie może dotyczyć badania wiedzy wykonawcy, która żaden sposób nie jest przydatna do realizacji zamówienia. Opis oceny spełniania warunku powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem., stopniem złożoności. Opis „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” powinien być adekwatny do osiągnięcia, celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, że wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia, publicznego (na podstawie opinii prawnej: Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w*

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – www.uzp.gov.pl).

Odnośnie zakwestionowania w odwołaniu ograniczenia w zakresie gazu do przesyłu gazu ziemnego rurociągami powyżej 5MPa, zdaniem Zamawiającego taki zarzut nie może zostać uwzględniony, ponieważ odwołanie zostało w tym zakresie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp. Przedmiotowy zarzut Odwołujący mógł bowiem podnieść w odwołaniu od treści ogłoszenia o zamówieniu – zgodnie z art. 182 ust. 2 pzp – w ciągu 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Natomiast przedmiotowe odwołanie dotyczy zupełnie odmiennej okoliczności, czyli rzekomo niewłaściwego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dokonania modyfikacji ogłoszenia. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z sentencją wyroku był zobowiązany jedynie do dopuszczenia w warunkach udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków możliwości wykazania się doświadczeniem uzyskanym w innych branżach, w szczególności ropy lub elektroenergetyki. Natomiast nie ma w sentencji wyroku mowy o konieczności uwzględnienia w ramach branży gazownictwa innych rodzajów gazu, innych rodzajów transportu w zakresie jego przesyłu oraz innych ciśnień rurociągów. Tym samym według Zamawiającego przedmiotowy zarzut odwołania należy uznać za spóźniony, niepodlegający rozpatrzeniu, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, Zamawiający przywołał postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 5 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 842/1,1, KIO 844/11): *Przeciwnie, wyrok Izby dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego określonych granicami zarzutów odwołania i w tych granicach, z uwzględnieniem ocen zawartych w uzasadnieniu, podlega wykonaniu przez zamawiającego.* Zdaniem Zamawiającego z powyższego postanowienia wynika, iż Izba wydaje wyrok jedynie w granicach zarzutów odwołania, nie rozpatrując z urzędu innych działań lub zaniechań Zamawiającego. Jedynie w takim zakresie, w jakim uwzględniono zarzuty odwołania, Zamawiający jest zobowiązany do wykonania wyroku. W związku z powyższym, mając na uwadze, iż Odwołujący w ustawowo przewidzianym terminie nie zadbał o swoje interesy i zaniechał wniesienia odwołania na postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczące rzekomych ograniczeń w ramach branży gazownictwa, Izba nie może rozpatrzyć niniejszego zarzutu. Nie można również postawić zarzutu Zamawiającemu na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w tym zakresie nie mogło dojść do żadnego naruszenia poprzez niewłaściwe wykonanie wyroku Izby.

Odnośnie zarzutu odwołania dotyczącego niedozwolonego ograniczenia możliwości wykazania się doświadczeniem w branży elektroenergetycznej jedynie w zakresie sieci przesyłowych, Zamawiający podniósł, co następuje.

W pierwszej kolejności, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – istnieją poważne różnice właściwości systemu SCADA stosowanego w sieciach dystrybucyjnych oraz w sieciach przesyłowych. Według Zamawiającego podstawowe różnice między sieciami przesyłowymi i dystrybucyjnymi znajduje swoje odzwierciedlenie choćby w przywoływanej przez Odwołującego ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2012 r. poz. 1059), w której zawarto definicje tych sieci jako odrębnych rodzajów instalacji. Zgodnie z art. 3 pkt 11a *sieć przesyłowa – sieć gazowa wysokich ciśnień, z wyłączeniem, gazociągów kopalnianych i bezpośrednich, albo sieć elektroenergetyczna najwyższych lub wysokich napięć, za której ruch sieciowy jest odpowiedzialny operator systemu przesyłowego*. Natomiast według art. 3 pkt 11b *sieć dystrybucyjna – sieć gazowa wysokich, średnich i niskich ciśnień, z wyłączeniem, gazociągów kopalnianych i bezpośrednich, albo sieć elektroenergetyczna wysokich, średnich i niskich napięć, za której ruch sieciowy jest odpowiedzialny operator systemu dystrybucyjnego*. Zamawiający wywiódł, że powyższy podział wynika z parametrów technicznych instalacji, jak i z ich przeznaczenia – różnic w sposobie sterowania ich pracą oraz obowiązków, które muszą realizować operatorzy tych sieci. W szczególności typowe jest, że parametry pracy sieci przesyłowych są zdecydowanie wyższe niż w sieciach dystrybucyjnych. W polskich sieciach przesyłowych elektroenergetycznych są to napięcia 110kV i wyższe, natomiast w gazownictwie są, to ciśnienia powyżej 5MPa. W ocenie Zamawiającego Prawo energetyczne nakłada na operatorów sieci przesyłowych dodatkowe obowiązki, dostrzega ich podstawowe znaczenie dla zapewnienia dostaw energii w skali całego kraju oraz dostrzega odmienny od sieci dystrybucyjnych sposób ich wykorzystania. Dla Zamawiającego jest oczywiste, że systemy sterowania sieciami przesyłowymi mają inne cechy niż takie systemy dedykowane dla sieci dystrybucyjnych *i ich budowa jest realizowana w oparciu o doświadczenie uzyskane w podobnym zastosowaniu*.

Zamawiający dokonując modyfikacji ogłoszenia musiał wziąć pod uwagę przedmiot zamówienia, jego charakter oraz zasięg działania gazociągu tranzytowego, na którym ma zostać podjęta planowana modernizacja systemu. Zamawiający podkreślił specyfikę sieci przesyłowych w branży gazowniczej. Zamawiający ocenił, że obecny kształt postanowień znajduje uzasadnienie, gdyż za odpowiedniki gazociągu tranzytowego w branży elektroenergetycznej lub transportu ropy mogą być uznane sieci przesyłowe, ale już nie sieci dystrybucyjne. Według Zamawiającego jest to uzasadnione sposobem działania sieci przesyłowej oraz jej odmiennymi funkcjami od sieci dystrybucyjnych. Zamawiający poniósł, że w branży gazowniczej, w sieciach dystrybucyjnych aktywne sterowanie z poziomu SCADA jest ograniczone do śledzenia stanu sieci, przepływy gazu są wymuszane przez odbiorców,

w sieci takiej nie występują elementy aktywne (tłocznie gazu), a dostawy gazu są kontrolowane dla dużych grup odbiorców w dużych odstępach czasu. Natomiast w sieciach przesyłowych występują elementy aktywne (tłocznie gazu), zarządza się zmianami akumulacji bardzo dużych ilości gazu, w systemie muszą być uwzględnione elementy współpracy międzyoperatorskiej (z innymi firmami przesyłowymi) oraz bieżąca kontrola realizacji kontraktów przesyłowych. Zamawiający nadmienił, że w jego przypadku wartość transportowanego gazu wynosi kilkadziesiąt milionów złotych dziennie.

Według Zamawiającego mając na uwadze specyficzne cechy gazociągu tranzytowego, zasięg jego działania oraz jego znaczenie – zawężenie poszukiwanych wykonawców do firm posiadających doświadczenie w tych branżach do obszaru przesyłu jest jak najbardziej proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający brał pod uwagę poziom skomplikowania zagadnienia, jak również poziom doświadczenia wykonawcy w realizacji projektów, które są w stanie zapewnić niezwykle wysoki poziom bezpieczeństwa i niezawodności pracy systemu. Zamawiający oświadczył, iż poziom niezawodności w przypadku gazociągu tranzytowego o kluczowym znaczeniu dla polskiego i europejskiego systemu gazowego, jak i w przypadku systemu przesyłowego energii elektrycznej, którego potencjalna awaria wywiera ogromne skutki na terenie całego kraju jest porównywalny. Natomiast zdaniem Zamawiającego poziomy zapewnienia bezpieczeństwa i niezawodności systemów SCADA dla sieci dystrybucyjnych są znacząco niższe – ze względu na odpowiednio, znacząco niższy poziom zasięgu możliwej awarii.

Zamawiający zwrócił uwagę na specyfikę branży gazowej w stosunku do branży elektroenergetyki, która powoduje, że mimo wielu podobieństw istnieją znaczne różnice w systemach SCADA. Systemy SCADA dla elektroenergetyki bazują na lokalnych układach automatyki. Ze względu na specyfikę medium jakim jest energia elektryczna te lokalne układy muszą posiadać odpowiednią szybkość działania i mogą działać autonomicznie przekazując na poziom systemu SCADA wyniki działania zaszytych w nich algorytmów. System SCADA występuje tu jako wizualizacja stanu sieci przesyłowej, nie realizując procedur sterowniczych. Tymczasem w branży gazowniczej lokalne układy wykonawcze nie realizują samodzielnie algorytmów sterowania, gdyż do prawidłowego prowadzenia ruchu gazociągu, niezbędne są informacje z wielu oddalonych od siebie części. Informacje te zbierane są przez system SCADA, który realizuje oprócz wizualizacji stanu gazociągu, również procedury związane ze sterowaniem. Akumulacja ogromnej energii w gazociągu jest zjawiskiem nie spotykanym w innych branżach – system SCADA dedykowany do przesyłu gazu musi posiadać funkcjonalności umożliwiające zarządzanie zmianami akumulacji oraz prognozowanie jej zmian w zależności od aktualnego stanu systemu oraz przyjętego planu

ruchu. Również wpływ ewentualnej awarii na otoczenie jest dużo większy niż w przypadku sieci elektrycznych dystrybucyjnych. Skutki awarii systemu sterowania dla gazociągu tranzytowego mogą być porównywane tylko z awarią systemów sterowania w sieci przesyłowej. Wymagania w zakresie pewności działania takich systemów, na którą podstawowy wpływ ma wiedza wdrażającego zdobyta przy porównywalnych wdrożeniach, są zdecydowanie większe niż w innych zastosowaniach.

Zamawiający wywiódł, że uprawnienie zamawiającego do sformułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób uwzględniający jego potrzeby oraz interes publiczny znajduje potwierdzenie nie tylko w obowiązujących przepisach, ale również w orzecznictwie. Natomiast okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy są w stanie spełnić wymagane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, niekoniecznie musi oznaczać ograniczenie konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 28 maja 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 641/09): *W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwią części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych postawią w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem, nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom, udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profitu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności. Wystarczy, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców, lub grupa najbardziej „uprzywilejowanych” jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta” aby konkurencyjność udzielanego zamówienia zapewnić. O złamania zasady konkurencji i różnego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją, podmioty które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia, czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie Zamówienia. Jak również wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r. (sygn. akt IX Ga 44/08): „Potwierdza go również wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07 marca 2007 roku, według którego zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom. Fakt, iż wymogi określone zostały w sposób, który nie pozwala. wziąć udziału w postępowaniu wszystkim działającym w danej branży na rynku podmiotom, nie przesądza iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (UZP/ZO/0-207/07, LEX nr 286191, teza I).*

Sygn. akt KIO 1654/13

Natomiast odnosząc się do powtarzanego przez Mikronikę argumentu, że w postępowaniu ZP/SGT-43 2012 Zamawiający przy zbliżonym przedmiocie zamówienia dopuścił doświadczenie *w branży: przesyłu gazu lub ropy lub elektroenergetyki* – Zamawiający uznał za błąd popełniony przez siebie przy redagowaniu ogłoszenia.

Zdaniem Zamawiającego warunki te nie były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ponieważ zbyt szerokie określenie branż spowodowało dopuszczenie do dalszego postępowania podmiotu nie posiadającego odpowiedniego doświadczenia, umiejętności i narzędzi do modernizacji systemu sterowania gazociągiem przesyłowym. Zaproszona do złożenia oferty wstępnej Mikronika nie potrafiła jej sformułować zgodnie z warunkami postępowania. Treść oferty w kilkudziesięciu przypadkach była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodności tych było tak wiele i były tak istotne, że zdaniem Zamawiającego oferta nie mogła stanowić punktu wyjścia do dalszych negocjacji i została na tym etapie odrzucona przez Zamawiającego. Odrzucenie oferty wstępnej było rozpatrywane przez Krajową Izbę Odwoławczą, która uznała odrzucenie oferty wstępnej za uzasadnione, oddalając odwołanie Mikroniki na czynność odrzucenia oferty wstępnej (sygn. akt. KIO 2401/12).

Według Zamawiającego nie jest prawdą, że zmienił treść pierwotnego ogłoszenia, aby ograniczyć konkurencję. Zamawiający ma prawo sformułować treść ogłoszenia w taki sposób, aby w wyniku procedury przetargowej otrzymać produkt zgodny z jego potrzebami, realizowany przez wykonawcę posiadającego wiedzę, kwalifikacje i doświadczenie na poziomie gwarantującym rzetelną i terminową realizację zamówienia. Stawiając warunki potencjalnym oferentom Zamawiający ma prawo polegać na własnej wiedzy i doświadczeniu i formułować wymogi w proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Jak pokazał przebieg poprzedniego postępowania, warunki udziału w postępowaniu zostały określone zbyt szeroko, wskutek czego do dalszego postępowania został dopuszczony podmiot nie posiadający odpowiedniej wiedzy i narzędzi niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. W następstwie doszło do odrzucenia oferty,

Zamawiający podsumował, że dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z sentencją wyroku, z jednoczesnym uwzględnieniem obowiązujących przepisów. Zgodnie z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy pzp, zamawiający jest zobowiązany do takiego sformułowania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania, który jest proporcjonalny oraz związany z przedmiotem zamówienia. Biorąc pod uwagę wysoki stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia w postępowaniu, należy według Zamawiającego uznać, iż w prawidłowy sposób dokonał zarówno sformułowania postanowień ogłoszenia o zamówieniu, jak również modyfikacji tych postanowień. Ponadto,

Zamawiający oświadczył, że kierował się interesem publicznym, jakim jest bezpieczeństwo energetyczne państwa. Gazociąg jamalski, którego właścicielem na terytorium RP jest Zamawiający został wybudowany według najwyższych standardów światowych (uzyskał certyfikat bezpieczeństwa po jego wybudowaniu), stąd Zamawiającemu zależy na zachowaniu tychże standardów również przy jego eksploatacji i modernizacji, by wyeliminować możliwe usterki czy awarie mające bezpośredni wpływ na jego pracę. Zamawiający podkreślił, iż doświadczenie zdobyte przez potencjalnego wykonawcę ma bardzo wysokie znaczenie w kontekście przedmiotowego zamówienia, gdyż przedmiotem zamówienia nie jest budowa nowego systemu SCADA, ale jego MODERNIZACJA. Oznacza to, że prace prowadzone będą na pracujących instalacjach, będących istotną częścią europejskiego systemu bezpieczeństwa energetycznego. Brak doświadczenia wykonawcy w realizacji projektów o takiej skali rodzi uzasadnione obawy co do prawidłowego przebiegu modernizacji oraz jego terminowości. Skutki braku doświadczenia potencjalnego wykonawcy mogą być poważniejsze niż sama skala projektu od utraty reputacji Polski jako niezawodnego kraju tranzytowego do policzalnych wysokich strat pieniężnych bezpośrednio związanych z przestojem gazociągu lub jego awarią. Doświadczenie potencjalnego wykonawcy w zakresie sieci dystrybucyjnych nie jest wystarczające, gdyż waga sieci dystrybucyjnej jest wielokrotnie mniejsza niż systemu przesyłowego. Ewentualny przestój sieci dystrybucyjnej lub jej części, ma bardzo ograniczony obszar oddziaływania. Nieporównywalnie większy wpływ ma przestój systemu przesyłowego, gdyż jego zasięg może obejmować wiele krajów europejskich.

Zamawiający podsumował całość wywodów odpowiedzi na odwołanie stwierdzeniem, że ponieważ dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z sentencją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie powinno zostać odrzucone.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba oddaliła również na posiedzeniu z udziałem Stron podtrzymany przez Zamawiającego wniosek o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie można stwierdzić, że odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy zmiany treści ogłoszenia, której Zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Izby z 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13). Jak sam to zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – sentencja tego wyroku nie określiła w sposób ścisły jakie konkretnie sformułowania mają się pojawić w treści ogłoszenia. Natomiast z uwagi na uwzględnienie konkretnych zarzutów poprzedniego odwołania został sformułowany nakaz dopuszczenia przez Zamawiającego, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli wykazać się również doświadczeniem uzyskanym w innych branżach, w szczególności ropy lub energetyki. Wbrew odmiennemu pogładowi Zamawiającego z powyższego sformułowania wynika, że wśród tych innych branż obligatoryjnie miała znaleźć się zarówno branża ropy, jak i branża energetyki, które zostały wprost wymienione. Użyty spójnik „lub” pełni tu wyłącznie funkcję alternatywy w odniesieniu do tego, że wykonawcy nie muszą wykazywać się doświadczeniem w branży ropy i branży energetyki, a tylko w jednej z nich. Zamawiający dopuścił obie te branże, jednak w przypadku elektroenergetyki zdecydował się dookreślić, że będzie uznawał doświadczenie związane z sieciami przesyłowymi. Ponieważ sentencja wyroku z 13 czerwca 2013 r. nic o tym nie wspomina, taka samodzielna decyzja Zamawiającego nie może być podciągnięta pod jej wykonanie. Podlega ona natomiast kontroli w ramach postępowania odwoławczego wszczętego na skutek zakwestionowania jej przez Odwołującego. Ponadto z sentencji wynika, że katalog innych branż nie ma charakteru zamkniętego do elektroenergetyki i ropy, a zatem również w tym zakresie decyzja Zamawiającego o dopuszczeniu wyłącznie, a nie w szczególności, tych dwóch branż, podlega ocenie Izby w tym postępowaniu odwoławczym.

Natomiast Izba stwierdziła, że choć nie dotyczy to całości odwołania, jednak odwołanie zawiera zarzut, który należy pozostawić bez rozpoznania z uwagi na zaistnienie w stosunku do niego zarówno przesłanki z pkt 4 ust. 2 art. 189 pzp. Otóż Odwołujący ponownie podniósł zarzut nieuzasadnionego ograniczenia wymaganego doświadczenia w zakresie branży gazu jedynie do transportu (przesyłu) gazu ziemnego rurociągami o ciśnieniu powyżej 5MPa, który był podniesiony w poprzednim odwołaniu. Izba rozpatrzyła ten zarzut i nie nakazała w tym zakresie Zamawiającemu dokonywania zmian treści ogłoszenia o zamówieniu. W szczególności Odwołujący błędnie podaje w uzasadnieniu odwołania, że w sentencji wśród przykładowo wymienionych branż wymieniono branżę gazową. Jednocześnie okolicznością bezsporną jest, że w tym zakresie treść ogłoszenia nie została zmieniona przez Zamawiającego. Jeżeli zatem Odwołujący chciał zakwestionować takie rozstrzygnięcie Izby, winien to uczynić wnosząc skargę, gdyż z sentencji orzeczenia wprost wynikało, że nie czyni ona zadość zgłoszonemu w poprzednim odwołaniu żądaniu

usunięcia słów *przesyłu rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5MPa*. Z tego względu odrębny wniosek Zamawiającego o uznanie tego zarzutu za wniesiony po terminie – choć oczywiście błędny w zakresie przywołanych okoliczności faktycznych i wskazanej podstawy prawnej – jest słuszny co do tego, że zarzut ten nie podlega już rozstrzygnięciu w tym postępowaniu odwoławczym.

Wobec braku podstaw do odrzucenia {w całości} odwołania czy umorzenia postępowania odwoławczego – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały powyżej zrelacjonowane merytoryczne stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów ustawy pzp przez Zamawiającego mogą narażać Odwołującego na szkodę przez uniemożliwienie uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co w przeciwnym razie mógłby potencjalnie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła w szczególności dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany tego ogłoszenia dokonanej przez Zamawiającego.

Izba wzięła również pod uwagę załączone do odwołania dowody z dokumentacji

Sygn. akt KIO 1654/13

postępowania przetargowego nr ZP/SGT-43/2012 prowadzonego przez Zamawiającego na *Modernizację Systemu SCADA SGT* w postaci: ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE nr 2012/S_105-175676 z dnia 5 czerwca 2012 r., pisma Zamawiającego nr DTM/MMA5/2268/2012 z 20 lipca 2012 r. skierowanego do Odwołującego, uchwały zarządu Zamawiającego nr 135/55/2012 z 20 grudnia 2012 r. – dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Nie uwzględniono zgłoszonego w odwołaniu wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na brak jego sprecyzowania co do tezy dowodowej.

Z uwagi na związek rozstrzyganej sprawy z poprzednią sprawą pomiędzy Stronami dotyczącą tego samego postępowania o udzielenie zamówienia – uwzględniono również treść wyroku Izby, który zapadł 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie zawęził doświadczenie w branży elektroenergetycznej wyłącznie do sieci przesyłowych.

Na wstępie Izba zaznacza, że samoistnym przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie nie są zawarte w odwołaniu zarzuty niewykonania przez Zamawiającego wyroku Izby z 13 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1276/13). Ustawa pzp nie przewiduje wnoszenia odwołań na niewykonanie przez zamawiających uprzednio zapadłych wyroków pomiędzy tymi samymi stronami, nawet jeżeli sprawa dotyczy tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu, a jeżeli nadaje się do wykonania w drodze egzekucji, zostaje mu nadana klauzula wykonalności {art. 197 ust. 1-3 pzp}. Z tego względu Odwołujący, choć podniósł zarzuty niewykonania przez Zamawiającego poprzedniego wyroku, nie był *de facto* w stanie wskazać żadnego materialnego przepisu ustawy pzp, którego naruszenie miałaby Izba stwierdzić w tym postępowaniu odwoławczym. Nie są nimi oczywiście wpisane w odwołaniu art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 pzp, gdyż są to przepisy proceduralne określające rodzaje możliwych rozstrzygnięć Izby w przypadku uwzględnienia odwołania, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Natomiast ponieważ odwołanie zostało wniesione od czynności zmiany treści ogłoszenia, i zawiera, mniej lub bardziej, skonkretyzowane zarzuty naruszenia w związku z tym przez

Zamawiającego art. 7, art. 22 ust. 1, 3 i 4 ustawy pzp, podlegają one w takim zakresie rozpoznaniu przez Izbę. Właściwym przedmiotem rozstrzygnięcia jest kwestia, czy zmieniona treść ogłoszenia {nadal} narusza wskazane przepisy ustawy pzp, a nie to, czy czynią one zadość rozstrzygnięciu poprzedniego sporu pomiędzy Stronami. Natomiast z uwagi na powiązanie tematyczne obecnej sprawy z poprzednią, poczynione przez Izbę w poprzednim orzeczeniu ustalenia i oceny mogą być ewentualnie podnoszone za nadal adekwatne w tej sprawie, stanowiąc argument za określonym stanowiskiem.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odwołanie nie zawiera właściwego sprecyzowania zarzutu nieuprawnionego ograniczenia przez Zamawiającego wykazania się wiedzą i doświadczeniem do branż gazu, ropy i elektroenergetyki. Odwołanie ogranicza się w tym zakresie do wywodów związanych z niewykonaniem poprzedniego wyroku, oraz wskazania słowa „woda” jako przykładu innej branży dotyczącej innych mediów. W odwołaniu nie przedstawiono żadnych okoliczności na uzasadnienie dopuszczenia wody jako kolejnej branży związanej z przedmiotem zamówienia. W tym zakresie uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie, które miało uzasadniać wniosek o odrzucenie odwołania, merytorycznie wykracza poza zakres podniesionego zarzutu. Zamawiający trafnie podnosi, że Odwołujący bezpodstawnie domaga się niesprecyzowanej postaci warunku, nie przedstawiając żadnych merytorycznych argumentów uzasadniających takie stanowisko. Nie wiadomo zatem dlaczego niewprowadzenie przez Zamawiającego otwartego katalogu branż, z których wykonawcy mogą wykazywać doświadczenie, miałyby naruszać wskazane na wstępie odwołania przepisy ustawy pzp. Z tych względów tak podniesiony zarzut w odwołaniu należy uznać za nie nadający się do rozpoznania, co w konsekwencji oznacza konieczność uznania go za niezasadny.

Podstawą uwzględnienia odwołania jest uznanie przez Izbę zasadności zarzutu odwołania skierowanego przeciwko ograniczeniu przez Zamawiającego w zmienionym ogłoszeniu o zamówieniu doświadczenia z branży elektroenergetyki jedynie do elektroenergetycznych sieci przesyłowych, a z wyłączeniem elektroenergetycznych sieci dystrybucyjnych.

Izba zważyła, że właściwe sprecyzowanie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp (w aktualnym stanie prawnym nazywane *opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków*) – ma kluczowe znaczenie dla postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie *spełnia – nie spełnia*. Jest to istotne, gdyż warunki udziału w postępowaniu

ustalone przez zamawiającego wpływają na krąg wykonawców, którzy mogą się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu. Jest to działanie dopuszczalne, jednakże w granicach wyznaczonych przez dyspozycję art. 22 ust. 4 pzp, który wskazuje na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału z przedmiotem zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, aby te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji, to jest naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zakres, rodzaj i forma żądanych w tym celu dokumentów muszą zostać opisane przez zamawiających w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny w dokumentach postępowania udostępnianych potencjalnym wykonawcom na równych zasadach. W przedmiotowej sprawie nie ma pomiędzy stronami sporu o to, jakie generalne zasady rządzą kształtowaniem warunków udziału w postępowaniu, gdyż obie strony deklarują konieczność poszanowania art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, istnieje natomiast spór, czy w okolicznościach sprawy sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia odpowiada tym przepisom. Zamawiający, posiłkując się fragmentem uzasadnienia wyroku Izby z 29 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2537/12), adekwatnie zaprezentował jak należy rozumieć opis *związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia*. Należy jednak zauważyć, że art. 22 ust. 4, posługując się takimi kryteriami, jak *związanie z przedmiotem zamówienia* czy *proporcjonalność do przedmiotu zamówienia*, wytycza nieostre granice dla prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd częste spory na tym tle i odrębność każdej ze spraw, z uwagi na odmiennosc uwarunkowań faktycznych, które są podstawą do oceny, czy zamawiający nie wykroczył poza granice swobody gospodarza postępowania. Natomiast nowo wprowadzona do ustawy regulacja art. 22 ust. 5 pzp w zdaniu pierwszym potwierdza tylko dorobek doktryny i orzecznictwa, które od dawna wskazywały, że celem warunków udziału w postępowaniu jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia udzielanego w ramach danego postępowania zamówieniowego.

Izba stwierdziła, że objęte zarzutem odwołania wymaganie Zamawiającego prowadzi do ograniczenia konkurencji, które nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach rozstrzyganej sprawy. Zamawiający nie przedstawił argumentów pozwalających na uznanie,

że ustanowione przez niego dla branży elektroenergetyki ograniczenie do sieci przesyłowych jest niezbędne i nie prowadzi do eliminacji wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie podważył skutecznie twierdzeń Odwołującego, że nie ma uzasadnienia dla odróżniania w ramach oceny zdolności wykonawców do wykonania przedmiotowego zamówienia, czy mają doświadczenie w realizacji systemów SCADA do kontroli i sterowania procesów zachodzących w sieciach elektroenergetycznych przesyłowych czy dystrybucyjnych. W szczególności przeczą temu podane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie {w zamierzeniu jako argument dotyczący zarzutu braku podstaw do uwzględnienia innych branż} przykłady praktyki formułowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia przez zamawiających z branży elektroenergetycznej. Pierwsze ogłoszenie wskazuje jako punkt odniesienia obiekt, którego dotyczyła instalacja systemu SCADA (elektrownia lub stacja elektroenergetyczna), a zatem wniosek wysnuty z niego przez Zamawiającego jest zupełnie dowolny i nieadekwatny dla tej sprawy, która nie dotyczy zarzutu niedopuszczenia doświadczenia w wykonaniu systemu SCADA do sterowania tłocznia gazu. Natomiast z pozostałych trzech ogłoszeń wręcz wynika, że zamawiający {w tym – co istotne – Polskie Sieci Elektroenergetyczne, operator polskiej sieci przesyłowej} nie widzieli potrzeby zawężenia doświadczenia wymaganego od wykonawców do elektroenergetycznych sieci przesyłowych. Z drugiego i czwartego ogłoszenia wprost wynika, że wdrożenie systemu SCADA mogło dotyczyć zarówno sieci dystrybucyjnej, jak i przesyłowej. Z kolei trzecie i czwarte ogłoszenie jako wyróżnik wskazują przesył energii elektrycznej o napięciu 110 kV lub wyższym. Jest to rodzaj wysokiego napięcia, które występuje zarówno w sieciach przesyłowych, jak i dystrybucyjnych {co podnosił również Odwołujący na rozprawie, a czemu Zamawiający nie zaprzeczał}. Z powyższymi, konkretnymi przykładami kontrastuje ogólnikowość wyводу Zamawiającego na temat istnienia poważnych różnic właściwości systemów SCADA stosowanych w sieciach przesyłowych i dystrybucyjnych. Otóż wbrew zapowiedzi przeprowadzenia w tym zakresie głębszej analizy, różnice te zostały wywiedzione wyłącznie z definicji sieci przesyłowej i sieci dystrybucyjnej zawartych w Prawie energetycznym. Tymczasem – jak trafnie zauważył Odwołujący – z definicji tych nie wynika nic ponad to, że za ruch sieciowy w sieci przesyłowej odpowiada operator systemu przesyłowego, a za ruch sieciowy w sieci dystrybucyjnej – operator systemu dystrybucyjnego. Paradoksalnie jedyną konkretnie sprecyzowaną różnicą jest występowanie w sieci przesyłowej napięcia 110 kV, które w rzeczywistości występuje również w sieciach dystrybucyjnych. Oczywiście sieć przesyłowa obejmuje również sieć wyższych napięć, a sieć dystrybucyjna – średnich i niskich napięć, jednak nie wiadomo

dlatego akurat Zamawiający, wbrew praktyce zamawiających z branży elektroenergetycznej, upatruje w tym przeszkody w dopuszczeniu doświadczenia dotyczącego sieci, w których występuje przesył energii elektrycznej o napięciu 110 kV. W szczególności podane przez samego Zamawiającego przykłady przeczą jego ogólnikowemu twierdzeniu, że systemy sterowania sieciami przesyłowymi mają na tyle inne cechy, że ich budowa jest realizowana w oparciu o doświadczenie uzyskane wyłącznie przy sieciach przesyłowych.

Również pozostała argumentacja Zamawiającego jest nieprzekonująca lub wręcz nieadekwatna do okoliczności rozstrzyganej sprawy. To ostatnie należy w pierwszej kolejności odnieść do wywodów na temat specyfiki gazowej sieci przesyłowej, w której – w przeciwieństwie do sieci dystrybucyjnej – miałyby występować aktywne elementy sterowania. Otóż – jak to już powyżej wskazano – spór co do ograniczenia doświadczenia w branży gazowej do sieci przesyłowych gazu ziemnego o określonym ciśnieniu został już rozstrzygnięty poprzednim wyrokiem. Podobnie wyłącznie dla poprzedniej sprawy mogła mieć znaczenie argumentacja Zamawiającego wykazująca na specyfikę systemów SCADA dla branży gazowej w stosunku do systemów SCADA dla elektroenergetyki. Konieczność dopuszczenia doświadczenia w branży elektroenergetycznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia została już ostatecznie przesądzona, a zatem powtarzanie tych samych lub podnoszenie nowych argumentów w tym zakresie jest bezprzedmiotowe w aktualnie rozstrzyganej sprawie. Z kolei wyłącznie perswazyjny charakter ma odwoływanie się do wartości gazu przesyłanego dziennie gazociągiem Zamawiającego czy też rozważanie zasięgu potencjalnej awarii i jej znaczenia dla Polski i Europy. W szczególności nie wiadomo dlaczego skutki awarii systemu sterowania dla gazociągu tranzytowego mogą być porównywalne tylko z awarią sterowania w sieci przesyłowej {w domyśle elektroenergetycznej}. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że ma on doświadczenie w realizacji systemów SCADA na rzecz operatora elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej obejmującej znaczną część kraju. Ocena, że awaria takiej sieci obejmującej 20% kraju ma mniejsze znaczenie niż sieci przesyłowej wydaje się być subiektywna i powierzchowna.

Za niewiarygodne uznała Izba oświadczenie Zamawiającego, że opis sposobu oceny warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia w poprzednim postępowaniu {o numerze referencyjnym ZP/SGT-43} był wynikiem błędu, a nie świadomej i przemyślanej decyzji. W ocenie Izby to swoiste przyznanie się do winy jest tylko elementem taktyki przyjętej na potrzeby tego postępowania odwoławczego. W ocenie Izby nie wpływa to adekwatność również w tej sprawie następującego stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z 13

czerwca 2013 r.: *We wcześniej prowadzonym postępowaniu (w 2012 r.) mimo, iż przedmiot zamówienia był niemal identyczny, dopuścił jednak możliwość wykazania się przez wykonawców doświadczeniem zdobytym nie tylko w modernizacji systemów SCADA w branży gazownictwa, ale także branży ropy i elektroenergetyki. Natomiast obecnie poza powoływaniem się na istniejące różnice nie podał żadnych okoliczności, które wystąpiły już po zakończeniu poprzedniego postępowania, a które uzasadniałyby takie ukształtowanie warunku jak ma to miejsce w tym stanie faktycznym. Wskazane różnice istniały bowiem zarówno wtedy, jak i dzisiaj. Mimo to warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania oceny ich spełnienia ukształtowane były dotychczas inaczej. Natomiast nie jest argumentem przesądzającym o braku zdolności Odwołującego do wykonania przedmiotowego zamówienia okoliczność, że złożona przez niego w poprzednim postępowaniu oferta wstępna została odrzucona przez Zamawiającego. Przede wszystkim nie może to rzutować na ocenę, że podmioty mające doświadczenie w realizacji systemów SCADA na potrzeby elektroenergetycznej sieci dystrybucyjnej są mniej zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia niż podmioty, które zdobyły takie doświadczenie przy realizacji analogicznych zamówień dotyczących sieci przesyłowych. Wreszcie należy zauważyć, że z treści opisu warunku, zarówno pierwotnego, jak i zmienionego, nie wynika w żaden sposób, że Zamawiający przywiązuje szczególną wagę do doświadczenia w modernizacji systemów SCADA. Jeżeli jest tak istotnie, to powinien rozważyć ewentualną zmianę opisu sposobu oceny spełnienia warunku w tym zakresie, co pozostaje jednak poza rozstrzygnięciem Izby w tej sprawie.*

Z powyższych względów w ocenie Izby dokonany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 pzp, gdyż nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, co z kolei stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 pzp. Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie Izby proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że wywodzone z niego wymagania muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności zamówienia lub warunkami jego realizacji. Stawiane wymagania nie mogą przy tym ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy obiektywnie zdolni są do jego wykonania w sposób należyty. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano* (C-376/08) wskazano, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej

w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie *Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria* (C-234/03) wywieziono, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto Trybunał w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie *Komisja przeciwko Hiszpanii* (C-414/97) wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 4 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy pzp, i – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie poz. 1 faktury VAT złożonej do zamknięcia rozprawy, a także koszt opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa. Natomiast Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu wymienionych w poz. 2 tej faktury VAT, z uwagi na brak przedstawienia rozliczenia tzw. kilometrówki, a także rachunków dotyczących opłat autostradowych, które wskazano w tej poz., co w ocenie Izby jest konieczne dla uczynienia zadość § 3 pkt 2 lit. a przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: