

Sygn. akt: KIO 2533/18

WYROK

z dnia 27 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Fiorentini Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów**

przy udziale wykonawców:

- A. wykonawcy **Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o., ul. Pyskowicka 31, 44-807 Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **AIUT sp. z o.o., ul. Wyczółkowskiego 113, 44-109 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy **PLUM sp. z o.o., ul. Wspólna 19, Ignatki, 16-001 Kleosin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- D. wykonawcy **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych "Intergaz" sp. z o.o., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Fiorentini Polska sp. z o.o. i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Fiorentini Polska sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego **Fiorentini Polska sp. z o.o.** na rzecz zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o.** kwotę 3 600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający” lub „PSG”)) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, na dostawę fabrycznie nowych gazomierzy miechowych z wbudowanym modułem zdalnego odczytu za pomocą transmisji danych przez sieć komórkową GSM dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., znak sprawy: 2018/PSEW001/WP-0000901. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 listopada 2018 r., numer 2018/S 231-528809. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 10 grudnia 2018 r. wykonawca Fiorentini Polska Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który powoduje, że możliwość złożenia oferty będzie miał tylko ten podmiot, który jeszcze przed 19 lipca 2018 r. dysponował wiedzą i możliwościami technicznymi umożliwiającymi wdrożenie protokołu SMART-GAS;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez opisanie warunków, jakie powinny spełniać wykonawcy aby wziąć udział w postępowaniu (dotyczące wymogu zrealizowania dostawy gazomierzy miechowych G4 rozstaw 130 mm) w sposób, który powoduje, iż wykonawcy, którzy zrealizowali dostawy gazomierzy miechowych G4 o charakterystykach wymaganych przez Zamawiającego, ale o innym rozstawie króćców, bezpodstawnie zostaną wykluczeni z postępowania;
- 3) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w sposób, który powoduje, że możliwość złożenia oferty będzie miał tylko ten podmiot, który jeszcze przed 19 lipca 2018 r. dysponował wiedzą i możliwościami technicznymi umożliwiającymi wdrożenie protokołu SMART-GAS;

- 4) art. 31 d ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia, żeby udział podmiotu uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji, w szczególności poprzez nieprzekazanie pozostałym wykonawcom informacji, brak wyznaczenia odpowiedniego terminu na złożenie ofert, umożliwiającemu pozostałym wykonawcom odpowiednie przygotowanie do złożenia oferty.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 2) przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
- 3) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M. P.;
- 4) przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony (członek Zarządu P. K.) na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Wykazując swój interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż jest potencjonalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte odwołaniem. Odwołujący w ramach swojej działalności gospodarczej oferuje produkty podobne do tych, jakie są przedmiotem zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu jednakże utrudniają uczciwą konkurencję. Naruszenia te mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty, jak również mogą doprowadzić do odrzucenia jego oferty, co może skutkować utratą możliwości uzyskania zamówienia i związanego z tym zysku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in. iż przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych z wbudowanym modułem telemetrycznym, umożliwiającym zdalny odczyt wskazań gazomierza poprzez sieć komórkową GSM, z wykorzystaniem protokołu SMART-GAS, zgodnego ze Standardem Technicznym ST-IGG-0201:2018. Standard techniczny ST-IGG-0201:2018 - protokół komunikacyjny SMART-GAS został ustanowiony przez Prezesa Zarządu Izby Gospodarczej Gazownictwa dopiero na podstawie uchwały nr 37/2018 z dnia 19 lipca 2018 r. Zarządu Izby Gospodarczej Gazownictwa w Warszawie. Standard ten został opracowany przez podzespół składający się z członków zespołu roboczego nr 2 oraz specjalistów zgłoszonych przez członków ww. zespołu. Podzespół wykonawczy składał się z przedstawicieli członków Izby Gospodarczej Gazownictwa: Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., COMMON Sp. z o.o., PLUM Sp. z o.o., AIUT Sp. z o.o., ATREM S.A. Odwołujący wyjaśnił, że ze względu na to, iż

standard został ustanowiony dopiero 19 lipca 2018 r., nie miał możliwości wdrożenia w tak krótkim okresie czasu (czyli w ciągu 4 miesięcy) go w swojej produkcji. Procedura implementacji nowego protokołu np. protokołu SMART-GAS, do istniejącego gazomierza, w dużym uproszczeniu wygląda bowiem następująco: około 1 miesiąc trwa głęboka analiza protokołu, około 1 miesiąc trwają prace nad faktyczną implementacją protokołu, zakładając pozytywny wynik analizy i brak konieczności wprowadzenia dodatkowych (innych niż wynikające z protokołu) zmian w gazomierzu, około 1 miesiąc trwa testowanie poprawności pracy oraz około 3 miesiące wymaga uzyskanie niezbędnej certyfikacji dla gazomierza z nowym protokołem. Do tego dochodzi okres podjęcia decyzji przez Zarząd o alokacji zasobów R&D do pracy nad nowym protokołem wynoszący minimum 1 miesiąc. W związku z tym na całkowite wdrożenie danej technologii w taki sposób, aby producent mógł oferować na rynku urządzenia spełniające wszystkie wymogi, w tym posiadające odpowiednie atesty i certyfikaty, potrzeba jest co najmniej 6 miesięcy. Odwołujący zauważył, iż nawet, jeżeli przyjąć, iż Odwołujący jeszcze tego samego dnia, w którym został ustanowiony ww. standard podjął kroki w celu wdrożenia protokołu, to i tak na dzień składania ofert nie dysponowałby urządzeniem spełniającym wszystkie wymogi zawarte przez Zamawiającego w SIWZ w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rażąco utrudnia to uczciwą konkurencję. Spełnienie wymogów co do przedmiotu zamówienia mógłby bowiem spełnić tylko taki wykonawca, który uczestniczył bezpośrednio w pracach nad protokołem i który na moment ustanowienia standardu dysponowałby już całą wiedzą z tym związaną i mógł rozpocząć bezpośrednie wdrażanie jej do produkcji (z pominięciem etapów podjęcia odpowiedniej decyzji biznesowej przez Zarząd, analizy samego protokołu itp.). Prace nad standardem prowadziło bardzo wąskie grono podmiotów. Do współpracy, czy chociażby do konsultacji nie został zaproszony żaden producent gazomierzy.

Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż AIUT Sp. z o.o., która uczestniczyła w pracach nad przygotowaniem standardu, brała już wcześniej udział w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego, dotyczących dostaw gazomierzy miechowych, działając w ramach konsorcjum tworzonego wraz z firmą ZWUG INTERGAZ Sp. z o.o., która jest producentem gazomierzy. W ocenie Odwołującego istnieją uzasadnione wątpliwości, że ZWUG INTERGAZ Sp. z o.o. miała dostęp do wszelkich potrzebnych informacji dotyczących nowego protokołu znacznie szybciej, niż pozostali producenci gazomierzy i mogła z wyprzedzeniem podjąć działania zmierzające do wdrożenia nowych rozwiązań wymaganych obecnie przez Zamawiającego. Powyższe powoduje uzasadnione wątpliwości, co do zachowania przez Zamawiającego bezstronności i przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami

proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie natomiast z art. 31d ustawy Pzp, jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający zapewnia, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom informacje, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Przepis ten stanowi implementację art. 41 dyrektywy 2014/24/UE, stanowiącego o tym, że jeżeli wykonawca doradza Zamawiającemu - niezależnie od tego, czy odbywa się to w trakcie konsultacji rynkowych, które w ustawie Pzp zostały nazwane dialogiem technicznym, czy z pominięciem tego etapu lub w inny sposób jest zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający ma obowiązek podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego wykonawcy nie zakłóca konkurencji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie zastosował środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Ze względu na powiązania pomiędzy spółką ZWUG INTERGAZ Sp. z o.o. oraz spółką AUIT Sp. z o.o., która wraz z Zamawiającym uczestniczyła w przygotowaniach standardu dotyczącego protokołu SMART- GAS, na Zamawiającym spoczywał obowiązek zapewnienia, żeby udział tych podmiotów w postępowaniu nie zakłócił konkurencji. Zamawiający jednakże nie sprostął żadnemu z tych wymogów. Zamawiający w szczególności nie udzielił potencjonalnym wykonawcom odpowiednich informacji oraz nie wyznaczył odpowiedniego terminu na złożenie ofert.

Odwołujący ponadto wyjaśnił, iż w chwili obecnej obowiązuje norma PN-EN 13757-1:2014 „System komunikacji dla przyrządów pomiarowych — Część 1: Wymiana danych”, w której określono w sposób ogólny wymianę danych i komunikację przyrządów pomiarowych oraz ich zdalny odczyt, jak również ustalono specyfikację protokołu warstwy aplikacji przyrządów oraz ustalono kilka protokołów dla komunikacji przyrządu, które mogą być zastosowane w zależności od wykorzystywanej aplikacji. Norma ta powołuje się m.in. na protokół DLMS, opracowany przez DLMS User Association - organizację non-profit, która opracowuje, utrzymuje, wspiera i promuje specyfikację DLMS/COSEM w zakresie wymiany danych w zakresie inteligentnych pomiarów, inteligentnego zarządzania energią i powiązanych dziedzin. Stowarzyszenie zostało założone w 1997 roku przez czołowych producentów mediów i liczników. Od tego czasu rozwinęło się w globalną organizację z ponad 300 członkami ze wszystkich kontynentów i ponad 60 krajów z udziałem mediów, producentów liczników, programistów i integratorów systemów oraz producentów układów. Protokół DLMS nie jest kompatybilny z protokołem SMART-GAS. Implementacja systemu wykorzystującego komunikację gazomierzy przy użyciu protokołu DLMS w odróżnieniu od protokołu SMART-GAS nie zamyka w przyszłości możliwości dodania do środowiska urządzeń

nowych dostawców oraz nowych technologii przesyłania danych. DLMS jest kompatybilny z dużą liczbą urządzeń różnych producentów z różnych krajów, podczas gdy protokół SMART-GAS jest rozwiązaniem typowo lokalnym. Protokół DLMS jest stosowany również w pokrewnych branżach pomiarowych (np. w energetyce czy przez dostawców wody), co niewątpliwie zwiększa liczbę potencjalnych dostawców systemów zdalnego zarządzania gazomierzami. Dla protokołu DLMS istnieje ściśle określona i precyzyjna procedura weryfikacji prawidłowości jego implementacji potwierdzonej certyfikatem, czego brakuje przy standardzie dotyczącym protokołu SMART-GAS. W Unii Europejskiej protokół DLMS jest wykorzystywany w kilku krajach na poziomie protokołów narodowych. Tak, milionowe wdrożenia oparte o DLMS/COSEM były wykonane we Francji, Holandii w Hiszpanii i Skandynawii. We Włoszech pracuje 22 miliony liczników gazu i 30 mln liczników prądu w tym systemie.

Odwołujący zauważył, że określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. W opinii Odwołującego postanowienia SIWZ, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym oferowane gazomierze powinny umożliwiać zdalny odczyt wskazań z wykorzystaniem protokołu SMART-GAS, zgodnego ze Standardem Technicznym ST-IGG-0201:2018, w rażący sposób utrudnia uczciwą konkurencję. Odwołujący przyznał, iż określenie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, jednak w trakcie procedury wyboru podmiotów zamawiający nie mogą faworyzować przedsiębiorców czy ograniczać możliwości uczestnictwa niektórych z nich w postępowaniu. Publiczne finanse muszą być wydatkowane w sposób rozważny i zgodnie z zasadą uzyskiwania najlepszych efektów. Tylko właściwe zarządzanie umowami pozwala na racjonalne planowanie zamówień w przyszłości i terminowe ich udzielanie, co ma niebagatelny wpływ na cały system zamówień i finansów publicznych. Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że to zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma zatem prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż nie można stwierdzić, iż potrzeba zamówienia gazomierza o charakterystykach opisanych w pkt 3.2 SIWZ jest uzasadniona i obiektywna. Wręcz odwrotnie, w opinii Odwołującego, wybranie przez Zamawiającego takiego protokołu, w przypadku, gdy na rynku dostępne są inne sprawdzone i dobrze funkcjonujące od lat rozwiązania, może spowodować nie tylko niekorzystne rozporządzenie przez Zamawiającego dysponowanymi przez niego środkami, ale także doprowadzi do ograniczenia konkurencji w tym postępowaniu i w dłuższej perspektywie na rynku polskim, bowiem zagraniczni producenci z dużym prawdopodobieństwem nie będą zainteresowani zainwestowaniem znacznych środków w produkcję urządzeń, na których popyt będzie relatywnie mały, jak również przyczyni się do

sytuacji, gdy polscy producenci będą ograniczeni w możliwości ekspansji na rynek europejski, gdzie nie będzie popytu na rozwiązania lokalne. Skutki zamówienia gazomierzy wskazanej w SIWZ technologii, ze względu na okoliczność, że korzystanie z gazomierzy inteligentnych wymaga dopasowania całej infrastruktury z tym związanej (konieczność utrzymywania centrali w której dane spływające z gazomierzy będą odpowiednio przetwarzane), spowoduje, iż w przyszłości Zamawiający będzie skazany wyłącznie na zamówienia gazomierzy, w których zastosowany zostanie protokół SMART-GAS, a tym samym liczba potencjalnych dostawców będzie bardzo mała. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że zachowanie Zamawiającego prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji nie tylko w tym postępowaniu, ale także będzie naruszało ją w przyszłości.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na argumentację związaną z zastosowaniem protokołu SMART-GAS przez polskie gazownictwo zaprezentowaną w artykule „Czy polskie gazownictwo rzeczywiście inwestuje 3 mld złotych w „esperanto”?” autorstwa M. P. oraz na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazuje, że „Przepisy Prawa zamówień publicznych zabraniają nieuzasadnionego potrzebami zbawiającego wykluczenia z przedmiotu zamówienia określonych rozwiązań, np. technologii - ale nie technologii samych w sobie, lecz w sytuacji, gdy takie ograniczenie jest integralnie powiązane z wyeliminowaniem lub istotnym ograniczeniem (obiektywnej) możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wykonawców (dysponujących takimi technologiami), potencjalnie zdolnych do zrealizowania zamówienia*¹. W ocenie Odwołującego taka sytuacja ma miejsce w obecnym postępowaniu. Zamawiający, jako gospodarz postępowania może kształtować przedmiot zamówienia zgodnie z jego potrzebami. Niemniej jednak musi się to odbywać z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Pozostanie przez Zamawiającego przy wymogu zastosowania przy module telemetrycznym protokołu SMART-GAS istotnie ogranicza konkurencję, tym bardziej na danym etapie, gdyż większość producentów nie miała nawet możliwości ze względu na zbyt krótki czas, który upłynął od ustanowienia standardu, na jego wdrożenie. Realną możliwość przystąpienia do postępowania w chwili obecnej ma więc bardzo ograniczona liczba producentów, a niewkluczone, że tylko jeden wykonawca będzie w stanie zaoferować opisane w pkt 3.2. SIWZ urządzenie.

Na fakt ograniczenia przez Zamawiającego kręgu wykonawców, mogących wziąć udział w niniejszym postępowaniu, wskazują, zdaniem Odwołującego, również inne okoliczności, w tym pkt 8.2.3 SIWZ, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy posiadają określone zdolności techniczne i zawodowe tj.: wykażą, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) dostawy gazomierzy miechowych G4

rozstaw 130mm (bez modułu telemetrycznego) o parametrach nie gorszych niż przedstawionych opisanych w pkt 4.1 SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, iż rozstaw króćców w gazomierzu nie wpływa na charakterystyki techniczne urządzenia. Gazomierz miechowy zbudowany jest ze stalowej blaszanej obudowy, wewnątrz której znajduje się właściwy mechanizm służący do pomiaru objętości przepływającego gazu. Gazomierze miechowe wykonywane są jako jednokróćcowe i dwukróćcowe. W przypadku gazomierzy dwukróćcowych rozstaw pomiędzy króćcami w żaden sposób nie wpływa na funkcjonowanie i charakterystyki techniczne samego gazomierza. Szerokość rozstawu jest podyktowana tylko i wyłącznie potrzebami faktycznymi, czyli zależy od tego jaka odległość dzieli rurę wlotową od rury wylotowej. W zależności zatem od potrzeby Zamawiającego Wykonawca może w każdej chwili uruchomić produkcję obudowy o rozstawie króćców o danej szerokości.

Na dowód swoich twierdzeń zawartych w odwołaniu Odwołujący wskazał, iż załącza: pismo zespołu roboczego nr 2 do Komitetu Standardu Technicznego Izby Gospodarczej Gazownictwa z dn. 21.06.2018 r.; Standard techniczny ST-IGG-0201:2018 - protokół komunikacyjny SMART-G/1S, Informację z otwarcia ofert z dnia 03.22.2017 r. w postępowaniu publicznym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę gazomierz) miechowych GS ze zdalnym odczytem i zdalnie sterowanym zaworem, wbudowanym zaworem wstrzymania/ wznowienia dostaw paliwa gazowego na potrzeby PSG sp. z o.o., 2017/PSGW001 fWP-000362; Wydruk artykułu „Czy polskie gazownictwo rzeczywiście inwestuje 3 mld złotych w „esperanto””; Pismo Zamawiającego z dnia 16.10.2018 r., Pismo Odwołującego z dn. 26.10.2018 r.; Wyciąg z SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę fabrycznie nowych gazomierzy miechowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.”, znak sprawy: 2017/PSGW001/WP-0000562; Pismo Zamawiającego z dnia 12.09.2018 r.; Kryteria Techniczne stanowiące podstawę certyfikacji na znak bezpieczeństwa i jakości Q INiG nr KT-60-98, Pismo z dnia 30.06.3017 r.

Pismami z dnia 13 grudnia 2018 r., złożonymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosili wykonawcy: Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach wnosząc o oddalenie odwołania, AIUT sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach wnosząc o odrzucenie odwołania z powodu braku interesu prawnego Odwołującego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz o oddalenie odwołania. Natomiast pismami złożonymi do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy: po stronie Zamawiającego - PLUM sp. z o.o. z siedzibą w Ignatkach wnosząc o oddalenie odwołania oraz po stronie Odwołującego - Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą

w Zabrzu wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia w pismach złożonych przed posiedzeniem z udziałem stron, przedstawili swoje pisemne stanowisko w sprawie.

Przystępujący Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. uzasadniając swoje stanowisko podał m.in. iż nieprawdziwa jest teza, że wykonawcy nie mieli możliwości dysponowania wiedzą i możliwościami do wdrożenia protokołu Smart-Gas, w szczególności przed datą 19 lipca 2018 roku. Do współuczestnictwa w pracach standaryzacyjnych IGG, zgodnie z Regulaminem Komitetu Standardu Technicznego mieli i mają prawo wszyscy członkowie IGG, również i Odwołujący. Tym samym Odwołujący miał pełne prawo i możliwości przystąpienia do prac standaryzacyjnych. Standard ST-IGG-0201:2014, powołany przez Zamawiającego w treści SIWZ ustanowiony został w dniu 08.01.2015 r. z zaleceniem by został wprowadzony do stosowania przez firmy zrzeszone w Izbie Gospodarczej Gazownictwa. Tym samym już w 2015 roku Odwołujący jako członek tej Izby miał możliwość zastosowania się co do tej rekomendacji przez jej wprowadzenie. Skoro od tej daty Odwołujący nie zastosował się do treści tej rekomendacji to jego bierność nie może usprawiedliwiać obecnie podnoszonych zarzutów co do ograniczenia konkurencji i równości wykonawców uczestniczących w postępowaniu przetargowym. Odwołanie się w treści SIWZ do standardu ST-IGG-0201:2018, który jest dokumentem publicznym, potwierdza zdaniem Przystępującego, że Zamawiający dochował wszelkich starań by w sposób jednoznaczny, przejrzysty i zrozumiały, zgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, sprecyzować wymagania dla prowadzonego postępowania przetargowego.

Przystępujący AIUT sp. z o.o. wskazał m.in. że Odwołujący nie wykazał interesu prawnego będącego podstawą do wniesienia odwołania, tym samym odwołanie powinno zostać odrzucone. Nadto Przystępujący zauważył, że Odwołujący argumentując interes prawny we wniesieniu Odwołania odniósł się do zdarzeń, które hipotetycznie mogą nastąpić w przyszłości, jak również zakwestionował potrzeby oraz wymagania Zamawiającego, określone w SIWZ, opisujące przedmiot umowy, a jednocześnie wskazał na inne rozwiązanie rynkowe, które mogą zostać przez Odwołującego zaoferowane, a które nie są przez Zamawiającego wymagane oraz oczekiwane. Nadto Odwołujący przeprowadzaną argumentację wiąże ze swoją wewnętrzną polityką, która, jak sam wskazuje, nie pozwala na spełnienie wymagań SIWZ. Zdaniem Przystępującego argumenty prezentowane przez Odwołującego nie powinny usprawiedliwiać rzekomego naruszenia ustawy przez Zamawiającego, uzasadniającego podstawę do wniesienia Odwołania. Bierna postawa Odwołującego oraz jego polityka wewnętrzna nie powinny uzasadniać rzekomego utrudniania uczciwej konkurencji pomiędzy potencjalnymi oferentami oraz być podstawą do zmiany warunków postępowania dotychczasowo zawartych w SIWZ. Nadto ocena braku możliwości produkcyjnej

Odwołującego jest oceną subiektywną odnoszącą się do organizacji wewnętrznej jego przedsiębiorstwa. Ewentualny brak kadry, środków materialnych, mechanizmów organizacyjnych oraz tryb decyzyjny spowalniający rynkową dynamiczność przedsiębiorcy nie powinny uzasadniać rzekomego naruszenia zasady konkurencyjności, bowiem twierdzenie prezentowane przez Odwołującego nie stanowi obiektywnej oceny, usprawiedliwienia obowiązku zmiany SIWZ lub czynienia innych ustępstw wobec Odwołującego. Przystępujący przywołał wyrok KIO z dnia 29-09-2011 podając: *2. Prawo zamówień publicznych nie powinno być stosowane i interpretowane jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. 3. Polityka wewnętrzna wykonawcy nie może powodować zagrożeń po stronie zamawiającego, iż zamówienie nie zostanie zrealizowane zgodnie z założeniami projektowymi zamawiającego, w ten sposób, iż oferowane przez wykonawcę rozwiązanie nie będzie tym wymogom odpowiadało.* Dodatkowo Przystępujący wskazał, że brak przedmiotu zamówienia w aktualnej ofercie Odwołującego o określonych przez Zamawiającego Parametrach również nie stanowi usprawiedliwienia dla zmiany warunków SIWZ przez Zamawiającego, aby dostosować je do możliwości produkcyjnych Odwołującego. Dodatkowo posiadanie w ofercie przez Odwołującego innego rozwiązania niewymaganego przez Zamawiającego, opartego na protokole komunikacji DLMS, również nie usprawiedliwia konieczności zmiany warunków SIWZ, poprzez dostosowanie ich do możliwości ofertowych Odwołującego. Zgodnie z wyrokiem KIO 1789/17 - wyrok KIO z dnia 18-09-2017 *1. Zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. 2. Fakt posiadania czy też dostępności przez danego wykonawcę danego produktu nie stanowi o tym, że dany zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada i chce mu go sprzedać. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów, jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków zarówno pod względem finansowym jak i użytkowym. Zamawiający ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone standardy przez wskazanie parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia*

jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym.

Przystępujący PLUM sp. z o.o. podał m.in., iż podmiotem odpowiedzialnym za rozwój protokołu SMART-GAS jest IGG, prowadząca swoją działalność od 2003 r. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych. Jednym z celów IGG jest propagowanie nowoczesnej wiedzy techniczno-ekonomicznej, o której mowa w § 8 Statutu Izby, co realizowane jest m. in. poprzez „inspirowanie i opracowanie, a także dokonywanie ocen merytorycznych projektów oraz nowelizacji przepisów, dokumentów normalizacyjnych, zasad i reguł mających wpływ na funkcjonowanie podmiotów branży gazowniczej i m.in. we współdziałaniu ze stowarzyszeniami naukowo - technicznymi”. IGG prowadzi standaryzację techniczną „w celu ujednoczenia wymagań działalności technicznej i usług w branży gazowniczej poprzez stosowanie uznanych reguł technicznych lub rozwiązań organizacyjnych, które nie mają uregulowań w postaci norm krajowych lub międzynarodowych, a także w interesie społecznym, dla którego ważnym jest uzyskanie bezpiecznego, o odpowiedniej cenie i przyjaznego dla środowiska, zaopatrzenia w gaz ziemny z wykorzystaniem sieci gazociągów”. Standaryzacja techniczna odbywa się przez wydawanie dokumentów standaryzacyjnych, w tym Standardu Technicznego IGG (ST), będącego dokumentem, określającym wymagania odpowiednio dla usług, produktów lub procesów występujących w branży gazowniczej, które nie są dostatecznie znormalizowane w normach krajowych. Do realizacji zadań IGG w odniesieniu do działalności standaryzacyjnej powołane są Komitet Standardu Technicznego i Sekretariat Komitetu Standardu Technicznego”. Skład Komitetu Standardu Technicznego powołuje zarząd IGG według następującego klucza: 2 członków z PGNiG S.A., 2 członków z Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., do 7 członków z PSG sp. z o.o., 1 członek z Instytutu Nafty i Gazu - Państwowego Instytutu Badawczego w Krakowie, 1 członek z System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol Gaz S.A., 1 członek ze Stowarzyszenia Inżynierów i Techników Przemysłu Naftowego i Gazowniczego, 1 członek z Polskiego Zrzeszenia Inżynierów i Techników Sanitarnych, do 9 członków nie wymienionych w pkt 1-7 powyżej, wskazanych przez Zarząd Izby na podstawie rekomendacji podmiotów zrzeszonych w IGG. Działalność standaryzacyjna Komitetu Standardu Technicznego opiera się na zasadach jawności i zaangażowaniu wszystkich zainteresowanych uczestników IGG w proces standaryzacji. Zgodnie z ustępem 1.2 załącznika nr 1 do uchwały nr 1/2016, w „standaryzacji technicznej IGG najważniejszymi zasadami, dotyczącymi wszystkich członków IGG są: prawo zgłaszania tematów prac standaryzacyjnych; prawo delegowania pracowników do pracy w Zespołach Roboczych (ZR) opracowujących projekty DS; prawo opiniowania projektów DS; jawność procesu opracowywania DS; powszechna dostępność DS; dobrowolność stosowania DS; wdrażanie

DS, do stosowania na podstawie uchwał/decyzji organów spółki (podmiotów prawnych). Zgodnie z ust. 3 preambuły załącznika nr 1 do uchwały nr 1/2016, opracowanie dokumentów standaryzacyjnych należy do zakresu działania Zespołów Roboczych działających w ramach Komitetu Standardu Technicznego. Członków Zespołów Roboczych zgłaszają firmy stowarzyszone w Izbie Gospodarczej Gazownictwa (ust. 2.5 załącznika nr 1). Zgodnie z ust. 2.6.1 załącznika nr 1, opracowanie dokumentu standaryzacyjnego obejmuje zawsze czynności: przygotowanie projektu dokumentu standaryzacyjnego, opiniowanie projektu dokumentu przez członków Izby Gospodarczej Gazownictwa w formie ankiety na formularzu uwag, przeprowadzenie Konferencji Uzgodnieniowej dla projektu dokumentu roboczego opracowanego po rozpatrzeniu przez Zespoły Robocze uwag lub opinii zgłoszonych w Ankiecie, opiniowanie projektu dokumentu standaryzacyjnego opracowanego po Konferencji Uzgodnieniowej przez niezależnego eksperta, zatwierdzenie projektu dokumentu standaryzacyjnego przez Komitet Standardu Technicznego. Zgodnie z ust. 2.6.3 załącznika nr 1, wszyscy członkowie IGG mają prawo zajęcia stanowiska w odniesieniu do projektu dokumentu standaryzacyjnego poprzez opiniowanie projektu na etapie ankiety, a następnie poprzez udział w Konferencji Uzgodnieniowej. Na dowód swoich twierdzeń Przystępujący załączył m.in. załącznik nr 1 do Uchwały Zarządu IGG nr 1/2016 z dnia 2.02.2016 r. — standaryzacja techniczna Izby Gospodarczej Gazownictwa grudzień 2015 - załącznik nr 5. Nadto wskazał, iż Odwołujący jest członkiem Komitetu Standardu Technicznego co najmniej od 20 czerwca 2013 r. aż do dnia dzisiejszego, co potwierdza m.in. załączona do pisma lista członków IGG, protokół z głosowania KST w trybie elektronicznym nad zatwierdzeniem ST-IGG-2103:2018 z dnia 19.11.2018 r. Protokół SMART-GAS został wprowadzony w 2015 r. w dokumencie standaryzacyjnym oznaczonym znakiem ST-IGG-0201:2014. Odwołujący zagłosował za przyjęciem uchwały wprowadzającej standard techniczny ST-IGG- 0201:2014, na dowód czego został załączony wynik głosowania internetowego w dniach 22.12.2014 r. - 29.12.2014 r. nad Uchwałą Nr 113-IGG/VIII/2014 - Internet z dnia 22.12.2014 r. w sprawie zatwierdzenia projektu Standardu Technicznego ST-IGG-0201:2014. W 2016 r. IGG podjęła decyzję o nowelizacji tego standardu, co skutkowało stworzeniem kolejnego dokumentu o znaku ST-IGG-0201:2018 (dostarczenia gazomierzy kompatybilnych właśnie z tym standardem wymaga Zamawiający od Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu). Członkowie IGG - w tym także Odwołujący - byli zapraszani do prac nad nowelizacją standardu ST-IGG-0201:2014. Dowodzi tego załączony do pisma e-mail z dnia 22 lipca 2016 r. skierowany do członków IGG, w tym przedstawiciela Odwołującego. Wyniki prac nowelizacyjnych również zostały przekazane Odwołującemu w maju 2016 r., na dowód czego został załączony e-mail z dnia 2 maja 2018 r.

Przystępujący zauważył również, iż Odwołujący stawiając zarzuty naruszenia prawa zamówień publicznych poprzez wprowadzenie określonych wymogów do opisu przedmiotu zamówienia, nie wskazał, w jaki sposób jego zdaniem Zamawiający miałby zmienić treść SIWZ, aby zapewnić równe traktowanie wykonawców i zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Z treści odwołania nie wynika żądanie Odwołującego w zakresie sposobu zmiany zapisów dokumentacji przetargowej. Sam Odwołujący wskazał, że Zamawiający może opisywać przedmiot zamówienia mając na uwadze swoje uzasadnione potrzeby. Odwołujący nie wykazał więc, że jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, który z jednej strony zapewniłby równe traktowanie wykonawców i zachowanie zasad uczciwej konkurencji, a z drugiej uwzględniłby uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Przystępujący Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. wskazał m.in., iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, wynikający z dwóch zasadniczych kwestii: jest potencjalnym wykonawcą - istnieje możliwość złożenia własnej oferty, w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ, bowiem przystępujący oferuje produkty podobne do tych, które są przedmiotem zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu utrudniają uczciwą konkurencję oraz istnieje możliwość wystąpienia w charakterze członka konsorcjum lub podwykonawcy Fiorentini Polska sp. z o.o., w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ. Odnośnie możliwości złożenia własnej oferty w przypadku takiej zmiany warunków przetargu, która umożliwi udział w nim oferentów posiadających w ofercie gazomierze spełniające funkcje gazomierzy stanowiących obecnie przedmiot postępowania (usunięcie kryteriów godzących w konkurencję i faworyzujących konkretne podmioty), Przystępujący wskazał, że współpracuje z włoskim producentem gazomierzy MeteRSit s.r.l. i jest w stanie zaoferować nowoczesne gazomierze termiczne, które spełniłyby wszystkie istotne funkcje wymagane w przetargu, a nadto pozbawione są wad wymaganych w SIWZ gazomierzy miechowych. W ocenie Przystępującego bezzasadny jest taki opis przedmiotu zamówienia, który z góry wyklucza możliwość udziału w postępowaniu podmiotów oferujących gazomierze innego typu niż miechowe. Przystępujący zwrócił m.in. uwagę na Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r., dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającą Dyrektywę 2003/55/WE - z której wynika, że obowiązkiem Polski jest zapewnienie interoperacyjności systemów pomiarowych (w tym dla różnych mediów) na swym terytorium. Nie jest to osiągalne w przypadku stosowania nietypowych, marginalnie stosowanych protokołów transmisji, a w Polsce, podobnie jak i w Europie, zdaniem Przystępującego, interoperacyjność zapewniłby protokół transmisji DLMS, stosowany już w energetyce. Stosowanie normy przygotowanej przez dwóch lokalnych producentów

elektroniki nie spełnia wymogu stosowania odpowiednich standardów (są bowiem sprawdzone standardy europejskie i światowe) i najlepszych praktyk (te przecież wyznaczyły już wielomilionowe inwestycje w krajach europejskich). Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. jest podmiotem mającym absolutny monopol w zakresie dystrybucji gazu w Polsce, stąd jej decyzje wyznaczają kierunek działania obowiązujący w kraju. W Polsce doszło także do implementacji Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej nr 2006/32/EC. W artykule 13 „Pomiary przy pomocy liczników oraz przejrzystość informacji w rachunkach zużycia energii”, Państwa Członkowie zapewniły, *„by na tyle, na ile jest to technicznie wykonalne, uzasadnione finansowo i proporcjonalne do potencjalnych oszczędności energii, odbiorcy końcowi energii elektrycznej, gazu, centralnego ogrzewania lub chłodzenia oraz ciepłej wody użytkowej mieli możliwość nabycia po konkurencyjnych cenach indywidualnych liczników, które dokładnie oddają rzeczywiste zużycie energii przez odbiorcę końcowego i informują o rzeczywistym czasie korzystania z energii.”* Zdaniem Przystępującego zastosowanie gazomierzy, których dotyczy postępowanie, nie zapewni ani konkurencyjności cen, ani dokładnego oddawania rzeczywistego zużycia energii (brak korekcji temperatury i ciśnienia). Przystępujący stwierdził, że liczniki MeteRSit, które nie są gazomierzami miechowymi, są rozwiązaniem w pełni równoważnym, i jako przedstawiciel MeteRSit powinien mieć możliwość uczestnictwa w przedmiotowym przetargu, a ograniczając dostawy wyłącznie do gazomierzy miechowych PSG w istocie działa na swoją niekorzyść, gdyż gazomierze te nie spełniają wymogów Rozporządzenia o Taryfach i podanych tam warunków referencyjnych. Gazomierze termiczne MeteRSit mają funkcjonalność zdalnej transmisji danych po GPRS, jednak nie posiadają, tak jak praktycznie wszystkie gazomierze dostarczane poza Polską, protokołu transmisji Smart-Gas 2, lecz ogólnie stosowany protokół zgodny z DLMS.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in. iż przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych z wbudowanym modułem telemetrycznym, umożliwiającym zdalny odczyt wskazań gazomierza poprzez sieć komórkową GSM. Zdalny odczyt wskazań gazomierza możliwy jest dzięki wykorzystaniu protokołu komunikacyjnego, który przesyła dane dotyczące zużycia z gazomierza prosto do bazy systemu PSG. Technologia GSM jest jedną z możliwych do zastosowania obok m.in. technologii GPRS i radiowych. Zamawiający wymaga zastosowania w gazomierzach protokołu komunikacji SMART-GAS, zgodnego ze Standardem Technicznym ST-IGG-0201:2018, ustanowionym przez Prezesa Zarządu Izby Gospodarczej Gazownictwa (dalej: „IGG”) na podstawie uchwały nr 37/2018 z dnia 19 lipca 2018 r. Standard Techniczny ST-IGG-0201:2018 jest znowelizowaną wersją Standardu Technicznego ST-IGG-0201:2014, który obowiązywał

od 2014 r. pod tą samą nazwą na podstawie uchwały Nr 01/2015 z dnia 8 stycznia 2015 r. Zarządu IGG w Warszawie. Oznacza to, że Standard techniczny ST-IGG-0201:2018 „Protokół komunikacyjny SMART-GAS” nie jest zupełnie nowym standardem, nie były tworzone nowe założenia funkcjonowania standardu, a jedynie doprecyzowane zagadnienia, które pojawiły się w wyniku funkcjonowania standardu w eksploatowanych urządzeniach, np. gazomierzach i rejestratorach. Nowelizacja standardu z 2018 r. w stosunku do wersji z 2014 r. objęła m.in.: doprecyzowanie i uszczegółowienie zapisów opisujących warstwy datagramowej, pakietową oraz obiektową protokołu, uzupełniono standard o przykłady użycia protokołu tzn. przykładowe ramki w celu uproszczenia procesu interpretacji i implementacji protokołu, rozszerzono zastosowanie protokołu w zakresie wykorzystania go w pakietowej transmisji danych, IoT („Internet of Things”) oraz lokalnych złączy komunikacyjnych.

Zamawiający stwierdził, iż decyzja o ewentualnym wdrożeniu protokołu komunikacji SMART-GAS przez producentów urządzeń, w których stosowane są różnego rodzaju protokoły jest zwykle decyzją stricte biznesową. Producenci urządzeń rejestrujących takich jak gazomierze pochodzą często z różnych krajów i dostarczają gazomierze na różne rynki krajowe. Zamawiający na poszczególnych rynkach krajowych wymagają kompatybilności gazomierzy z różnymi protokołami komunikacji. Wykonawcy chcąc brać udział w postępowaniach przetargowych podejmują decyzję o ewentualnym wdrożeniu danego protokołu komunikacji, który stosowany jest na danym rynku krajowym. Ich decyzje podyktowane są względami ekonomicznymi, np. analizą opłacalności wdrożenia danego protokołu komunikacji względem potencjalnego rynku zbytu. Decyzja o wdrożeniu danego protokołu komunikacji oznacza konieczność implementacji rozwiązania do produkowanych urządzeń. Nie oznacza to, że producenci wdrażając jedno rozwiązanie muszą zrezygnować z innego. Urządzenia, w tym wypadku gazomierze, mogą być produkowane równolegle w wariantach obowiązujących na obszarze danych państw. W istocie wymaga to jednak nakładów finansowych. Znane są przypadki firm działających na rynku, które wykorzystują nawet do 5 języków - protokołów komunikacji, w tym zarówno DLMS jak i SMART-GAS. Tak szeroki zakres wdrożenia protokołów komunikacji świadczy o ich należytnym przygotowaniu do udziału w poszczególnych krajowych rynkach.

Zamawiający podał, iż protokół komunikacyjny SMART-GAS jest powszechnie dostępny, możliwy do nabycia za kwotę 284 zł netto w wersji elektronicznej. Sprzedażą zajmuje się IGG. Dodatkowo dla członków IGG przewidziano rabat w wysokości 44%. Wraz z nabyciem Standardu, podmioty uzyskują dostęp do jego treści i wynikających z niego wymogów, które następnie mogą implementować w swoich produktach, w tym w gazomierzach. Stosowanie dokumentów standaryzacyjnych IGG ma zapewnić odpowiedni poziom bezpieczeństwa

działalności w branży gazowniczej przy zastosowaniu adekwatnego do tej działalności poziomu techniki i wpływać na obniżenie kosztów tej działalności. W standaryzacji technicznej IGG stosuje się zasady dobrowolności uczestnictwa w procesie opracowywania i stosowania dokumentów standaryzacyjnych, zapewnienia możliwości uczestnictwa wszystkich zainteresowanych w procesie opracowywania tych dokumentów, jak również wykorzystywania sprawdzonych osiągnięć nauki i techniki oraz jawności i powszechnej ich dostępności. IGG zrzesza wielu przedsiębiorców, zarówno krajowych jak i zagranicznych. Wśród członków Izby wymienić można zarówno Zamawiającego (dalej również: „PSG”) jak i Odwołującego, który jest jednym z członków założycieli Izby, będąc jej członkiem od 2003 r. Kwestia uprawnień IGG w zakresie działalności standaryzacyjnej jest, w ocenie Zamawiającego, bezsporna. Tym samym przygotowanie przez Zamawiającego postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia sporządzany jest w oparciu o standardy opracowywane i wydawane przez IGG jest w pełni zasadny. W ocenie Zamawiającego próba kontestowania zasadności działań podejmowanych przez organizację, której członkiem jest Odwołujący oraz zasadności powoływania się w postępowaniach publicznych na standardy wypracowane przez ogół branży gazownictwa w Polsce jest bezzasadna.

Następnie Zamawiający zauważył, iż osią sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym wydaje się być czasookres niezbędny do wdrożenia protokołu komunikacji SMART-GAS w produkcji Odwołującego, podczas gdy protokół SMART-GAS funkcjonujący obecnie, jako Standard IGG od 19 lipca 2018 r. jest protokołem funkcjonującym od 2014 r. Standard z roku 2018 wprowadził kilka zmian funkcjonalnych, które wymagane były z uwagi na potrzebę ciągłego rozwoju stosowanego protokołu. Fakt ustanowienia standardu ST-IGG-0201 Protokół komunikacyjny SMART-GAS od 2014 r. oraz fakt prowadzenia prac nad nowelizacją protokołu był powszechnie znany. Wiedzę w tym zakresie posiadał także Odwołujący, jako członek IGG. Tym samym decyzję o wdrożeniu SMART-GAS mógł podjąć już znacznie wcześniej. Będąc w posiadaniu wdrożonego protokołu SMART-GAS zgodnego ze standardem z 2014 roku, prace dostosowujące protokół do standardu uchwalonego w roku 2018 nie mogłyby trwać 6 miesięcy. Odwołujący prawdopodobnie ze względów ekonomicznych nie był zainteresowany wdrażaniem protokołu SMART-GAS. Jako uczestnik rynku zamówień publicznych na innych rynkach krajowych, dysponuje wdrożonym innym protokołem komunikacji. Mając jednak pełną wiedzę na temat prowadzonych nad protokołem prac, będąc zainteresowanym udziałem w postępowaniach prowadzonych przez PSG, mógł z wyprzedzeniem rozpocząć prace nad jego wdrożeniem. Informacje odnoszące się do prac prowadzonych nad uchwaleniem protokołu SMART- GAS z 2018 r. wskazał sam Odwołujący, powołując jako dowód w sprawie pismo zespołu roboczego nr 2 do Komitetu Standardu Technicznego IGG z dnia 21 czerwca 2018 r. Opisywany element opiniowania przez członków IGG miał miejsce w kwietniu 2018 r.

Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia poprawek, wskazując, że rozwiązaniem przez niego oczekiwanym jest porzucenie prac nad standaryzacją SMART-GAS i rozpoczęcie prac standaryzacyjnych opartych na protokole wykorzystującym DLMS. Tym samym teza postawiona przez Odwołującego o wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert oraz braku dostępu do informacji nt. Standardu jest, w ocenie Zamawiającego, chybiona. Odwołujący posiadał znaczną i wartościową wiedzę w zakresie technologii SMART-GAS. Zamawiający nie jest w posiadaniu informacji czy Odwołujący zakupił dostęp do Standardu. Wskazywać na to mogą jednak między innymi prezentacje przygotowane przez Odwołującego nt. różnic pomiędzy protokołami SMART-GAS i DLMS, które to prezentacje Odwołujący przekazywał Zamawiającemu oraz prezentował. Począwszy od 7 sierpnia 2015 r. do 22 lutego 2016 r., Odwołujący prowadził korespondencję z Zamawiającym, w której omawiano różne modele „smart-meteringu”, czyli technologii wykorzystywanej do odczytu z gazomierzy. Między stronami doszło finalnie do dwóch spotkań w dniu 7 stycznia 2016 r. oraz 19 lutego 2016 r., w trakcie których Odwołujący m.in. prezentował różnice między protokołami SMART-GAS i DLMS. Z korespondencji wynika również, że Pan P. K. z Fiorentini, odwołuje się do „dialogu technicznego”, w ramach którego przesyła stosowne informacje i załączniki, nt. produktów Odwołującego. Zamawiający zwrócił uwagę na pismo Dyrektora IGG z dnia 14 grudnia 2018 r., w którym wskazane zostały szczegółowe informacje na temat przebiegu prac nad Standardem z 2014 r. oraz z 2018 r., które to standardy następnie zostały uchwalone i weszły w życie, w tym informacja, iż: Komunikat 61/2014 z dnia 8 grudnia 2014 r. zapraszający na konferencję uzgodnieniową został wysłany do wszystkich firm członkowskich 8 grudnia 2014 r., skład zespołu ZR zaktualizowany dnia 27.03.2018 obejmował 28 osób, z następujących firm: [...], Fiorentini (w marcu 2018 r. Fiorentini zgłosił do składu zespołu pana P. K.), 11 kwietnia 2018 r. z-ca kierownika ZR 2, pan A. J. wysłał do członków zespołu mail w sprawie konsultacji treści przesłanego w tym mailu nowelizowanego standardu, mail był skierowany m.in. do Odwołującego. StandardST-IGG-201:2018 został zatwierdzony przez KST uchwałą 194A/II/2018 z dnia 4 lipca 2018 r. - w głosowaniu w trybie elektronicznym za podjęciem uchwały opowiedziało się 25 członków, w tym przedstawiciel Odwołującego oddając głos „za” w dniu 28.06.2018 r.. Wskazuje to, w ocenie Zamawiającego, że Odwołujący miał wiedzę nt. Standardu z roku 2014 i 2018 dotyczącego protokołu SMART-GAS ze znacznym wyprzedzeniem, nie zaś jak twierdzi od momentu jego uchwalenia w dniu 17 lipca 2018 r., miał możliwość konsultacji i realnego wpływu na kształt procedowanego Standardu począwszy od 2014 r. jak również w ramach jego nowelizacji, oraz miał czas na podjęcie decyzji o wdrożeniu protokołu SMART-GAS do swoich produktów, bez uszczerbku dla innych protokołów wykorzystywanych w produkcji na potrzeby innych rynków. Jedynym wyjaśnieniem biernej postawy Odwołującego w kontekście decyzji o wdrożeniu technologii SMART-GAS, w ocenie Zamawiającego, jest to, iż Odwołujący wykorzystuje inną technologię na innych

rynkach niż Polska. Wobec tego, jego działania mają jedynie na celu dostosowanie polskiego rynku do standardów, którymi Odwołujący posługuje się na innych rynkach, tym samym osiągnięcia wymiernych korzyści finansowych w postaci braku konieczności wdrożenia protokołu SMART-GAS. Wynika to również z pism kierowanych do PSG, np. wniosek z 16 listopada 2017 r. w sprawie przerwania prac nad wdrożeniem nowelizacji protokołu SMART-GAS i rozpoczęcia prac nad wdrożeniem protokołu DLMS.

Zamawiający stwierdził również, iż nie sposób zgodzić się również z zarzutem odnoszącym się do naruszenia art. 31d ustawy Pzp, wskazując m.in. iż konsultacje prowadzone w sprawie ustanowienia Standardu dla protokołu komunikacji SMART-GAS z roku 2014 i 2018, nie były konsultacjami odnoszącymi się do obecnego postępowania o udzielenie zamówienia. Protokół komunikacji, jakim jest SMART-GAS, może być używany w wielu rodzajach urządzeń do pomiarów (np. rejestratory), nie tylko w gazomierzach. Prace nad Standardem prowadzone były w sposób niezależny i w oderwaniu od postępowania na dostawę gazomierzy, a także w innym okresie. Założenie polegające na tym, że podmioty biorące udział w pracach standaryzacyjnych, konsultacjach nad treścią norm itp., które to normy lub standardy są następnie wykorzystywane dla prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, uznane mają być za podmioty, który przygotowywały dane postępowanie jest, w ocenie Zamawiającego, niedopuszczalne. Nadto gdyby przyjąć, że podmioty biorące udział w sposób aktywny w pracach nad protokołem SMART-GAS, należy uznać za podmioty biorące udział w przygotowaniu postępowania na dostawę gazomierzy, należałoby uznać, że Odwołujący w równym stopniu brał udział w jego przygotowaniu lub przynajmniej przysługiwała mu taka możliwość. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie rozumie, na czym polega uczestniczenie w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 31d ustawy Pzp. Nie można utożsamiać prac nad przygotowaniem Standardu do protokołu komunikacji, z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę gazomierzy. Prace nad protokołem SMART-GAS prowadzone były w ramach działalności przedsiębiorców w strukturach IGG, nie przez Zamawiającego. Prace dotyczyły Standardu protokołu komunikacyjnego SMART-GAS, nie dotyczyły gazomierzy mechanicznych objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający podał również, iż dokonując badania rynku na potrzeby poszczególnych działań zakupowych ma określony wewnętrzny regulamin, którego zobowiązany jest przestrzegać. W ramach planowania zakupów, Zamawiający - tak jak wielu innych podmiotów publicznych zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp - prowadzi badanie rynku (tzw. RFI), poprzez kierowanie zapytań m.in. o cenę. Zapytanie takie każdorazowo kierowane jest do wszystkich znanych Zamawiającemu uczestników rynku. Działanie ma na celu zachowanie pełnej przejrzystości oraz równe traktowanie wykonawców. Na potrzeby

przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia oraz prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w obecnym postępowaniu, Zamawiający kierował szereg pytań do wykonawców w ostatnich miesiącach - w tym również do Odwołującego. Odwołujący nie może zasłaniać się niewiedzą, co do planów Zamawiającego, dotyczących wdrożenia SMART-GAS w urządzeniach pomiarowych takich jak gazomierze czy rejestratory. W wymaganiach dotyczących planowanych zakupów gazomierzy w RFI z dnia 26 kwietnia 2018 r., które zostało przesłane także do Odwołującego przedstawiono, że gazomierze powinny: „posiadać możliwość zdalnego odczytu danych pomiarowych, rejestrowanych i zdalnej konfiguracji zgodnie z protokołem komunikacyjnym SMART-GAS wprowadzonym standardem ST-IGG-0201:2014 oraz późniejszymi zmianami obowiązującymi w dniu podpisania umowy na dostawę”. Jest to jasno określone wymaganie dotyczące planów PSG odnośnie przyszłych zakupów gazomierzy z funkcją transmisji danych. Zamawiający dodatkowo sporządził protokół z przeprowadzonego RFI. W ramach RFI Zamawiający przygotował skrócony opis przedmiotu zamówienia oraz warunków dostaw, które następnie rozesłał do dostawców gazomierzy. Badanie miało na celu rozeznanie cenowe. Zważywszy, że: Zamawiający przekazuje producentom (w tym Odwołującemu) skrócony OPZ, w którym mieści się informacja o wymaganym protokole komunikacji SMART-GAS, Protokół komunikacji SMART-GAS jest standardem obowiązującym w IGG, jako sugerowany do wdrożenia przez wykonawców, informacje o prowadzonych pracach nad wdrożeniem nowego protokołu komunikacji SMART-GAS są publicznie dostępne, w szczególności wiedzę w tym zakresie posiadają członkowie IGG, a Odwołujący jest członkiem IGG, w interesie Odwołującego było podjęcie prac nad wdrożeniem protokołu do swojej produkcji. Mimo, że z odpowiedzi udzielanych przez Odwołującego w toku RFI wynikało, że nie jest on w stanie sprostać wymogom dotyczącym protokołu SMART-GAS oraz nie ma w swoim asortymencie obecnie gazomierzy o rozstawie króćców 130 mm, dalsze działania Zamawiającego typu RFI nie pomijały Odwołującego. Niemniej jednak Odwołujący, przykładowo w październiku 2018 r., nie udzielił odpowiedzi na pytania skierowane do niego w trybie RFI. Równe traktowanie wykonawców przejawia się także w fakcie, iż w momencie wszczęcia postępowania Zamawiający dodatkowo informował szereg znanych mu potencjalnych wykonawców, w tym również Odwołującego, zgodnie z procedurą z art. 11 b ust. 2 ustawy Pzp. Mimo, że z wcześniejszych zapytań RFI wynikało, że Odwołujący nie planuje produkcji gazomierzy odpowiadających uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, Zamawiający w dalszym ciągu decydował się na informowanie Odwołującego. Nie sposób więc, zdaniem Zamawiającego, zgodzić się ze stanowiskiem jakoby nie dopełnił on obowiązków dotyczących dochowania zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 17 grudnia 2018 r., w odpowiedzi na pytania wykonawców, dokonał zmian treści SIWZ w zakresie: warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do wymogu zrealizowania dostawy gazomierzy miechowych G4 rozstaw króćców 130 mm. Zmiana dopuszcza spełnienie warunku poprzez wykazanie się dostawami gazomierzy G1,6 lub G2,5 lub G4 (bez modułu telemetrycznego, z liczydłem mechanicznym). Zmieniony został również termin składania ofert z 3 stycznia 2019 r. na 31 stycznia 2019 r.

W ocenie Zamawiającego kwestia interesu Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie jest do końca jasna. Wynika to z tego, iż Odwołujący wskazał w RFI dotyczącym gazomierzy przedpłatowych, na którego treść powołuje się w odwołaniu, że: nie dysponuje technologią SMART-GAS wymaganą przez Zamawiającego, na której implementowanie mógł dobrowolnie się zdecydować, nie dysponuje w swoim asortymencie gazomierzami o rozstawach króćców 130 mm. Odwołujący wprawdzie nie pisze tego wprost, jednak zdaniem Zamawiającego z odpowiedzi na RFI dotyczącej gazomierzy przedpłatowych wynika, że dopiero w 2019 roku będzie planował uruchomienie produkcji gazomierzy z rozstawem 130 mm oraz, że nie jest planowane uruchomienie produkcji gazomierzy z zaimplementowanym protokołem SMART-GAS (Załącznik nr 7 do odwołania, pismo Odwołującego z dn. 26.10.2018 r.). Zamawiający podał, iż wykonawcy, którzy decydują się na wdrożenie protokołu SMART-GAS, poza zakupieniem dostępu do Standardu technicznego, kierują także wnioski do IGG celem przydzielenia numeru seryjnego, indywidualnego dla każdej firmy. Według informacji posiadanych przez Zamawiającego, Odwołujący do dnia dzisiejszego nie wystąpił do IGG z wnioskiem o przydzielenie takiego numeru. Z dokumentu przedstawiającego pulę przydzielonych numerów na dzień 24 sierpnia 2018 r. wynika, że Odwołujący nie figuruje w wykazie przedsiębiorców, którzy podjęli stosowne działania.

Następnie Zamawiający podał, iż potrzeba unifikacji protokołu komunikacji służącemu odczytowi danych w stosowanych urządzeniach pomiarowych pojawiła się wiele lat temu. Trend ten nie jest niczym nowym i daje się zaobserwować w wielu krajach świata. Przed podjęciem prac w ramach IGG mających na celu wypracowanie rozwiązań właściwych dla polskiego rynku, Zamawiający skazany był na zakupy urządzeń tego rodzaju (np. gazomierzy i rejestratorów), opierających się na protokołach oferowanych przez danego dostawcę. Doprowadziło to do sytuacji, w której Zamawiający równolegle posługiwał się wieloma, protokołami w poszczególnych partiach urządzeń. Wymagało to dostosowywania systemów informatycznych, które służyły do odczytu danych, poprzez implementowanie każdej technologii odczytu z osobna. Prace standaryzacyjne prowadzone były w ramach konsultacji z członkami IGG, w sposób zapewniający aktywny udział wszystkich uczestników rynku. Od 2014 r. stosowany jest protokół komunikacyjny SMART-GAS w oparciu o standard z roku 2014

r., następnie znowelizowany w 2018 r. Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom członków IGG, którzy doprowadzili do uchwalenia Standardu, celem unifikacji wykorzystywanych protokołów i wprowadzenia jednolitego systemu informatycznego we własnych strukturach, które przekłada się również na niezawodność odczytów, oraz ze względów ekonomicznych, wprowadził do stosowania omawiany standard, do czego był w pełni uprawniony. Nadto wskazał, iż próba zasugerowania przez Odwołującego, iż protokół DLMS jest jednolity w wielu krajach członkowskich UE i uniwersalny nie jest prawdą. DLMS sam w sobie nie jest protokołem komunikacji, lecz stanowi jedynie punkt wyjścia do prac nad standaryzacją protokołu komunikacji. Z rozmów z producentami oraz z danych z konferencji i Internetu Zamawiający sporządził zestawienie protokołów wykorzystywanych w poszczególnych krajach, z którego wynika, iż protokoły komunikacyjne oraz sposoby transmisji danych dla gazomierzy w Europie to: Włochy: DLMS/COSEM, specyfikacja dedykowana UNI-TS, WMBUS 169Mhz, komunikacja z koncentratorem danych w przypadku WMBUS169Mhz P2M (Point-2-Multipoint), oraz dla P2P (Point-2-Point) GSM wraz z UNI-TS; Wielka Brytania: DLMS/COSEM, specyfikacja dedykowana SMETS1/2 rozszerza DLMS/COSM, rozwiązanie dual-fuel) ZigBee 2,4Ghz, alternatywnie w przyszłości 868 Mhz ZigBee; Niemcy: Specyfikacja OMS v4, rozszerza istniejący stos WMBUS 868 Mhz, komunikacja z koncentratorem danych; Austria: Specyfikacja OMS v4, rozszerza istniejący stos WMBUS 868 Mhz, komunikacja z koncentratorem danych; Francja: WMBUS 169 Mhz, bazuje na stosie WMBUS, komunikacja z koncentratorem danych; Holandia: WMBUS 868Mhz, specyfikacja SMR5.0 bazuje na stosie WMBUS, rozwiązanie dual- fuel. Protokół w Holandii, został utworzony na potrzeby komunikacji z licznikami w kraju - DSMR (Dutch Smart Metering Regulation), której były 4 rewizje, oraz kilkanaście pod-rewizji, ewoluował do specyfikacji SMR (Smart Metering Regulation), którą obecnie stosuje także Belgia; Belgia: WMBUS 868 Mhz, specyfikacja SMR5.0 bazuje na stosie WMBUS, rozwiązanie dual- fuel. Zdaniem Zamawiającego zróżnicowanie protokołów komunikacji w poszczególnych krajach jest rzeczą naturalną. Zamawiający zwrócił przy tym uwagę na nakład prac niezbędnych do poczynienia w celu wdrożenia protokołu komunikacyjnego opartego na DLMS. Wdrożenie takiego protokołu wymaga określonych prac standaryzacyjnych, tak samo jak w przypadku każdego innego rozwiązania. Rozwiązania w zakresie protokołu komunikacji stosowanego przez Odwołującego są dostosowane wyłącznie do rynku włoskiego. Wykorzystanie protokołu Odwołującego w obecnym kształcie jest, zatem niemożliwe. Wymagałoby przeprowadzenia ponownych prac standaryzacyjnych nad wprowadzeniem nowych protokołów komunikacji w oparciu o DLMS. Prace standaryzacyjne były prowadzone przez IGG, jednak zdecydowano się na inne rozwiązanie, które bardziej odpowiada wymogom polskiego rynku. Odwołujący miał także pełną świadomość, jako jeden z członków IGG, że Standard z roku 2018 i 2014 jest rekomendowanym. Protokół SMART-GAS jako język komunikacji urządzeń technicznych

wymagany był już wielokrotnie w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, zarówno na dostawy gazomierzy jak i rejestratorów, począwszy od 2015 r. Zamawiający zdecydował się na stosowanie rozwiązań ujednoczonych, które przekładają się również na ekonomikę postępowań o udzielenie zamówienia. Protokół SMART-GAS działający w oparciu o technologię GSM powoduje mniejszy pobór energii, co umożliwia działanie gazomierzy przez znacznie dłuższy okres, osiągający nawet okres równy legalizacji, wynoszący 10 lat. Zastosowanie technologii DLMS byłoby znacznie bardziej energochłonne i wymagałoby częstszych wymian baterii. Protokoły w oparciu o DLMS, z uwagi na znaczny pobór energii, chętniej wykorzystywane są w urządzeniach pomiarowych stosowanych w energetyce, które są przyłączone bezpośrednio do źródła energii elektrycznej. W przypadku gazomierzy, posiłkować się należy energią z baterii. Obecnie funkcjonujące w PSG systemy informatyczne komunikują się z gazomierzami lub rejestratorami montowanymi na tych gazomierzach przy pomocy protokołu komunikacyjnego SMART-GAS. Protokół ten, jako zaprojektowany typowo pod gazomierze i pozwalający na optymalizację zużywanej energii w bateriach zasilających gazomierz oraz na optymalizację kosztów (transmisja SMS) został wdrożony w wymaganiach dla systemów IT do komunikacji z gazomierzami miechowymi. Dopuszczenie w wymaganiach dotyczących kupowanych gazomierzy innych protokołów komunikacyjnych spowoduje konieczność kosztownej przebudowy systemów IT.

Niezależnie od powyższych twierdzeń Zamawiający podał, iż w PSG trwają cały czas testy i analizy nowych technologii transmisji, które mają za zadanie określić wymagania techniczne dla pozyskiwania danych zarówno z urządzeń montowanych u odbiorców, a także dla systemów IT odpowiadających za gromadzenie danych. Jak pokazują wyniki prowadzonych w PSG pilotaży (dla jednego z nich dostarczone gazomierze są wyprodukowane przez Odwołującego) jakość transmisji danych w nowych technologiach nie jest jeszcze świadczona na odpowiednim poziomie.

W podsumowaniu Zamawiający oświadczył, że jest przekonany o prawidłowości i przejrzystości dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, uzasadnionego jego obiektywnymi potrzebami. Mając na uwadze, że kupowane gazomierze muszą być montowane i zapewnić transmisję danych do systemów IT funkcjonujących obecnie w PSG, postawiono na rozwiązanie sprawdzone oraz zapewniające PSG niskie koszty związane z transmisją danych.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył: stronę tytułową do Standardu Technicznego ST-IGG-0201:2014, stronę tytułową do Standardu Technicznego ST-IGG-0201:2018, s. 1, s. 7 i s. 9 karty katalogowej Apator Metrix S.A., tłumaczenie fragmentów karty katalogowej Apator Metrix S.A, odpis aktualny KRS IGG, Statut Izby Gospodarczej Gazownictwa, Wykaz dokumentów standaryzacyjnych na sprzedaż, Wykaz członków IGG, korespondencję mailową z dnia 11 kwietnia 2018 r., 16 kwietnia 2018 r., 18 kwietnia 2018 r.,

20 kwietnia 2018 r. pomiędzy członkami IGG, w tym pomiędzy PSG a Odwołującym, odnoszącą się do możliwości wnoszenia uwag, korespondencję mailową z okresu 7 sierpnia 2015 r. - 22 lutego 2016 r., materiał przygotowany przez Odwołującego wskazującego różnice pomiędzy SMART-GAS a DLMS, wniosek Odwołującego do IGG z dnia 16 listopada 2017 r. w sprawie wycofania standardu SMART-GAS i wprowadzenie protokołu DLMS, pismo Dyrektora Izby Gospodarczej Gazownictwa Teresy Laskowskiej z dnia 14 grudnia 2018 r. w sprawie harmonogramu prac IGG nad uchwalaniem Standardu Technicznego ST-IGG-0201:2014 i Standardu Technicznego ST-IGG-0201:2018, RFI z dnia 26 kwietnia 2018 r. oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 9 maja 2018 r., protokół z dnia 12 maja 2018 r. z przeprowadzonego RFI, wykaz z systemu PSG potwierdzający przekazanie RFI do potencjalnych wykonawców, protokół z dnia 24 października 2018 r. uwzględniający wykaz wykonawców, którzy udzielili odpowiedzi na pytania w ramach RFI, s. 8 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych z wbudowanym modułem zdalnego odczytu za pomocą transmisji danych przez sieć komórkową GSM dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.”, znak: 2018/PSGW001 /WP-0000901, pismo Zamawiającego z dnia 17 grudnia 2018 r. dotyczące zmian w treści SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu, listę przydzielonych puli numeru seryjnego rejestratora ST-IGG-0201:2018, Protokół komunikacyjny SMART-GAS na dzień 24 sierpnia 2018 r., wyjaśnienia mailowe odnoszące się do rozwiązań stosowanych w Holandii, informacja nt. protokołu komunikacji wykorzystywanego w Holandii ze strony internetowej wikipedia, tłumaczenie informacji protokołu komunikacji wykorzystywanego w Holandii ze strony internetowej wikipedia, kartę katalogową gazomierzy Odwołującego, Posumowanie cen w ramach RFI na usługi doradztwa w zakresie wykonania testów urządzeń do zdalnego odczytu gazomierzy z 24 października 2018 r., korespondencję z Odwołującym z dnia 2-3 i 12 grudnia 2018 r. oraz z 9 sierpnia 2018 r. w sprawie niedziałających gazomierzy, a także wskazał stronę internetową i linki, gdzie zostały zamieszczone przykładowe postępowania Zamawiającego, w których wymagano protokołu SMART-GAS oraz postępowanie Zamawiającego pn. „Dostawa fabrycznie nowych gazomierzy miechowych na potrzeby przeprowadzenia pilotażu technologii transmisji danych dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o.”.

Na posiedzeniu i rozprawie Izba ustaliła:

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona

materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia. W tym celu zamierza złożyć ofertę. W związku z tym ma interes w ukształtowaniu postanowień SIWZ i ogłoszenia w sposób, który odpowiada obowiązującym przepisom prawa.

Wykonawcy zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach (dalej również: „Przystępujący INTERGAZ”), AIUT sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (dalej również: „Przystępujący AIUT”), PLUM sp. z o.o. z siedzibą w Ignatkach (dalej również: „Przystępujący PLUM”) oraz wykonawca zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Górnośląski Zakład Obsługi Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (dalej również: „Przystępujący GZOG”) wypełnili wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.* W związku z powyższym ww. wykonawcy skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stając się jego uczestnikami.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego podtrzymali swoje stanowiska, z tym, że Odwołujący cofnął zarzut nr 2, dotyczący warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego zmiany SIWZ w tym zakresie, polegającej na odstąpieniu od wymogu legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w dostawie gazomierzy miechowych G4 o rozstawie 130 mm. W związku z tym rozpoznaniu Izby podlegały zarzuty nr 1, 3 i 4 odwołania.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania złożoną w formie elektronicznej oraz złożone do akt sprawy dowody. Uznając, iż wnioski o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków zostały zgłoszone dla zwłoki, Izba ich nie uwzględniła, tym bardziej iż wnioskowany dowód z przesłuchania świadka M. P., dotyczył osoby, która występowała na posiedzeniu i rozprawie w charakterze pełnomocnika Górnośląskiego Zakładu Obsługi Gazownictwa Sp. z o.o. - Przystępującego po stronie Odwołującego.

Po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a także materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu

stanowisk stron i uczestników postępowania, którzy zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Tak jak to zostało wskazywane w pismach stron, stosownie do postanowień pkt 3.2.SIWZ przedmiotem zamówienia jest: Dostawa w 12 częściach i ilościach określonych w ust. 3.8 fabrycznie nowych Gazomierzy miechowych z wbudowanym modułem telemetrycznym, umożliwiającym zdalny odczyt wskazań Gazomierza poprzez sieć komórkową GSM, z wykorzystaniem protokołu SMART- GAS, zgodnego ze Standardem Technicznym ST-IGG-0201-2018 w wykonaniu w podanych wersjach i wyszczególnionych w poszczególnych częściach zamówienia.

Zgodnie z pkt 4.2.11. oraz 4.2.13 SIWZ wskazanymi przez Odwołującego na rozprawie, Gazomierze AFD1 (z wbudowanym modułem telemetrycznym) powinny wysyłać dane pomiarowe poprzez sieć komórkową GSM w formie wiadomości SMS zgodnej ze standardem ST-IGG-0201:2018 pt. „Protokół komunikacyjny SMART-GAS” według zaproponowanego harmonogramu podanego przez Zamawiającego na etapie zamawiania danej partii gazomierzy, a także powinny posiadać złącze lokalne typu optycznego obsługujące protokół SMART GAS zgodne ze standardem technicznym ST-IGG-0201:2018 pt. „Protokół komunikacyjny SMART-GAS”.

Umowa z wybranym Wykonawcą ma być zawarta na okres 20 miesięcy od dnia jej podpisania. Wykonawca jest zobowiązany do zrealizowania zamówienia w okresie 14 miesięcy od dnia zlecenia przez Zamawiającego dostawy pierwszej partii gazomierzy. Termin zlecenia dostawy pierwszej partii gazomierzy uzależniony jest od dostaw kart SIM lub kart eSIM na rzecz Zamawiającego, których dostawy są przedmiotem odrębnego zamówienia publicznego, a które Zamawiający zobowiązany jest przekazać Wykonawcy (pkt 7.1.SIWZ).

Stosownie do pkt 15.1. SIWZ termin składania ofert został określony na 3.01.2019 r. Termin ten został następnie zmieniony na dzień 31 stycznia 2018 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie polega oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba związana jest zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu.

Jak wynika z treści odwołania, w części zawierającej zarzuty i żądania, Odwołujący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp upatruje w tym, iż Zamawiający wymaga w SIWZ aby przedmiot zamówienia tj. fabrycznie nowe gazomierze miechowe miały wbudowany moduł telemetryczny, umożliwiający zdalny odczyt wskazań gazomierza poprzez sieć komórkową GSM, z wykorzystaniem protokołu SMART-GAS zgodnego ze Standardem

Technicznym ST-IGG-0201:2018, który to standard techniczny (protokół komunikacyjny SMART-GAS), dalej również: „Standard”, został ustanowiony przez Prezesa Zarządu Izby Gospodarczej Gazownictwa dopiero na podstawie uchwały nr 37/2018 z dnia 19 lipca 2018 r. Zarządu Izby Gospodarczej Gazownictwa w Warszawie, a zatem, w ocenie Odwołującego, czas do upływu terminu składania ofert jest niewystarczający na wdrożenie protokołu SMART-GAS dla podmiotów, które przed 19 lipca 2018 r. nie dysponowały wiedzą i możliwościami technicznymi umożliwiającymi jego wdrożenie. Natomiast o naruszeniu art. 31 d ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, świadczy brak zapewnienia, aby udział podmiotu uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji, w szczególności poprzez nieprzekazanie pozostałym wykonawcom informacji, brak wyznaczenia odpowiedniego terminu na złożenie ofert, umożliwiającego pozostałym wykonawcom odpowiednie przygotowanie do złożenia ofert.

Tak postawionym zarzutom towarzyszy tylko żądanie dokonania zmian treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ, w sposób, który nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wskazał w tym miejscu w szczególności, które postanowienia SIWZ i w jaki konkretny sposób powinny zostać, w jego ocenie, zmienione. Nie podał również, jakie informacje winny zostać przekazane oraz jaki powinien być wyznaczony termin na składanie ofert. Jedynie w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do podlegających rozpoznaniu zarzutów, Odwołujący, wskazał na postanowienia ww. pkt. 3.2. SIWZ. Jednak również w tym miejscu Odwołujący nie sprecyzował swoich oczekiwań w zakresie konkretnej jego zmiany. Z treści uzasadnienia odwołania, gdzie Odwołujący dużo miejsca poświęcił na opis protokołu DLMS, można domyślać się, że Odwołującemu chodzi o to, aby Zamawiający zmienił oczekiwania, co do protokołu komunikacji. Dopiero na rozprawie Odwołujący stwierdził, iż oczekuje, aby w pkt 3.2 i 4.2.11 i 4.2.13 SIWZ Zamawiający zmienił wymóg w zakresie protokołu komunikacyjnego i dotychczasowy protokół SMART-GAS zastąpił protokołem DLMS. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 31d ustawy Pzp Odwołujący nie podał jakiego rodzaju informacji Zamawiający nie udzielił wykonawcom oraz jaki, jego zdaniem, konkretnie powinien być termin składania ofert. Z treści uzasadnienia odwołania można natomiast domyślać się, że Odwołujący przez udział w przygotowaniu postępowania rozumie udział w pracach związanych z opracowywaniem Standardu i z udziałem w tych pracach, wskazanych w odwołaniu podmiotów, wiąże stawiane w odwołaniu zarzuty.

Zauważenia wymaga, iż zarzuty odwołania powinny wskazywać na dwa elementy, tj. na okoliczności faktyczne, rozumiane jako przytoczenie działań lub zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z którymi odwołujący się nie zgadza oraz wskazanie podstawy prawnej tj. przytoczenie przepisów prawa, które naruszają kwestionowane przez odwołującego działania lub zaniechania. W przypadku odwołań

dotyczących postanowień SIWZ ocena zarzutów podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych w odwołaniu żądań co do ich nowej treści. Sformułowane w odwołaniu zarzuty i żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby przy uwzględnieniu odwołania możliwe było nakazanie zamawiającemu dokonania konkretnej zmiany zakwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ. Oznacza to, że w przypadku kwestionowania postanowień SIWZ podstawa faktyczna zarzutu powinna obejmować skonkretyzowaną treść SIWZ oraz konkretne żądanie jej zmiany, przez co należy rozumieć podanie przez odwołującego oczekiwanej treści zaskarżonego odwołaniem postanowienia SIWZ. (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17.03.2017 r. sygn. akt 409/17, wyrok KIO z dnia 19.05.2017 r. sygn. akt 903/17).

Niezależnie od sposobu sformułowania zarzutów, w świetle treści odwołania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, należy uznać, iż nie znajdują one potwierdzenia. Odwołujący nie wykazał wskazanych w odwołaniu zarzutów dotyczących naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, pomimo, iż na nim, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust 1 ustawy Pzp, jako osobie, która z określonych faktów wywodzi skutki prawne, spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Art. 31d ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający zapewnia, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom informacje, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.*

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że decyzja o wprowadzeniu określonego standardu technicznego, w tym wymaganego dla urządzeń objętych zamówieniem ST-IGG-0201:2018, jest decyzją biznesową danego podmiotu. Nie jest sporne, że Odwołujący jest członkiem IGG. Nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, ani Przystępującego GZOG twierdzenie Zamawiającego, że jest możliwe, aby wykonawcy mieli wdrożonych kilka protokołów komunikacji, co pozwala na szerszy ich udział w zamówieniach, w zależności od potrzeb zamawiających.

Zostało wykazane m.in. przez Zamawiającego, że Odwołujący miał wiedzę o działalności IGG w zakresie opracowywania dokumentów standaryzacyjnych, w tym oznaczonego ST-

IGG-0201:2014, jak również w zakresie nowelizacji tego standardu, lecz nie był zainteresowany wprowadzeniem tego standardu w produkowanych przez siebie urządzeniach. Wskazuje na to m.in. stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego i Przystępujących po jego stronie oraz złożone dowody, w tym załączone do odwołania pismo z dnia 26 października 2018 r. skierowane do Zamawiającego, w którym na pytanie Zamawiającego, *czy dysponuje w swojej ofercie urządzeniami spełniającymi wymagania zgodnie z załącznikiem 1? Jeżeli nie – czy planuje uruchomić produkcję tego typu urządzeń i w jakim terminie?*, Odwołujący odpowiedział: „*NIE, Planujemy uruchomienie produkcji w 2019 roku (dotyczy rozstawu króćców 130 mm), w tej chwili nie jest planowane uruchomienie produkcji gazomierzy z funkcją zdalnej wymiany danych za pomocą transmisji GSM z zaimplementowanym protokołem SMART-GAS*”. Nadto Odwołujący, podobnie jak inni wykonawcy, mógł wdrożyć do swojej produkcji już rozwiązania objęte ww. Standarem sprzed zmiany dokonanej w 2018 r. czyli Standardu oznaczonego ST-IGG-0201:2014.

Jak wynika ze stanowiska Odwołującego, na wprowadzenie protokołu SMART-GAS potrzebny jest okres, co najmniej 6 miesięcy. Termin składania ofert w postępowaniu został ustalony obecnie na 31 stycznia 2018 r., a zatem jest to okres przekraczający 6 miesięcy, licząc od dnia 19 lipca 2018 r., tj. od dnia podjęcia uchwały w sprawie protokołu SMART-GAS. Oznacza to, że gdyby wykonawca zainteresowany udziałem w przyszłych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego podjął kroki w celu jego wdrożenia niezwłocznie po podjęciu uchwały, zdążyłby zakończyć wdrożenie przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący nie wykazał, że po wejściu w życie protokołu SMART-GAS podjął kroki w celu jego wdrożenia (wręcz przeciwnie, na co wskazuje ww. pismo z dnia 26 października 2018 r.) i ile czasu mu pozostało do pełnego wdrożenia, nie wykazał, że z przyczyn obiektywnych nie jest możliwe jego wdrożenie do dnia wyznaczonego na składanie ofert. Zauważenia przy tym wymaga, iż w określonym przez Odwołującego okresie na wdrożenie Standardu, jeden miesiąc został wskazany, jako *przeznaczony na głęboką analizę protokołu oraz jeden miesiąc na faktyczną implementację protokołu, zakładając pozytywny wynik analizy i brak konieczności wprowadzenia dodatkowych (innych niż wynikające z protokołu) zmian w gazomierzu*, a także, że *okres podjęcia decyzji przez Zarząd o alokacji zasobów R&D do pracy nad nowym protokołem wynoszący minimum 1 miesiąc*. Jak zostało wykazane przez Zamawiającego, gdyby Odwołujący był zainteresowany implementacją ww. protokołu SMART-GAS, to mógł stosowne działania podjąć natychmiast po podjęciu uchwały IGG o oprowadzeniu znowelizowanego Standardu. Tym bardziej, że, jak wynika z pisma Przystępującego PLUM z dnia 20.12.2018 r., IGG udostępniła projekt standardu w dniu 2 maja 2018 r., nadto Odwołujący głosował za przyjęciem Standardu, co pozwala sądzić, że znana mu była jego treść przed datą uchwały.

Ze stanowisk Zamawiającego i Przystępujących po jego stronie, których Odwołujący skutecznie nie zanegował, wynika, iż Odwołujący jako członek IGG miał wiedzę o obowiązującym protokole SMART-GAS z 2014 r. oraz o jego zmianie z 2018 r. i brał udział w głosowaniu nad wprowadzeniem standardu SMART-GAS w życie, oddając głos za przyjęciem uchwały, co potwierdza również złożony na rozprawie przez Przystępującego PLUM dowód w postaci wydruku z protokołu z głosowania KST w trybie elektronicznym nad zatwierdzeniem ST-IGG-0201:2018. Wynika również, że Odwołującemu znane są kwestie związane z wymaganym w postępowaniu protokołem komunikacji, skoro był w stanie przedstawić jakie są różnice pomiędzy protokołem SMART-GAS a DLMS, że nie ma przeszkód, aby Odwołujący bądź inni wykonawcy, także ci, którzy nie są członkami IGG nabyli i wdrożyli protokół SMART-GAS, że Odwołujący nie był zainteresowany wprowadzeniem protokołu SMART-GAS, lecz z uwagi na to, iż wdrożył w oferowanych przez siebie urządzeniach, sprzedawanych na rynku włoskim, protokół DLMS, jest zainteresowany wprowadzeniem tego protokołu w obecnym postępowaniu.

Powyższe wskazuje, że argumentacja Odwołującego związana z okresem czasu, jaki upływa od daty uchwały Zarządu IGG z dnia 19 lipca 2018 r. do dnia składania ofert (31 stycznia 2019), który to przekracza wskazany w odwołaniu okres 6 miesięcy, nie potwierdza zasadności stawianych zarzutów.

W ocenie Izby również fakt, iż istnieją równocześnie inne rozwiązania, w tym sugerowany przez Odwołującego protokół DLMS, nie przesądza o tym, że Zamawiający żądając, aby objęte zamówieniem urządzenia wykorzystywały protokół SMART-GAS, naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Aby stwierdzić, iż takie naruszenie miało miejsce, Odwołujący musiałby w szczególności udowodnić, iż wprowadzenie protokołu SMART-GAS nie jest obiektywnie możliwe przez Odwołującego bądź przez innych wykonawców. Odwołujący natomiast nie wykazał, aby on, bądź inni wykonawcy nie mogli wdrożyć protokołu SMART-GAS w czasie umożliwiającym złożenie oferty w postępowaniu, nie wykazał, aby protokół SMART-GAS dotyczył tylko zamkniętego kręgu wykonawców – twierdzenia w tym zakresie nie są poparte żadnymi dowodami, lecz opierają się na składzie osobowym podzespołu wykonawczego, z pominięciem np. elementów procedury związanej z wprowadzaniem Standardu, wskazywanych m.in. przez Zamawiającego, czy Przystępujących po jego stronie wykonawców, związanej np. z opiniowaniem. Zostało natomiast wykazane przez Zamawiającego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że nabycie Protokołu SMART-GAS jest proste i niekosztowne. Nabyć protokół mogą nie tylko członkowie IGG, ale też inne podmioty krajowe i zagraniczne, o czym świadczy wskazany przez Zamawiającego przykład podmiotu z grupy APATOR, wymienionej w opracowanej przez Odwołującego liście dostawców,

złożonej na rozprawie, w części wskazującej na członków DLMS UA, który również dysponuje protokołem SMART-GAS.

Okoliczność, iż różni wykonawcy oferują różne urządzenia, służące do pomiaru zużycia gazu samodzielnie nie oznacza, w ocenie Izby, że Zamawiający wymagając jednego z istniejących na rynku rodzajów gazomierzy (gazomierzy miechowych) i jednego z możliwych protokołów komunikacji, umożliwiających zdalny odczyt wskazań gazomierza (SMART-GAS), naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Wobec braku wykazania przez Odwołującego, iż żądanie Zamawiającego nie wynika z jego uzasadnionych potrzeb, lecz ukierunkowane jest na ograniczenie konkurencji, należy uznać, iż zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Nie uszło uwadze Izby, iż treść odwołania oraz stanowisko Przystępującego GZOG wskazują na próbę zmiany decyzji Zamawiającego, co do rodzaju zamawianych gazomierzy, na takie, które są oferowane przez tych wykonawców, wykorzystujących inny protokół komunikacji, przy czym w przypadku Odwołującego nadal chodzi o gazomierze miechowe – Odwołujący nie kwestionuje wymogu tego typu gazomierza, natomiast, w przypadku Przystępującego GZOG, chodzi również o kwestionowanie gazomierza miechowego i zastąpienie go gazomierzem termicznym, co wskazuje na wyjście poza zarzuty analizowanego odwołania i w związku z tym nie może być przedmiotem rozpatrzenia Izby w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on określa swoje potrzeby. W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że wymaganie przez niego protokołu SMART-GAS jest wynikiem potrzeby zabezpieczenia jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb. W szczególności Zamawiający podniósł, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, iż dopuszczenie w wymaganiach dotyczących kupowanych gazomierzy innych protokołów komunikacyjnych spowodowałoby konieczność przebudowy posiadanych systemów IT, co wiązałoby się z koniecznością poniesienia kosztów z tym związanych. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie zostało potwierdzone przez Przystępującego PLUM, który w ww. piśmie podał, wskazując na załączony do pisma wydruk w postaci: *Wdrożone w PSG Standardy Techniczne Izby Gospodarczej Gazownictwa*, iż obecnie stosowanym u Zamawiającego systemem jest ten, który umożliwi przesyłanie danych z rejestratorów za pomocą protokołu SMART-GAS, a nie protokołu DLMS, a także stwierdził, że posiadane przez Zamawiającego urządzenia i oprogramowanie jest kompatybilne z protokołem SMART-GAS. Zmiana postanowień SIWZ polegająca na wprowadzeniu możliwości posługiwania się protokołem innym niż SMART-GAS, pociągałoby za sobą konieczność dostosowywania posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania i urządzeń, co z kolei oznaczałoby konieczność poniesienia wielomilionowych wydatków po stronie Zamawiającego.

W sytuacji gdy nie ma ograniczeń w tym, aby poszczególni wykonawcy, także spoza członków IGG nabyli protokół SMART-GAS, a decyzja w tym zakresie, leży wyłącznie po stronie tych podmiotów, to nie można uznać za zasadne twierdzenia, iż wymagając tego protokołu w zamawianych gazomierzach Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. To, że opis przedmiotu zamówienia nie dotyczy protokołu DLMS, wdrożonego już przez Odwołującego, lecz protokołu SMART-GAS, który również mógłby być wdrożony także przez Odwołującego, ale na skutek braku decyzji w tym zakresie to nie nastąpiło, nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Tym bardziej, że na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum. Odwołujący nie udowodnił, że w postępowaniu z przyczyn obiektywnych może wziąć tylko jeden wykonawca.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, iż żądanie, aby zdalny odczyt wskazań gazomierza możliwy był przy wykorzystaniu protokołu SMART-GAS wynika z jego uzasadnionych potrzeb, a nie jest ukierunkowane na ograniczenie konkurencji, Odwołujący nie wykazał natomiast, iż poprzez wymóg zastosowania w dostarczanych gazomierzach protokołu komunikacji SMART-GAS, Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 31d ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko, że nie można utożsamiać prac nad przygotowaniem Standardu do protokołu komunikacji, z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę gazomierzy. Tym bardziej, że prace nad protokołem SMART-GAS były prowadzone w ramach IGG, a nie przez Zamawiającego i nie dotyczyły gazomierzy miechowych objętych przedmiotem zamówienia, lecz rozwiązania, stosowanego m.in. w przypadku takich gazomierzy. Nadto, jak zostało wyżej podniesione Odwołujący nie sprecyzował zarzutu w sposób, umożliwiający ocenę o jakie informacje oraz o jaki termin składania ofert Odwołującemu chodzi i w związku z tym na czym polega naruszenie przez Zamawiającego tego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów strony

postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego na podstawie rachunku, złożonego przez Zamawiającego przed zamknięciem rozprawy, zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 972), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości zgodnej z ww. rozporządzeniem.

Przewodniczący: