

Sygn. akt: KIO 1276/13

WYROK

z dnia 13 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2013 r. przez wykonawcę **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”** z siedzibą w Poznaniu, 60-001 Poznań, ul. Wykopy 2/4 w postępowaniu prowadzonym przez **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A.** z siedzibą w Warszawie, 00-342 Warszawa, ul. Topiel 12

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje 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

2.kosztami postępowania obciąża System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-342 Warszawa, ul. Topiel 12 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”** z siedzibą w Poznaniu, 60-001 Poznań, ul. Wykopy 2/4 tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od **Systemu Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-342 Warszawa, ul. Topiel 12** na rzecz wykonawcy **Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu, 60-001 Poznań, ul. Wykopy 2/4** kwotę **19 367 zł 30 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt siedem złotych trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie Izby oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., 113, poz. 759 ze 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

System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Modernizację systemu SCADA SGT”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 maja 2013 r., nr 2013/S 096-164245.

W dniu 28 maja 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 maja 2013 r.) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym sektorowym prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, a mianowicie wobec postanowień zawartych w:

- 1) sekcji III. 1.4) pkt 3
- 2) sekcji III.2.3) INFORMACJE pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5
- 3) sekcji III.2.3) INFORMACJE pkt 2
- 4) sekcji III.2.3) INFORMACJE pkt 2.1 oraz w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI pkt 2
- 5) sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI pkt 1

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- 2) art. 22 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, w sposób niedopuszczalny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, jak i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia
- 3) art. 22 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z §1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, poprzez dokonanie opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieprzewidziany przepisami.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu: modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- a) wykreślenie w sekcji III.1.4) pkt 3 zdania drugiego w brzmieniu: „Dodatkowo Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia oświadczenia podmiotu trzeciego o solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia - w formie oryginału
- b) wykreślenie postanowień pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5 w sekcji III.2.3) INFORMACJE
- c) zmianę treści pkt 1 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI poprzez usunięcie wymogu przedstawienia opisu narzędzi, i to w podawanym przez Zamawiającego zakresie, jak również usunięcie wymogu przedstawienia w tabeli z wykazem obiektów referencyjnych informacji dotyczących potencjału technicznego użytego we wcześniej wykonanych zamówieniach
- d) zmianę treści pkt 2 w sekcji III.2.3) INFORMACJE poprzez usunięcie wymogu, aby wykazywany projekt rozbudowy systemu SCADA polegał na włączeniu do istniejącego systemu wyłącznie nowej sekcji gazociągu wyposażonego w instalacje RTU lub SCS
- e) zmianę treści postanowień pkt 2.1 w sekcji III.2.3) INFORMACJE oraz pkt 2 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI poprzez usunięcie w pkt 2.1 w sekcji III.2.3) INFORMACJE - słów: „przesyłu rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5 MPa” oraz odpowiednio w pkt 2 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI - usunięcie słów „w branży” oraz „gazu”, w ten sposób, aby wykazywane projekty mogły dotyczyć systemów kontroli i sterowania instalacjami przemysłowymi również w innych branżach, w których występują procesy przesyłu, w szczególności gazu, ropy lub elektroenergetyki, a nie tylko rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5 MPa

2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Jednocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

- a) opinii biegłego, w szczególności z dziedziny systemów SCADA
- b) akt postępowania przetargowego nr ZP/SGT-43/2012 prowadzonego przez Zamawiającego na „Modernizację Systemu SCADA SGT”, w szczególności z następujących dokumentów: ogłoszenia o powyższym postępowaniu nr ZP/SGT-43/2012 opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE nr 2012/S 105-175676 z dnia 5 czerwca 2012 r. (wydruk w załączeniu), pisma Zamawiającego nr DTM/MMA5/2268/2012 z dnia 20 lipca 2012 r. skierowanego do Odwołującego (odpis w załączeniu) oraz uchwały Zarządu Zamawiającego nr 135/55/2012 z dnia 20 grudnia 2012 r. (odpis w załączeniu) celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności

W uzasadnieniu odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie żądania wykreślenia w sekcji III.1.4) pkt 3 ogłoszenia zdania drugiego w brzmieniu „Dodatkowo Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia oświadczenia podmiotu trzeciego o solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia - w formie oryginału”, które nie zostało przewidziane w obowiązujących przepisach i jest niedopuszczalne. Przepisy ustawy Pzp (art. 26 ust. 2b) ani rozporządzenia w sprawie dokumentów nie dopuszczają możliwości żądania przez zamawiającego przedłożenia oświadczenia podmiotu trzeciego o przyjęciu solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia. Takie żądanie przeczyłoby istocie udziału podmiotów trzecich, które w świetle ustawy Pzp nie jest uzależnione od konkretnych stosunków łączących z wykonawcą, z których tylko niektóre rodzą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w sposób nieuprawniony poprzez sformułowane wymaganie narzuca określony rodzaj tych stosunków.

Odnosnie żądania wykreślenia postanowień pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5 w sekcji III.2.3) odwołujący podniósł, iż wymaganie wskazane w tym postanowieniu ogłoszenia jest niedopuszczalne. W istocie postanowienie to sprowadza się bowiem do wymogu dysponowania nie narzędziem, ale produktem, który ma być przedmiotem dostawy w ramach wykonania zamówienia. Dysponowanie produktem nie może stanowić warunku udziału w postępowaniu. Za niedopuszczalną należy uznać dokonaną przez zamawiającego manipulację polegającą na „przeniesieniu” - w sposób nieuprawniony - opisu produktu do opisu narzędzi, tak aby opis ten mógł stanowić element opisu warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe zamówienie polega na dostawie systemu SCADA i jego zaimplementowaniu oraz napisaniu aplikacji dodatkowych oraz innych usług. O tym, że „opisując” narzędzia zamawiający w istocie dokonał opisu przedmiotu zamówienia świadczą w szczególności zakwestionowane postanowienia ogłoszenia, tj.:

- pkt 1 sekcji III.2.3) INFORMACJE, który stanowi definicję oprogramowania typu SCADA, a więc przedmiotu zamówienia, a nie narzędzia do tworzenia oprogramowania typu SCADA. To zamawiający będzie używał pakietu oprogramowania zbierającego dane, a nie wykonawca implementując oprogramowania realizujące procesy zbierania, przetwarzania, archiwizacji, sterowania, alarmowania i wizualizacji danych w procesach technicznych, które dostarczy zamawiającemu
- pkt 1.5 sekcji III.2.3) INFORMACJE, który potwierdza, iż wymogi dotyczące narzędzi dotyczą w istocie przedmiotu zamówienia - narzędzi bowiem nie integruje się (integruje się sam system, czyli produkt, przedmiot zamówienia)
- pkt 1 sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI.

Zamawiający nie może bowiem stawiać jako warunku udziału w postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa i implementacja pakietu oprogramowania, dysponowania w dacie składania wniosku produktem, który ma być przedmiotem późniejszej dostawy.

Niedopuszczalnym jest także zawarte w pkt 1.3 sekcji III.2.3) INFORMACJE ograniczenie dotyczące możliwości wykorzystania systemu operacyjnego do UNIX lub LINUX, z wyłączeniem MS Windows, i to niezależnie od tego, czy dotyczyć miałyby narzędzia, czy produktu. Ograniczenie to nie znajduje bowiem żadnego uzasadnienia. Przy tak określonych warunkach, jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu, również sam wymóg posiadania narzędzi można uznać za niezasadny. Tak określony - jak w niniejszym postępowaniu - produkt (software) można bowiem zakupić jako gotowy produkt. Jak wynika bowiem z opisu zawartego w pkt III.1.5) ogłoszenia, w szczególności z wymienionych w tymże punkcie danych i protokołów, powstały wskutek modernizacji system ma być zwykłym systemem SCADA.

Odnosnie żądania zmiany treści pkt 1 sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI ogłoszenia odwołujący podniósł, iż zamawiający wymagał złożenia wraz z wnioskiem „Wykazu posiadanych narzędzi wraz z dokumentacją techniczną opisującą wymagane cechy posiadanych narzędzi oraz tabelę obejmującą wykaz projektów referencyjnych spełniających postawione wymagania w punkcie III.2.3) ustęp INFORMACJE poz. od 1.1. do 1.5.”, przy czym powyższa „Dokumentacja musi zawierać opis modułów programistycznych odpowiedzialnych za pobieranie i wizualizację danych procesowych, sposób archiwizacji danych, sposób realizacji funkcjonalności „multisite SCADA” (synchronizację danych procesowych, synchronizację archiwów, synchronizację statusów alarmów, synchronizację uprawnień użytkowników, reguły przełączania między serwerowniami, reguły przełączania między serwerami i serwerowniami).”, natomiast „Tabela z wykazem projektów referencyjnych, do budowy których wykorzystano ww. narzędzia. Tabela musi zawierać datę wdrożenia, nazwę i wersję narzędzia użytego we wdrożeniu, system operacyjny, opis zakresu wdrożenia, użytkownika wdrożonego systemu. ”

Wymaganie złożenie wskazanych dokumentów nie zostało przewidziane w obowiązujących przepisach i jest niedopuszczalne. Zarówno ustawa Pzp, jak rozporządzenie w sprawie dokumentów nie przewidują możliwości żądania informacji o potencjale technicznym użytym we wcześniej wykonywanych zamówieniach. Dopuszczalne jest jedynie wymaganie przedstawienie informacji o posiadanym potencjalnie technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia, którego dotyczy dane postępowanie. Wymogi dotyczące narzędzi mogą dotyczyć tylko tego, do czego służy dane narzędzie, a nie tego, do czego zostało użyte. Opis potencjału i doświadczenia nie może bowiem być przenoszony z podmiotów (Wykonawców) na narzędzia, którymi podmioty te się posługują lub mają zamiar posłużyć.

Odnosnie żądania zmiany treści pkt 2 w sekcji III.2.3) INFORMACJE poprzez usunięcie wymogu, aby wykazywany projekt rozbudowy systemu SCADA polegał na włączeniu do istniejącego systemu wyłącznie nowej sekcji gazociągu wyposażonego w instalacje RTU lub SCS odwołujący podniósł, iż postawiony wymóg - w zakresie, w jakim odnosi się do włączenia do systemu nowej sekcji gazociągu - pozbawiony jest uzasadnienia i tym samym w sposób nieuprawniony ogranicza uczciwą konkurencję i dostęp wykonawców do zamówienia. Całkowicie nieuzasadnione jest bowiem ograniczenie projektów rozbudowy wyłącznie do czynności włączenia nowej sekcji gazociągu, zamiast choćby np. nowej (kolejnej) sekcji sieci, wyposażonej w instalacje RTU lub SCS. A ponadto zamawiający nie zastrzegł w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu żadnych istotnych specyficznych parametrów systemu SCADA dedykowanych dla branży gazowniczej.

Odnosnie żądania zmiany treści postanowień pkt 2.1 w sekcji III.2.3) INFORMACJE oraz pkt 2 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI odwołujący podniósł, iż zamawiający zażądał, aby system, którego wykonaniem wnioskodawcy mają się wykazać „był przeznaczony do kontroli i sterowania procesami przesyłu rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5MPa”. Wymóg ten ogranicza - w sposób nieuzasadniony przedmiotem zamówienia - możliwość wykazania potencjału technicznego i doświadczenia przez wykonawców zdolnych do realizacji niniejszego zamówienia. Jak wynika bowiem z analizy postanowień ogłoszenia, do realizacji przedmiotowego zamówienia może zostać dopuszczony każdy wykonawca, który wcześniej zrealizował jakikolwiek system SCADA, o nieokreślonej funkcjonalności, czyli również system SCADA o minimalnej funkcjonalności, byle był on „przeznaczony do kontroli i sterowania procesami przesyłu rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5MPa”. Oznacza to, iż takim systemem o nieokreślonej w żaden sposób funkcjonalności może być najprostszy system SCADA, nieposiadający żadnych dedykowanych i specjalizowanych funkcjonalności związanych z rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5MPa, nie różnicującymi go od systemów SCADA do innych zastosowań. Skoro zatem, zdaniem zamawiającego, przedmiotowy system może zrealizować wykonawca, który ma doświadczenie w wykonaniu najprostszego systemu SCADA dla systemu transportującego medium gazowe o ciśnieniu ponad 5 MPa, to tym bardziej system taki może również zrealizować wykonawca, który ma doświadczenie w wykonaniu systemu SCADA dla systemu transportującego inne media, ponieważ proste systemy SCADA, dla których nie wyspecyfikowano konkretnych właściwości i nie wskazano procesów, nie różnią się między sobą specyfiką wynikającą z ich zastosowania i przeznaczenia.

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut dotyczący postanowień ogłoszenia o zamówieniu - sekcja III.1.4) pkt 3, tj. obowiązku przedstawienia oświadczenia podmiotu trzeciego o solidarnej odpowiedzialności

za wykonanie zamówienia, dokonując modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu, a w pozostałym zakresie, wnosząc o jego oddalenie

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący postanowień ogłoszenia o zamówieniu - sekcja III.1.4) pkt 3, tj. obowiązku przedstawienia oświadczenia podmiotu trzeciego o solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia (zarzut III.1. uzasadnienia), stał się bezprzedmiotowy. Zamawiający uwzględnił bowiem ów zarzut, dokonując w dniu 6 czerwca 2013 r. modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu w kwestionowanym przez odwołującego zakresie i w sposób zgodny z jego oczekiwaniami.

Zarzut dotyczący:

- **postanowień ogłoszenia o zamówieniu – pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5 w sekcji III.2.3) INFORMACJE (zarzut III.2. uzasadnienia)**
- **postanowień ogłoszenia o zamówieniu – pkt 2 w sekcji III.2.3) INFORMACJE (zarzut III.4. uzasadnienia)**
- **postanowień ogłoszenia o zamówieniu – pkt 2.1 w sekcji III.2.3) INFORMACJE oraz pkt 2 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI (zarzut III.5. uzasadnienia)**

potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu

– pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5 w sekcji III.2.3) INFORMACJE

zamieścił następujące wymaganie:

„Informacje:

Aby spełnić warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej (tj. posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) Wykonawca winien wykazać, że:

1. Dysponuje narzędziami do budowy komputerowych systemów SCADA w postaci pakietu (kompleksu) oprogramowania realizującego procesy zbierania, przetwarzania, archiwizacji, sterowania, alarmowania i wizualizacji danych w procesach technicznych, które:

1.1.były zastosowane do zbudowania systemu SCADA wykorzystywanego do kontrolowania procesów transportu (przesyłu) gazu ziemnego rurociągami o ciśnieniu powyżej 5MPa;

1.2.zostały wykorzystane do zbudowania systemu typu „multisite SCADA”. Jako system „multisite SCADA” jest uważany taki, który posiada minimum 2 współdziałające ze sobą instalacje (serwerownię główną i serwerownię rezerwową) w różnych lokalizacjach geograficznych, zasilane w dane procesowe z nadzorowanej instalacji, z zaimplementowanymi mechanizmami kontroli spójności i poprawności zapisów w bazach danych w obu lokalizacjach. Przy czym w obu lokalizacjach wykorzystywane są redundantne pary serwerów. Za system równoważny systemowi „multisite SCADA” nie jest uznawany system zbudowany w oparciu o klaster (ang. cluster) komputerów.

1.3.wykorzystuje system operacyjny UNIX lub Linux jako platformę dla oprogramowania (aplikacja główna) odpowiadającego za zbieranie, przetwarzanie i archiwizowanie danych. Oprogramowanie wykorzystujące system operacyjny MS Windows nie jest oprogramowaniem równoważnym;

1.4.były zastosowane do nadzoru w czasie rzeczywistym minimum 20 obiektów, rozproszonych geograficznie, posiadających lokalne własne systemy sterowania zbudowane przy wykorzystaniu sterowników programowalnych;

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. ”

– pkt 2 w sekcji III.2.3 INFORMACJE

„W okresie ostatnich 3 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).”

– pkt 2.1 w sekcji III.2.3) INFORMACJE oraz pkt 2 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI „przeznaczony do kontroli i sterowania procesami przesyłu rurociągami gazu ziemnego o ciśnieniu powyżej 5MPa”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający, jak słusznie podniósł odwołujący, opisując przedmiot zamówienia oraz stawiając wykonawcom warunki podmiotowe w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób ściśle odpowiadający przedmiotowi zamówienia czym niewątpliwie, w tym konkretnym postępowaniu, ograniczył konkurencję. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia jeśli odnosi się do podstawowych elementów przedmiotu zamówienia, przy czym takiego wymogu nie spełnia warunek, dla spełnienia którego wykonawcy zobowiązani są legitymować się zarówno doświadczeniem, jak i wiedzą tożsamą z przedmiotem zamówienia. Nie musi przy tym zachodzić pełna tożsamość sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu a wystarczy jedynie dobranie niektórych elementów, które ograniczają dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Okoliczność tę wykazał odwołujący, wskazując przykładowo na te elementy warunku, które wprost przeniesiono z opisu przedmiotu zamówienia (pkt 1, ppkt 1.1.-1.5 - str. 7 uzasadnienia odwołania).

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. Systemy budowane dla tych branż w jakimś stopniu niewątpliwie się różnią. Systemy budowane dla energetyki - jak wskazywał odwołujący - są bowiem systemami o większej złożoności i skomplikowaniu. Dlatego też - jak dalej podkreślał - wykonawca posiadający doświadczenie w tej innej branży (np. elektroenergetyce) ma możliwość stworzenia systemu także dla potrzeb gazownictwa, gdyż wskazane przez zamawiającego funkcjonalności występują także w innych systemach i żadna z nich nie jest charakterystyczna wyłącznie dla branży gazownictwa. Z kolei zamawiający wskazywał na specyficzną dla branży gazownictwa technologię, w tym m.in. dotyczącą pomiaru ilości i jakości gazu, biblioteki, jak również czas potrzebny do realizacji tego zamówienia w zależności od tego czy dany wykonawca posiada doświadczenie tożsame z przedmiotem zamówienia, czy też nie. Wskazywał następnie na brak podstaw do uznania możliwości realizowania tego konkretnego zamówienia przez wykonawcę nie posiadającego doświadczenia właśnie w branży gazownictwa. Istotnie - jak wynika z przedłożonej przez

zamawiającego prywatnej ekspertyzy – różnice w specyfice systemów SCADA dedykowanych dla branży przesyłu gazu i innych mediów występują. Niemniej jednak sam zamawiający dotychczas tej różnicy tak nie eksponował. 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. To obecnie postawił on wykonawcom ubiegającym się o udzielenie tego zamówienia wyższe wymagania. Tymczasem warunki udziału w postępowaniu nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców. Nie można bowiem żądać od potencjalnych wykonawców spełnienia warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest bowiem dokonać takiego opisu warunku udziału w postępowaniu, aby nie ograniczał on możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcom zdolnym do jego wykonania. System SCADA jest bowiem budowany dla potrzeb danego zamawiającego, a tym samym musi on być dla potrzeb konkretnego postępowania odpowiednio dostosowany i uzupełniony o określone aplikacje. Tak więc takie ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, może skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania w nadmiernym zakresie, nie usprawiedliwionym dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. 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 w branży ropy i elektroenergetyki.

Dlatego też Izba uznała za zasadne zmodyfikowanie postanowień pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5 w sekcji III.2.3) INFORMACJE, tj. pkt 1 oraz ppkt 1.1. i 1.5.; pkt 2 w sekcji III.2.3) INFORMACJE oraz pkt 2.1 w sekcji III.2.3) INFORMACJE oraz pkt 2 w sekcji III.2.3) FORMALNOŚCI poprzez dopuszczenie aby wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie mogli wykazać się również doświadczeniem uzyskanym w innych branżach, a w szczególności ropy lub elektroenergetyki.

Natomiast Izba nie znalazła uzasadnienia dla wykreślenia czy też modyfikacji wymogu, aby przy realizacji przedmiotu zamówienia wykonawcy korzystali z systemu

operacyjnego UNIX i LINUX. Systemy przemysłowe, w tym system SCADA - jak podniósł zamawiający – działają bowiem bardziej stabilnie na tych platformach i są mniej podatne na zagrożenia związane z wirusami i innym złośliwym oprogramowaniem. A ponadto sam odwołujący – wbrew obecnym twierdzeniom - oferował już zamawiającemu system SCADA oparty także na oprogramowaniu LINUX.

Zarzut dotyczący postanowień ogłoszenia o zamówieniu – pkt 1, sekcja III.2.3) FORMALNOŚCI, tj. wykazu projektów referencyjnych (zarzut III.3. uzasadnienia) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu - pkt 1, sekcja III. 2.3) FORMALNOŚCI zamieścił następujące postanowienia:

„W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żąda złożenia:

1. Wykaz posiadanych narzędzi wraz z dokumentacją techniczną opisującą wymagane cechy posiadanych narzędzi oraz tabelę obejmującą wykaz projektów referencyjnych spełniających postawione wymagania w punkcie III.2.3) ustęp INFORMACJE poz. od 1.1. do 1.5. Dokumentacja musi zawierać opis modułów programistycznych odpowiedzialnych za pobieranie i wizualizację danych procesowych, sposób archiwizacji danych, sposób realizacji funkcjonalności „multisite SCADA” (synchronizację danych procesowych, synchronizację archiwów, synchronizację statusów alarmów, synchronizację uprawnień użytkowników, reguły przełączania między serwerowniami, reguły przełączania między serwerami i serwerowniami). Tabela z wykazem projektów referencyjnych, do budowy których wykorzystano ww. narzędzia. Tabela musi zawierać datę wdrożenia, nazwę i wersję narzędzia użytego we wdrożeniu, system operacyjny, opis zakresu wdrożenia, użytkownika wdrożonego systemu.”.

Powyższe zakwestionował odwołujący, podnosząc m.in., iż ustawa Pzp, jak i rozporządzenie w sprawie dokumentów nie przewiduje możliwości żądania informacji o potencjale technicznym użytym we wcześniej wykonywanych zamówieniach. Dopuszczalne jest jedynie wymaganie przedstawienia informacji o posiadanym potencjale technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia, w tym jego postępowanie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający sektorowy może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków. Przepis ten należy do odrębnego reżimu udzielania zamówień publicznych, tj. Rozdziału 5 „Zamówienia

sektorowe” i uchyla zasadę, w myśl której zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu może od wykonawców żądać wyłącznie dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający mógł więc zażądać złożenia przez wykonawców także innych dokumentów niż wymienione w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Niemniej jednak zamawiający zażądał wykazu niezbędnych narzędzi, którymi dysponuje wykonawca, a więc dokumentu, który przewiduje rozporządzenie w sprawie dokumentów, jednocześnie żądając od wykonawców przedstawienia szerszych informacji dotyczących wcześniejszych realizacji. W ocenie Izby zamawiający mógł żądać złożenia takiego dokumentu. Jednakże na skutek uwzględnienia zarzutów dotyczących pkt 1 oraz ppkt 1.1-1.5 w sekcji III.2.3) INFORMACJE winien rozważyć jego dostosowanie do wprowadzanych zmian.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez Strony na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty: wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 750,30 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17,00 zł, stosownie do faktury oraz spisu kosztów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: