

Sygn. akt: KIO 1320/14

KIO 1324/12

KIO 1331/14

WYROK

z dnia 18 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2014 r. przez wykonawców:

1. Kapsch Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (Sygn. akt: KIO 1320/14)
2. Lackmann Metering Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (Sygn. akt KIO 1324/14)
3. WORLDIT Systems Sp. z o.o. w siedzibą w Warszawie (Sygn. akt KIO 1331/14)

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie**

przy udziale wykonawców:

1. **S&T Services Polska Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, Postępu 21D** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14, KIO 1324/14 oraz KIO 1331/14 po stronie odwołującego;
2. **ALMA S.A., 61 – 680 Poznań, ul. Hodowlana 5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14 po stronie odwołującego;
3. **Eitel Networks Olsztyn S.A., 11 – 041 Olsztyn, ul. Gutkowo 81D** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14 oraz KIO 1331/14 po stronie odwołującego;
4. **Lackmann Metering Sp. z o.o., 02 – 473 Warszawa, ul. Popularna 4/6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14 oraz KIO 1331/14 po stronie odwołującego;

5. **Worldit Systems Sp. z o. o., 02 – 820 Warszawa, ul. Wyczółki 71** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14 oraz KIO 1324/14 po stronie odwołującego;

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1320/14 obciąża **wykonawcę Kaspch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Kaspch Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Kaspch Sp. z o.o.** na rzecz **PGE Dystrybucja S.A.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych trzy grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1324/12 obciąża **Lackmann Metering Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Lackmann Metering Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od **wykonawcy Lackmann Metering Sp. z o.o.** na rzecz **PGE Dystrybucja S.A.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych trzy grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt 1331/14 obciąża **Worldit Systems Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Worldit Systems Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od **wykonawcy Worldit Systems Sp. z o.o.** na rzecz **PGE Dystrybucja S.A.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych trzy grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1320/14

KIO 1324/12

KIO 1331/14

UZASADNIENIE

Zamawiający – PGE Dystrybucja S.A. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *”Budowa i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź Miasto”*.

1. Sygn. akt KIO 1320/12

W dniu 27 czerwca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Kapsch Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w taki sposób, że w przedmiotowym postępowaniu dyskryminowana jest grupa wykonawców, w tym Odwołujący.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z ustawą, zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania.

Na potwierdzenie podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią sekcji 4 SIWZ, „przedmiotem Zamówienia w ramach Zadania nr 1 jest”:

4.2.1 Dostawa Urządzeń Pomiarowych obejmująca:

- 4.2.1.1 36.985 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników jednofazowych.
- 4.2.1.2 13.888 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników trójfazowych.
- 4.2.1.3 724 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) koncentratorów.

wyposażonych w moduły komunikacyjne zapewniające dwukierunkową transmisję danych z

wykorzystaniem: a) technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją: PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) lub G3-PLC (ITU-T G.9903); b) modelu danych w oparciu o standard COSEM lub IEC 14908; c) protokołu w warstwie aplikacyjnej DLMS lub IEC 14908. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie dopuszcza dostarczenia urządzeń pomiarowych wyposażonych w moduły komunikacyjne zapewniające transmisję danych z wykorzystaniem protokołu OSGP.

Odwołujący wskazał, że standard OSGP jest jednym z kluczowych standardów przyjętych dla urządzeń pomiarowych objętych zamówieniem. Wykluczenie tego standardu, zdaniem Odwołującego, nie ma uzasadnienia z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, a dyskryminuje dużą grupę wykonawców.

Przedsięwzięcie realizowane przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania nie jest unikatowym projektem. Wdrażanie inteligentnych sieci pomiarowych (AMI, smart - grid), jest powszechnym rynkowym zjawiskiem, wynikającym z przyjętych w Unii Europejskiej założeń strategicznych dla rynku energetyczne. Odwołujący wskazał, że na stronie internetowej polskiego regulatora (URE), przebudowa sieci elektroenergetycznej w sieć inteligentną to zadanie strategiczne dla rozwoju systemu elektroenergetycznego w Polsce, którego realizacja pozwoli na wprowadzenie multiusług na rynek energii elektrycznej, upodmiotowienie odbiorcy, a także rozwój sektora nowoczesnych technologii i poprawę konkurencyjności tego rynku. Wprowadzenie systemu inteligentnych sieci podyktowane jest również przepisami dyrektywy 2009/72/WE jak i Dyrektywy 2012/27/UE.

W ocenie Odwołującego jest więc oczywiste, że podobne, jak prowadzone przez Zamawiającego postępowania, były i są prowadzone w Unii Europejskiej i w Polsce. W zamówieniach udzielanych w następstwie tych postępowań dominujący udział mają projekty realizowane przy wykorzystaniu urządzeń działających w wykluczonym przez Zamawiającego standardzie OSGP. Na wdrożenie sieci wykorzystujących takie liczniki zdecydowały się największe koncerny energetyczne, takie, jak FORTUM, Vattenfall, EoN czy ENEL. Na rynku polskim Tauron Dystrybucja S.A. zakończył właśnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w następstwie którego został wybrany dostawca oferujący liczniki działające w technologii OSGP, a wymagania funkcjonalne oraz uwarunkowania techniczne, biznesowe i prawne w wypadku Tauron Dystrybucja S.A. nie odbiegają w żaden sposób od uwarunkowań właściwych dla niniejszego postępowania.

Powyższe dobitnie świadczy o tym, że standard OSGP nie jest w żaden sposób „gorszy” czy „nieadekwatny” dla wdrożenia inteligentnego systemu pomiarowego, od promowanego przez Zamawiającego standardu PRIME.

Odwołujący podkreślił, że standard OSGP umożliwia spełnienie wszelkich wymagań postawionych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu oraz zapewnienie wymaganego bezpieczeństwa i jakości. Wykluczenie standardu OSGP oznacza natomiast nieuzasadnioną eliminację z postępowania szeregu podmiotów oferujących rozwiązania działające w standardzie OSGP, jak np. Echelon, Apator, Schneider Electric, Kapsch, Ubitronix, czy Mitsubishi Electric.

Odwołujący wniósł w związku z powyższym o dodanie w punkcie 4.2.1. lit. a) oraz w innych postanowieniach SIWZ, w których definiowany jest standard, w jakim działać mają oferowane urządzenia pomiarowe (w szczególności we wzorze umowy w § 2 pkt 2.1.1. tiret pierwsze), sformułowania „lub OSGP (ETSI TS 103 908)”.

2. Sygn. akt KIO 1324/12

W dniu 27 czerwca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Lackmann Metering Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) wobec treści Ogłoszenia i SIWZ dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w postępowaniu pn. „Budowa i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź-Miasto”, prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpodstawnie ograniczający, a w ocenie Odwołującego - wyłączający uczciwą konkurencję oraz wykluczający pozostałych wykonawców z postępowania;
2. Art. 29 ust. 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na pochodzenie oraz nie dopuszczenie rozwiązań równoważnych;
3. Ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) zmian w określeniach dotyczących przedmiotu zamówienia (zarówno w ogłoszeniu jak w treści SIWZ oraz we wzorze umowy) poprzez wykreślenie elementów wskazujących na ograniczenie możliwości złożenia oferty do podmiotów zrzeszonych w organizacji PRIME Alliance i konieczność działania zamawianych urządzeń w modulacji OFDM (technologii PRIME Alliance/G3) i dopuszczenie możliwości działania urządzeń w technologii OSGP, przykładowo:

Brzmienie obecne:

„4.2. Przedmiotem Zamówienia w ramach Zadania nr 1 jest:

4.2.1 Dostawa Urządzeń Pomiarowych obejmująca:

4.2.1.1 36.985 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników jednofazowych.

4.2.1.2 13.888 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników trójfazowych.

4.2.1.3 724 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) koncentratorów.

wyposażonych w moduły komunikacyjne zapewniające dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem:

- a) technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją: PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) lub G3-PLC (ITU-T G.9903),
- b) modelu danych w oparciu o standard COSEM lub IEC14908;
- c) protokołu w warstwie aplikacyjnej DLMS lub IEC 14908.

Zmienić na:

„4.2. Przedmiotem Zamówienia w ramach Zadania nr 1 jest:

4.2.2 Dostawa Urządzeń Pomiarowych obejmująca:

4.2.2.1 36.985 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników jednofazowych.

4.2.2.2 13.888 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników trójfazowych.

4.2.2.3 724 szt. fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) koncentratorów.

wyposażonych w moduły komunikacyjne zapewniające dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem:

- a) technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją: PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904), OSGP (ETSITS103 9081 lub G3-PLC (ITU-T G.9903) lub równoważne;
- b) modelu danych w oparciu o standard COSEM lub IEC 14908;
- c) protokołu w warstwie aplikacyjnej DLMS lub IEC 14908."

Ponadto - w przypadku użycia znaków towarowych – Odwołujący wniósł o dopisanie słów „lub równoważne” oraz określenie parametrów równoważności.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, iż na podstawie parametrów określonych w SIWZ Zamawiający ograniczył możliwość zastosowania określonych technologii w urządzeniach do jednej technologii – technologii organizacji PRIME Allinace. Powoduje, że w niniejszym postępowaniu - producenci zrzeszeni w pozostałych organizacjach - nie będą mogli zaoferować swoich produktów.

W związku z powyższym - w ocenie Odwołującego tylko wykonawcy powiązani z członkami Stowarzyszenia PRIME (a w praktyce zależni od tego stowarzyszenia) - mogą złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, natomiast wiele innych podmiotów - opierających swoje produkty o bardziej otwarte technologie (np. OSGP) - nie może wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Wykluczenie - pominięcie i ograniczenie możliwości złożenia oferty przez dostawców korzystających z standardu OSGP w technologii PLC jest nieuzasadnione w ujęciu funkcji celu i wymagań funkcjonalnych i jakościowych będących wymogiem przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wskazał, że udział w rynku europejskim wdrożonych liczników wykorzystujących technologię OSGP to 85% przy wdrożonych 35 mln liczników inteligentnych dla takich koncernów jak Koncerny ENEL, VATENFALL, FORTUM, EoN czy też NRGi przy uwarunkowaniach odzwierciedlających wymagania Regulatora w Polsce i parametrach jakościowych SLA na poziomie 99,7% - (znacznie przewyższające wymagania Zamawiającego).

Technologia OSGP ma przeszło 25 lat doświadczenia, jest w sposób ciągły rozwijana i dostarczana na całym świecie. W 2014 roku w postępowaniu przetargowym prowadzonym dla Tauron Dystrybucja SA na dostawę i uruchomienie ponad 330 tys liczników z spośród standardów OSGP, PRIME i IDIS, najkorzystniejszą okazała się oferta dostawców OSGP przy wymaganiach funkcjonalnych i technicznych identycznych do wymaganych przez PGE.

W warstwie fizycznej, OSGP obecnie używa europejskiego standardu ETSITS 103 908 jako standardu komunikacji PLC który został niedopuszczony w przedmiotowym postępowaniu. Dla warstwy sieciowej, OSGP używa ISO/IEC14908. Do modelu danych, OSGP dostosowuje IEEE 1377 i strukturę tabeli ANSI C 12 dla protokołu sieciowego, nie tylko dla liczników ale dla innych urządzeniach powiązanych z inteligentnymi sieciami, jak również uwzględnia zasady bezpieczeństwa, uwierzytelniania i szyfrowania odzwierciedlające wymagania w przedmiotowym postępowaniu.

Należy przykładowo podać, że w Szwecji, Vattenfall oraz EoN wdrożyły ponad milion liczników OSGP zgodnych i charakteryzujących się najwyższą wydajnością i niezawodnością. W Danii ponad 800 tys. liczników OSGP wdrożonych przez wiele spółek Energetycznych SEAS/ NVE NRGi i EnergyMIDT. Inteligentne liczniki, adekwatnie do innych wdrożeń OSGP - nie tylko doczytują profile odbiorców, ale zapewniają rozszerzone dane profilu obciążenia, raporty jakości energii oraz integrację z sieciami domowymi z doskonałym dziennym wskaźnikiem efektywności pomiędzy 99,8 a 100% - identycznie jak wymagane przez PGE w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, wykluczenie OSGP pociąga za sobą wykluczenie największych na świecie i w Polsce dostawców oferujących rozwiązania oparte na technologii OSGP: Echelon, Apator, Schneider Electric, S&T, Kapsch, CAP Gemini, LG CNS, Accature, GE, EDMI, AIDON, Mitsubishi Electric Automation, VIDCOM, Comintel, Holley, ELO, Diehl, Ubitronix Gorlitz (L & G oraz Elster). Przedmiotowe postępowanie może doprowadzić do niekorzystnych skutków - zarówno dla rynku infrastruktury licznikowej jak również dla samego Zamawiającego, który może być skazany na niewielką grupą podmiotów posiadającą wszelkie zasoby techniczne i tajemnice handlowe, żeby w konsekwencji nawet uniemożliwić odpowiednie wykorzystanie zamawianych produktów.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w bezzasadny sposób ogranicza konkurencję, nie mając obiektywnych potrzeb. Wymóg określony przez Zamawiającego - nie może być uzasadniony jego obiektywnymi potrzebami. Uniemożliwienie złożenia bardzo dużej ilości podmiotów, które wdrożyły wielokrotnie większe projekty niż projekt Zamawiającego - jest

całkowicie niezrozumiale. Zamawiający - ograniczając, a wręcz wyłączając konkurencję w przedmiotowej sytuacji (wybierając standard, który jest kontrolowany przez bardzo małą liczbę podmiotów) powinien udowodnić, dlaczego uniemożliwienie złożenia oferty podmiotom, które opierają się o technologię OSGP lub PRIME - jest związane z jego OBIEKTYWNYMI POTRZEBAMI. W ocenie Odwołującego - w niniejszej sytuacji - w żaden sposób nie można uzasadnić utrudnienia konkurencji w taki a nie inny sposób.

Co do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem znaków towarowych, patentów i pochodzenia, przy braku uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia oraz brakiem elementu „lub równoważny”, Odwołujący podkreślił, że oznaczenie PRIME - należy uznać za znaki towarowe – gdzie zgodnie z ustawą z 30 czerwca 2000r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. Nr 119, poz. 1117 ze zm.) - znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa. Znakiem towarowym - może być w szczególności wyraz, rysunek, ornament, kompozycja kolorystyczna, forma przestrzenna, w tym forma towaru lub opakowania, a także melodia lub inny sygnał dźwiękowy.

Reasumując - wskazanie, że urządzenia mają być „wyposażone w moduły komunikacyjne zapewniające dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem: a) technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją: PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) lub G3-PLC (ITU-T G.9903)” - jest użyciem pochodzenia lub znaku towarowego i Zamawiający - powinien w stosunku do takich określeń wskazać „lub równoważny” (i jednocześnie opisać sposób spełnienia równoważności).

3. Sygn. akt KIO 1331/14

W dniu 27 czerwca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy WORLDIT SYSTEMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) wobec treści SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Zamawiającego – PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź-Miasto” (znak postępowania: 3/PN/U/2014).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający krąg potencjalnych wykonawców zdolnych wykonać przedmiotowe zamówienie, a w konsekwencji naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. poprzez wskazanie, iż Urządzenia Pomiarowe powinny być wyposażone w moduły komunikacyjne zapewniające dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem technologii PLC (pasmo CENELEC A) jedynie ze specyfikacjami PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) lub G3-PLC (ITU-T.G.9903) - pkt 4.2.1 (przedmiot zamówienia w ramach Zadania nr 1) lit, a) SIWZ oraz sekcja II „Informacje o częściach zamówienia Część nr 1” pkt 1).1 lit, a) Ogłoszenia o zamówieniu;
2. Art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie Załącznika nr 8 do SIWZ (Umowa na wykonanie Zadania nr 1) oraz Załącznika nr 9 do SIWZ (Umowa na wykonanie Zadania nr 2), w sposób naruszający zasady współzycia społecznego oraz nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Zamawiający wyłącza jakiegokolwiek ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy przewidziane w umowie - pkt 10.6.1-10.6.3 Załącznika nr 8 do SIWZ oraz pkt 10.7.1-10.7.3 Załącznika nr 9 do SIWZ;
3. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów prawa).

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu:

W pkt 4.2.1 (przedmiot zamówienia w ramach Zadania nr 1) lit. a) SIWZ oraz sekcja II „Informacje o częściach zamówienia Część nr 1” pkt 1).1 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez jego modyfikację w ten sposób, iż obecne brzmienie:

„Przedmiotem Zamówienia w ramach Zadania nr 1 jest: Dostawa Urządzeń Pomiarowych obejmująca:

- 36.985 sztuk fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników jednofazowych;

- 13.888 sztuk fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników trójfazowych,
- 724 sztuk fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) koncentratorów, wyposażonych w moduły komunikacyjne zapewniające dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem:

a) technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją: PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) lub G3-PLC (ITU-T G.9903) (...)"

zostanie zmienione na:

„Przedmiotem Zamówienia w ramach Zadania nr 1 jest: Dostawa Urządzeń Pomiarowych obejmująca:

- *36.985 sztuk fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników jednofazowych,*
- *13 888 sztuk fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) liczników trójfazowych,*
- *724 sztuk fabrycznie nowych (nieeksploatowanych produkcyjnie) koncentratorów, wyposażonych w moduły komunikacyjne zapewniające dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem:*

a) technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją: PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) tub OSGP (ETSI TS 103 908) lub G3-PLC (ITU-T G.9903) (...)"

2. W pkt 10.6.1-10.6.3 Załącznika nr 8 do SIWZ oraz pkt 10.7.1-10.7.3 Załącznika nr 9 do SIWZ poprzez ich całkowite wykreślenie.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2 SIWZ (Definicje i skróty) PLC (Power Line Communication) jest technologią umożliwiającą komunikację pomiędzy koncentratorem a licznikiem. Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca powinien wykorzystać technologię PLC jedynie w specyfikacji PRIME lub G3-PLC. Tymczasem, na rynku istnieją inne specyfikacje/standardy, które biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, mogłyby być zaoferowane w niniejszym postępowaniu bez uszczerbku dla interesu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, dopuszczając wykorzystanie tylko dwóch specyfikacji, Zamawiający w sposób nieuzasadniony wykluczył wykorzystanie innego standardu stosowanego w technologii PLC - OSGP - mimo, iż spełnia on wszelkie wymagania opisane w dokumentacji

przetargowej i pozwala osiągnąć funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego. W konsekwencji, Zamawiający ograniczył krąg potencjalnych wykonawców spełniających wymogi SIWZ i zdolnych zrealizować przedmiotowe zamówienie, czym dopuścił się naruszenia przepisów ustawy.

W ocenie Odwołującego pominięcie i ograniczenie możliwości złożenia oferty przez wykonawców korzystających ze standardu OSGP w technologii PLC jest bezzasadne w świetle wymagań funkcjonalnych i jakościowych postawionych w przedmiotowym postępowaniu. Wykorzystanie technologii PLC zgodnie ze specyfikacją OSGP (podobnie jak w przypadku PRIME i G3-PLC) czyni zadość wszystkim wymagom technicznym i funkcjonalnym szczegółowo opisanym przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący wskazał, że z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i opisanych funkcjonalności bez znaczenia pozostaje zatem okoliczność, że wykonawca skorzysta ze standardu PRIME, G3-PLC czy OSGP. Preferowanie przez Zamawiającego standardów PRIME i G3-PLC jest niezrozumiałe, skoro opisane w dokumentacji funkcjonalności można osiągnąć również za pomocą innej specyfikacji.

W ocenie Odwołującego OSPG jest standardem, który w żaden sposób nie odbiega od PRIME i G3-PLC. Porównanie charakterystyk wskazanych specyfikacji prowadzi do wniosku, że dopuszczenie standardu OSPG pozwala na osiągnięcie rozwiązania co najmniej tej samej jakości, co w przypadku PRIME i G3-PLC.

Dojrzałość, geneza standardu i wdrożenie.

A. **OSPG.** Zgodnie z pkt 2 SIWZ (str. 19) OSPG (Open Smart Grid Protocol) oznacza „rodzinę specyfikacji opublikowanych przez Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych (ETSI), używanych w połączeniu z normą ISO/IEC 14908 w zakresie inteligentnych sieci”.

Standard ten:

- oparty jest o światowy standard LON® stosowany w ponad 100mln urządzeń u ponad 4 000 producentów,
- obejmuje ponad 35 milionów liczników w Europie. W Europie występują dwa projekty AMI, w których są wdrożone komercyjnie odczyty 15-minutowe: Fortum Finlandia i NRGi.

W Polsce w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. (znak sprawy: UZZ/107/PO/2013) spośród standardów PRIME, IDIS i OSGP, za najkorzystniejszą została uznana oferta dostawców OSGP przy wymaganiach funkcjonalnych i technicznych podobnych do wymaganych przez PGE w przedmiotowej sprawie.

- a) **PRIME**. Jest to specyfikacja stworzona przez PRIME ALLIANCE na potrzeby wdrożenia inteligentnych odczytów w Hiszpanii. Projekt pilotażowy został stworzony dla IBERDROLA. Brak jest możliwości odczytów w interwałach 15 minutowych.
- b) **G3-PLC**. Specyfikacja w trakcie certyfikacji i ostatecznych testów wydajnościowych. Planowany termin certyfikacji to lipiec 2014. Pierwsze wdrożenia komercyjnego tego standardu planowane są na przełomie 2015- 2016. Istnieje kilka instalacji pilotażowych modemów G3 modułowych (100 - 5000 liczników) bez zdefiniowanych scenariuszy testowych w ujęciu wymagań URE.

Dojrzałość i stabilność modulacji sygnału - w komunikacji PLC wykorzystywane są m.in. modulacje OFDM (Orthogonal Frequency Division Multiplexing), BPSK (Binary Phase Shift Keying), FSK (Frequency Shift Keying) oraz SFSK (Spread FSK) - wybór modulacji, podobnie, jak specyfikacji nie ma decydującego znaczenia z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, w przypadku spełniania wszystkich wymagań OPZ.

- a. **OSGP**. Komunikacja - PLC niskie napięcie: obecnie stosowana modulacja BPSK. Cechuje się dużą stabilnością i odpornością na zakłócenia sieci.
- b. **PRIME**. Komunikacja - PLC niskie napięcie: modulacja OFDM. Niska odporność na zakłócenia (w trakcie dostrajania).
- c. **G3-PLC**. Komunikacja • PLC niskie napięcie: OFDM. W trakcie testów, poprawianie błędów. Nie sprawdzona w warunkach wielkoskalowych w sieciach Polskich.

Interoperacyjność - zgodnie ze „Stanowiskiem Prezesa URE w sprawie niezbędnych wymagań dotyczących jakości usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury AMI oraz ram wymienności i interoperacyjności współpracujących ze sobą elementów sieci Smart Grid oraz elementów sieci domowych współpracujących z siecią Smart Grid” z dnia 10 lipca 2013 r., dalej „Stanowisko Prezesa URE”, jest to kluczowe kryterium i oznacza zdolność systemu AMI do przekazywania w sposób efektywny (skuteczny) informacji pomiarowych bez względu na zastosowanie na poszczególnych etapach procesu technologii komunikacyjnej i realizujące je urządzenia.

- a. **OSGP**. Otwarty standard, zapewnia interoperacyjność dla wszystkich liczników inteligentnych używających modułu komunikacyjnego zgodnego ze specyfikacją OSGP.
- b. **PRIME**. Otwarty standard, zapewnia interoperacyjność dla wszystkich liczników inteligentnych używających modułu komunikacyjnego zgodnego ze specyfikacją PRIME. W warstwie aplikacyjnej DLM/COSEM (moduł danych wskazany w pkt 4.2.1 lit. b) SIWZ) może nie gwarantować interoperacyjności z uwagi na dowolność implementacji.

c. **G3-PLC.** Otwarty standard obecnie oferowany i dostępny tylko na jednym układzie scalonym (chipset) - drugi dostawca potwierdza gotowość od drugiej połowy 2014 roku. W warstwie aplikacyjnej DLM/COSEM może nie gwarantować interoperacyjności z uwagi na dowolność implementacji.

W ocenie Odwołującego, z powyższej analizy wynika, iż specyfikacja OSGP jest z pewnością rozwiązaniem nie gorszym niż PRIME i G3-PLC. a nawet funkcjonalnie lepszym i bardziej dojrzałym. Zatem niezrozumiałym jest dopuszczenie przez Zamawiającego specyfikacji G3-PLC (która jest na etapie testów i szczątkowych wdrożeń) a uniemożliwienie zaoferowania przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem specyfikacji OSGP (sprawdzonej i dostępnej większej liczbie producentów).

Odwołujący wskazał, że w warstwie fizycznej, OSGP obecnie używa europejskiego standardu ETSI TS 103.908 jako standardu komunikacji PLC. W warstwie sieciowej, specyfikacja OSGP jest wykorzystywana w połączeniu z normą ISO/IEC 14908. Do modelu danych, OSGP uwzględnia zasady bezpieczeństwa, uwierzytelniania i szyfrowania, spełniające wymagania w przedmiotowym postępowaniu. Należy ponadto podkreślić, że w miejscach, gdzie wdrożono systemy oparte na specyfikacji OSGP (np. w krajach skandynawskich) urządzenia zapewniają szereg funkcjonalności z dziennym wskaźnikiem efektywności pomiędzy 99,8% a 100% (identycznie jak w przedmiotowym postępowaniu). Innymi słowy, jak było podnoszone powyżej, opisane przez Zamawiającego parametry funkcjonalne i jakościowe mogą zostać spełnione również przez inne, niż bezpośrednio wskazane przez Zamawiającego standardy.

W ocenie Odwołującego Zamawiający decydując się na rezygnację z dostępnych na rynku rozwiązań spełniających jego oczekiwania, powinien uzasadnić taką decyzję obiektywnymi potrzebami. Należy wskazać, że Zamawiający jest uprawniony do wyboru określonej technologii w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego, jednakże powinien on dokonać wyboru spośród oferowanych przez wykonawców w sposób konkurencyjny sposobów realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymogów technicznych mających odzwierciedlenie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego (podobnie KIO w wyroku z dnia 15 listopada 2013 r., KIO 2455/13. KIO 2460/13). W sytuacji, gdy Zamawiający już na początku pozbawia się możliwości wyboru określonych rozwiązań, które mimo, iż spełniają jego wymagania nie zostają dopuszczone, ogranicza konkurencję w postępowaniu, naruszając jednocześnie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Trudno uznać, że wymaganie wyłącznie specyfikacji PRIME i G3-PLC było środkiem prowadzącym do zaspokojenia jakiegokolwiek uzasadnionej potrzeby Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, iż ograniczenie wprowadzone w pkt 4.2.1 lit. a) SIWZ oraz w sekcji II „Informacje o częściach zamówienia Część nr 1” pkt 1).1 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu wyklucza złożenie oferty nie tylko Odwołującemu, ale również największym na świecie i w Polsce dostawcom i producentom oferującym rozwiązania oparte na technologii OSGP, do których zaliczają się: Echelon, Apator, Schneider Electric, S&T, Kapsch, CAP Gemini, LG CNS, Acceture, GE, EDMI, AIDON, Mitsubishi Electric Automation, VIDCOM, Comintel, Holley, Diehl, Ubitronix Gorlitz (L & G oraz Elster) i inni. Poszerzenie kręgu wykonawców mogących złożyć ofertę w postępowaniu o ww. podmioty bez wątpienia pozwoliłoby Zamawiającemu na uzyskanie korzystniejszej cenowo oferty, a jednocześnie nie pozbawiłoby Zamawiającego możliwości otrzymania przedmiotu zamówienia wysokiej jakości i spełniających wymagań funkcjonalnych.

Ponadto Odwołujący wskazał, że brak uwzględnienia w SIWZ (OPZ) specyfikacji OSGP nie znajduje uzasadnienia również w treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 7.1.1.2.2.1 SIWZ. Zgodnie z powołanym postanowieniem wykonawca powinien wykazać, iż zrealizował (albo realizuje) „co najmniej 1 zamówienie (...) wraz z infrastrukturą służącą do budowy kanału komunikacyjnego w technologii PLC (GENELEC A) w oparciu o specyfikację IDIS lub OSGP lub PRIME lub G3-PLC.

Odwołujący wskazał, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny (art. 22 ust. 4 Pzp). Oznacza to, iż przy konstruowaniu warunku Zamawiający bierze pod uwagę m.in. rodzaj zamówienia, jego przedmiot, zakres, wartość oraz sposób wykonania. W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający uznał za adekwatne z rodzajem, zakresem zamówienia oraz sposobem jego wykonania dopuszczenie w treści warunku budowę kanału komunikacyjnego w technologii PLC w oparciu o specyfikację OSGP. Nie może zatem budzić wątpliwości, że eliminacja przedmiotowego rozwiązania z zakresu przedmiotu zamówienia jest nieuzasadniona i stanowi naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów Pzp.

Co do zarzutu dotyczącego wzoru umowy, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego

treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc.

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 10.3 Załącznika nr 8 do SIWZ (Umowa na wykonanie Zadania nr 1) wskazał, że „kary umowne mogą być naliczane niezależnie od siebie z różnych tytułów z zastrzeżeniem, że ich łączna wysokość nie może przekroczyć 100% Wynagrodzenia Podstawowego. Podobne postanowienie znalazło się w pkt 10.3 Załącznika nr 9 do SIWZ (Umowa na wykonanie Zadania nr 2), z tym, że maksymalna wysokość określonych kar została przypisana do Wynagrodzenia Opcyjnego i Podstawowego. W dalszej kolejności, Zamawiający zastrzegł sobie prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych (pkt 10.4 Załącznika nr 8 i 9 do SIWZ). Jednocześnie w pkt 10.6 i 10.7 omawianych Załączników Zamawiający poinformował, że jakiegokolwiek ograniczenia odpowiedzialności Wykonawcy przewidziane w Umowie nie mają zastosowania w odniesieniu do: Szkód wyrządzonych Zamawiającemu umyślnie, w tym w wyniku rażącego Niedbalstwa, Szkód wynikających z wad prawnych Produktów lub ich poszczególnych elementów Szkód wynikających z naruszenia zasad ochrony Informacji Poufnych Zamawiającego lub naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów prawa”.

W ocenie Odwołującego, wprowadzenie pkt 10.6 Załącznika nr 8 do SIWZ i 10.7 Załącznika nr 9 do SIWZ narusza równowagę kontraktową stron umowy. W świetle pkt 10.4 Załącznika nr 8 i 9 do SIWZ omawiane postanowienie jest również zbędne, gdyż Zamawiający i tak zastrzega sobie prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość naliczonych kar umownych na zasadach ogólnych. Tym samym, nawet w przypadku szkody wyrządzonej niedbalstwem wykonawcy, wynikającej z wad prawnych, czy naruszenia zasad ochrony informacji poufnych, Zamawiający posiada środki do dochodzenia odszkodowania za rzeczywisty wymiar szkody, ponad ograniczenie 100% wynagrodzenia podstawowego lub opcyjnego.

Co więcej w ocenie Odwołującego, zniesienie „jakiegokolwiek” ograniczeń odpowiedzialności wykonawcy za szkody wynikające z wad prawnych produktów lub ich elementów oraz z naruszenia zasad ochrony informacji poufnych, nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, gdy

odpowiednio w pkt 10.2.2. oraz 10.2.6 Załącznika na 8 do SIWZ oraz pkt 10.2.5 Załącznika nr 9 do Umowy Zamawiający zastrzegł za wskazane naruszenia odrębne kary umowne.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektrycznej (dalej „**URE**”) z dnia 10 lipca 2013 r. na okoliczność ustalenia czy system OSPG spełnia wymagania określone przez Prezesa URE; (iii) Analizę standardów/specyfikacji komunikacji PLC oraz technologii stosowanych w interfejsach do sieci HAN z dnia 26 marca 2013 r. na okoliczność wykazania zasadności wyboru technologii PRIME oraz G3-PLC; (iv) tłumaczenie fragmentu raportu Instytutu Energetyki Oddział w Gdańsku na okoliczność wykazania, że system OSPG spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ; (v) referencje wystawione na rzecz spółki Eltel Networks A/S na okoliczność wykazania, że system OSPG rozwija się i nie jest w stagnacji; (vi) publikacje z czasopisma Smart Grids Polska 4/2013 pn. Standardy wymiany informacji w systemach inteligentnego pomiaru na okoliczność wykazania obiektywnych potrzeb Zamawiającego; (vii) referencje z dnia 5 kwietnia 2011 r. wystawione przez PGE Dystrybucja S.A. na rzecz Lackmann Metering Sp. z o.o. na okoliczność wykazania, że Zamawiający posiada u siebie system OSPG i jest zadowolony z jego funkcjonowania; (viii) Raport z dialogu technicznego w ramach projektu „Budowa i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź – Miasto” na okoliczność ustalenia wyników dialogu technicznego; (ix) publikację internetową z dnia 18 czerwca 2014 r. na okoliczność wykazania, że Odwołujący mogą złożyć ofertę; (x) zestawienie wykonawców należących do PRIME Alliance, OSPG Alliance, G3-PLC Alliance oraz IDIS na okoliczność wykazania potencjalnych wykonawców mogących zrealizować zamówienie; (xi) pisma: Lackmann Metering Sp. z o.o. z dnia 30 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego; (xii) pisma Worldit Systems Sp. z o.o z dnia 30 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego; (xiii) pisma Eltel Networks Olsztyn S.A. z dnia 30 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego; (xiv) pisma Alma S.A. z dnia 30 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego; (xv) pisma S&T Services Polska Sp. z o.o. z dnia 30 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego; (xvi) pismo T-matic Systems S.A. z dnia 2 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *"Budowa i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź Miasto"* (dowód: SIWZ).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2014 r. pod nr S-203590.

Zgodnie z pkt B – Koncentratory pkt 4.1 Załącznika nr 2 do SIWZ, Koncentrator musi być wyposażony w model komunikacji PLC, który zapewnia dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem: a) technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją: PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) lub G3-PLC (ITU-T G.9903) (dowód: SIWZ).

W pkt 8.1 Załącznika nr 2 do SIWZ Licznik wyposażony w model komunikacji z siecią rozległą w technologii PLC musi zapewniać dwukierunkową transmisję danych z wykorzystaniem technologii PLC (pasmo CENELEC A) zgodnie ze specyfikacją:

- PRIME (ITU-T G.9904) co najmniej w wersji 1.3.6, lecz z możliwości podniesienia do wersji wyższej najnowszej, np. do planowanej przez PRIME Alliance wersji 1.4 bez konieczności wymiany Liczników; lub
- G3-PLC (ITU-T G. 9903).

Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami pozostawał fakt, że specyfikacja PRIME oraz G3-PLC w warstwie fizycznej stosuje technikę modulacji sygnały OFDM. Specyfikacja OSPG w warstwie fizycznej stosuje technikę modulacji sygnały BPSK.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 27 czerwca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez następujących wykonawców:

1. **Atende S.A, 04 – 163 Warszawa, ul. Ostrobramska 86** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14, KIO 1324/14 oraz KIO 1331/14; oraz
2. **T-matic Systems S.A., 01 – 217 Warszawa, ul. Kolejowa 5/7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14, KIO 1324/14 oraz KIO 1331/14.

Izba ustaliła, że przystąpienie wykonawcy Atende S.A. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2014 r., zaś wykonawcy T-matic Systems S.A. w dniu 3 lipca 2014 r. Wobec dokonania zgłoszenia bez zachowania 3-dniowego terminu (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba postanowiła nie dopuścić powyższych wykonawców do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponadto, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez następujących wykonawców:

1. **S&T Services Polska Sp. z o.o., 02 – 676 Warszawa, Postępu 21D** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14, KIO 1324/14, oraz KIO 1331/14;
2. **ALMA S.A., 61 – 680 Poznań, ul. Hodowlana 5** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14;
3. **Eitel Networks Olsztyn S.A., 11 – 041 Olsztyn, ul. Gutkowo 81D** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14 oraz KIO 1331/14;
4. **Lackmann Metering Sp. z o.o., 02 – 473 Warszawa, ul. Popularna 4/6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14 oraz KIO 1331/14;
5. **Worldit Systems Sp. z o. o., 02 – 820 Warszawa, ul. Wyczółki 71** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1320/14 oraz KIO 1324/14.

Wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia po stronie Odwołującego przez powyższych wykonawców w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

Odwołujący podczas posiedzenia z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołania. Odwołujący wniósł o oddalenie wszystkich odwołań.

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

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia.

Ponieważ wszyscy trzej Odwołujący podnieśli ten sam zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i wzajemnie popierali podczas rozprawy prezentowane stanowiska i argumentację, poniższa analiza Izby dotycząca naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odnosi się do wszystkich trzech Odwołujących. Ilekroć Izba referuje do Odwołującego, referencja ta odnosi się do wszystkich trzech Odwołujących: tj. Lackmann Metering Sp. z o.o., Kapsch Sp. z o.o. oraz Worldit Systems Sp. z o.o.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W ocenie Izby istota spory pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy Zamawiający określając wymóg zastosowania w warstwie fizycznej specyfikacji PRIME albo G3 – PLC (które to specyfikację wykorzystuje technologię modulacji sygnału OFDM) naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił bowiem, iż Zamawiający niedopuszczając rozwiązań opartych na specyfikacji OSPG (wykorzystujących modulację sygnały BPSK) naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż mimo że spełnia wymagania Zamawiającego określone w warstwie aplikacji oraz w warstwie modelu danych, to brak dopuszczenia w warstwie fizycznej możliwości zastosowania modulacji BPSK używanej z warstwie fizycznej przez system OSPG sprawia, iż nie może on złożyć oferty w postępowaniu, a Zamawiający bezzasadnie ograniczył w ten sposób konkurencję, gdyż wymagania Zamawiającego nie znajdują uzasadnienia w jego obiektywnych potrzebach.

Jak zostało ustalone przez Izbę, Zamawiający wskazał, że komunikacja PLC w warstwie fizycznej musi być zgodna ze specyfikacją PRIME w wersji 1.3.6 (ITU-T G.9904) lub G3-PLC

(ITU-T G.9903). Izba ustaliła, że obie specyfikacje tj. specyfikacja PRIME oraz G3-PLC stosują tą samą technikę modulacji sygnału tj. modulację OFDM. Zamawiający wykluczył więc możliwość stosowania w warstwie fizycznej techniki modulacji sygnału określanej jako BPSK (Binary Phase Shift Keying). Zadaniem Izby było więc ocena czy wybór przez Zamawiającego określanej techniki modulacji sygnału w zakresie warstwy fizycznej komunikacji PLC był uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Na wstępie Izba zaznacza, że nie ulega wątpliwości, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją zamawiającego. Przedmiot zamówienia winien być tak opisany, by odzwierciedlał rzeczywiste i racjonalne potrzeby zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni produkt implementujący nowoczesne rozwiązania technologiczne, adekwatne do celów jakim ma służyć. Fakt, że nie wszyscy wykonawcy będą mogli złożyć ofertę, bo nie spełniają wymogów określonych przez zamawiającego nie stanowi jeszcze o naruszeniu konkurencji. Stosowanie przepisów ustawy Pzp nie może prowadzić do narzucania zamawiającemu zakupów, które nie odzwierciedlają jego potrzeb i ograniczają zakres swobody w podejmowaniu decyzji związanych z działalnością zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że prawo zamówień publicznych nie powinno być stosowane i interpretowane jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a oderwaniu od innego celu jakim jest dokonywanie racjonalnych i celowych zakupów. Jednocześnie Izba podkreśla, że obiektywne potrzeby zamawiającego należy analizować w konkretnym stanie faktycznym w jakim znajduje się dany zamawiający. Wymagania zamawiającego, które mogą znajdować obiektywne uzasadnienie w działalności jednego przedsiębiorcy nie muszą być automatycznie uznane za obiektywne potrzeby innego przedsiębiorcy. Każdy z zamawiających ma prawo określić przedmiot zamówienia z uwzględnieniem indywidualnych potrzeb uzasadnionych jego potrzebami opartymi w obiektywnych przesłankach.

Izba uznała, że przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja oraz dowody potwierdziły, że wymagania Zamawiającego, by komunikacji PLC w warstwie fizycznej odpowiadała specyfikacji PRIME lub G3-PLC wykorzystujących modulację sygnały OFDM były uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Za takie Izba uznała dążenie Zamawiającego do zakupu urządzeń pomiarowych wyposażonych w bardziej zaawansowane rozwiązania technologiczne. W ocenie Izby, racjonalne i celowe jest bowiem dokonywanie przez Zamawiającego zakupów urządzeń pomiarowych oferujących obiektywnie bardziej nowoczesne rozwiązania, które umożliwiają Zamawiającemu elastyczną adaptację do zmieniających się warunków na rynku i wymagań prawnych.

Izba uznając brak naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp uznała, iż Zamawiający przed określeniem wymagań dotyczących warstwy fizycznej komunikacji PLC wykonał dogłębną i wszechstronną analizę, która uzasadniała wybór technologii modulacji sygnału OFDM, oferowanej w technologii PRIME oraz G3-PLC.

Uzasadniając wybór technologii modulacji sygnału OFDM, Zamawiający wskazał w treści odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, iż kluczowym aspektem dotyczącym zamawianych urządzeń jest zapewnienie odpowiedniej przepływności sieci, co bezpośrednio wpływa na ilość danych jaka może być przenoszona za pomocą sieci. Wskazał, iż modulacja BPSK w standardzie ETSI TS 103 908 (OSPG) ma maksymalność przepływności sieci 3,24kbps, zaś modulacja OFDM pozwala na osiągnięcie przepływności znacznie większej (42kbps w przypadku G3-PLC oraz 128 kbps w przypadku PRIME), co uzasadniało dokonany wybór. Zamawiający na potwierdzenie powyższych danych przedstawił publikację pn. Standardy Wymiany Informacji w systemach inteligentnego pomiaru. Zamawiający wskazał również, że jest to czynnik niezmiernie istotny, zwłaszcza wobec faktu, że wraz z rozwojem infrastruktury AMI w obrębie sieci dystrybucyjnej wzrastać będzie obciążenie sieci i średni wolumen przesyłu danych. Odwołujący podnosił zaś, że Zamawiający w żaden sposób nie dał wyrazu swoim oczekiwaniom w treści SIWZ. Przedstawił również dowód w postaci tłumaczenia fragmentu raportu Instytutu Energetyki Oddział w Gdańsku – Tabela 9 Rejestrowanie czasu odczytu danych użytecznych i maksymalna liczba liczników możliwych do odczytania w jednostce czasu na okoliczność wykazania, iż poziom przepływności nie przedkłada się na efekt końcowy tj. szybkość odczytu stanu licznika. Wskazał również, że przepływność sieci nie przekłada się w żaden sposób na szybkość odczytu liczników.

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że niezasadne jest stanowisko Odwołującego jakoby Zamawiający nie dał wyrazu w żaden sposób w treści SIWZ swoim oczekiwaniom co do wymagań technicznych. W ocenie Izby, Zamawiający dał wyrazom swoim oczekiwaniom poprzez wskazanie na wybraną technologię modulacji. Zadaniem zaś Izby jest ocena czy niedopuszczenie innych technik modulacji sygnału było uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Po drugie, Zamawiający nie ma obowiązku uzasadniania w treści SIWZ doboru określonych rozwiązań technicznych. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia poprzez wskazanie na określoną technologię, w którą winien być wyposażony przedmiot zamówienia, a potencjalni wykonawcy mają prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej i kwestionować dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówieniu, jeśli w ich ocenie narusza on przepisy ustawy Pzp.

Izba uznała w tym zakresie za wiarygodny dowód przedłożony przez Zamawiającego w postaci publikacji w zamieszczonej w Smart Grids Polska 4/2013 „Standardy wymiany informacji w systemach inteligentnego pomiaru”. Artykuł ten potwierdza twierdzenia Zamawiającego, że specyfikacja PRIME oraz PLC-G3 wykorzystujące modulację sygnału poprzez system OFDM osiągają znacznie lepszą przepustowość danych niż specyfikacja OSPG wykorzystująca modulację sygnału BPSK. Odwołujący nie kwestionowali rzetelności czy wiarygodności przedłożonego dowodu. Odwołujący podnosił jedynie, że przepływowość sieci nie przekłada się w żaden sposób na szybkość odczytu liczników. Przedstawił dowód w postaci tłumaczenia fragmentu raportu Instytutu Energetyki Oddział w Gdańsku – Tabela 9 Rejestrowanie czasu odczytu danych użytecznych i maksymalna liczba liczników możliwych do odczytania w jednostce czasu na okoliczność wykazania, iż poziom przepływowości nie przedkłada się na efekt końcowy tj. szybkość odczytu stanu licznika. Jednakże, Izba uznała powyższy dowód Odwołującego za niewiarygodny i w związku z tym za nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Odwołujący nie załączył całości raportu Instytutu Energetyki Oddział w Gdańsku z dnia 3 marca 2014 r. Nie przedłożył również oryginalnego tekstu przetłumaczonej tabeli nr 9. Brak tych dokumentów powoduje, że przedłożony dowód jest niewiarygodny. Izba jak i Zamawiający nie mają bowiem możliwości weryfikacji dokonanego tłumaczenia oraz analizy załącznika nr 9 w kontekście całego raportu oraz podanych w nich parametrów, które były kwestionowane przez Zamawiającego. W ocenie Izby wszelkie dane zamieszone w Tabeli nr 9 muszą być czytane łącznie z treścią raportu, tak aby mieć całkowitą pewność, iż przedstawione zestawienie nie jest wyrwane z kontekstu, możliwych założeń jakimi kierował się autor przy ich prezentacji, bez znajomości których nie ma możliwości rzetelnej weryfikacji przedłożonego dowodu. W konsekwencji, przedłożony przez Odwołującego dowód nie może stanowić podstawy dla Izby do przyjęcia twierdzenia Odwołującego, iż poziom przepływowości nie przedkłada się na efekt końcowy tj. szybkość odczytu stanu licznika i nie powinien mieć dla Zamawiającego znaczenia. Wobec braku innych dowodów, Izba uznała powyższe twierdzenie Odwołującego za nieudowodnione.

W ocenie Izby wybór specyfikacji PRIME oraz G3-PLC był również uzasadniany tym, iż obie specyfikacje, jak wskazał Zamawiający, są publicznym i otwartym standardami, które dają możliwość pełnej interoperacyjności pomiędzy systemami i infrastrukturą pomiarową różnych dostawców. Zamawiający wskazał również, że rozwiązanie te nie podlegają prawom własności intelektualnej, a co za tym idzie nie stanowi własności żadnej ze spółek zrzeszonych w odpowiednim stowarzyszeniu i mogą być swobodnie modyfikowane i rozwijane przez Zamawiającego. Wskazał również że choć standard OSPG jest standardem publicznym, to jednak rozwiązania bazujące na tej technologii są licencjonowane, co ogranicza możliwości rozwojowe i skutkuje małą liczbą dostawców infrastruktury pomiarowej opartej na OSPG. W

ocenie Izby jest to istotna okoliczność dla uznania, iż wybór specyfikacji PRIME oraz G3-PLC był uzasadniany obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Ma to szczególnie istotne znaczenie mając na uwadze fakt, że system inteligentnego opomiarowania ma służyć Zamawiającemu przez okres kilkunastu – kilkudziesięciu lat. Otwartość systemu daje możliwość Zamawiającemu aktualizacji i rozwoju zainstalowanej technologii, co ma niebagatelne znaczenie dla długoterminowej efektywności i kosztów funkcjonowania systemu AMI, co podkreślał Zamawiający.

Uznając za zasadną decyzję Zamawiającego, Izba uznała za istotną również okoliczność, iż przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania Zamawiający przeprowadził dialog techniczny z potencjalnymi wykonawcami. Dialog techniczny to instrument wsparcia rozwiązań innowacyjnych i nowoczesnych, który pozwala na doradztwo w zakresie najlepszych, najnowocześniejszych i najkorzystniejszych technicznie, technologicznie, organizacyjnie i ekonomicznie rozwiązań mogących służyć realizacji potrzeb zamawiającego i być przedmiotem udzielonego zamówienia. Jak wskazał Zamawiający w dialogu technicznym wzięło udział kilkunastu zainteresowanych przedsiębiorców, w tym firmy dostarczające infrastrukturę opartą o standard OSPG. Jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego Raportu z Dialogu Technicznego z dnia 22 listopada 2013 r., Odwołujący WordIT Systems Sp. z o.o. oraz Przystępujący ELTEL Networks Olsztyn S.A. byli uczestnikami dialogu. Dialog techniczny potwierdził, że wybór standardów PRIME oraz G3-PLC jest rozwiązaniem korzystnym dla Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że wykonawcy zrzeszeni w OSPG nie przedstawili argumentów przeciwko wyborowi standardów PRIME oraz G3-PLC.

Powyższe twierdzenia Zamawiającego znalazły odzwierciedlenie w Raporcie z Dialogu Technicznego, w którym zostało wskazane, że modulacja OFDM gwarantuje uzyskanie niezbędnej przepustowości transmisji danych oraz iż kierunek rozwoju technologii transmisji PLC wskazuje na OFDM jako wiodąca modulacja. Odwołujący ani w treści odwołania, pism procesowych ani podczas rozprawy nie przedstawił żadnych zastrzeżeń co do przeprowadzonego dialogu technicznego czy też jego rekomendacji. Nie przedstawił żadnej argumentacji na ewentualne wykazanie dlaczego stanowisko wypracowane podczas dialogu technicznego jest nieobiektywne i było ukierunkowane tylko na wybór jednej technologii modulacji. Jak wskazał sam Zamawiający, podczas dialogu technicznego wykonawcy zrzeszeni w OSPG nie przedstawili argumentów na wykazanie równorzędności technologii OSPG. W konsekwencji, w ocenie Izby należało przyjąć, iż opis wymagań Zamawiającego zawarty w SIWZ znajdował uzasadnienie również w rekomendacjach do przeprowadzeniu dialogu technicznego.

Zamawiający wskazał również w treści odpowiedzi na odwołanie, iż standardy PLC oparte o modulację OFDM są bardziej zaawansowane matematycznie i posiadają bardziej rozbudowane mechanizmy naprawy błędnie przesyłanych bitów. Wskazał również, że są one odporne na zakłócenia, gdyż efektywniej wykorzystują pasmo i skutecznie radzą sobie z efektem wielodrogowości i wąskopasmowych zakłóceń sygnału. Podkreślił również, że w standardach PRIME oraz G3-PLC zostały zdefiniowane bezpieczne mechanizmy szyfrujące dane (AES-128) oraz zagwarantowano możliwość wymiany sygnału między sieciami średniego i niskiego napięcia. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji na wykazanie niezasadności twierdzeń Zamawiającego. Nie wykazał w żaden sposób, że powyższe parametry są spełniane przez specyfikację OSPG lub, że nie wynikają one z obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Ponadto, Izba dokonała analizy opracowania przedłożonego przez Zamawiającego przygotowanego przez firmę KPMG Advisory Sp. z o.o. pn. „Analiza standardów/specyfikacji komunikacji PLC oraz technologii stosowanych w interfejsach do sieci HAN z dnia 26 marca 2013 r. (dalej „**Analiza**”). Ja wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, przed wszczęciem postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zwrócił się on do KPMG Advisory o przygotowanie niezależnej analizy ze wskazaniem optymalnych dla Zamawiającego technologii komunikacyjnych dla systemu AMI, którego wdrożenie jest planowane przez Zamawiającego. Dokument został zastrzeżony przez Zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa, z wyłączeniem informacji o wnioskach końcowych wynikających z Analizy zawartych na stronie nr 61 Analizy.

Przedłożoną przez Zamawiającego Analizę Izba uznała za dokument prywatny. Zgodnie z kodeksem postępowania cywilnego (art. 245 kpc), którego wprowadzie przepisy nie mają wprost zastosowania w postępowaniu przez Izbą, ale które w ocenie Izby mogą być stosowane posiłkowo w celu wyjaśnienia proceduralnych aspektów postępowania dowodowego nieuregulowanych przepisami ustawy Pzp oraz aktami wykonawczymi do ustawy Pzp, dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, które go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w treści dokumentu. Ocena dokumentu prywatnego jako dowodu w sprawie przebiega na zasadach określonych w art. 233 kpc. Izba zatem ocenia wiarygodność i moc dowodu według własnego uznania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Pozostaje to w zgodności z art. 190 ust. 7 Pzp. Izba uznała przedstawione opracowanie za wiarygodne, które w sposób dogłębny i rzetelny analizuje parametry poszczególnych modulacji, z powołaniem się na wiarygodne dane źródłowe. Choć zostało ono przygotowane na zlecenie Zamawiającego, to jednak Izba nie znalazła podstaw do odmówienia mocy dowodowej przedstawionemu opracowaniu.

W ocenie Izby, treści analizy w pełni potwierdza argumenty Zamawiającego zawarte w treści odpowiedzi na odwołanie oraz przedstawione podczas rozprawy i stanowi w ocenie Izby wiarygodny dowód na potwierdzenie zasadności wyboru modulacji OFDM.

Co do argumentu Odwołującego, iż Zamawiający winien był wskazać w treści SIWZ oczekiwane parametry dotyczące przepustowości. W ocenie Izby na obecnym etapie postępowanie zadaniem Izby było rozstrzygnięcie czy wybór technologii modulacji sygnał w systemie OFDM i wykluczenie możliwości zaoferowania systemu OSPG z użyciem modulacji BSFK miało uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Zmiana treści SIWZ poprzez wpisanie wymaganej przepustowości, którą, jak wynika z postępowania odwoławczego, spełnia tylko system OFDM nie rozwiązałyby w żaden sposób sporu pomiędzy Odwołującymi a Zamawiającym. Wyrok taki sprowadzałby się jedynie do zastąpienia nazwy specyfikacji PRIME oraz G3-PLC z modulacją OFDM i wskazanie parametru technicznego, który spełnia wyłącznie system OFDM. Nie stanowiłoby to w żaden sposób rozstrzygnięcia istoty sporu pomiędzy stronami tj. czy wykluczając specyfikację OSPG Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Dlatego też, Izba stanęła na stanowisku, że powyższy argument Odwołujących nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia istoty sporu pomiędzy stronami.

Co do dowodu złożonego przez Odwołującego w postaci Opinii z dnia 10 lipca 2014 r. dotyczącej postępowania prowadzonego przez PGE Dystrybucja S.A. złożonego na okoliczność wykazania, że system OSPG spełnia wszystkie wymagania określone w SIWZ. Opinia ta stanowi dokument prywatny przygotowany na potrzeby postępowania odwoławczego. Izba po dokonaniu analizy przedłożonej opinii zauważa co następuję. Opinia zawiera odpowiedzi na dwa pytania zadane przez Odwołującego. Co do pierwszego z pytań, nie był sporny pomiędzy stronami fakt, że Zamawiający dopuścił jedynie w warstwie fizycznej komunikacji PLC specyfikację PRIME lub G3. Z tego też powodu złożone zostały odwołania. Wydanie opinii przez Instytut Łączności co do faktu, który nie jest sporny pozostaje więc bez znaczenia. Dalsze informacje zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 1 dotyczącą opisu systemu OSPG, ale nie zawierają żadnych konkretnych porównań parametrów technicznych obu rozwiązań. Autor opinii posługuje się daleko niedookreślonymi stwierdzeniami (tj. każda z modulacji OFDM oraz BPSK ma swoje wady i zalety – brak wskazania na konkretne parametry techniczne, system OSPG jest w znacznym stopniu systemem otwartym – brak informacji o możliwości rozwijania systemu czy też konieczności uzyskania licencji). Choć opinia zawiera stwierdzenie, iż specyfikacja OSPG pozwala na osiągnięcie analogicznych parametrów do specyfikacji PRIME, to jednak wobec braku wskazania jakie parametry były przedmiotem analizy i porównania, jak i w świetle pozostałych dowodów przedłożonych podczas

postępowania odwoławczego, w ocenie Izby opinia ta nie może stanowić samodzielnego dowodu na wykazania, że Zamawiający niezasadnie wykluczył modulację BPSK. W ocenie Izby szczegóły dotyczące poszczególnych modulacji mają istotne znaczenie dla oceny zasadności wyboru, jaki dokonał Zamawiający. Chodzi bowiem o analizę konkretnych parametrów osiągniętych przez poszczególne modulacje. Zamawiający podczas rozprawy uzasadnił swoje stanowisko, wskazując na określone parametry osiągnięte przez modulacje OFDM, wskazał na możliwość swobodnego rozwoju systemu. Przedłożona zaś opinia nie zawiera żadnego porównania parametrów obu modulacji, ograniczając się do ogólnych stwierdzeń, co w ocenie Izby powoduje, iż jej wartość dowodowa jest ograniczona.

Co do dowodu przedłożonego przez Przystępującego Eltel Networks w postaci referencji wystawionych na rzecz spółki Eltel Networks na okoliczność wykazania nieprawdziwości twierdzenia Zamawiającego jakoby technologia OSPG była technologią będącą w stagnacji i która się nie rozwija. W ocenie Izby, referencje wystawione na rzecz spółki z grupy kapitałowej Przystępującego nie mogą stanowić adekwatnego środka dowodowego do wykazania czy technologia OSPG jest technologią rozwijającą się czy nie. Ocena rozwoju danej technologii powinna być ocenienia przez pryzmat stopnia jej zaawansowania i jej planów rozwojowych takich, jak wprowadzenie nowej wersji technologicznej, inwestycje w obszar prac badawczo - rozwojowych, rozbudowa funkcjonalności. Przedłożone zaś referencje zostały wystawione w celu potwierdzenia należytego wykonania danego zamówienia, nie zaś w celu wykazania czy technologia OSPG jest technologią rozwijającą się czy nie. Przedłożone dokumenty potwierdzają jedynie fakt należytego wykonania określonych usług przez spółkę Eltel Networks, a informację o użytej w trakcie realizacji technologii nie stanowią dowodu na wykazanie nieprawdziwości twierdzeń Zamawiającego.

Podobnie referencja z dnia 5 kwietnia 2011 r. wystawione przez PGE Dystrybucja S.A. na rzecz Lackmann Metering Sp. z o.o. na okoliczność wykazania, że Zamawiający posiada u siebie system OSPG i jest zadowolony z jego funkcjonowania nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Potwierdza ona jedynie należyty wykonania zamówienia. Fakt, że w 2011 r. Zamawiający zamówił liczniki oparte na specyfikacji OPSG nie ma również w ocenie Izby znacznie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Biorąc pod uwagę szybkość rozwoju technologicznego w obecnych czasach bezpodstawnym byłoby zakładać, że potrzeby i wymagania Zamawiającego nie uległy zmianie w ciągu ponad 3-letniego okresu.

Co do dowodu przedłożonego przez Odwołującego w postaci stanowisku Prezesa URE z dnia 10 lipca 2013 r. na okoliczność wykazania spełniania przez system OSGP wymogów

określonych w postępowaniu przetargowym. Izba uznała, że przedłożony dowód w żaden sposób nie potwierdza, że system OSPG spełnia wymagania Prezesa URE. W przedłożonym dokumencie brak jest jakiegokolwiek wzmianki o systemie OSPG. Stanowisko zawiera opis niezbędnych wymagań dotyczących jakości usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury AIM, bez wskazania na jakiegokolwiek rozwiązanie. Dlatego też Izba uznała, że powyższy dowód nie stanowi potwierdzenia stanowiska Odwołującego jakoby system OSPG spełniał wszystkie wymagania wskazane w stanowisku Prezesa URE z dnia 10 lipca 2013 r.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o zaliczenie w poczet materiału dowodowego wyciągu ze SIWZ dotyczącej wdrożenia inteligentnego systemu opomiarowania AMI przez Tauron Dystrybucja S.A. na okoliczność spełniania przez OSGP wymagań przedmiotowego postępowania i wykazania, iż przedmiot obu postępowań jest identyczny. W ocenie Izby, powyższy dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania i został zgłoszony jedynie dla zwłoki i stanowi nieadekwatny środek dowodowy na wykazanie zasadności stawianych zarzutów. Nawet przy założeniu, że przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. jest tożsamy, to pozostaje to bez jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Izba ma bowiem rozstrzygnąć czy Zamawiający miał obiektywne i uzasadnione potrzeby decydując się na wybór modulacji OFDM i wykluczając modulacje BPSK. Ocena taka może być dokonana wyłącznie poprzez analizę potrzeb konkretnego zamawiającego, w konkretnym stanie faktycznym, zaś stosowanie jakiegokolwiek analogii jest, w ocenie Izby, żądaniem zbyt daleko idącym. Obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie w ramach niniejszego postępowania odwoławczego wiarygodnych dowodów na wykazanie braku zasadności potrzeb Zamawiającego. Dowód w postaci dokumentacji innego postępowania oraz wyroku Izby w innym postępowaniu należy uznać jako zmierzający jedynie do przewlekłości postępowania.

Co do wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji sprawy KIO 2455/13 i 2460/13 na okoliczność nieuzasadnionego wykluczenia wykonawców mogących zapewnić należyte wykonanie zamówienia skupionych w organizacjach OSGP i IBIS. Izba oddaliła wniosek uznając, że został on zgłoszony jedynie dla zwłoki i stanowi on nieadekwatny środek dowodowy na potwierdzenie wskazanych przez Odwołującego faktów. Odwołujący argumentował, że w sprawach KIO 2455/13 oraz KIO 2460/13, które miały analogiczny stan faktyczny do przedmiotowego odwołania, Izba uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu zmianę treści SIWZ i dopuszczenie systemu OSPG. Po pierwsze, Izba zauważa, że przedmiotem dowodu może być określony dokument znajdujący się w aktach postępowania na konkretną okoliczność wskazaną przez stronę postępowania. Izba nie przeprowadza dowodu z bliżej nieokreślonej dokumentacji innego postępowania. Po drugie,

Izba nie jest w żaden sposób związana orzeczeniem wydanym przez inny skład orzekający Izby. Po trzecie, wniosek o dopuszczenie akt postępowania innego postępowania nie stanowi adekwatnego środka dowodowego na wykazanie niezasadnego wykluczenia systemu OSPG w niniejszym postępowaniu. To, że w innym postępowaniu Izba orzekła, że zamawiający był zobowiązany dopuścić system OPSG jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Izba bada bowiem okoliczności faktyczne konkretnej sprawy, w tym uzasadnione potrzeby konkretnego zamawiającego. Fakt, iż dwaj zamawiający prowadzą ten sam rodzaj działalności w żaden sposób nie uzasadnia, że mają te analogiczne potrzeby. Uzasadnione potrzeby zamawiającego należy badać i oceniać w konkretnym stanie faktycznym związanym z działalnością danego zamawiającego. Bezpodstawne i niezasadne jest zatem w ocenie Izby wywodzenie, że skoro w innej sprawie Izba nakazała umożliwienie zastosowania systemu OSPG, to winna również w niniejszym postępowaniu.

Możliwość naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp mogłaby zaistnieć w sytuacji w której Zamawiający dopuściłby wyłącznie specyfikację PRIME wykorzystującą modulację OFDM, wykluczając specyfikację G3-PLC, która również korzysta w powyższej techniki modulacji. Jednakże, nie ma to miejsca w niniejszym postępowaniu, gdyż Zamawiający umożliwił wszystkim wykonawcom oferującym urządzenia pomiarowe wykorzystujące w warstwie fizycznej modulację sygnału OFDM udział w postępowaniu przetargowym. Twierdzenia Odwołującego, że dotychczas zostało zamontowanych jedynie około 2000 liczników ze specyfikacją G3-PLC nie został w żaden sposób udowodniony.

Pozostałe dowody przedłożone przez strony w trakcie postępowania Izba uznała za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy stronami.

W świetle powyższego, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że użycie nazwy specyfikacji PRIME oraz G3- PLC stanowi użycie znaku towarowego i w związku z tym Zamawiający winien był dopuścić rozwiązania równoważne.

Istotą jest więc rozstrzygnięcie czy użycie nazwy specyfikacji technicznej może być uznane za znak towarowy. W ocenie Izby nie ma takich podstaw. Izba zauważa, że zgodnie z ustawą Prawo własności przemysłowej znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które

można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa.

Należy zauważyć w pierwszej kolejności, że Odwołujący w żadne sposób nie wskazał w treści odwołania ani podczas rozprawy komu przysługuje prawo do rzekomych znaków towarowych. Po drugie, w ocenie Izby technika czy technologia przesyłu sygnału nie jest ani towarem ani usługą. Technologia to wiedza. Aby można byłoby ją uznać za znak towarowy owa wiedza winna być implementowana w konkretne urządzenie pomiarowe, które mogłoby być oznaczone znakiem towarowym. Ponieważ Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ żadnych konkretnych urządzeń posługujących się specyfikacją PRIME oraz G3-PLC, a ograniczył się wyłącznie do wskazania określonej techniki przesyłu, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, iż w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający użył znaków towarowych.

Co do argumentu Odwołującego dotyczący opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie pochodzenia w ocenie Izby słuszne jest w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że standardy PRIME oraz G3-PLC zostały oznaczone w SIWZ również za pomocą numerów standaryzacyjnych jako odpowiednio ITU-T G.9904 oraz ITU-T G.9903, zaś podanie nazw komercyjnych miało charakter jedynie pomocniczy i służyło lepszej orientacji wykonawców w wymaganiach Zamawiającego. Jednakże, w ocenie Izby podanie nazw komercyjnych standardów jest opisem przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie pochodzenia. Niezasadne byłby jednak nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Naruszenie takie nie miałoby bowiem wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust.2 ustawy Pzp. Izba bowiem uznała, że opisując przedmiot zamówienia Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ewentualne zmiany treści SIWZ w powyższym zakresie nie doprowadzałyby bowiem do modyfikacji kręgu wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp

Ponieważ w trakcie posiedzenia z udziałem stron Odwołujący Worldit Systems Sp. z o.o. wycofał zarzut naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp składając odpowiednie oświadczenie do protokołu podczas posiedzenia.

Wobec powyższej czynności Odwołującego, rozpatrzenie przez Izbę zarzutu naruszenia art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp stało się bezprzedmiotowe.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: