

WYROK
z dnia 6 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2012 r. przez wykonawcę: **ABB Sp. z o.o. ul. Żegańska 1 04-713 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. ul. Topiel 12 00-342 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **WASKO S.A., CERBEX Sp. z o.o. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2327/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **ABB Sp. z o.o. ul. Żegańska 1 04-713 Warszawa, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ABB Sp. z o.o. ul. Żegańska 1 04-713 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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 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

Zamawiający: System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem w przedmiocie „Wymiana zintegrowanych systemów wykrywania gazu (metanu) i pożaru na toczeniach gazu Ciechanów, Zambrów i Szamotuły”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 103-173007 w dniu 1 czerwca 2012 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została przekazana wykonawcom w dniu 26 września 2012 r. (pismo z dnia 25 września 2012 r.)

Wykonawca ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: WASKO S.A. oraz CERBEX Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum WASKO”) dokonanej przez zamawiającego w dniu 17 października 2012 r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” w zakresie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WASKO pomimo, że oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „siwz”).

Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Konsorcjum WASKO jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania, której treść nie odpowiada treści siwz oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej. Wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu zgodną z wymaganiami siwz, która jest druga w kolejności. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp to oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, co pozwoliłoby odwołującemu na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Treść siwz została ustalona przez zamawiającego po przeprowadzeniu negocjacji z Konsorcjum WASKO i z odwołującym jako wykonawcami, którzy w ocenie zamawiającego wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem negocjacji były postanowienia specyfikacji, które określają część handlową (Część I Umowy) oraz Część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług.

Zgodnie z postanowieniami pkt 4.2 ppkt. 4.2.3 siwz, zakres przedmiotu zamówienia obejmuje m. in. integrację z systemami sterowania i zabezpieczeń technologicznych tłoczni

oraz systemami gaszenia i powiadamiania. Szczegółowy zakres wymogów i specyfikacji technicznych dla przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt 4.3 siwz określa Wzorzec Umowy stanowiący załącznik nr 2 do siwz. Sposób i zakres dokonania takiej integracji został opisany w części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług.

Odwołujący podniósł, iż treść siwz definiuje obszary naruszenia istniejącej struktury technicznej systemów automatyki tłoczni w następstwie wymiany systemu wykrywania gazu i pożaru na tłoczniach Ciechanów, Zambrów i Szamotuły. Wynika to z postanowień zawartych w Części I (pkt 2.3.1 Zadanie I lit. a, c, k oraz analogicznie w pkt 2.3.2 Zadanie II dla Tłoczni Gazu Zambrów i pkt. 2.3.3 w Zadaniu III dla Tłoczni Gazu Ciechanów) i Części II Umowy- Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług (pkt 3.4, 7.11., 8.15, 8.21, 8.21.6, 8.21.8, 8.21.9, rozdz. 9 „Współpraca z systemami zewnętrznymi” pkt 9.1.3., 9.2.1, 9.2.2., 9.2.5., 9.3., 9.3.1., 9.3.3., 9.4.,9.4.2., rozdział 10 – „Zakres dostaw” pkt 10.1.14., 10.1.17., rozdział 15. pkt. 15.1.2., 15.1.3. Skutkiem zdefiniowanych w siwz obszarów, w których dochodzi do naruszenia istniejącej struktury technicznej systemów automatyki tłoczni w następstwie wymiany systemu wykrywania gazu i pożaru na tłoczniach Ciechanów, Zambrów i Szamotuły, jest konieczność udziału odwołującego w wykonaniu prac i dostaw opisanych w Rozdz. 8 pkt. 8.15, Rozdz. 9 pkt. 9.1 ppkt. 9.1.3 i 9.2.1, pkt. 9.3 ppkt. 9.3.2, pkt. 9.4, w Rozdz. 10 pkt. 10.1 ppkt. 10.15, 10.16 oraz 10.1.17, w Rozdz. 15 pkt. 15.1 ppkt. 15.1.2 i 15.1.3 Części II Umowy.

Wg pkt. 8.15 siwz -Część II Umowy sygnalizacja działania systemu awaryjnego zasilania lub obniżenia bezpiecznego poziomu napięcia zasilania systemu detekcji gazu i pożaru jest nowym zestawem sygnałów wobec istniejącej struktury technicznej systemów je przyjmujących (SCS lub ESD). Ich przyjęcie dla spełnienia wymaganego skutku informacyjnego dla obsługi tłoczni i/lub zadziałania automatycznego w/wym. istniejących systemów wymaga zmian sprzętowych i programowych w istniejących strukturach tych systemów. Zmiany te wymagają sporządzenia nowej dokumentacji technicznej systemu SCS i systemu ESD.

Wg pkt. 9.1.3 oraz 9.2.1 siwz - Część II Umowy zamawiający nakłada obowiązek wykonania zmiany wobec dotychczasowej struktury systemu SCS w obszarze sterowania urządzeniami odpowiedzialnymi za prawidłową wentylację obszarów dozorowanych w ten sposób, aby w nowym wykonaniu system detekcji gazu i pożaru w wykrytych przez ten system sytuacjach awaryjnych wykonywał bezpośrednio sterowanie tymi urządzeniami z pominięciem systemu SCS. W tym celu zamawiający wymaga od wykonawcy wprowadzenia zmian w szafach systemu SCS. Ujęcie funkcji sterowania z systemu SCS w sytuacjach detekcji przekroczeń dozorowanego bezpieczeństwa przez nowy system wymaga zmian nie tylko w części wykonawczej sterowania w/w urządzeniami, ale również aktualizacji informacji przekazywanej obsłudze operatorskiej tłoczni poprzez system SCS

o wykonywanym sterowaniu awaryjnym urządzeniami wentylacyjnymi, której to funkcji w obecnej strukturze system SCS nie wykonuje. Ponadto w stanach normalnych (nieawaryjnych) eksploatacji tłoczni sterowanie urządzeniami wentylacyjnymi ma pozostać zgodnie z wymaganiem zamawiającego w obszarze funkcjonalności systemu SCS.

Powyższe wymogi implikują przeprowadzenie prac inżynierskich w oprogramowaniu systemu SCS oraz w części wykonawczej systemu. Zmiany te wymagają sporządzenia nowej dokumentacji technicznej systemu SCS.

Wg pkt. 9.3 i 9.4. siwz -Część II Umowy zamawiający ponad listę wymienionych explicite istniejących sygnałów jakie powinny być przesłane do systemu SCS - żąda co najmniej 10% rezerwy tj. dodatkowej liczby sygnałów ponad liczbę sygnałów określonych tą listą. W ten sposób wymaga rozbudowy istniejących połączeń komunikacyjnych w systemie SCS, skutkujących koniecznością dokonywania w tym systemie zmian sprzętowych (większa niż obecnie użytkowana liczba modułów obsługujących sygnały przychodzące do systemu SCS) oraz niezbędnych zmian oprogramowania funkcjonującego w systemie SCS tłoczni. Zmiany te wymagają sporządzenia nowej dokumentacji technicznej systemu SCS.

Wg pkt. 9.3.2 siwz - Część II Umowy zamawiający wymaga połączenia systemu detekcji gazu i pożaru z systemem SCS za pomocą nieistniejącego obecnie łącza cyfrowego. Taki wymóg skutkuje po stronie systemu SCS niezbędnością doposażenia systemu w jego istniejącej strukturze technicznej dodatkowym sprzętem, dokonania prac inżynierskich, dostarczenie oprogramowania wraz z niezbędnymi licencjami oraz prac montażowych i uruchomieniowych nowej funkcjonalności. Osobnym skutkiem jest rodzaj i liczba nowych informacji, jakie zostaną przesłane do systemu SCS tym nowym kanałem komunikacji oraz ich zagospodarowanie użytkowe w obszarze obsługi dyspozytorskiej korzystającej z tego systemu dla prowadzenia procesów technologicznych tłoczni i/lub wymaganej projektem automatycznej reakcji systemu SCS. Każde z tych działań wymaga sporządzenia projektu, dostawy sprzętu i oprogramowania, wykonania uruchomienia i sporządzenia dokumentacji technicznej obejmującej nową funkcję systemu SCS.

Wg pkt 9.4. siwz - Część II Umowy zamawiający zmienia wobec stanu istniejącego poziom sygnalizacji zawartości gazu w atmosferze w niektórych obszarach działania systemu wykrywania gazu obniżając ten poziom z 20 DGW do 10 DGW. W obecnej strukturze technicznej systemu SCS i ESD przyjmowane informacje o przekroczeniu progu zagazowania odpowiadają dotychczasowemu poziomowi 20 DGW, co w przypadku pozostawienia stanu istniejącego prowadzi do istotnej rozbieżności wobec wymagania prawidłowego monitoringu i odwzorowania działania zintegrowanego systemu detekcji gazu w systemie SCS opisanego poniżej w pkt 2.1.6. Spełnienie obu wymogów jest możliwe tylko poprzez wykonanie prac inżynierskich w oprogramowaniu sterowników systemu SCS i wydania nowej dokumentacji technicznej tego systemu.

Wg pkt. 10.1.15, 10.1.16 oraz 10.1.17 siwz - Część II Umowy wymaganie zamawiającego dokonania przez wykonawcę uruchomienia działania systemu SCS w obszarze prawidłowego monitoringu i odwzorowania działania zintegrowanego systemu detekcji gazu i pożaru oraz systemu zabezpieczeń tłoczni (systemu ESD) dowodzi konieczność zapewnienia autoryzowanego działania inżynierskiego dostawcy systemu SCS oraz systemu ESD w całym procesie wprowadzania niezbędnych zmian struktury technicznej tych systemów. Przez „odwzorowanie działania zintegrowanego systemu detekcji” należy rozumieć udostępnienie obsłudze operatorskiej tłoczni podglądu (informacji wizualnej) zasygnalizowanych przez ten system zdarzeń, wygenerowanych przez ten system alarmów, informacji o naruszeniach funkcji dozоровych systemu detekcji, oraz wielkości pomiarowych stężeń gazu w obserwowanych przez system detekcji obszarach tłoczni. Powyższe informacje udostępnione w ten sposób obsłudze operatorskiej tłoczni podlegają rutynowo historyzowaniu poprzez środki archiwizacji danych systemu SCS. Realizacja tej funkcjonalności systemu SCS wywołuje konieczność wprowadzenia zmian w działaniu oprogramowania tego systemu oraz sporządzenia nowej dokumentacji technicznej obejmującej te zmiany.

Wg dokumentu wymienionego w Rozdziale 15 siwz ppkt 15.1.2 pt. „Analiza c-HAZOP, SIL, LOPA dla TG Szamotuły, TG Zambrów, TG Ciechanów (UDT-CERT)” i zapisu o konieczności wprowadzenia do systemu SCS i ESD nieistniejących w obecnej strukturze tych systemów nowych sygnałów analogowych pomiaru stężeń zawartości gazu w atmosferze wskazanych co najmniej 6-ciu węzłów technologicznych tłoczni, wymóg ten narzuca konieczność rozbudowy systemu SCS i ESD o nieistniejącą obecnie funkcję obsługi tych sygnałów, zarówno w części sprzętowej jak i oprogramowaniu. Odwołujący podkreślił, że w dotychczasowej strukturze technicznej istniejących systemów nie ma przekazywania z istniejącego systemu detekcji gazu i pożaru żadnych informacji o charakterze pomiarów analogowych, tj. przenoszących ciągłą wielkość pomiarową. Dotychczas wymiana informacji z systemu detekcji do systemów SCS i ESD obejmuje tylko sygnały binarne (dwustanowe). Jest to istotna zmiana w zakresie obsługi innego rodzaju sygnałów przez system SCS i ESD wymagająca doposażenia sprzętowego, oprogramowania, licencji i autoryzowanego uruchomienia nowej funkcji w tych systemach, jak również sporządzenia nowej dokumentacji technicznej tych systemów obejmującej wprowadzone zmiany.

Wg dokumentu wymienionego w Rozdziale 15 siwz ppkt 15.1.3. pt. „Ocena rozwiązań w zakresie projektu i eksploatacji systemu sygnalizacji pożaru w tłoczniach Szamotuły, Zambrów, Ciechanów” i zapisu o konieczności wprowadzenia nowych sygnałów skutkujących awaryjnym odstawieniem tłoczni poprzez zadziałanie systemu ESD wymóg ten narzuca konieczność rozbudowy systemu ESD o nieistniejącą obecnie funkcję realizacji takiego działania, zarówno w części sprzętowej jak i oprogramowaniu oraz niezbędnych

próbach sprawdzenia bezpiecznego wykonania tych niezbędnych zmian w systemie ESD tłoczni, jak również sporządzenia nowej dokumentacji technicznej systemu ESD, obejmującej wprowadzone zmiany.

Zdaniem odwołującego, niemożliwe technicznie jest zastępstwo powyższej konieczności przez stronę trzecią, w tym Konsorcjum WASKO, bez wykorzystania wiedzy odwołującego w obszarze systemów Nadrzędnego Systemu Automatyki Tłoczni (SCS) i Systemu Zabezpieczeń Tłoczni (ESD). Odwołujący oświadczył, że jako dostawca istniejących systemów SCS i ESD w tłoczniach Zambrów, Ciechanów i Szamotuły jest jedynym wykonawcą posiadającym wyłączną wiedzę, autoryzację i licencje na wykonywanie prac inżynierskich niezbędnych dla wprowadzenia powyżej wykazanych zmian oraz doposażenia sprzętowego i softwerowego tych istniejących systemów. Konieczność wykonania zmian (pkt 2.1. ppkt 2.1.1. - 2.1.8) w istniejących i działających Nadrzędnych Systemach Automatyki Tłoczni (SCS) i Systemach Zabezpieczeń Tłoczni (ESD) na tłoczniach TG Ciechanów, TG Zambrów i TG Szamotuły na skutek wymiany w tych tłoczniach zintegrowanych systemów wykrywania gazu (metanu) i pożaru potwierdził jednoznacznie główny konstruktor Nadrzędnych Systemów Automatyki Tłoczni (SCS) oraz Systemów Zabezpieczeń (ESD) p. Waldemar Pakos w opinii z dnia 24 października 2012 r. Wykonanie opisanych wyżej zmian w istniejących i działających Nadrzędnych Systemach Automatyki Tłoczni (SCS) i Systemach Zabezpieczeń Tłoczni (ESD) na tłoczniach TG Ciechanów, TG Zambrów i TG Szamotuły na skutek wymiany w tych tłoczniach zintegrowanych systemów wykrywania gazu (metanu) i pożaru nie jest możliwe bez naruszenia wyłącznych praw autorskich odwołującego, jakie posiada on w odniesieniu do systemów SCS i ESD. Prawa autorskie, o których mowa odwołujący zatrzymał na mocy wcześniej zawartych umów z zamawiającym i nie zostały one przeniesione na zamawiającego. Potwierdza to pismo zamawiającego z dnia 2 października 2012, w którym zamawiający w nawiązaniu do oświadczenia odwołującego z dnia 15 lutego 2010 r., dotyczącego praw wyłącznych odwołującego w zakresie Nadrzędnych Systemów Sterowania Tłoczną, zainstalowanych na tłoczniach gazu Kondratki, Zambrów, Ciechanów, Włocławek i Szamotuły, zwrócił się do odwołującego z prośbą o przekazanie praw autorskich (udzielenie licencji) do dokumentacji technicznej Nadrzędnych Systemów Sterowania Tłoczną oraz kodów dostępu do programów aplikacyjnych Nadrzędnych Systemów Sterowania Tłoczną, jak i odpowiedź odwołującego z dnia 15 października 2012 r., w której odwołujący potwierdził posiadanie wyżej wymienionych praw, jak również nadmienił posiadanie analogicznych praw do systemów ESD zainstalowanych na ww. tłoczniach.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum WASKO znało wymagania zamawiającego, w tym wymóg integracji systemu wykrywania gazu i pożaru z istniejącymi systemami automatyki tłoczni (Nadrzędnym Systemem Automatyki Tłoczni (SCS) oraz Systemem

Zabezpieczeń Tłoczni (ESD)). W piśmie z dn. 5 października 2012 r. w odpowiedzi na pytanie 2 zamawiający stwierdził, że uruchomienie komunikacji z systemami SCS, ESD wchodzi w zakres prac wykonywanych przez wykonawcę systemu wykrywania pożaru i gazu, a w odpowiedzi na pytanie 3 zamawiający powtórzył, że uruchomienie komunikacji nowego systemu z istniejącymi systemami leży po stronie wykonawcy.

Zadając pytania zamawiającemu Konsorcjum WASKO miało świadomość konieczności wykonania, modyfikacji istniejących systemów SCS oraz ESD i konieczność pozyskania udziału odwołującego w celu wykonania takich prac dla zachowania wymogów technicznych siwz. Miało też świadomość, że samodzielne wykonanie prac w obszarze integracji z istniejącymi systemami SCS i ESD dostarczonymi przez odwołującego będzie prowadziło do naruszenia praw odwołującego. W Rozdz. 10 Część I Wzorca Umowy w pkt 10.7 znajduje się stwierdzenie, że dostarczany przez wykonawcę przedmiot umowy, według jego najlepszej wiedzy nie narusza patentów i innych praw własności przemysłowej oraz praw autorskich i praw pokrewnych należących do osób trzecich. (pismo zamawiającego z dnia 5 października 2012 r.).

Pomimo wiedzy o wymaganiach zamawiającego stawianych w siwz, implikujących udział odwołującego w wykonaniu przedmiotu zamówienia, Konsorcjum WASKO nie zasięgnęło informacji u odwołującego ani co do szczegółowego zakresu usług i dostaw niezbędnych dla wypełnienia wymogów technicznych siwz, ani co do kosztów takich świadczeń niezbędnych dla wypracowania łącznej ceny oferty, ani też co do wykorzystania praw autorskich jakie przysługują odwołującemu. Konsorcjum WASKO, nie mając żadnych koniecznych informacji od odwołującego ani zapewnionego koniecznego udziału odwołującego w celu wykonania niezbędnych prac w obszarze istniejących systemów SCS i ESD, ani też przyzwolenia na wykorzystanie praw autorskich jakie przysługują odwołującemu, składając ofertę oświadczyło, że gwarantuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią siwz oraz wzorem umowy. Oświadczenie to jest w świetle opisanych okoliczności nieprawdziwe i ma istotny wpływ na wynik postępowania. Niezłożenie tego oświadczenia skutkowałoby odrzuceniem oferty. Z kolei złożenie nieprawdziwego oświadczenia wprowadza w błąd zamawiającego i ma na celu wywołanie po stronie zamawiającego przekonania, że Konsorcjum WASKO jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez naruszenia praw osób trzecich, w szczególności bez naruszenia praw autorskich odwołującego. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający jest w takich okolicznościach zobligowany do wykluczenia wykonawcy zaś oferta podlega odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Brak po stronie Konsorcjum WASKO informacji i zapewnienia udziału odwołującego w wykonaniu prac, które nie mogą zostać wykonane samodzielnie przez Konsorcjum WASKO, skutkuje tym, że oferta nie odpowiada treści siwz w zakresie przedmiotu

zamówienia, a cena zaoferowana przez Konsorcjum WASKO nie odzwierciedla wszystkich niezbędnych składowych przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz, zamawiający zobowiązany jest odrzucić.

Konsorcjum WASKO w dniu 30 października 2012 r. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie ustawowego terminu ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyraził stanowisko, iż wykonanie przedmiotu zamówienia nie naruszy praw osób trzecich, w szczególności praw należących do odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest wymiana (zaprojektowanie i wykonanie) zintegrowanych systemów p-poż. i detekcji gazu (metanu) na tłoczniach gazu Ciechanów, Zambrów i Szamotuły, a wszelkie warunki dotyczące przedmiotu zamówienia zostały określone w sposób szczegółowy w siwz. Oferta Konsorcjum WASKO w pełni odpowiada tym wymaganiom. Zamawiający podkreślił, że sposób wykonania przedmiotu zamówienia był szczegółowo omawiany w trakcie negocjacji z wykonawcami. Treść specyfikacji została tak doprecyzowana, aby umożliwić innym podmiotom wykonanie przedmiotu zamówienia bez naruszenia praw autorskich i know how autora systemu SCS i ESD, który aktualnie pracuje na tłoczniach. Zamawiający nie wymagał obligatoryjnego udziału wykonawcy ABB Sp. z o.o. przy realizacji niniejszego zamówienia, więc nie mógł tego wymagać w treści oferty i nie stanowiło to treści siwz. W ocenie zamawiającego nowy system sterowania może być wykonany bez ingerencji w kody źródłowe czy dokumentację techniczną stanowiącą własność odwołującego. Zamawiający stwierdził, że nie ma konieczności ingerencji w Nadrzędny System Sterowania Tłocznia jak również w System Zabezpieczeń Tłoczni, a podłączenie do tych systemów nie naruszy praw wyłącznych odwołującego. Odwołujący nie sprecyzował jakie konkretne prawa autorskie odwołującego zostaną naruszone na skutek wykonania przedmiotu zamówienia przez Konsorcjum WASKO. Ponadto, odwołującemu przysługują instrumenty prawne pozwalające mu na ochronę przysługujących mu praw wyłącznych na drodze postępowania cywilnego związanego z realizacją umowy. Ta sfera zaś nie stanowi domeny prawa zamówień publicznych, które co do zasady broni zasady konkurencyjności.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że Konsorcjum WASKO skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie, określonym w art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący wykazał też interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta w przedmiotowym postępowaniu została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego z uchybieniem ustawowego terminu. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom zamawiającego, zarzuty odwołania nie dotyczą treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarówno zarzuty jak i wnioski zawarte w odwołaniu dotyczą czynności oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił obszerny wywód dotyczący interpretacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zostały jednak przytoczone przez odwołującego jako uzasadnienie podniesionych zarzutów w zakresie niezgodności treści oferty Konsorcjum WASKO z treścią siwz oraz w zakresie złożenia przez Konsorcjum WASKO w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów, które zostały zawarte w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. Stosownie do oświadczenia złożonego przez odwołującego na rozprawie, iż zawarte w odwołaniu twierdzenie, że cena oferty Konsorcjum WASKO nie odzwierciedla wszystkich niezbędnych składowych przedmiotu zamówienia, nie stanowi zarzutu odwołania, a jedynie argumentację, Izba nie rozpoznawała powyższych okoliczności jako zarzutu.

W rozdziale 4 siwz zamawiający opisał przedmiot zamówienia, którego zakres obejmuje: wykonanie projektu na podstawie dostarczonej specyfikacji technicznej oraz rozpoznania w miejscu instalacji, dostawę niezbędnych elementów systemu z wymaganym poziomem nienaruszalności bezpieczeństwa SIL2, instalację na obiektach, uruchomienie, integrację z systemami sterowania i zabezpieczeń technologicznych tłoczni oraz systemami gaszenia i powiadamiania, wizualizację, przeprowadzenie szkoleń obsługi i administratorów systemu. Szczegółowy zakres wymogów i specyfikacji technicznych dla przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt 4.3 siwz określa Wzorzec Umowy stanowiący załącznik nr 2 do

siwz. Sposób i zakres dostaw i usług, w tym integracji, został opisany w części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług. W pkt 2.1 zamawiający wskazał, że „Modernizacja polegać ma na wymianie i uruchomieniu nowego systemu wykrywania gazów wybuchowych i pożaru.”

W rozdziale 9 siwz zamawiający przedstawił sposób przygotowania oferty. Wymagał, aby wykonawca przedstawił ofertę na formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do siwz oraz aby oferta zawierała oświadczenie wykonawcy, że zobowiązuje się do wykonania całości przedmiotu zamówienia określonego w siwz zgodnie z treścią niniejszej siwz i na warunkach określonych we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 2 do siwz, pod rygorem odrzucenia oferty.

W żadnym miejscu specyfikacji zamawiający nie wskazał, że wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga pozyskania jakichkolwiek informacji od autora systemów istniejących aktualnie (SCS i ESD), tj. firmy ABB Sp. z o.o. lub zapewnienia udziału tej firmy w wykonaniu części prac koniecznych do realizacji zamówienia. Powyższe potwierdził na rozprawie sam odwołujący.

Konsorcjum WASKO złożyło ofertę zawierającą w pkt 4.2 formularza ofertowego oświadczenie wykonawcy, że zapoznał się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zobowiązanie” „gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ i na warunkach określonych w SIWZ oraz we Wzorze Umowy”.

Zarzuty zawarte w odwołaniu zostały oparte na tezie, że zgodnie z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot zamówienia może być wykonany wyłącznie przy udziale odwołującego w części prac i dostaw opisanych w Rozdz. 8 pkt. 8.15, Rozdz. 9 pkt. 9.1 ppkt. 9.1.3 i 9.2.1, pkt. 9.3 ppkt. 9.3.2, pkt. 9.4, w Rozdz. 10 pkt. 10.1 ppkt. 10.15, 10.16 oraz 10.1.17, w Rodz. 15 pkt. 15.1 ppkt. 15.1.2 i 15.1.3 Części II Umowy, ponieważ w przeciwnym razie wykonywanie zamówienia będzie prowadziło do naruszenia wyłącznych praw autorskich odwołującego. Odwołujący twierdził, iż treść siwz definiuje obszary naruszenia istniejącej struktury technicznej systemów automatyki tłoczni w następstwie wymiany systemu wykrywania gazu i pożaru na tłoczniach Ciechanów, Zambrów i Szamotuły, co wynika z postanowień zawartych w Części I (pkt 2.3.1 Zadanie I lit. a, c, k oraz analogicznie w pkt 2.3.2 Zadanie II dla Tłoczni Gazu Zambrów i pkt. 2.3.3 w Zadaniu III dla Tłoczni Gazu Ciechanów) i Części II Umowy- Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług (pkt 3.4, 7.11., 8.15, 8.21, 8.21.6, 8.21.8, 8.21.9, rozdz. 9 „Współpraca z systemami zewnętrznymi” pkt 9.1.3., 9.2.1, 9.2.2., 9.2.5., 9.3., 9.3.1., 9.3.3., 9.4., 9.4.2., rozdział 10 – „Zakres dostaw” pkt 10.1.14., 10.1.17., rozdział 15. pkt. 15.1.2., 15.1.3. W ocenie odwołującego wykonanie wymaganych zmian w istniejących i działających Nadrzędnych Systemach Automatyki Tłoczni (SCS) i Systemach Zabezpieczeń Tłoczni (ESD) na tłoczniach TG Ciechanów, TG

Zambrów i TG Szamotuły, na skutek wymiany w tych tłocznich zintegrowanych systemów wykrywania gazu (metanu) i pożaru, nie jest możliwe bez naruszenia wyłącznych praw autorskich odwołującego, jakie posiada on w odniesieniu do systemów SCS i ESD. Odwołujący przedstawił na poparcie swoich twierdzeń opinię p. Waldemara Pakos z dnia 24 października 2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Konsorcjum WASKO, który złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w konsekwencji niezasadny jest zarzut naruszenia w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z orzecznictwem KIO i sądów okręgowych „nieprawdziwe informacje” to takie informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one mieć charakter zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy. Obowiązek wykluczenia wykonawcy związany z przedłożeniem nieprawdziwych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce wówczas, gdy spełnione są łącznie dwie przesłanki (połączone ze sobą związkiem przyczynowym), tj:

- wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje,
- informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Złożenie zatem nieprawdziwych oświadczeń może dotyczyć faktów, a w związku z tym - oświadczeń wiedzy, a nie oświadczeń woli, jako zakresu zobowiązania wykonawcy.

Odwołujący kwestionuje w przedmiotowym postępowaniu oświadczenie woli wykonawcy, zawarte w formularzu ofertowym, o zobowiązaniu się do wykonania zamówienia zgodnie z treścią siwz. Oświadczenie powyższe nie zawiera informacji o faktach, które można byłoby skonfrontować ze stanem rzeczywistym i ustalić ich prawdziwość lub fałszywość. Oświadczeniu woli można zarzucić, że zostało złożone pod wpływem błędu lub dotyczy świadczenia niemożliwego, jednak w ustalonym stanie faktycznym zarzuty takie nie zostały podniesione przez odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach niniejszej sprawy teza odwołującego dotycząca konieczności udziału odwołującego w realizacji zamówienia lub wykorzystania praw autorskich jakie przysługują odwołującemu z uwagi na wymagania siwz implikujące ingerencję w istniejące systemy SCS i ESD. Przytoczone przez odwołującego w odwołaniu postanowienia siwz przewidują jedynie - możliwość ingerencji w systemy SCS i ESD - jeżeli taka potrzeba będzie konsekwencją przyjętego przez wykonawcę sposobu realizacji zamówienia. Powyższe oznacza, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazywała jednego możliwego

rozwiązania dotyczącego sposobu realizacji zamówienia. W żadnym z postanowień siwz zamawiający nie narzucił wykonawcy obowiązku dokonania zmian w systemach SCS i ESD lub konieczności zapewnienia udziału odwołującego w realizacji zamówienia, lub wykorzystania praw autorskich jakie przysługują odwołującemu.

W wyjaśnieniach z dnia 5 października 2012 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 3 o treści: „Część II Umowy – Rozdział 10, Zakres Dostaw, pkt 10.1.16. Część II Umowy – Rozdział 10, Zakres Dostaw, pkt 10.1.17. Wykonawca dostaw nie ma formalnych możliwości dostępu ani możliwości modyfikacji oprogramowania systemowego istniejących sterowników SCS i ESD na obiektach. Modyfikacji może dokonać jedynie dostawca tych systemów lub osoba bądź podmiot przez niego wskazany. Kto powinien uzgodnić warunki techniczne i koszty takich modyfikacji z dostawą istniejących na obiektach systemów SCS i ESD?” wyjaśnił, że „przy zachowaniu dotychczasowego systemu zmiennych procesowych (KKS) oraz adresów i protokołów transmisji danych (patrz pkt 7.11 Część II Wzoru Umowy) zmiany oprogramowania systemowego w systemach zewnętrznych nie będą konieczne. Jeżeli jednak wykonawca takie zmiany zaproponuje lub sposób działania systemu będzie inny niż obecnie zainstalowanego, wszystkie uzgodnienia techniczne oraz koszty ewentualnych zmian w wymienionych systemach powinny być ujęte w wycenie i wchodzić w zakres obowiązków Wykonawcy. Uruchomienie komunikacji nowego systemu z istniejącymi systemami leży po stronie wykonawcy.” W odpowiedzi natomiast na pytanie nr 2 o treści: „Część II Umowy – Rozdział 4, Granice Dostaw i Usług, pkt 4.2.3. Czy uruchomienie komunikacji po stronie istniejących systemów SCS [...] ESD i UCS pozostają po stronie Zamawiającego?” zamawiający odpowiedział „Uruchomienie komunikacji z systemami SCS, ESD oraz UCS wchodzi w zakres prac wykonywanych przez Wykonawcę systemu wykrywania pożaru i gazu. Oczekujemy, że zostanie zachowana obecna ilość sygnałów i sposób komunikacji – patrz zapisy pkt 7.11 Część II Wzoru umowy.” Dodatkowo jak wynika z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 4 zamawiający zapewnił, że: „dokumentacja łącząca komunikacyjnych jest na tłoczniach gazu i zostanie udostępniona Wykonawcy.” i wskazał, że protokół Modbus RTU, którego producentem jest odwołujący, jest protokołem jedynie zalecanym, co nie jest równoznaczne z obowiązkiem zastosowania tego protokołu.

Powyższe wyjaśnienia zamawiającego potwierdzają, że problematyka dotycząca potrzeby zmian w istniejących systemach SCS i ESD w związku z realizacją zamówienia była przedmiotem szczegółowej analizy ze strony zamawiającego. Potwierdza ten fakt także opinia sporządzona w postępowaniu na potrzeby zamawiającego. W ocenie Izby z treści siwz oraz powyższych wyjaśnień wynika, że zamawiający dopuścił w przedmiotowym postępowaniu możliwość wykonania przedmiotu zamówienia bez ingerencji w ww. istniejące systemy SCS i ESD. Nie było zatem przypadkowe to, że w specyfikacji zamawiający nie zawarł żadnych ograniczeń co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w związku

prawami autorskimi przynależnymi firmie ABB Sp. z o.o.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że niemożliwe technicznie jest wykonanie zamówienia bez wykorzystania wiedzy odwołującego w obszarze systemów Nadzoru Systemu Automatyki Tłoczni (SCS) i Systemu Zabezpieczeń Tłoczni (ESD), a zauważyć należy, że zgodnie z art. 6 K.C. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Przedstawiona przez odwołującego w postępowaniu opinia p. W..... P..... z dnia 24 października 2012 r. stanowi dokument prywatny, który nie może być traktowany jako w pełni obiektywny, gdyż został sporządzony przez osobę związaną zawodowo z odwołującym jako główny projektant systemów SCS i ESD. Izba zważyła także, że dokument ten odnosi się jedynie wybiórczo do treści siwz - nie odnosi się do tej treści postanowień, zgodnie z którą zamawiający wskazał na możliwość wykonania nowego systemu bez konieczności ingerencji w istniejące systemy, gdyż formułując wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia pozostawił wykonawcy możliwość wyboru sposobu osiągnięcia wymaganych funkcjonalności, poprzez odpowiedni dobór technologii i szczegółowych rozwiązań technicznych. Dodatkowo zauważyć należy, że prezentowana przez odwołującego interpretacja określonych postanowień siwz prowadzi do nieuprawnionego ograniczenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co nie znajduje oparcia w treści siwz. Zgodnie z ugruntowanym poglądem prezentowanym w orzecznictwie KIO, w szczególności wówczas gdy treść specyfikacji może budzić pewne wątpliwości, interpretacji siwz należy dokonywać zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania, raczej w sposób rozszerzający niż zawężający konkurencję.

Nie potwierdził się w danym stanie faktycznym zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum WASKO pomimo, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wywodził niezgodność treści oferty złożonej przez Konsorcjum WASKO z treścią siwz z braku zapewnienia przez wykonawcę w ofercie udziału odwołującego w wykonaniu prac w zakresie przedmiotu zamówienia, które zdaniem odwołującego nie mogą zostać wykonane przez Konsorcjum WASKO. Po pierwsze zapewnienie takie nie było wymagane, a ponadto w okolicznościach, gdy nie potwierdziła się teza odwołującego, że zgodnie z treścią siwz udział odwołującego (bezpośredni lub pośredni) w realizacji przedmiotu zamówienia jest konieczny, aby przedmiot zamówienia został prawidłowo zrealizowany, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że zaoferowany przez Konsorcjum WASKO przedmiot zamówienia nie odpowiada treści siwz w powyższym zakresie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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: