

WYROK
z dnia 14 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska

Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2014 r. przez wykonawcę **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań,**

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 udzielenie zamówienia:

A. PSI Polska Sp. z o.o., ul. Towarowa 35, 61-896 Poznań oraz PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie, Dircksensiraße 42-44, 10178 Berlin,

B. Schneider Electric Polska Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 12, 02-673 Warszawa

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1) oddala odwołanie;
- 2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA”, ul. Wykopy 2/4, 60-001 Poznań na rzecz zamawiającego System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A., ul. Topiel 12, 00-342 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

Zamawiający - System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie w sprawie sektorowego zamówienia publicznego na „Modernizację systemu SCADA SGT”, nr ZP/SGT-50/2013.

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

I. Odwołujący - Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” z siedzibą w Poznaniu - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu - pismem z dnia 17 października 2014 r., przesłanym faksem w dniu 20 października 2014 r. - oferty wstępnej odwołującego, z jednoczesnym zaniechaniem odrzucenia ofert pozostałych, wskazanych niżej wykonawców, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”, „ustawą Pzp” lub „ustawą”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 polegające na odrzuceniu oferty wstępnej odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, podczas gdy oferta wstępna odwołującego odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert wstępnych wykonawców: konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (lider konsorcjum) oraz Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie (członek konsorcjum), jak również Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie, mimo że oferty wstępne tych wykonawców nie odpowiadają treści SIWZ, a w konsekwencji - nieuprawnione zaproszenie tych wykonawców do negocjacji;
- 3) art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności polegające na niedozwolonej interpretacji treści SIWZ na etapie oceny ofert wstępnych, w oparciu o niesprecyzowane w SIWZ intencje zamawiającego, prowadzącej do odrzucenia oferty wstępnej odwołującego, wyrażającej się w szczególności w tym, że pojęciom użytym w SIWZ zamawiający przypisuje obecnie znaczenie tamże niewyartykułowane.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

- 1) polegającej na odrzuceniu oferty wstępnej odwołującego,

- 2) zaproszenia do negocjacji wykonawców: konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (lider konsorcjum) oraz Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie (członek konsorcjum), jak również Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie;
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert wstępnych, z uwzględnieniem oferty wstępnej odwołującego, w celu zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania - zaproszenia do negocjacji,
- 4) odrzucenia ofert wstępnych wykonawców: konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (lider konsorcjum) oraz Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie (członek konsorcjum), jak również Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie
oraz
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

- a) opinii biegłego, w szczególności z dziedziny systemów SCADA,
- b) dokumentacji przetargowej oraz załączonych dokumentów, w szczególności wyciągu z raportu UOKiK, statutu PGNiG S.A., odpisu z KRS dotyczącego PGNiG S.A.

- celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności, w szczególności na okoliczność spełniania przez ofertę wstępną odwołującego wymogów SIWZ, w tym zawartych w pkt 9.3 w Rozdziale 9 SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty wstępnej oraz w załączniku do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, pkt 3 - Wymagania Ogólne, niespełniania przez oferty wstępne wykonawców - konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie - wymogu określonego w załączniku do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, pkt 3 - Wymagania Ogólne w zw. z pkt 5 Wymagania funkcjonalne - ppkt 5.14.2.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał.

I. Stan sprawy.

Oferty wstępne złożyły 4 podmioty:

- a) odwołujący,
- b) konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (lider konsorcjum) oraz Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie (członek konsorcjum),
- c) konsorcjum: Cegelec Sp. z o.o. w Gliwicach (lider konsorcjum) oraz Actemium Cegelec GmbH we Frankfurcie (członek konsorcjum),

d) Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie.

Zamawiający dwukrotnie - pismami z dnia 4 września 2014 r. oraz 18 września 2014 r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty wstępnej. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia w pismach z dnia 9 września 2014 r. i 23 września 2014 r.

Pismem z dnia 17 października 2014 r., przesłanym odwołującemu faksem w dniu 20 października 2014 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu oferty wstępnej odwołującego z uwagi na to, że - w przekonaniu zamawiającego - treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Jednocześnie, w tym samym piśmie, zamawiający zawiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert wstępnych pozostałych wykonawców wskazując, że oferta wstępna konsorcjum: Cegelec Sp. z o.o. w Gliwicach oraz Actemium Cegelec GmbH we Frankfurcie również została odrzucona jako nieodpowiadająca treści SIWZ, a za prawidłowe i niepodlegające odrzuceniu uznane zostały tylko oferty wstępne 2 wykonawców - konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Obaj wymienieni wykonawcy zostali zaproszeni do negocjacji.

II. Legitymacja odwołującego. Odwołujący podkreślił, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, powołując się na przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

III. Naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp.

1. Odrzucenie oferty wstępnej odwołującego. W ogłoszeniu o zamówieniu, w opisie przedmiotu zamówienia (pkt II.1.5 ogłoszenia), zamawiający opisał wymagania: *„Modernizacja ma zostać wykonana w oparciu o dostarczone przez Wykonawcę oprogramowanie typu SCADA, do którego posiada on prawa własności intelektualnej. Oprogramowanie musi być przygotowane do przetwarzania co najmniej 100 000 zmiennych procesowych oraz posiadać zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu.”*

Wymaganie to powtórzył w SIWZ, w pkt 9.3 w rozdziale 9 - Opis sposobu przygotowania oferty wstępnej, zgodnie z którym: *„Oferta wstępna nie zawiera cen. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.1.5 Ogłoszenia o zamówieniu) oferta na modernizację Nadrzędnego Systemu Sterowania i Przetwarzania Danych - SCADA (Supervisory Control and Data Acquisition) (SCADA SGT) musi być wykonana w oparciu o oprogramowanie typu SCADA, przygotowane do przetwarzania co najmniej 100 000 (słownie: stu tysięcy) zmiennych procesowych, posiadające zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu.”* Natomiast w załączniku do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, pkt 3 - Wymagania Ogólne, zamawiający wskazał, że *„W zakresie realizacji podstawowych funkcjonalności*

oprogramowania SCADA Zamawiający nie dopuszcza wykorzystania Systemu (dotyczy wszystkich modułów i funkcjonalności związanych z kolekcjonowaniem danych, wizualizacją, archiwizacją) w wersji proponowanej przez Dostawcę do wdrożenia, który nie jest obecnie eksploatowany przez przynajmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa.”

Zamawiający uznał, że żadne z dwóch przedstawionych przez odwołującego w wyjaśnieniach do oferty wstępnej wdrożeń (w PGNiG S.A. oraz w GAZ System S.A.) nie spełnia wymogów SIWZ, o których mowa wyżej, a w efekcie - oferta wstępna odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego.

Ad 1) Wdrożenie systemu Telexus w PGNiG S.A.

W odniesieniu do implementacji wdrożonej w PGNiG S.A. zamawiający zarzucił, że PGNiG S.A. nie jest „*przedsiębiorstwem, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa.*” Zamawiający podniósł, że kluczowa działalność PGNiG S.A. polega na obrocie gazem i energią elektryczną oraz wytwarzaniu energii elektrycznej, podczas gdy przesyłaniem gazu ziemnego może zajmować się wyłącznie operator systemu przesyłowego (art. 4e¹ ustawy Prawo energetyczne), który nie może wykonywać działalności związanej z obrotem paliwami gazowymi (art. 9d ust. 1h ustawy Prawo energetyczne), przy czym zamawiający podkreślił, że „*rozdział działalności polegającej na obrocie i przesyłaniu wynika z prawa europejskiego*”. W efekcie zamawiający skonstatował, że „*zgodnie z prawem energetycznym PGNiG S.A. nie ma prawa prowadzić działalności polegającej na przesyłaniu gazu ziemnego.*”

Argumentacja zamawiającego jest błędna. Odwołujący podkreślił, że zamawiający w sposób nieuprawniony przyjmuje, iż użyte w załączniku do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, pkt 3 - Wymagania Ogólne, pojęcie „*przesyłu paliwa gazowego*” ogranicza się do rozumienia tego pojęcia w sposób zdefiniowany w ustawie - Prawo energetyczne. Podkreślił, że SIWZ nie zawiera odesłania, w szczególności w zakresie pojęcia „*przesyłu paliwa gazowego*” oraz „*działalności polegającej na przesyłaniu paliwa gazowego*”, iż pojęcia te zostały użyte w rozumieniu ustawy - Prawo energetyczne, z wyłączeniem nie tylko ich literalnego, powszechnego znaczenia, ale przede wszystkim z wyłączeniem innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający pomija przy tym okoliczność, że PGNiG S.A. prowadzi działalność wydobywczą gazu, której jeden z kluczowych elementów stanowi transport, przesył gazu rurociągami z punktu wydobywania do innych elementów systemu gazowego.

Dokumentem, który zgodnie z art. 304 § 1 pkt 2 k.s.h., określa przedmiot działalności spółki akcyjnej jest jej statut. Zgodnie z aktualną treścią statutu PGNiG S.A., statutową działalnością PGNiG S.A. jest m.in. produkcja i wydobycie (górnictwo) gazu ziemnego oraz transport rurociągami paliw gazowych.

Odwołujący wskazał zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) - Dz. U. z 2007 r., Nr 251, poz. 1885, z późn. zm.) - działalność PGNiG sklasyfikowana została w szczególności w podklasie 49.50.A - Transport rurociągami paliw gazowych. Przedstawiony w statucie PGNiG S.A. przedmiot działalności znajduje odzwierciedlenie we wpisie do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącym PGNiG S.A., gdzie działalności polegającej na transporcie rurociągami paliw gazowych przyporządkowano numer PKD 49.50.A. Stosownie do wyjaśnień zawartych w powołanym rozporządzeniu w odniesieniu do podklasy 49.50.A. - Transport rurociągami paliw gazowych: *„Podklasa ta obejmuje: -transport rurociągami paliw gazowych, -działalność stacji pomp. Podklasa ta nie obejmuje: -dystrybucji paliw gazowych w systemie sieciowym, sklasyfikowanej w 35.22.Z, - transportu cieczy samochodami ciężarowymi, sklasyfikowanego w 49.41.Z.”* Zaznaczył, że uzupełnienie pojęć zdefiniowanych w podklasie 49.50.A PKD stanowią wyjaśnienia dotyczące pozostałych sekcji, grup i podklas PKD, a w szczególności: a) wyjaśnienie do Sekcji D - Wytwarzanie i zaopatrywanie w energię elektryczną, gaz, parę wodną, gorącą wodę i powietrze do układów klimatyzacyjnych, w którym wskazano, iż sekcja D *„nie obejmuje: - transportu gazu rurociągami przesyłowymi, sklasyfikowanego w 49.50.A.”*; b) wyjaśnienie do grupy 35.2 - Wytwarzanie paliw gazowych; dystrybucja i handel paliwami gazowymi w systemie sieciowym, w którym wskazano, że grupa 35.2 *„nie obejmuje: - transportu gazu rurociągami przesyłowymi łączącymi producentów z dystrybutorami gazu lub pomiędzy aglomeracjami, sklasyfikowanego w 49.50.A.”*

Podobnie w przepisach rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 640), wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w ustawie - Prawo budowlane, pojęcie „przesyłu” używane jest w znaczeniu „transportu”. W § 101 tego rozporządzenia wskazano: *„Gazociągi wewnętrzne tłoczni gazu i orurowanie agregatów sprężarkowych: 1) oddziela się elektrycznie za pomocą złączy izolujących od gazociągów przesyłowych wejściowych i wyjściowych tłoczni gazu.”* PGNiG posiada takie gazociągi przesyłowe, o których mowa w cytowanym przepisie. Również pozostałe przepisy powołanego rozporządzenia (w tym § 12, § 24 ust. 1, § 25, § 29, § 30) oraz odpowiadające im Polskie Normy posługują się pojęciem „przesyłu”, „przesyłania” i „systemów przesyłowych” na określenie transportu gazu rurociągami (odwołujący zacytował treść przepisów: § 12 ust. 1, § 24 ust. 1, § 25 ust. 9, § 29, § 30 ust. 1).

Wskazał pojęcia „przesyłu” użytego w k.c. - art. 305¹ w zw. z art. 49 § 1 k.c. dotyczące służebności przesyłu.

Oba przepisy ustawy Prawo energetyczne, na które powołuje się zamawiający - art. 4e¹, jak i art. 9d ust. 1h, - wprowadzone zostały do ustawy w toku postępowania. Nie sposób przyjmować, aby pojęcia używane przez zamawiającego w ogłoszeniu, a następnie w SIWZ, odnosiły się do pojęć wprowadzonych do ustawy Prawo energetyczne wiele miesięcy po ogłoszeniu postępowania przetargowego przez zamawiającego. Nawet gdyby przyjmować, że tworząc dokumentację przetargową zamawiający miał na uwadze powołane przepisy ustawy Prawo energetyczne, to - wbrew obecnym twierdzeniom zamawiającego - nie mogłoby to prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego. Postanowienie, w którym zamawiający użył pojęcia „przesyłu paliwa gazowego” zawarte jest w wymaganiach technicznych (załącznik do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług - pkt 3. Wymagania Ogólne), wobec czego wymóg ten należy interpretować w kategoriach pojęcia techniki, a nie kategoriach prawno-administracyjnych. Wskazywane przez zamawiającego przepisy ustawy Prawo energetyczne odnoszą się nie do technicznego procesu przesyłu, ale do prawnej kategorii świadczenia usługi przesyłu. Tymczasem techniczny proces przesyłu (transportu) gazu rurociągami stosowany jest przez wszystkie podmioty biorące udział w rozprowadzaniu paliwa gazowego (w tym zakłady wydobywcze, operatorów i dystrybutorów). W sensie technicznym proces przesyłu stosowany przez wszystkie te podmioty jest jednakowy. Zamawiający wskazując w piśmie z dnia 17 października 2014 r. (str. 2, akapit pierwszy), jakoby powoływane przez niego wymogi, zawarte zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ jednoznacznie potwierdzały, że zamawiający nie dopuszcza realizacji zamówienia w oparciu o produkt, który „*nie jest używany obecnie do kontroli procesów przesyłu gazu w przedsiębiorstwie zajmującym się świadczeniem usług przesyłu gazu*” stanowi rażąca nadinterpretację postanowień SIWZ przez zamawiającego. W żadnym z postanowień SIWZ nie użyto pojęcia „*przedsiębiorstwa świadczącego usługi przesyłu gazu*”. Przeciwnie, zamawiający w SIWZ sam wielokrotnie używa pojęcia „*transportu gazu*”, zamiennie z pojęciem „*przesyłu gazu*”, przykładowo w cytowanym wyżej postanowieniu pkt 9.3 w Rozdziale 9. Opis sposobu przygotowania oferty wstępnej („*zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu.*”), czy też w pkt 9.3 w załączniku nr 2 do SIWZ - Wzór umowy (personel wykonawcy musi posiadać wiedzę z zakresu technologii transportu gazu ziemnego rurociągami). Pojęcie „*transport gazu*” jest przy tym również w powszechnym, językowym znaczeniu tożsame z pojęciem „*przesył gazu*”. O powszechnym utożsamianiu językowym obu pojęć świadczy choćby m.in. załączony wyciąg z raportu UOKiK, w którym pojęcia „*transport*” i „*przesył*” są używane zamiennie.

Powyższe wskazuje wprost, że argumentacja w tym zakresie zawarta w piśmie z dnia 17 października 2014 r. została podniesiona przez zamawiającego wyłącznie na potrzeby postępowania i w celu niezgodnego z ustawą Pzp ograniczenia konkurencji. Zamawiający nie wykazał, że PGNiG S.A. nie jest podmiotem, który zajmuje się przesyłem paliwa gazowego i przez to wskazane w ofercie wstępnej wdrożenie nie spełnia wymagań SIWZ. Ograniczenie konkurencji ma przy tym charakter znaczący, bowiem w rezultacie bezprawnych działań zamawiającego tylko dwa podmioty zostały zaproszone do negocjacji.

Tym samym zamawiający rażąco naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad 2. Wdrożenie systemu Telexus w GAZ System S.A. W odniesieniu do implementacji wdrożonej w GAZ System S.A. zamawiający zarzucił, że spółka ta „używa tylko jednej instalacji systemu Telexus”, przy czym „instalacja ta jest bardzo starą wersją systemu, używaną w punkcie przyłączeniowym Lwówek” i „służy jedynie do kontrolowania procesów pomiarów parametrów fizycznych i chemicznych przesyłanego gazu”. Zamawiający skonstatował, że „w związku z tym nie można uznać, że system ten został sprawdzony, przetestowany i jest używany obecnie do sterowania i kontroli procesów przesyłu gazu.” Ponadto zamawiający wskazał, że „instalacja ta była wdrożona przez firmę ATREM, a system eksploatowany jest w wersji 2.0.5.6”, podczas gdy „system Telexus w wersji 5, wskazany przez Mikronikę w ofercie wstępnej, nie został wdrożony i nie jest eksploatowany w żadnym przedsiębiorstwie, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa.”

Stanowisko zamawiającego jest błędne i nie zasługuje na uwzględnienie. Oferowany przez odwołującego system jest obecnie eksploatowany w GAZ System S.A., co zresztą przyznaje sam zamawiający. Zamawiający nie wykazał, dlaczego jego zdaniem praca systemu Telexus we Lwówku nie spełnia jego wymagań wskazanych w pkt 3, w szczególności nie przedstawił żadnych dowodów przeczących deklaracji odwołującego w tym zakresie. Potwierdził natomiast, że Telexus w lokalizacji tej działa i służy kontrolowaniu procesów pomiarów parametrów fizycznych i chemicznych przesyłanego gazu.

Całkowicie niezrozumiały jest zarzut zamawiającego, że wdrożony system służy „jedynie do kontrolowania procesów pomiarów parametrów fizycznych i chemicznych przesyłanego gazu.” Zgodnie z wymaganiem zamawiającego zawartym w załączniku do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług - pkt 3. Wymagania Ogólne, „W zakresie realizacji podstawowych funkcjonalności oprogramowania SCADA

zamawiający nie dopuszcza wykorzystania Systemu (dotyczy wszystkich modułów i funkcjonalności związanych z kolekcjonowaniem danych, wizualizacją, archiwizacją) w wersji proponowanej przez Dostawcę do wdrożenia, który nie jest obecnie eksploatowany przez przynajmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa." Wymóg obecnej eksploatacji został w SIWZ ograniczony do podstawowych funkcjonalności oprogramowania SCADA. Kontrolowanie procesów pomiarów parametrów fizycznych i chemicznych obejmują właśnie funkcjonalności wymagane w SIWZ. Jak wyżej wskazano, zamawiający odrzucił ofertę wstępną twierdząc, że „nie można uznać, że system ten został sprawdzony, przetestowany i jest używany obecnie do sterowania i kontroli procesów przesyłu gazu”, podczas gdy w powołanym pkt 3 Wymagań Ogólnych Załącznika do SIWZ - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług - wymogu o takiej treści nie postawił.

Na ocenę spełniania wymogu nie ma także wpływu podnoszona przez zamawiającego „starość” systemu oraz oznaczenie numeryczne jego wersji (a w zasadzie implementacji). Zamawiający nie postawił żadnego limitu „wiekowego” (przy czym podkreślenia wymaga, że w przypadku instalacji we Lwówku system został w 2014 r. unowocześniony, co zamawiający pominął).

Pomijając okoliczność, że nie jest prawdą, aby w punkcie we Lwówku pracował system w implementacji oznaczonej numerem 2.0.5.6. (obecne oznaczenie jest - po unowocześnieniu - inne od pierwotnego), to wskazany przez zamawiającego numer (2.0.5.6) jest numerem stosowanym przez firmę ATREM, której system numeracji wersji i implementacji pozostaje bez związku z systemem numeracji stosowanym przez odwołującego. Oznaczenie produktu stosowane przez firmę ATREM jest dokonywane zgodnie z przyjętym przez nią systemem numeracji, który nie ma żadnego związku z numeracją stosowaną przez odwołującego wobec tego samego oprogramowania. W uzgodnieniach z firmą ATREM ustalono, że implementowane przez odwołującego systemy z wykorzystaniem systemu Telexus (użytego przez ATREM w GAZ System S.A.) będą oznaczane jako wersja 5. Oferowane oprogramowanie Telexus 5 jest oprogramowaniem modułowym o indywidualnie ustalonym zakresie funkcjonalności dla każdej implementacji. Podkreślił, że oprogramowanie jest tworem niematerialnym, nie posiada wbudowanego w siebie numeru wersji, który obiektywnie go identyfikuje ze względu na zawartość. Zmiana kodu programu i wynikająca z tego zmiana właściwości nie generuje automatycznie nowego numeru. Nadawany numer ma charakter informacyjny, nadawany jest przez autora lub dostawcę według ustalonych przez nich swoich własnych zasad. Wartość numeru wersji nie wpływa na treść kodu programu i jego funkcjonalność. Odwołujący oferuje konkretny program w konkretnej wersji (użytej przez ATREM w GAZ

System S.A.), którą nazywa i oznacza według swego uznania. Zamawiający nie może ingerować w zasady oznaczania oferowanych przez wykonawców produktów.

Wobec tego badaniu przez zamawiającego podlegać może jedynie to, czy oferowany system, w zakresie podstawowych funkcjonalności, jest stosowany przez wskazane przedsiębiorstwo jako spełniające wymogi postawione w SIWZ. Oferowana przez odwołującego wersja oprogramowania Telexus w zakresie podstawowych funkcjonalności jest oprogramowaniem pracującym aktualnie w firmie GAZ System S.A. Wyjaśnił, że oferowane oprogramowanie, aktualnie pracujące we Lwówku, zostało zamówione przez Centralę firmy GAZ System S.A. w Warszawie (a nie przez spółki zależne, czy też jednostki podporządkowane), stąd odwołujący wskazał ten podmiot w złożonych wyjaśnieniach jako eksploatujący. Zamawiający nie kwestionuje przy tym, aby GAZ System S.A. nie stanowiło „przedsiębiorstwa, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa.”

Mając na uwadze powyższe odwołujący uznał, że żadna z przesłanek podanych przez zamawiającego (tj. wiek systemu, podmiot wdrażający i stosowane przez niego oznaczenia oprogramowania) nie dowodzi temu, jakoby oferowany przez odwołującego system nie spełniał postawionego w SIWZ wymogu. Wobec powyższego nie zachodzą przesłanki do nieuwzględnienia przez zamawiającego spełniania przez oferowany system wymogów SIWZ i tym samym - do odrzucenia oferty wstępnej odwołującego.

Dokonując na tej podstawie odrzucenia oferty wstępnej odwołującego, zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

III. 2. Zaniechanie odrzucenia ofert wstępnych wykonawców: konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie, jak również Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie, a w konsekwencji - nieuprawnione zaproszenie tych wykonawców do negocjacji. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, poinformował jednocześnie o uznaniu przez zamawiającego za prawidłowe i niepodlegające odrzuceniu ofert wstępnych 2 wykonawców - konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Obaj wymienieni wykonawcy zostali zaproszeni do negocjacji. Tymczasem obie oferty wstępne nie odpowiadają treści SIWZ.

Zamawiający wskazał w załączniku do SIWZ, Część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług - pkt 3. Wymagania Ogólne, że „W zakresie realizacji podstawowych funkcjonalności oprogramowania SCADA zamawiający nie dopuszcza wykorzystania Systemu (dotyczy wszystkich modułów i funkcjonalności związanych z kolekcjonowaniem danych, wizualizacją, archiwizacją) w wersji proponowanej przez

Dostawcę do wdrożenia, który nie jest obecnie eksploatowany przez przynajmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa.” Nadto, w załączniku do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług - pkt 5 Wymagania funkcjonalne - ppkt 5.14. - System pomocy, zamawiający podał, że: „5.14.1. System musi posiadać funkcjonalność zapewniającą dostęp do opisu wszystkich wykorzystywanych funkcji Systemu zwanej dalej System Pomocy. 5.14.2. System Pomocy musi być w języku polskim. 5.14.3. System Pomocy musi obejmować zarówno opis funkcjonalności dedykowanych dla użytkowników Systemu jak również opis funkcjonalności oraz procedur dedykowanych dla Inżynierów Systemu. 5.14.4. Musi być możliwość wywołania Systemu Pomocy z dowolnego ekranu Systemu. 5.14.5. System Pomocy musi umożliwiać wyszukiwanie dowolnego zwrotu ze wszystkich dostępnych opisów funkcjonalności, procedur itp.”

Tymczasem żaden z systemów zaoferowanych przez powyższych wykonawców nie jest eksploatowany w Polsce, a zatem żadne wersje systemu w języku polskim nie są obecnie eksploatowane. W szczególności zawarte w ofertach wstępnych rzuty ekranów nie potwierdzają posiadania przez obecnie eksploatowane wersje standardowego oprogramowania wykonawców wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności systemu pomocy w języku polskim. W związku z powyższym oferty wstępne złożone przez wykonawców - konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie nie odpowiadają treści SIWZ, a zatem winny zostać przez zamawiającego odrzucone. Niedokonanie odrzucenia tychże ofert wstępnych stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

IV. Podsumowanie. Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać, że oferta wstępna odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Przeciwnie, oferta wstępna odwołującego w pełni odpowiada treści SIWZ, a dokonując odrzucenia tejże oferty zamawiający rażąco naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2, jak również art. 7 ust. 1 Pzp. Te same przepisy zamawiający naruszył przez zaniechanie odrzucenia ofert wstępnych wykonawców - konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Obaj wymienieni wykonawcy zostali zaproszeni przez zamawiającego do negocjacji, mimo że ich oferty wstępne nie odpowiadały SIWZ.

Wskazane argumenty potwierdzają zasadność zarzutów i żądań odwołującego, wobec czego należy orzec zgodnie z nimi. W tym stanie rzeczy, odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Załączniki: m.in. wyciąg z raportu UOKiK, statut PGNiG S.A. odpis z KRS dotyczący PGNiG S.A.

II. Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie, w której wnioskował o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W uzasadnieniu stanowiska przedstawił następującą argumentację.

Ponadto, zamawiający zaproponował przeciwko wnioskowi odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Wskazał, że odwołujący wnioskował jednocześnie o przeprowadzenie dowodów na tę samą okoliczność z dokumentacji przetargowej oraz załączonych do odwołania dokumentów.

Zdaniem zamawiającego nie istnieje potrzeba powołania biegłego ze względu na wystarczającą ilość materiału dowodowego, umożliwiającego wydanie orzeczenia. Zdaniem zamawiającego wniosek ma również na celu przedłużenie postępowania odwoławczego, wnioskował o oddalenie wniosku. Tym samym, zdaniem zamawiającego, wobec wniosku znajdzie zastosowanie art. 190 ust. 6 Pzp, zobowiązujący Izbę do oddalenia wniosku powołanego tylko dla zwłoki lub w sytuacji, gdy fakty zostały stwierdzone innymi dowodami.

Jednocześnie, zamawiający dołączył do odpowiedzi na odwołanie ekspertyzę, której przedmiotem jest prawidłowość oceny oferty wstępnej odwołującego i prawidłowość jej odrzucenia. Zamawiający wnioskował o dopuszczenie tego dowodu, jako dowodu z dokumentu prywatnego, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp, na okoliczność, że ocena oferty wstępnej odwołującego oraz jej odrzucenie, została dokonana zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami określonymi w SIWZ, w szczególności pkt 3 Wymagań Ogólnych części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Usług i Dostaw, załącznik nr 1 do SIWZ.

Uzasadnienie.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, której przedmiotem jest „Modernizacja systemu SCADA SGT” (postępowanie nr ZP/SGT-50/2013), zamawiający dokonał oceny ofert wstępnych złożonych przez czworo wykonawców: Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” (tj. odwołującego), konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte Und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie, Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz konsorcjum firm: Cegelec Sp. z o.o. i Actemium Cegelec GmbH.

W dniu 17 października 2014 r. zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu ofert wstępnych, o czym zawiadomił faksem odwołującego 20 października 2014 r. Zamawiający odrzucił ofertę wstępną odwołującego, ze względu na jej niezgodność z SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem, o czym wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, aby wykonawcy w ramach przedmiotu zamówienia dostarczyli oprogramowanie typu SCADA: „*Modernizacja ma zostać*

wykonana w oparciu o dostarczone przez Wykonawcę oprogramowanie typu SCADA, do którego posiada on prawa własności intelektualnej. Oprogramowanie musi być przygotowane do przetwarzania co najmniej 100.000 zmiennych procesowych oraz posiadać zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu” (II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu). Wymóg został doprecyzowany w SIWZ, w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 3 Wymagań Ogólnych Części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, Wzoru Umowy, gdzie wskazano, że: „W Zakresie realizacji podstawowych funkcjonalności oprogramowania SCADA Zamawiający nie dopuszcza wykorzystania Systemu (dotyczy wszystkich modułów i funkcjonalności związanych z kolekcjonowaniem danych, wizualizacją, archiwizacją) w wersji proponowanej przez Dostawcę do wdrożenia, który nie jest obecnie eksploatowany przynajmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa”.

Zamawiający tym samym stwierdził, że dopuszcza jedynie sprawdzone oprogramowania typu SCADA, które są obecnie eksploatowane w przedsiębiorstwach zajmujących się przesyłem paliwa gazowego.

Odwołujący zaproponował w ofercie wstępnej wykonanie przedmiotu zamówienia za pomocą oprogramowania Telexus wersja 5. W związku z wątpliwościami zamawiającego, odwołujący wezwany do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wskazał, że oprogramowanie Telexus w wersji 5 spełnia wymagania określone w SIWZ, w szczególności jest obecnie eksploatowane przez dwa przedsiębiorstwa, których kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa, tj. PGNiG S.A. oraz Gaz System S.A.

Zamawiający dochowując należytej staranności, zgodnie z art. 355 k.c. w związku z art. 14 Pzp, zwrócił się zarówno do PGNiG S.A., jak i Gaz System S.A. z prośbą o udzielenie informacji dotyczących oprogramowania Telexus wersja 5 (dowód: korespondencja pomiędzy zamawiającym, a przedsiębiorstwami Gaz System S.A. oraz PGNiG S.A.)

W piśmie z dnia 3 października 2014 r. Gaz System S.A. oświadczył, że wykorzystuje obecnie tylko jedną instalację Telexus w wersji 2.0.5.6., działającą na systemie AIX w wersji 3.5. Ponadto, z oświadczenia Gaz System S.A. wynika, że autorem oprogramowania Telexus, z którego korzysta Gaz System S.A. jest firma Atrem S.A.

Z kolei PGNiG S.A., reagując na pismo zamawiającego, oświadczył, że we wskazanych przez odwołującego Oddziałach w Sanoku i w Zielonej Górze są eksploatowane oprogramowania Telexus, ale nie w wersji 5. W Oddziale w Zielonej Górze PGNiG S.A.

korzysta z oprogramowania Telexus w wersji 4.9.0.2., natomiast w Sanoku eksploatowane jest oprogramowanie, w którego skład wchodzi Telexus w wersji 4.27.0.0.

Stąd, zamawiający uzyskał informacje, które nie potwierdzały oświadczenia odwołującego, jakoby oferowane przez niego oprogramowanie Telexus w wersji 5 nie jest oprogramowaniem niesprawdzonym, eksploatowanym co najmniej w jednym przedsiębiorstwie przesyłowym.

Zamawiający pozyskał również informacje dotyczące charakteru działalności PGNiG S.A. oraz funkcjonalności systemu wdrożonego w przedsiębiorstwie Gaz System S.A., które to informacje dodatkowo potwierdzają, że odwołujący w ofercie wstępnej zaproponował rozwiązanie nie odpowiadające wymaganiom zamawiającego, określonym w pkt 3 Wymagań Ogólnych części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług (załącznik nr 1 do SIWZ).

Odnosząc się do stanowiska odwołującego zawartego w pkt Ad 1 „*Wdrożenie systemu Telexus w PGNiG S.A.*” uzasadnienia odwołania, jakoby przedsiębiorstwo PGNiG S.A. odpowiadałoby wymaganiu określonym w SIWZ jako przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa, zamawiający wskazał, iż jest to stanowisko błędne.

Odwołujący w uzasadnieniu swojej tezy wskazał, jakoby zamawiający formułując opis w SIWZ nie powoływał się na Prawo energetyczne, a jedynie na etapie badania i oceny ofert, dla siebie tylko znanych potrzeb, wykląda postanowienia SIWZ w powiązaniu z przepisami tejże ustawy. Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza pojęcie „*przesył paliwa gazowego*” tylko do rozumienia przyjętego na gruncie przepisów Prawa energetycznego, jednocześnie, dla udowodnienia, że PGNiG S.A. prowadzi działalność w zakresie przesyłu paliwa gazowego, wskazuje na statut tego przedsiębiorstwa, zawierający opis przedmiotu jego działalności, zgodnie z klasyfikacją PKD.

Zamawiający nie może się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, jak również z jego argumentacją. PGNiG S.A. nie jest przedsiębiorstwem, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa i nie jest to jedynie subiektywna ocena zamawiającego.

Zamawiający odniósł się do zarzutu niedozwolonej „*nadinterpretacji*” postanowień SIWZ, na który powołał się odwołujący. Na początku wskazał, że zamawiający, tj. EuroPol Gaz S.A. jako przedsiębiorstwo energetyczne posługuje się pojęciami zdefiniowanymi na gruncie ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne i w taki sposób ocenia działalność przedsiębiorstw, które również są przedsiębiorstwami energetycznymi, w tym przedsiębiorstwo PGNiG S.A.

Zamawiający przypomniał odwołującemu, że na mocy przepisów Pzp oraz Kodeksu cywilnego wyłączne prawo interpretacji postanowień SIWZ przysługuje zamawiającemu, który jest autorem treści SIWZ, co jednoznacznie wynika z przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 36 Pzp. Zatem, mając na uwadze art. 14 Pzp, w świetle art. 65 k.c., zamawiający jako autor oświadczenia woli, jakim jest SIWZ, jest uprawniony do dokonywania wykładni postanowień w nim zawartych. Potwierdzają to zresztą przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 38 ust. 1 Pzp, który przewiduje uprawnienie wykonawców do składania zapytań co do treści SIWZ. Zgodnie z treścią art. 38 Pzp to zamawiający udziela wyjaśnień treści SIWZ, a zatem tylko on jest uprawniony do ustalenia wiążącej wykładni postanowień w niej zawartych.

W toku postępowania, zamawiający odpowiadał na wszelkie wątpliwości związane z treścią SIWZ. Jednakże żaden z wykonawców, w tym również odwołujący nie zgłaszał jakichkolwiek wątpliwości lub zastrzeżeń do użytego w SIWZ pojęcia „*działalność polegająca na przesyłaniu paliw gazowych*”. Natomiast dla zamawiającego jasnym było, że termin związany z działalnością przedsiębiorstwa energetycznego nie może być interpretowany w sposób inny, niż tylko w oparciu o gałąź prawa regulującą działalność energetyczną.

Stosownie do art. 3 pkt 4 ustawy Prawo energetyczne pojęcie „*przesyłanie*” zostało zdefiniowane jako „*transport paliw gazowych oraz, energii elektrycznej sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczenia do sieci dystrybucyjnych lub odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci przesyłowych*”. Zatem przesył może odbywać się wyłącznie sieciami przesyłowymi, tj. sieciami gazowymi wysokich ciśnień, z wyłączeniem gazociągów kopalnianych i bezpośrednich, za których ruch sieciowy jest odpowiedzialny operator systemu przesyłowego (art. 3 pkt 11a ustawy Prawo energetyczne). Wskazał, że PGNiG S.A. posiada wyłącznie sieć gazociągów kopalnianych, którymi nie przesyła gazu w rozumieniu zacytowanej definicji, lecz które są wykorzystywane do transportu gazu z miejsca jego wydobycia do zakładu oczyszczania i obróbki lub do terminalu albo wykorzystywane do transportu gazu ziemnego do końcowego przeładunkowego terminalu przybrzeżnego (art. 3 pkt 11c ustawy Prawo energetyczne). Wspominał o tym zresztą sam odwołujący w uzasadnieniu stanowiska. Tego typu wykorzystanie gazociągów kopalnianych nie jest klasyfikowane jako przesył paliw gazowych na gruncie ustawy Prawo energetyczne jak i Dyrektywy, o której mowa niżej.

Odnosząc się z kolei do stanowiska odwołującego, jakoby statut PGNiG S.A. oraz określony według PKD przedmiot działalności tego przedsiębiorstwa potwierdzał, że kluczowa działalność tej spółki polega na przesyłaniu paliwa gazowego, zamawiający wskazał, co następuje.

Zasady wykonywania działalności gospodarczej w zakresie energetyki regulowane są przepisami ustawy Prawo energetyczne i przepisy tej ustawy należy stosować klasyfikując

rodzaj wykonywanej działalności przez przedsiębiorstwo energetyczne. Wykonywanie działalności, na mocy ustawy, doznaje wielu ograniczeń: jest reglamentowane i wymaga koncesji. Stały nadzór nad działalnością energetyczną przedsiębiorstw sprawuje Prezes Urzędu Regulacji Energetyki. Argumenty odwołującego dotyczące przedmiotu działalności PGNiG S.A. wyinterpretowanego ze statutu spółki nie mają zastosowania w tym przypadku, gdyż wpisanie do statutu spółki, a następnie do rejestru przedsiębiorców określonej działalności, nie potwierdza jeszcze, że spółka taką działalność faktycznie wykonuje. W niektórych przypadkach wykonywanie określonej działalności może nastąpić dopiero po uzyskaniu stosownych zgód, koncesji, a czasem niemożliwe jest łączenie dwóch, czy trzech rodzajów działalności. Tak jest również w przypadku działalności polegającej na przesyłaniu paliw gazowych, bowiem stosownie do art. 32 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo energetyczne, wykonywanie tego rodzaju działalności wymaga uzyskania koncesji przez przedsiębiorcę.

Tymczasem z powszechnie dostępnej na stronie internetowej Urzędu Regulacji Energetyki Bazy przedsiębiorstw posiadających koncesje wynika, że PGNiG S.A. posiada koncesję w zakresie: obrotu energią elektryczną, obrotu gazem ziemnym z zagranicą, obrotu paliwami gazowymi, obrotu paliwami ciekłymi i wytwarzania energii elektrycznej. Powyższe informacje potwierdzają, że PGNiG S.A. nie posiada koncesji uprawniającej go do przesyłu paliw gazowych, stosownie do obowiązujących przepisów prawa, a zatem nie posiada uprawnień wykonywania przedmiotowej działalności. Dlatego też przesył paliw gazowych nie może być działalnością wykonywaną przez to przedsiębiorstwo, tym bardziej zaś nie może być działalnością kluczową tego przedsiębiorstwa.

Z informacji dostępnych na stronie internetowej PGNiG S.A. wynika, że jest to spółka zajmująca się poszukiwaniem i wydobywaniem gazu ziemnego oraz ropy naftowej, a także przez kluczowe spółki zależne, importem, magazynowaniem, sprzedażą i dystrybucją paliw gazowych i płynnych. Przy czym w 2007 r. zakończono proces rozdzielenia działalności handlowej od technicznej dystrybucji gazu - w efekcie obrót został w całości przejęty przez PGNiG S.A., natomiast za dystrybucję paliw gazowych odpowiedzialnych było sześć regionalnych spółek gazownictwa, które we wrześniu 2013 r. zostały skonsolidowane w Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. Zatem, już od 2007 r. PGNiG S.A. nie zajmuje się nawet dystrybucją paliw gazowych, która to działalność, wbrew twierdzeniom odwołującego, zgodnie z przepisami ustawy Prawo energetyczne jest różna od działalności polegającej na przesyłaniu gazu. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sugeruje, że przepisy definiujące pojęcie „przesyłu”, na które powołuje się zamawiający, zostały wprowadzone do ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem, pojęcia „przesył”, „obrot” czy „dystrybucja” nie są pojęciami nowymi na gruncie ustawy Prawa energetycznego. Przepisy te funkcjonują już od kilkunastu lat i wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne są zobowiązane

je respektować. Na gruncie tych pojęć zamawiający dokonał również kwalifikacji działalności prowadzonej przez PGNiG S.A.

Niezależnie od faktu nowelizacji ustawy Prawo energetyczne dokonanej ustawą z dnia 26 lipca 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw, zamawiający wskazał, że rozdział działalności polegającej na „przesyśle” od działalności polegającej na „dystrybucji”, czy „obrocie” na gruncie Prawa energetycznego, nie jest nowością w europejskim, czy krajowym systemie prawnym. Prawdą jest, że przepisy wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 17 października 2014 r. w istocie zostały wprowadzone nowelizacją ustawy Prawa energetycznego, opublikowaną 27 sierpnia 2013 r. Niemniej mają zastosowanie, jako przepisy bezwzględnie obowiązujące, do działalności przedsiębiorstw energetycznych od chwili ich wejścia w życie i nie tworzą *de facto* nowego stanu prawnego (np. w zakresie dotychczasowej definicji operatora systemu przesyłowego jako przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się przesyłaniem paliw gazowych). Stosownie do art. 4e¹ ustawy Prawo energetyczne przesyłem gazu ziemnego może zajmować się wyłącznie operator systemu przesyłowego, a jedynym operatorem na terenie Polski jest spółka ze 100% udziałem Skarbu Państwa, stosownie do art. 9k ustawy Prawo energetyczne, tj. Gaz System S.A. Jednocześnie wprowadzone przepisy ustawy Prawo energetyczne zakazują wykonywania działalności polegającej na przesyśle paliwa gazowego podmiotowi nie będącemu operatorem systemu przesyłowego (art. 56 ust. 1 pkt 24a ustawy Prawo energetyczne). Stosownie do art. 9d ust. 1 h ustawy Prawo energetyczne operator systemu przesyłowego nie może wykonywać działalności gospodarczej związanej z produkcją, wytwarzaniem lub obrotem paliwami gazowymi, ani jej wykonywać na podstawie umowy na rzecz innych przedsiębiorstw energetycznych. W tym miejscu ustawodawca wprowadził dla operatora systemu przesyłowego wyłącznie uprawnionego do świadczenia usług polegających na przesyśle paliw gazowych - zakaz prowadzenia działalności polegającej na produkcji czy obrocie paliwami gazowymi. Przepis ten jednak funkcjonuje w ustawie Prawo energetyczne już od 2010 r. Dotyczy on wprost przedsiębiorstwa PGNiG S.A., jako przedsiębiorstwa zajmującego się wytwarzaniem i obrotem paliwami gazowymi, zakazując mu jednocześnie prowadzenia działalności związanej z przesyłem paliw gazowych. Dalsze obostrzenia wynikają z art. 9d ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, który stanowi, że operator systemu przesyłowego pozostaje pod względem formy prawnej i organizacyjnej oraz podejmowania decyzji niezależny od wykonywania innych działalności niezwiązanych z:

1) przesyłaniem, dystrybucją lub magazynowaniem paliw gazowych, lub skraplaniem gazu ziemnego, lub regazyfikacją skroplonego gazu ziemnego w instalacjach skroplonego gazu ziemnego albo 2) przesyłaniem lub dystrybucją energii elektrycznej.

Wspomniana niezależność operatora jest wyjaśniona w dalszych przepisach ustawy i w praktyce jest monitorowana zarówno przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, jak również przez Komisję Europejską. Faktycznie dokonany podział działalności w przedsiębiorstwie PGNiG S.A. odpowiadał zmianom w ustawodawstwie zarówno europejskim jak i polskim.

Zamawiający wskazał, że wyżej wymienione przepisy ustawy Prawo energetyczne oparte zostały o przepisy Unii Europejskiej, w szczególności dyrektywę 2003/55/WE, jak również uchylającą ją Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającą dyrektywę 2003/55/WE. Wskazane wyżej dyrektywy przewidują rozdział własności, który należy rozumieć jako wyznaczenie właściciela sieci na operatora systemu i zachowanie jego niezależności od wszelkich interesów związanych z dostawami i produkcją, co ma służyć zapewnieniu bezpieczeństwa dostaw. Zgodnie z rezolucją Parlamentu Europejskiego z dnia 10 lipca 2007 r. państwa członkowskie powinny być zobowiązane do zapewnienia, aby te same podmioty nie były uprawnione do sprawowania kontroli nad przedsiębiorstwem produkującym lub dostarczającym gaz i jednocześnie do sprawowania kontroli lub wykonywania jakichkolwiek praw względem operatora systemu przesyłowego. Z drugiej strony sprawowanie kontroli nad systemem przesyłowym lub nad operatorem systemu przesyłowego powinno wykluczać możliwość sprawowania kontroli lub wykonywania jakichkolwiek praw względem przedsiębiorstwa produkującego lub dostarczającego gaz. Dlatego też, przedsiębiorstwa prowadzące jakąkolwiek działalność w zakresie produkcji lub dostaw nie mogą w żadnym przypadku sprawować bezpośrednio lub pośrednio kontroli, ani wykonywać jakichkolwiek praw względem wydzielonych operatorów systemów przesyłowych w państwie członkowskim (art. 9 ust. 12 Dyrektywy). Treść całego artykułu 9 Dyrektywy koncentruje się na rozdzieleniu działalności i uniemożliwieniu jakichkolwiek wpływów osób zajmujących się przesyłem gazu, będących operatorami systemu przesyłowego, od działalności związanej z dostawami gazu oraz jego produkcją. Z uwagi na powyższe niemożliwym jest prowadzenie przez PGNiG S.A. działalności gospodarczej polegającej na przesyłaniu gazu w sytuacji, gdy kluczową działalnością PGNiG S.A. jest wydobywanie gazu i obrót gazem.

Tym samym, stanowisko odwołującego, który próbuje wykazać, że zamawiający w sposób nieuprawniony dokonuje interpretacji pojęcia „przesyłu” na podstawie przepisów ustawy Prawo energetyczne, nie jest zasadne. Tym bardziej nie może ono znaleźć uzasadnienia biorąc pod uwagę, że w świetle przepisów ustawy Pzp, to zamawiający jest uprawniony do dokonywania wykładni opisów zawartych w SIWZ, jako ich autor.

Mając na uwadze powyższe rozważania, zamawiający uznał, że wdrożenia systemu Telexus zrealizowane dla potrzeb PGNiG S.A. są wykorzystywane w obszarze gazociągów

kopalnianych, a nie jego przesyłu. Tym samym, wykazane przez odwołującego oprogramowanie Telexus dla potrzeb PGNiG S.A. jest niezgodne z postawionym wymaganiem, aby wdrożenie zostało zrealizowane w oparciu o oprogramowanie, które jest eksploatowane przez przynajmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego.

Ponadto, wdrożenia systemu Telexus zrealizowane dla potrzeb PGNiG S.A. nie realizują pełnych funkcji systemu SCADA, tzn. telemetrii i telemechaniki, a jedynie są systemami telemetrycznymi, co jest sprzeczne z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamawiający nie dokonał ograniczenia wymagań do wskazanego zakresu funkcjonalności systemu SCADA w dokumentacji. W treści SIWZ jasno wskazano, że przedmiotem zamówienia jest pełna implementacja systemu SCADA, tzn.: realizacja funkcji telemetrycznych i telemechanicznych (w pkt 3.1 i pkt 3.4 Specyfikacji Technicznej Dostaw i usług, cz. II Umowy, Załącznik nr 1 do SIWZ). Tymczasem, zgodnie z wiedzą zamawiającego, system Telexus był implementowany jedynie jako system telemetryczny, co znajduje potwierdzenie w treści listów referencyjnych przedstawionych przez dostawcę tych rozwiązań, tj. Atrem S.A.

Zamawiający wskazał na poszczególne fragmenty tychże referencji, w celu potwierdzenia swojego stanowiska.

Jak wynika z treści referencji z dnia 29 października 2009 r. firma Atrem S.A. zrealizowała na zlecenie PGNiG S.A. w Zielonej Górze, którego przedmiotem było zadanie pod nazwą: „*Telemetria dla stacji gazowych, węzłów i mieszalni gazu*”.

Z kolei referencje z dnia 27 sierpnia 2011 r. wydane przez PGNiG S.A. w Sanoku potwierdzają, że firma Atrem S.A. wdrożyła oraz serwisuje w Oddziale w Sanoku system telemetrii i raportowania. Podobnie referencje z dnia 20 czerwca 2008 r. PGNiG S.A. Oddział w Sanoku potwierdzają, że firma Atrem S.A. prowadziła eksploatację oraz serwis pogwarancyjny systemu telemetrii i raportowania z punktów zdawczo - odbiorczych gazu do dyspozytorni głównej. Również w referencjach z dnia 26 września 2002 r., PGNiG S.A. Oddział w Sanoku potwierdziło, że Atrem Sp. z o.o. zrealizowała na jego rzecz system telemetrii (dowód: referencje z dnia 29 października 2009 r., referencje z dnia 27 sierpnia 2011 r., referencje z dnia 20 czerwca 2008 r., referencje z dnia 26 września 2002 r.) Powyższe dokumenty potwierdzają charakter oraz funkcjonalność wdrożonego oprogramowania.

Odnosząc się z kolei do stanowiska odwołującego zawartego w pkt Ad 2 „*Wdrożenie systemu Telexus w Gaz System S.A.*” w uzasadnieniu odwołania, zamawiający podniósł, co następuje.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty, argumentując, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał niezgodności

oprogramowania eksploatowanego obecnie w Gaz System S.A. z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zdaniem odwołującego, zamawiający również bezpodstawnie stwierdził, że wdrożone w Gaz System S.A. oprogramowanie służyło jedynie do kontrolowania procesów pomiarów parametrów fizycznych i chemicznych przesyłanego gazu, a ze względu na brak funkcjonalności w zakresie sterowania i kontroli, nie spełnia ono wymagań SIWZ. Odwołujący w swojej argumentacji podniósł, że pkt 3 Wymagań Ogólnych części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług stanowiące załącznik do SIWZ określał wymóg obecnej eksploatacji oprogramowania jedynie do podstawowych funkcjonalności. Ponadto, odwołujący wskazał, że różnice w numeracji oprogramowania Telexus, które stosuje odwołujący oraz firma Atrem, nie mają jakiegokolwiek wpływu na zgodność tego oprogramowania z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odpowiadając na stanowisko odwołującego oraz podniesione przez niego argumenty, zamawiający wyjaśnił treść oraz cel wymagań określonych w SIWZ.

Wymagany przez zamawiającego system SCADA (z języka angielskiego Supervisory Control And Data Acquisition) stanowi kompleks rozwiązań informatycznych (grupę programów informatycznych oraz sprzęt) służących do nadzorowania przebiegu procesów technologicznych lub produkcyjnych. Główne funkcje realizowane przez taki system to:

1) funkcje telemetryczne, polegające na zbieraniu i przekazywaniu na odległość danych pomiarowych oraz,

2) funkcje telemechaniczne, polegające na przekazywaniu na odległość informacji i poleceń umożliwiających sterowanie urządzeniami lub procesem technologicznym.

Wszystkie dane związane z realizacją tych funkcji podlegają procesom zbierania, wizualizacji i archiwizacji. Budowa takich systemów jest realizowana przy wykorzystaniu programów, potocznie nazywanych programami SCADA wdrażanymi w całości lub w wybranym zakresie. Programy te są traktowane jako narzędzia do budowania systemów SCADA, ale w zależności od danej branży posiadają różnorodne właściwości i są uzupełniane funkcjami specyficznymi dla danego obszaru zastosowania.

Możliwość wykorzystania danego oprogramowania typu SCADA w określonym obszarze techniki (nadzorowania określonego procesu technologicznego) nie wynika tylko z możliwości realizacji wyżej wymienionych głównych funkcji. Podstawowymi przesłankami określającymi możliwość wykorzystania danego systemu w określonej branży technicznej są następujące zagadnienia:

- przygotowania oprogramowania do obsługi instalacji o określonej wielkości i rozległości geograficznej,

- przygotowanie oprogramowania do odpowiedniego wizualizowania i interpretowania wyników pomiarów konkretnego przebiegu procesu technologicznego i występujących w nim zjawisk fizycznych,

- przygotowanie oprogramowania do obsługi typowych dla danej branży narzędzi analitycznych i planistycznych lub obsługi typowych procedur działania.

W uproszczeniu sprowadza się to do tego, że nie można implementować oprogramowania wykorzystywanego wcześniej np. do nadzoru oczyszczalni ścieków, do nadzoru elektrowni atomowej.

Informacje te, są powszechnie znane dostawcom systemów SCADA, a oferowane rozwiązania są dedykowane do określonych zastosowań - określonych branż technicznych.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający postawił w SIWZ następujące wymagania:

W pkt 9.3. SIWZ „9.3. *Oferta wstępna nie zawiera cen. Zgodnie z treścią ogłoszenia o namówieniu (pkt II. 1.5 Ogłoszenia o zamówieniu) oferta na modernizację Nadzrędnego Systemu Sterowania i Przetwarzania Danych - SCADA (Supervisory Control And Data Acquisition) (SCADA SGT) musi być wykonana w oparciu o oprogramowanie typu SCADA, przygotowane do przetwarzania co najmniej 100.000 (słownie: sto tysięcy) zmiennych procesowych, posiadające zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu.*”

Natomiast w pkt 3 Wymagań Ogólnych części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i usług, Załącznik nr 1 do SIWZ: „*Oprogramowanie musi być dostarczone w najnowszej stabilnej wersji. Musi być przygotowane od strony technicznej do przetwarzania co najmniej 100 000 (stu tysięcy) zmiennych procesowych. Udzielone licencje muszel umożliwiać obsługę co najmniej 40 000 (czterdziestu tysięcy) plennych procesowych oraz użytkowników w ilościach wymienionych w rozdziale 9.1. W zakresie realizacji podstawowych funkcjonalności oprogramowania SCADA Zamawiający nie dopuszcza wykorzystania Systemu (dotyczy wszystkich modułów i funkcjonalności związanych z kolekcjonowaniem danych, wizualizacją, archiwizacją) w wersji proponowanej przez Dostawcę do wdrożenia, który nie jest obecnie eksploatowana przez przynajmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalności polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5MPa.*”

Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego, dołożył należytej staranności, analizując oferty złożone w postępowaniu, ostatecznie stwierdzając o niezgodności oferty odwołującego z wymaganiami SIWZ.

Po pierwsze, zamawiający wskazał, że nie jest prawdą, jakoby różnice w numeracji oprogramowania nie mają żadnego znaczenia dla oceny zgodności, bądź niezgodności oferowanego oprogramowania z wymaganiami zamawiającego. Podniósł, iż oferowane oprogramowanie Telexus wersja 5 nie spełnia warunków określonych w SIWZ, z tego względu, że w dotychczasowych zastosowaniach zostały sprawdzone inne, niż oferowana

wersje oprogramowania. Wdrożenia dokonane w PGNIG S.A. obejmują: Telexus wersja 3.9.4.7 lub Telexus wersja 4.0.2.0, lub Telexus wersja 4.5.

Z kolei wdrożenie w Gaz System S.A. obejmuje wersję 2.0.5.6, a wdrożenie w Europol Gaz S.A. obejmuje wersję 2.0.5.25.

Oferta złożona w oparciu o oprogramowanie Telexus wersja 5 nie spełnia wymagania, aby oferowane oprogramowanie posiadało „*sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu*”.

Zamawiający pozyskał informację o wykorzystaniu starszych wersji oprogramowania Telexus na podstawie dokumentów przedstawionych przez Atrem S.A. złożonych w tym postępowaniu, tj. na podstawie wykazu wykonanych głównych usług w zakresie wdrożenia/instalacji systemów SCADA. Ponadto, informacje takie zamawiający uzyskał również z korespondencji prowadzonej z Gaz System S.A. dołączonej do odpowiedzi na odwołanie.

Z kolei odnosząc się do twierdzenia odwołującego, jakoby zamawiający niezasadnie uznał, że oferowane oprogramowanie nie zapewnia wymaganych funkcjonalności, zamawiający podniósł, co następuje.

Wdrożenie systemu Telexus zrealizowane dla potrzeb Europol Gaz S.A. i Gaz System S.A. wykorzystywane są do kontrolowania stacji pomiarów gazu, co nie jest tożsame z przesyłem gazu. W związku z powyższym, oferta złożona w oparciu o oprogramowanie Telexus nie spełnia wymagania, aby oferowane oprogramowanie posiadało „*sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu*”.

Wskazał, że pomiary gazu są realizowane w wydzielonych instalacjach stanowiących punkty wejścia lub wyjścia do/z instalacji przesyłowych. W instalacjach tych są wykonywane pomiary strumienia gazu oraz jego parametrów fizycznych i chemicznych. Systemy tego typu nie nadzorują wszystkich procesów (zjawisk fizycznych) realizowanych przy przesyłach gazu na duże odległości, tzn. procesów związanych z sprężaniem gazu i transportem dalekosiężnymi rurociągami wysokiego ciśnienia.

Informację, że system Telexus został wykorzystany do nadzorowania pomiarowni, a nie instalacji przesyłowej, zamawiający pozyskał z dokumentów przedstawionych przez Atrem S.A., dostawcę i twórcę tych rozwiązań, tj. wykaz wykonanych głównych usług w zakresie wdrożenia/instalacji systemów SCADA (dowód: wykaz posiadanych narzędzi Atrem S.A.).

Zamawiający wskazał, że dochował należytej staranności przy dokonywaniu oceny ofert złożonych w postępowaniu, zgodnie z art. 355 k.c. Przede wszystkim, w chwili powzięcia wątpliwości dotyczących wykazanego w ofercie odwołującego oprogramowania

Telexus, zamawiający rozpoczął procedurę, mającą na celu wyjaśnienie wątpliwości. W tym również celu, zwrócił się na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do odwołującego w dniu 04.09.2014 r. (pismo znak DTM/KSZ/4335/2014) oraz w dniu 18.09.2014 r. (pismo znak 4585/2014) z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości dotyczących wskazanego oprogramowania Telexus. Na podstawie tychże wyjaśnień, zamawiający powziął wiadomość o lokalizacjach, w których wdrożone miało być oprogramowanie Telexus w wersji 5. Zamawiający miał pełne prawo zwrócić się zarówno do PGNiG S.A. oraz Gaz System S.A. z prośbą o podanie dokładnych informacji dotyczących wykazanego przez odwołującego oprogramowania, jak wskazuje się w doktrynie oraz w orzecznictwie, zamawiający dokonuje głównie oceny ofert na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawców w postępowaniu, jednakże, w przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty, nic nie stoi na przeszkodzie, aby mógł on poczynić samodzielne starania w celu pozyskania dodatkowych informacji, pozwalających na rzetelną ocenę oferty. W szczególności takie uprawnienie przyznaje zamawiającemu art. 355 k.c., który zobowiązuje zamawiającego, jako gospodarza postępowania, do jego prowadzenia w sposób należyty (wyrok z dnia 8 stycznia 2013 r., KIO 2817/12 - w sprawie obowiązku ustalenia, czy w ofercie nie podano nieprawdziwych informacji i konieczności wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania).

Zamawiający nie podjął w postępowaniu czynności wykluczenia odwołującego ze względu na nieprawdziwe informacje, jednakże zebrane oraz zweryfikowane przez zamawiającego informacje jednoznacznie wykazały, że zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ.

Zdaniem zamawiającego, podjął on wszystkie czynności niezbędne oraz wymagane przepisami prawa, które miały na celu zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania w postępowaniu. Zamawiający podjął w stosunku do odwołującego procedurę wyjaśniającą na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, pomimo, że literalna treść tego przepisu nie zobowiązuje zamawiających do kierowania wniosków o wyjaśnienie treści oferty. Natomiast art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zdecydowanie przewiduje obowiązek zamawiającego do odrzucenia oferty, która jest niezgodna z SIWZ. Wyrok Izby z dnia 3 września 2013 r., KIO 2007/13 wskazujący na stosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższy wyrok, zamawiający wskazał, że podjął wszelkie konieczne czynności zgodnie z obowiązującym stanem prawnym.

Jednocześnie, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie jednoznacznych przesłanek popartych dowodami: korespondencją prowadzoną z PGNiG S.A., Gaz System S.A., czy dokumenty złożone przez: firmę Atrem S.A. Tymczasem, odwołujący w odwołaniu podważa czynności zamawiającego, zarzucając naruszenie przepisów ustawy Pzp, jednakże nie przedstawiając

w tym celu żadnych dowodów. Odwołanie opiera się zatem jedynie na twierdzeniach odwołującego, jakoby jego oferta w rzeczywistości odpowiadała wymaganiom SIWZ. Nie można jednak w treści odwołania znaleźć żadnego dowodu, który potwierdzał podnoszone przez niego tezy.

W tym miejscu zamawiający wskazał, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, to wykonawca na etapie składania ofert jest zobowiązany do wykazania, iż jego oferta jest zgodna z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, z kolei w postępowaniu odwoławczym, również na odwołującym ciąży obowiązek dowodowy, jako na tym podmiocie, który z wniesionego odwołania wywodzi dla siebie skutki prawne. Zdaniem zamawiającego, odwołujący, jako ten, który podważa czynność polegającą na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, winien przedstawić stosowne dowody potwierdzające bezzasadność stanowiska zamawiającego. Tymczasem, odwołujący takich dowodów nie przedstawił, a jedynie wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, co może jedynie świadczyć o zamiarze przedłużenia postępowania odwoławczego. Dochowując należytej staranności, zgodnie z treścią art. 355 k.c. oraz mając na uwadze kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego, odwołujący winien najpierw, podjąć starania w zakresie przygotowania stosownych dowodów - wyrok z dnia 10 lipca 2013 r., KIO 1436/13.

Z powyższych względów, stanowisko odwołującego należy uznać za nieuzasadnione, jak również niepoparte żadnymi dowodami.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że dochował należytej staranności w tym zakresie i przygotował ekspertyzę, której przedmiotem jest prawidłowość oceny oferty wstępnej odwołującego i prawidłowość jej odrzucenia. Wskazana ekspertyza potwierdza stanowisko zamawiającego w zakresie oceny czynności podjętych w stosunku do odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd, zamawiający wniósł o dopuszczenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp w charakterze dowodu z dokumentu prywatnego.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wstępnych wykonawców: konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte Und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie mimo, że oferty tychże wykonawców nie odpowiadają wymaganiom SIWZ, zamawiający podniósł, co następuje.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że o niezgodności ofert innych uczestników postępowania świadczy brak modułu pomocy w języku polskim. Zamawiający zauważył, że system pomocy jest formą podręcznika użytkownika stanowiącą część dostarczanego oprogramowania (aplikacji). Zamawiający w wyjaśnieniach skierowanych do

uczestników postępowania, w tym do odwołującego (pismo DTM/KSZ/4039/2014 z 18.08.2014 r.) zaprezentował następujące stanowisko:

„Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający dopuszcza na potrzeby złożenia oferty wstępnej dostarczenia standardowej dokumentacji w języku polskim lub angielskim. W związku z powyższym, Zamawiający modyfikuje punkt 9.13 SIWZ w ten sposób, że otrzymuje on brzmienie: „9.13 Oferta i wszystkie załączone dokumenty oraz oświadczenia wymienione w niniejszej SIWZ, muszą być sporządzone w języku polskim. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Zamawiający dopuszcza dostarczenie wraz z ofertą wstępną podręczników użytkownika modułów proponowanych aplikacji, o których mowa w pkt 9.4.4. SIWZ w języku angielskim, bez konieczności dołączania tłumaczenia na język polski.”

Wobec powyższego zarówno zarzut, jak i żądanie odwołującego w tym zakresie są bezzasadne, skoro zamawiający na etapie oferty wstępnej dopuścił dostarczenie wraz z ofertą wstępną podręczników użytkownika modułów proponowanych aplikacji w języku angielskim, bez konieczności dołączania tłumaczenia na język polski.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zamawiający podniósł, że zarzut został sformułowany w sposób nieprawidłowy. Zdaniem zamawiającego, art. 7 ust. 1 Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy prawnej zarzutu. Niewątpliwie wskazany przepis statuuje zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakimi są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zgodnie z teorią prawa, zasady, min. ujęta w art. 7 ust. 1 Pzp, wyrażają pewne standardy i wartości, które mogą być spełnione w większym lub mniejszym stopniu, natomiast nie można ich naruszyć w taki sposób, w jaki dochodzi do naruszenia przepisów zawierających reguły. W związku z powyższym, nie jest możliwe wykazanie naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, bez dokładnego określenia reguł, których niezachowanie przez zamawiającego doprowadziło do zachwiania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu (wyrok z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 85/14).

Zamawiający załączył do pisma dowody w sprawie: korespondencję z PGNiG S.A. i z Gaz System S.A., wykaz posiadanych narzędzi Atrem S.A., referencje z: 29 października 2009 r., 27 sierpnia 2011 r., 20 czerwca 2008 r., 26 września 2002 r.), ekspertyzę, której przedmiotem jest prawidłowość oceny oferty wstępnej odwołującego i zasadność jej odrzucenia.

III. W pisemnym stanowisku przedstawionym na rozprawie, wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego - konsorcjum: PSI Polska sp. z o.o. z siedzibą

w Poznaniu i PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie, Berlin, odnośnie zarzutów odwołania, wskazał.

A. Zarzut nieodrzczenia oferty wstępnej konsorcjum PSI Polska sp. z o.o. oraz PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że oferowany przez przystępującego system nie jest sporządzony w języku polskim, a tym samym żadne wersje systemu w języku polskim nie są obecnie eksploatowane. Odwołujący powołał się przy tym na pkt 5.14.2 załącznika do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i usług - pkt 5 Wymagania funkcjonalne - ppkt 5.14., stanowiący, że „*System pomocy musi być w języku polskim*”. W odpowiedzi na powyższy zarzut przystępujący wskazał, że wymagania dotyczące języka polskiego odnoszą się wyłącznie do systemu, jaki ma być wdrożony w spółce EuRoPol GAZ, a nie systemów, które w chwili obecnej funkcjonują u innych podmiotów. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał, że oferowany system musi być eksploatowany w innym przedsiębiorstwie w języku polskim. Gdyby zamawiający warunek taki stawiał to z pewnością wyartykułowałby go w treści SIWZ. *A contrario* brak takiego opisu świadczy o braku takiego wymogu. Na marginesie wskazał jedynie, że zawarcie w SIWZ warunku aby system już funkcjonował u innego podmiotu w języku polskim stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i z pewnością zostałoby oprotestowane przez wykonawców.

Dodatkowo wskazał, że stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie również w kontekście odpowiedzi co do treści SIWZ udzielonej przez zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2014 r. W odpowiedzi na pytanie nr 14, zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazał, że „*dopuszcza na potrzeby złożenia oferty wstępnej dostarczenia standardowej dokumentacji w języku polskim lub angielskim*” (dowód: pismo zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2014 r., DTM/KSZ/4041/2014 w aktach sprawy).

Podsumowując wskazał, że oferta konsorcjum została złożona w sposób odpowiadający postanowieniom SIWZ. Ponadto zauważył, że na potrzeby tego postępowania nie było konieczne wykazanie, iż w chwili obecnej w innym przedsiębiorstwie funkcjonuje system przystępującego w polskiej wersji językowej.

B. Wdrożenie systemu Telexus przez odwołującego.

Zgodnie z treścią załącznika do SIWZ część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług - pkt 3 Wymagania Ogólne, wykonawca zobowiązany był do wykazania, że oferowany w postępowaniu system funkcjonuje już w innym przedsiębiorstwie w identycznej wersji.

Odwołujący nie wykazał, że oferowany system rzeczywiście został wdrożony w innym przedsiębiorstwie. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że nadawany numer ma jedynie charakter informacyjny i nadawany jest wedle jego uznania. W opinii przystępującego

twierdzenie to nie jest wystarczające do wykazania, że oferowany w postępowaniu system jest eksploatowany w przynajmniej jednym przedsiębiorstwie, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 mPa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba uznała, że wykonawcy: wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - PSI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie z siedzibą w Berlinie oraz wykonawca Schneider Electric Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wobec spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, zwanymi w uzasadnieniu przystępującymi (A i B).

Izba ustaliła.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.1.5) wymagania: *„Modernizacja ma zostać wykonana w oparciu o dostarczone przez Wykonawcę oprogramowanie typu SCADA, do którego posiada on prawa własności intelektualnej. Oprogramowanie musi być przygotowane do przetwarzania co najmniej 100 000 zmiennych procesowych oraz posiadać zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu.”*

Opis powtórzył w SIWZ w rozdziale „9. Opis sposobu przygotowania oferty wstępnej”, w pkt 9.3 wskazał: *„Oferta wstępna nie zawiera cen. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.1.5 Ogłoszenia o zamówieniu) oferta na modernizację Nadzrędnego Systemu Sterowania i Przetwarzania Danych - SCADA (Supervisory Control and Data Acquisition) (SCADA SGT) musi być wykonana w oparciu o oprogramowanie typu SCADA, przygotowane do przetwarzania co najmniej 100 000 (słownie: stu tysięcy) zmiennych procesowych, posiadające zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu.”*

W pkt 9.13 wymagał złożenia oferty i wszystkich załączonych dokumentów oraz oświadczeń wymienionych w SIWZ, sporządzonych w języku polskim. Dokumenty sporządzone w języku obcym musiały być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

W załączniku nr 1 do SIWZ - Wzór umowy, w Części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, w pkt „3. Wymagania ogólne” wskazał, że *„W zakresie realizacji podstawowych funkcjonalności oprogramowania SCADA Zamawiający nie dopuszcza wykorzystania Systemu (dotyczy wszystkich modułów i funkcjonalności związanych z kolekcjonowaniem danych, wizualizacją, archiwizacją) w wersji proponowanej przez Dostawcę do wdrożenia, który nie jest obecnie eksploatowany przez przynajmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa.”*

W tej samej części załącznika w pkt „5. Wymagania funkcjonalne”, zamawiający wskazał w ppkt „5.14. System pomocy”, w ppkt „5.14.2. System pomocy musi być w języku polskim.”

W wyjaśnieniach skierowanych do uczestników postępowania, w tym do odwołującego (pismo DTM/KSZ/4039/2014 z 18.08.2014 r.) zamawiający zmienił wymagania udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców: *„Zamawiający dopuszcza na potrzeby złożenia oferty wstępnej dostarczenia standardowej dokumentacji w języku polskim lub angielskim. W związku z powyższym, Zamawiający modyfikuje punkt 9.13 SIWZ w ten sposób, że otrzymuje on brzmienie: „9.13 Oferta i wszystkie załączone dokumenty oraz oświadczenia wymienione w niniejszej SIWZ, muszą być sporządzone w języku polskim. Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Zamawiający dopuszcza dostarczenie wraz z ofertą wstępną podręczników użytkownika modułów proponowanych aplikacji, o których mowa w pkt 9.4.4. SIWZ w języku angielskim, bez konieczności dołączania tłumaczenia na język polski.”*

Odwołujący przedstawił w ofercie wstępnej modernizację w oparciu o dostarczone przez wykonawcę oprogramowanie Telexus w wersji 5, jako oprogramowanie posiadające zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu.

W wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, odwołujący wyjaśnił (pisma z dni 9 i 23 września 2014 r.), że zaproponowany system Telexus wersja 5 jest obecnie eksploatowany w więcej niż jednym przedsiębiorstwie, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa - zgodnie z pkt 3 Wymagania Ogólne Części II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług Wzoru Umowy, stanowiącego Załącznik Nr 1 do SIWZ, wskazując 2 przedsiębiorstwa, tj. PGNiG i GAZ System S.A.

Zamawiający, po dokonaniu czynności sprawdzających (korespondencja z PGNiG S.A., Gaz System S.A. i ATREM S.A.), uznał, że żadne ze wskazanych dwóch przedsiębiorstw nie spełnia łącznie wymagań - działalności kluczowej polegającej na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa, w obecnej eksploatacji Systemu (wszystkich modułów i funkcjonalności związanych z kolekcjonowaniem danych, wizualizacją, archiwizacją).

PGNiG S.A. nie spełnia warunku postawionego w SIWZ, bo jego kluczowa działalność polega na obrocie gazem, obrocie energią elektryczną, wytwarzaniu energii elektrycznej i na potrzeby takiej działalności posiada stosowne koncesje. Przesyłanie gazu ziemnego może zajmować się wyłącznie operator systemu przesyłowego (art. 4e¹ Prawa energetycznego), który nie może wykonywać działalności związanej z obrotem paliwami gazowymi (art. 9d ust. 1h ustawy Prawo energetyczne). Rozdzielenie działalności polegającej na obrocie i przesyłaniu wynika z prawa europejskiego - art. 9 ust. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z 13.07.2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego, uchylającej Dyrektywę 2003/55/WE - przedsiębiorstwa prowadzące jakąkolwiek działalność w zakresie produkcji lub dostaw nie mogą w żadnym wypadku sprawować bezpośredniej lub pośredniej kontroli ani wykonywać jakichkolwiek praw względem wydzielonych operatorów systemów przesyłowych. Zgodnie z Prawem energetycznym PGNiG S.A. nie ma prawa prowadzenia działalności polegającej na przesyłaniu gazu ziemnego, zatem działalność polegająca na przesyłaniu gazu nie może być kluczową działalnością PGNiG S.A.

W przypadku drugiego przedsiębiorstwa, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu gazu, tj. Gaz System S.A., zamawiający ustalił, że w centrali w Warszawie nie jest eksploatowane oprogramowanie Telexus, wbrew oświadczeniu odwołującego. Obecnie spółka ta używa jednej instalacji Telexus, bardzo starej wersji, w punkcie przyłączeniowym Lwówek, służącej jedynie do kontrolowania procesów pomiarów parametrów fizycznych i chemicznych przesyłanego gazu. Zamawiający stwierdził, że nie można uznać, że system ten został sprawdzony, przetestowany i jest używany obecnie do sterowania i kontroli procesów przesyłu gazu. Instalacja ta była wdrożona przez firmę ATREM, a system eksploatowany jest w wersji 2.0.5.6. Na podstawie uzyskanych wyjaśnień, system Telexus w wersji 5 wskazany w ofercie wstępnej odwołującego, nie został wdrożony i nie jest eksploatowany w żadnym przedsiębiorstwie, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa.

Zamawiający uznał, że treść wstępnej oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pismo z dnia 17 października 2014 r.).

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie.

Odwołujący wykazał spełnienie przesłanki materialno-prawnej, określonej w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniającej do wniesienia odwołania.

Po rozpoznaniu odwołania w granicach przedstawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), z uwzględnieniem postępowania dowodowego przeprowadzonego z zachowaniem zasady kontradyktoryjności (art. 190 ust. 1 Pzp), Izba oddaliła odwołanie wobec nieudowodnienia, że podniesione w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiającego, naruszają przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniu (*a' contrario* wobec treści przepisu art. 192 ust. 2 Pzp).

I. Odrzucenie oferty wstępnej odwołującego i zaniechanie odrzucenia ofert wstępnych przystępujących A i B - naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp - zarzuty sformułowane w odwołaniu.

Przywołany w odwołaniu przepis art. 57 ust. 2 Pzp, mający zastosowanie do postępowań prowadzonych w trybie negocjacji z ogłoszeniem stanowi: *zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Przepisy art. 82-84, art. 89 ust. 1 pkt 1-3, 5 i 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 i ust. 2-4 stosuje się odpowiednio.*

Przepis art. 58 ust. 1 Pzp stanowi: *zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu zamawiający (...).*

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany - *odrzuć ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, z którego wynika, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Przepis art. 87. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert - ze względu na wagę przepisu przyjmuje się w orzecznictwie, że

mimo, iż przepis „nie stanowi obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jednak pozwala zamawiającemu uzyskać absolutną pewność w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia” (przywołany przez zamawiającego m.in. wyrok KIO z 29.03.2011 r., sygn. akt KIO 528/11).

Zaoferowany system nie spełniał wymagań zamawiającego i brak ten nie stanowił innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty - podlegającej obligatoryjnemu poprawieniu i uzyskaniu akceptacji wykonawcy. Zatem, zamawiający słusznie zastosował tryb wyjaśniania treści oferty przed jej odrzuceniem, wzywając odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień, aczkolwiek pominięcie tego trybu nie stanowiłoby podstawy zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Mimo obszernych lecz jednoznacznych pytań, wyjaśnienia odwołującego ograniczały się do niemal komunikatów (z dnia 9 września 2014 r.) oraz nieuzasadnionego w takich przypadkach kwestionowania uprawnień zamawiającego - co do możliwości żądania wyjaśnień, zakresu pytań wykraczających poza treść ustawy i SIWZ, braku uzasadnienia wątpliwości zamawiającego, uznania pytań za bezpodstawne rozszerzenie SIWZ, odmowa udzielenia wyjaśnienia (od kiedy oprogramowanie jest eksploatowane przy wskazaniu eksploatacji w oddziałach PGNiG S.A. - Zielona Góra i Sanok, a w przypadku GAZ System S.A. w centrali firmy w Warszawie), przy tym głośłowne podkreślenie, że oferta odwołującego w zakresie pytania, w całości spełnia wymagania SIWZ (z dnia 23 września 2014 r.).

Kwestionując uprawnienia zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień oraz ograniczając wyjaśnienia na etapie badania ofert wstępnych (ustalania merytorycznego zakresu ofert pod kątem zgodności ich treści z treścią SIWZ, ze skutkiem zaproszenia wykonawcy do negocjacji lub odrzucenia oferty - art. 58 ust. 1 Pzp), odwołujący przedstawił w odwołaniu wnioski prowadzące się do przeniesienia dowodzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ i odpowiednio niezgodności treści ofert przystępujących z treścią SIWZ, na etap postępowania odwoławczego przez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, w szczególności z dziedziny systemów SCADA, dokumentacji przetargowej oraz załączonych dokumentów, w szczególności wyciągu z raportu UOKiK, statutu PGNiG S.A., odpisu z KRS dotyczącego PGNiG S.A.

- celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności, w szczególności na okoliczność spełniania przez ofertę wstępną odwołującego wymogów SIWZ, w tym zawartych w pkt 9.3 w Rozdziale 9 SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty wstępnej oraz w załączniku do SIWZ, część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, pkt 3 - Wymagania Ogólne, niespełniania przez oferty wstępne wykonawców -

konsorcjum: PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu i Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz firmy Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie - wymogu określonego w załączniku nr 1 do SIWZ, Część II Umowy - Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, pkt 3 - Wymagania Ogólne w zw. z pkt 5 Wymagania funkcjonalne - ppkt 5.14.2.

Dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z regulaminem postępowania w sprawie rozpoznania odwołań, stanowi akta sprawy odwoławczej, bez potrzeby zgłaszania wniosku w tej sprawie. Załączone do odwołania dokumenty - wyciąg z raportu UOKiK, statut PGNiG S.A., odpis z KRS PGNiG S.A., zostały ocenione w postępowaniu dowodowym.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, gdyż co do zasady, ustalenie okoliczności spełniania przez ofertę wstępną odwołującego i nie spełniania przez oferty przystępujących, wymagań zamawiającego, należy do czynności zamawiającego na etapie badania ofert i dalszej klasyfikacji wykonawców, której celem jest zaproszenie do negocjacji. Na etapie postępowania odwoławczego oceniane są czynności zamawiającego, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy lub zaniechania w tym zakresie, wskazane w odwołaniu - jako zgodne lub niezgodne z przepisami ustawy (przepis art. 180 ust. 1 Pzp wyznaczający granice odwołania). Dowód z opinii biegłego przeprowadzany jest, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (art. 190 ust. 4 pzp). Jeżeli fakty będące przedmiotem dowodu zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów (art. 190 ust. 6 Pzp).

Okoliczności odrzucenia oferty zostały dowiedzione w postępowaniu innymi dowodami, dowód z opinii biegłego byłby niezasadnym przedłużeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

A. Wdrożenie systemu Telexus w PGNiG S.A.

Wyciąg z raportu UOKiK, załącznik nr 3 do raportu, jest poradnikiem dla konsumentów w zakresie rynku gazu. Podniesione na rozprawie, jako istotne, opisy zamieszczone na str. 1 i 3 załącznika, wskazujące:

- w pierwszym przypadku na istotne dla odbiorców gazu rozróżnienie dwóch rodzajów działalności prowadzonej przez przedsiębiorstwa energetyczne zajmujące się dostarczaniem gazu, to jest sprzedaży gazu i jego dystrybucji oraz wyjaśnienie odbiorcom, że dystrybucja oznacza fizyczne dostarczenie - przesłanie, transport gazu odbiorcom za pomocą sieci gazowej doprowadzonej do ich mieszkań;

- w drugim przypadku wyszczególnienie elementów, jakie powinna zawierać umowa o świadczenie usług dystrybucji gazu, w szczególności ilość przesyłanego gazu w podziale na okresy umowne;

w istocie miały stanowić potwierdzenie stanowiska odwołującego, co do zamiennego stosowania pojęć: -przesyłanie gazu do punktu dystrybucyjnego, -transport gazu.

W zakresie przedstawionej Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców (KRS: 0000059492, stan na dzień 31.10.2014 r.), we wskazanym przez odwołującego Dziale 3, Rubryka 1 - Przedmiot działalności, w pozycji 19, spośród 106 pozycji rodzajów działalności PGNiG S.A., zamieszczono opis: 49, 50, A, Transport rurociągami paliw gazowych. W ocenie odwołującego miało to oznaczać, że skoro PGNiG S.A., prowadzi transport rurociągami paliw gazowych, to należy rozumieć, że prowadzi również przesył gazu.

Wskazana w statucie PGNiG S.A. treść § 6 *„Spółka prowadzi działalność produkcyjną, usługową i handlową”* z wyszczególnionymi 106 pozycjami, treść pkt 19 *„transport rurociągami paliw gazowych”* literalnie odpowiada treści wpisu w pozycji 19 w Dziale 3, Rubryka 1 - Przedmiot działalności, KRS.

Powołując się w odwołaniu na przepis art. 304 § 1 pkt 2 k.s.h. wskazujący, że przedmiot działalności spółki akcyjnej określa jej statut i stwierdzając, iż zgodnie z aktualną treścią statutu PGNiG S.A., statutową działalnością Spółki jest m.in. produkcja i wydobywanie (górnictwo) gazu ziemnego oraz transport rurociągami paliw gazowych, odwołujący przyznał, że transport rurociągami paliw gazowych, jest działalnością PGNiG S.A. prowadzoną m.in., co oznacza, że jedną z wielu. Potwierdzeniem powyższego jest także przyznanie na rozprawie, że pod pojęciem działalności kluczowej odwołujący rozumie działalność istotną dla Spółki, a nie podstawową.

Odnosnie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 640) - Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej w postanowieniu z dnia 29 maja 2014 r., sygn. akt II Ca 205/14, dotyczącym obciążenia służebnościami wskazał, że: *„Po pierwsze, ów akt prawny został wydany na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, a jego znaczenie oraz zakres powinien być pod tym kątem badany. Rozchodzi się zatem o administracyjno-prawne kwestie i o proces budowlany szeroko pojęty. Po drugie, z § 1 ust. 1 owego aktu wynika, że przepisy rozporządzenia stosuje się przy projektowaniu, budowie, przebudowie sieci gazowej służącej do transportu gazu ziemnego.”* Przepisy rozporządzenia nie mogą przesądzać o istocie sporu, skoro pojęcia *„przesył”, „transport”* związane są z pracami budowlanymi, a nie z usługą wynikającą z Prawa energetycznego.

W zakresie wdrożenia systemu Telexus PGNiG S.A., odwołujący nie posłużył się innymi dowodami.

B. W zakresie wdrożenia systemu Telexus w GAZ System S.A. odwołujący złożył na rozprawie oświadczenie firmy ATREM S.A. z dnia 12 listopada 2014 r., z którego wynika m.in., że system Telexus wdrożony w GAZ System S.A. przez tę firmę obecnie jest eksploatowany w Węźle Rozdzielczo-Pomiarowym Lwówek. Oprogramowanie Telexus 5 jest oprogramowaniem modułowym o indywidualnie ustalonym zakresie funkcjonalności dla każdej implementacji. Oznaczenie numeracji wersji i implementacji systemu Telexus stosowane przez firmę ATREM nie jest tożsame z oznaczeniami stosowanymi przez odwołującego. Firmy ustaliły, że implementowane przez odwołującego systemy z wykorzystaniem systemu Telexus będą oznaczane jako wersja 5. Wersja systemu Telexus zaoferowana przez odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego jest w zakresie podstawowych funkcjonalności tożsama z wersją zaimplementowaną przez ATREM w GAZ System.

Pomijając fakt, że oświadczenie to zostało wydane dla potrzeb postępowania odwoławczego, różni się ono od treści pisma tej firmy z dnia 16 września 2014 r. oraz treści pisma GAZ System S.A. z dnia 3 października 2014 r. (oba pisma stanowią odpowiedzi na pytania zamawiającego), a przede wszystkim pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami odwołującego złożonymi w piśmie z dnia 9 września 2014 r. - na pytanie zamawiającego (pismo z dnia 4 września 2014 r.) „1. Czy zaproponowana przez Mikronikę w ofercie wstępnej wersja oprogramowania Telexus 5 jest eksploatowana w przynajmniej jednym przedsiębiorstwie (...)”, odwołujący udzielił wyjaśnień stanowiących uzupełnienie oferty, że „Oferowana przez nas wersja oprogramowania Telexus 5 jest eksploatowana w więcej niż jednym przedsiębiorstwie (...). Oprogramowanie to zostało wdrożone m.in. w firmie GAZ SYSTEM S.A. i Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.”

Obecnej eksploatacji oprogramowania Telexus w wersji 5 (wymaganej w SIWZ) nie potwierdziły w toku badania ofert wstępnych - PGNiG S.A. (pismo z dnia 9 października 2014 r. - w Zielonej Górze i w Sanoku nie jest eksploatowane oprogramowanie Telexus w wersji 5), GAZ System S.A. (pismo z dnia 3 października 2014 r. - *Instalacja systemu Telexus jest w wersji 2.0.5.6 z modyfikacjami*), ATREM S.A. (pismo z dnia 16 września 2014 r. - *Najnowszą wersją oprogramowania Telexus dostępną w sprzedaży jest wersja 4.29.0.0.*). W oświadczeniu złożonym przez odwołującego na rozprawie firma ATREM S.A. też nie potwierdza aktualnej eksploatacji oprogramowania Telexus w wersji 5, oświadczając jedynie, że wersja systemu Telexus zaoferowana przez odwołującego jest w zakresie podstawowych funkcjonalności tożsama z wersją systemu Telexus zaimplementowaną przez ATREM w GAZ System S.A.

Reasumując, argumentacja odwołującego, że zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, iż pojęcie „przesyłu paliwa gazowego” ogranicza się do rozumienia tego pojęcia w sposób zdefiniowany w ustawie Prawo energetyczne, a SIWZ nie zawiera odesłania, w szczególności w zakresie pojęcia „przesyłu paliwa gazowego” oraz „działalności polegającej na przesyłaniu paliwa gazowego” i pojęcia te zostały użyte w rozumieniu ustawy Prawo energetyczne, z wyłączeniem nie tylko ich literalnego, powszechnego znaczenia, ale przede wszystkim z wyłączeniem innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie znajduje uzasadnienia.

Nie jest uzasadnione stanowisko, by w toku badania ofert wstępnych zamawiający nie mógł posłużyć się pojęciami zdefiniowanymi w akcie prawnym Prawo energetyczne właściwym dla danej działalności, obowiązującym w dacie podejmowanych czynności (art. 4e¹, jak i art. 9d ust. 1h).

Przepis art. 3 pkt 4a ustawy Prawo energetyczne stanowi, że „przesyłanie - transport:” oznacza - „paliw gazowych oraz energii elektrycznej sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczenia do sieci dystrybucyjnych lub odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci przesyłowych”, a pkt 11a „sieć przesyłowa” oznacza - „sieć gazową wysokich ciśnień, z wyłączeniem gazociągów kopalnianych i bezpośrednich, albo sieć elektroenergetyczną najwyższych lub wysokich napięć, za której ruch sieciowy jest odpowiedzialny operator systemu przesyłowego.”

Zatem, przesył może odbywać się wyłącznie sieciami przesyłowymi, tj. sieciami gazowymi wysokich ciśnień, z wyłączeniem gazociągów kopalnianych i bezpośrednich, za których ruch sieciowy jest odpowiedzialny operator systemu przesyłowego.

Ustalenia, wynikające z analizy statutu spółki PGNiG S.A. i jej statutowej działalności - produkcja i wydobywanie (górnictwo) gazu ziemnego oraz transport rurociągami paliw gazowych z punktu wydobywania do innych elementów systemu gazowego, a także ustalenia na podstawie PKD - Transport rurociągami paliw gazowych, odpowiednio w KRS pkt 19, nie zmienia właściwej klasyfikacji zamawiającego, że nie jest to przesył w rozumieniu treści przedstawionej w SIWZ. Szczególnie, gdy kluczowa działalność spółki określona jest także w ogólnodostępnym opisie działalności jako działalność - obrót gazem i energią elektryczną oraz wytwarzanie energii elektrycznej.

Oceny nie zmienia również fakt, że w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie, dotyczącym sfery budownictwa pojęcie „przesyłu” używane jest w znaczeniu „transportu”.

Pojęcia „przesyłu” użyte w art. 305¹ w zw. z art. 49 § 1 k.c., dotyczące służebności przesylu nie znajdują zastosowania.

Odwołujący nie podważył dowodów złożonych przez zamawiającego:

-korespondencji z PGNiG S.A. i z Gaz System S.A., wykazu posiadanych narzędzi Atrem S.A., referencji z: 29 października 2009 r., 27 sierpnia 2011 r., 20 czerwca 2008 r., 26 września 2002 r.), ekspertyzy, której przedmiotem jest prawidłowość oceny oferty wstępnej odwołującego i zasadność jej odrzucenia (dokument prywatny zamawiającego).

II. Zaniechanie odrzucenia ofert wstępnych wykonawców: konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. w Poznaniu oraz Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie w Berlinie oraz Schneider Electric Polska Sp. z o.o. w Warszawie, a w konsekwencji - nieuprawnione zaproszenie tych wykonawców do negocjacji.

Zarzut niezasadny, odwołujący nie wykazał niezgodności treści ofert przystępujących z treścią SIWZ. Wymagania dotyczące języka polskiego odnosiły się wyłącznie do systemu, pomocy jaki ma być wdrożony u zamawiającego, a nie systemów, które obecnie funkcjonują u innych podmiotów. Zmiana SIWZ wprowadzona pismem z dnia 18 sierpnia 2014 r. jednoznacznie dopuszcza system pomocy, jako *standardową dokumentację w języku polskim lub angielskim*.

Konstruując zarzut odwołujący nie uwzględnił zmiany treści SIWZ dokonanej pismem z dnia 18 sierpnia 2014 r.

Zarzut i żądanie odwołującego w tym zakresie są bezzasadne, skoro zamawiający na etapie oferty wstępnej dopuścił dostarczenie wraz z ofertą wstępną podręczników użytkownika modułów proponowanych aplikacji w języku angielskim, bez konieczności dołączania tłumaczenia na język polski.

Dodatkowe okoliczności podnoszone przez strony, niewynikające z czynności zamawiającego przedstawionych w piśmie z dnia 17 października 2014 r. oraz odwołującego wykraczające poza granice odwołania, nie były brane pod uwagę.

Zamawiający nie naruszył przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 57 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba oddaliła odwołanie jako niezasadne na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie: