

Sygn. akt: KIO 1569/14

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę: **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” w Poznaniu (60-001), ul. Wykopy 2/4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w Warszawie (00-342), ul. Topiel 12**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PSI Polska sp. z o.o. w Poznaniu (61-896), ul. Towarowa 35** oraz **PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie, Dirkenstrasse 42-44, 10178 Berlin** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Systemowi Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w Warszawie** dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 9.4.4, polegającej na usunięciu wymagania, aby oferta wstępna zawierała podręczniki użytkownika dla oprogramowania do rozliczania kontraktów,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Systemu Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w Warszawie**, na rzecz wykonawcy: **Badawczo-Rozwojowej Spółdzielni Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” w Poznaniu** kwotę **19 367 zł 30 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt siedem złotych trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaconej opłaty skarbowej, a także związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na realizację zadania: „*Modernizacja systemu SCADA SGT*” zostało wszczęte przez System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol GAZ S.A. w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2013/S 096-164245) w dniu 18 maja 2014 r.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2014 r. przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zaproszenie do składania ofert wstępnych wraz ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 1 sierpnia 2014 r. odwołanie w formie pisemnej wobec postanowień SIWZ wniósł wykonawca: Badawczo-Rozwojową Spółdzielnię Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA” w Poznaniu, zwany dalej Odwołującym. Sformułowane przez siebie zarzuty zamknął on w siedmiu kolejnych punktach, w każdym z nich kwestionując prawidłowość przywołanych tam innych postanowień SIWZ. W odniesieniu do każdego z przywoływanych przez siebie zapisów SIWZ, Odwołujący zgłosił żądanie nakazania Zamawiającemu podjęcia odpowiednich działań, bądź to wykreślenia konkretnego zapisu, bądź to o odpowiednią, określoną w odwołaniu, jego modyfikację.

W dniu 6 sierpnia 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PSI Polska sp. z o.o. w Poznaniu oraz PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie Berlinie, zwani dalej łącznie Przystępującym lub uczestnikiem postępowania. W toku posiedzenia z udziałem stron Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego przeciw powołanemu przystąpieniu. Zdaniem Odwołującego, w treści zgłoszenia przystąpienia nie zostało dostatecznie wykazany interes podmiotów, które zgłoszenia dokonały. Odwołujący nie podjął jednak próby choćby uprawdopodobnienia tego, że powołani wykonawcy nie mają interesu w tym,

aby zapadło rozstrzygnięcie Izby korzystne dla Zamawiającego. Mając to na uwadze, Izba uznała, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, a także dokumenty przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że w pkt 9.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do wymaganej przez niego zawartości składanej mu oferty wstępnej, zaś w pkt 9.7 SIWZ postanowienia odnoszące się do prezentacji, której dokonać mają wykonawcy podczas negocjacji prowadzonych w siedzibie Zamawiającego.

Załącznik nr 1 do SIWZ stanowił wzór umowy, który podzielony został cztery kolejne części, oznaczone odpowiednio jako: umowa (część I), specyfikacje techniczne dostaw i usług (część II), wzory gwarancji (część III) i plan jakości (część IV).

W rozdziale 11 części I wzoru umowy Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do materii własności intelektualnej opisujące wymagania Zamawiającego stawiane w tym zakresie wykonawcom.

W pkt 3 części II wzoru umowy Zamawiający zawarł opis wymagań ogólnych odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Wobec konkretnie przez siebie wskazanych postanowień SIWZ odwołanie wniósł Odwołujący. Sformułowane przez siebie zarzuty zamknął w siedmiu kolejnych punktach, w każdym z nich kwestionując prawidłowość przywołanych tam innych postanowień SIWZ.

W punkcie pierwszym (oznaczanym również literą „a”) Odwołujący kwestionował prawidłowość pkt 3 część II wzoru umowy „w zakresie, w jakim «dla 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 co najmniej jedno przedsiębiorstwo, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych (jako ciśnienie bezwzględne) powyżej 5 MPa»”. Zdaniem Odwołującego wymóg ten był pozbawiony uzasadnienia, a tym samym naruszał on przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a co więcej, jego zamieszczenie w treści SIWZ stanowiło próbę obejścia wcześniej zapadłych w związku z tym samym postępowaniem o udzielenie zamówienia orzeczeniami Izby, wydanymi w sprawach KIO 1276/13 oraz 1654/13, w których to Izba nakazała Zamawiającemu odpowiednią modyfikację zapisów ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się od opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący stanął na stanowisku, że określony w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu wymóg dysponowania określonym narzędziem miał na celu wskazanie jaki rodzaj oprogramowania Zamawiający dopuszcza, a jaki eliminuje przy realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, Zamawiający poprzez kwestionowany tu zapis SIWZ usiłował zmienić warunki udziału w postępowaniu już w jego trakcie – w sposób nieuzasadniony przesunął dwukrotnie skutecznie zakwestionowany w postępowaniu odwoławczym zapis z treści odnoszącej się do warunków udziału do treści zawierającej opis przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący twierdził, iż odwołanie się w treści SIWZ do doświadczenia produktu stanowiło naruszenie przepisów art. 30 ust. 1-3 i 6 ustawy Pzp, ponieważ fakt obecnego eksploatowania nie może być utożsamiany z właściwościami funkcjonalnymi, nie stanowi również odniesienia do jakichkolwiek norm. Mając to na uwadze wnosił o wykreślenie kwestionowanego przez siebie zapisu.

W punkcie drugim (oznaczanym również literą „b”) Odwołujący kwestionował prawidłowość pkt 9.4.4 SIWZ „w zakresie, w jakim Zamawiający domaga się, aby oferta wstępna zawierała podręczniki użytkownika systemu modułów dla aplikacji - oprogramowanie do rozliczania kontraktów”. Jak twierdził Odwołujący oprogramowanie do rozliczania kontraktów to aplikacja, która zgodnie z treścią SIWZ może zostać wytworzona dopiero w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia, stąd też także podręcznik użytkownika może powstać dopiero w wyniku wykonania oprogramowania. Dlatego żądanie przedstawienia go już w załączeniu do oferty wstępnej, było zdaniem Odwołującego, żądaniem nadmiernym i

nieuzasadnionym, a tym samym stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Mając to na uwadze wnosił o wykreślenie kwestionowanego przez siebie zapisu.

W punkcie trzecim (oznaczanym również literą „c”) Odwołujący kwestionował prawidłowość pkt 9.7 SIWZ *„w zakresie, w jakim Zamawiający domaga się, aby prezentacja oferowanego oprogramowania odbyć się miała „na platformie sprzętowej dostarczonej przez Wykonawcę, odzwierciedlającej rzeczywiste warunki pracy oferowanego systemu” bez sprecyzowania tego ostatniego pojęcia”*. Stanowić to miało naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i wyczerpujący. Mając to na uwadze wnosił o doprecyzowanie wymagań co do platformy sprzętowej dostarczonej przez wykonawcę.

W punkcie czwartym (oznaczanym również literą „d”) Odwołujący kwestionował prawidłowość pkt 9.7.2 *„w zakresie, w jakim Zamawiający domaga się, aby prezentacja oferowanego oprogramowania zawierała „demonstrację mechanizmów redundancji zgodnie z wymaganiami pkt. 4.4. «Redundancja» Części II Wzoru umowy - Specyfikacja techniczna dostaw i usług przy użyciu pojęć niedookreślonych, bez sprecyzowania zakresu”*. Zdaniem Odwołującego z zapisu tego wynikało, że Zamawiający oczekuje użycia w czasie prezentacji kompletnego zestawu urządzeń (wskazanych w pkt 4.4.2.1-4.4.2.6 części II wzoru umowy) i programów. Twierdził on, iż żądanie szczegółowego zestawu urządzeń już na etapie oferty wstępnej jest wymogiem nadmiernym i nieuzasadnionym, a tym samym stanowiło naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Mając to na uwadze wnosił o wykreślenie kwestionowanego przez siebie zapisu lub doprecyzowanie użytych w nim pojęć, wskazanie minimalnej testowej konfiguracji i minimalnego scenariusza wymaganej prezentacji.

W punkcie piątym (oznaczanym również literą „e”) Odwołujący kwestionował prawidłowość pkt 9.7.4. SIWZ *„w zakresie, w jakim postanowienie to nie przewiduje - obok prezentacji sposobu i zakresu integracji systemu SCADA z oprogramowaniem do symulacji SIMONE - możliwości przedstawienia «propozycji realizacji integracji»”*. Wskazując na inne zapisy SIWZ, które przewidywały możliwość przedstawienia propozycji określonego rozwiązania, uznał, iż zasadnym byłoby również w przypadku pkt 9.7.4 SIWZ dopuszczenie takiej możliwości. Mając to na uwadze wnosił o uzupełnienie kwestionowanego przez siebie zapisu o wskazanie na możliwości *„przedstawienia «propozycji realizacji integracji»”*.

W punkcie szóstym (oznaczanym również literą „f”) Odwołujący kwestionował prawidłowość pkt 11.10 -11.22 i 11.32 - 11.33 części I wzoru umowy *„w zakresie, w jaki upoważnia ona*

Zamawiającego do dysponowania Standardowymi Utworami Wykonawcy (zwłaszcza Oprogramowaniem) w zakresie innym niż na potrzeby realizacji zamówienia oraz w zakresie w jakim zamawiający chce dysponować Standardowym Oprogramowaniem Wykonawcy w postaci kodów źródłowych". W ocenie Odwołującego powołane zapisy zmierzały do rozszerzenia przedmiotu zamówienia o dostawę oprogramowania m.in. dla celów handlowych, przy czym nie zapewniały wykonawcy żadnej ochrony przed ujawnieniem wrażliwych dla niego informacji. Przekazanie zaś Zamawiającemu odpowiednich kodów źródłowych pozwoli mu na rozwój kupionego przez niego oprogramowania we własnym zakresie lub zlecenia tego innym podmiotom. Mając to na uwadze wnosił o wykreślenie kwestionowanego przez siebie zapisu.

W punkcie siódmym (oznaczanym również literą „g”) Odwołujący kwestionował prawidłowość pkt 11.34 - 11.35 części I wzoru umowy „*w zakresie, w jakim wymaga złożenia Zamawiającemu do jego depozytu kodów źródłowych Oprogramowania Osób Trzecich*". Zdaniem Odwołującego niemożliwym było uzyskanie kodów źródłowych oprogramowania innych producentów, stąd też wnosił o wykreślenie kwestionowanego przez siebie zapisu.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla zakreślenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący

rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejsze właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż jeden spośród sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut sformułowany w punkcie pierwszym (oznaczanym również literą „a”) odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga to, że orzeczenia Izby, zapadłe w związku z tym samym postępowaniem o udzielenie zamówienia, a wydane w sprawach KIO 1276/13 oraz 1654/13, odnosiły się w swej istocie

do zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu opisu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia. W tym właśnie kontekście podnoszone były przez Odwołującego w każdej z tych dwóch spraw zarzuty i podejmowane były przez Izbę odpowiednie rozstrzygnięcia. Mając to na uwadze, pamiętać również należy, że zgodnie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego. Tym samym niewłaściwym jest, co wypływa bezsprzecznie z powołanych orzeczeń Izby, wymaganie doświadczenia w realizacji zamówienia tożsamego z tym opisanym w SIWZ. Jak to stanowi art. 22 ust. 5 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służyć mają weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, nie stanowią jednak elementu opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia i jego opis może stanowić dla nich punkt odniesienia w celu zbadania, czy nie zostały przez Zamawiającego określone w sposób nadmiernie rygorystyczny – zbadania, czy są, jak to stanowi powołany art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, do niego proporcjonalne. Analiza stanowiska Odwołującego formułowanego przez niego w odwołaniu, a w szczególności uwzględnienie oświadczenia złożonego w toku rozprawy przed Izbą, pozwala stwierdzić, że nie kwestionował on samych funkcjonalności systemu opisanego przez Zamawiającego. Jako podstawę i punkt odniesienia stawianych przez siebie zarzutów wskazywał ostateczną, ukształtowaną jako wynik kolejnych orzeczeń Izby, treść pkt III.2.3.1.1) ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem Izby, istotną rozpoznawanego zarzutu Odwołujący uczynił zakwestionowanie prawidłowości działania Zamawiającego polegające na skonstruowaniu wymagania, aby wykonawcy zaoferowali mu rozwiązanie już eksploatowane. Tymczasem, jak to zostało wskazane w pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu (wymóg powielony w pkt 9.3 SIWZ) „oprogramowanie musi (...) posiadać zaimplementowane i sprawdzone we wcześniejszych przemysłowych wdrożeniach funkcjonalności wykorzystywane przy kontrolowaniu procesów transportu gazu”. Co istotne powołany zapis ogłoszenia o zamówieniu nie był modyfikowany od dnia pierwszej jego publikacji i odnosił się on wprost do opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym Odwołującemu już w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu wiadomym być mogło o istnieniu takich właśnie oczekiwań Zamawiającego. Zestawiając powołane zapisy pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu z kwestionowanym przez Odwołującego zapisami zawartymi w pkt 3 części II wzoru umowy, oczywistym jest, że treści w nich zawarte nie są całkowicie tożsame – w ogłoszeniu o zamówieniu mowa o kontrolowaniu procesów transportu gazu, zaś w SIWZ o wykorzystaniu systemu (modułów i funkcjonalności) eksploatowanego w przedsiębiorstwie, którego kluczowa działalność polega na przesyłaniu paliwa gazowego o ciśnieniu mierzonym wewnątrz rurociągu w warunkach statycznych powyżej 5MPa. Oczywistym zatem jest, że w treści SIWZ Zamawiający zawarł dodatkowe obostrzenia, których brak było w treści

pkt II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu (określił m.in. wielkość ciśnienia mierzonego wewnątrz rurociągu), nie mniej jednak niezmienny pozostał warunek posiadania przez oferowany Zamawiającego produkt „doświadczenia” w branży przesyłu gazu. A to właśnie ten element powołanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ był tym, który rozstrzygał, zdaniem Odwołującego, o zasadności podnoszonego przez niego zarzutu. Domagał się on bowiem dopuszczenia przez Zamawiającego zaoferowania mu produktu, który wcześniej był wykorzystywany w branży przesyłu ropy, czy też przesyłu lub dystrybucji energii elektrycznej. Tak poczynione ustalenia pozwoliły uznać Izbie, iż rozpoznawany zarzut jest zarzutem spóźnionym, jego istota bowiem zmierza do zakwestionowania wymogu określonego już w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zarzut podniesiony w punkcie drugim (oznaczanym również literą „b”) odwołania, w uznaniu Izby, podnoszony był przez Odwołującego zasadnie. Jak ustaliła Izba, Zamawiający w pkt 9.7.5 SIWZ dopuszczał możliwość zaprezentowania mu oferowanego oprogramowania do rozliczania kontraktów lub jedynie propozycji jego realizacji. Jak sam też Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą podkreślał, prezentacja, o której mowa w pkt 9.7 SIWZ, nie stanowiła elementu oferty wstępnej, a miała jedynie zobrazować mu możliwe do zaoferowania rozwiązania. Prezentacja ta miała być dokonana w toku negocjacji prowadzonych z wykonawcą, już po złożeniu przez niego oferty wstępnej. Mając to na uwadze zasadnym było przyjęcie, iż nawet na tym etapie (negocjacji z wykonawcą) Zamawiający dopuszczał możliwość przedstawienia mu przez wykonawcę jedynie propozycji realizacji oprogramowania do rozliczania kontraktów. Dlatego też za nadmierny, tak jak to podnosił to Odwołujący, i naruszający przywołane w odwołaniu w kontekście tego właśnie zarzutu przepisy ustawy Pzp, należało ocenić wymóg, aby na wcześniejszym etapie (składanie ofert wstępnych) oczekiwać od wykonawców, którzy nie mieli zamiaru oferować Zamawiającemu gotowego rozwiązania, przedstawienia wraz z ofertą wstępną podręcznika użytkownika sporządzonego dla oprogramowania, które ma dopiero powstać. Wymóg ten był nieuzasadniony i stawał w z góry gorszej sytuacji tych wykonawców, którzy zamierzali dopiero w toku realizacji przedmiotu zamówienia zrealizować powoływane oprogramowanie. Co istotne, pkt 9.4.4 SIWZ nie różnicował w żaden sposób wymogu przedstawienia Zamawiającemu powołanego podręcznika w odniesieniu do każdej z grup wykonawców, tak tych, którzy zamierzali zaoferować gotowe rozwiązanie, jak i tych, którzy zamierzali je dopiero wykonać na potrzeby Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu sformułowanego w punkcie trzecim (oznaczanym również literą „c”) odwołania, poprzez podniesienie którego Odwołujący zmierzał do doprecyzowania wymagań co do platformy sprzętowej dostarczonej przez wykonawcę, twierdząc,

że we wskazanym przez niego zapisie SIWZ Zamawiający takiego doprecyzowania zaniechał, Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący w swej argumentacji całkowicie pominął bowiem treść pkt 9.7.1 SIWZ, zgodnie z którym demonstracja platformy odpowiadać wymaganiom zawartym w pkt 7 części II wzoru umowy. Nie odniósł się on, tak w odwołaniu, jak i w toku rozprawy do powołanych zapisów SIWZ, co pozwoliło uznać Izbie, iż twierdzenia przez niego formułowane nie zostały należycie udowodnione i poparte wyczerpującą argumentacją, odnoszącą się do wszystkich istotnych, w kontekście stawianych zarzutów, zapisów SIWZ. Podkreślenia w tym kontekście wymaga to, że twierdzenia o wykroczeniu poza definicję próbki sformułowane zostały dopiero na rozprawie, a zatem, jako nieuwzględnione w odwołaniu, nie mogły zostać objęte kognicją Izby w rozpoznawanej sprawie.

Zarzut podnoszony w punkcie czwartym (oznaczanym również literą „d”) odwołania nie zasługiwał, zdaniem Izby, na uwzględnienie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby zgodnie z treścią SIWZ w toku prezentacji, o której mowa w pkt 9.7 SIWZ, koniecznym było dysponowanie ściśle określonym zestawem urządzeń. Z treści kwestionowanego przez Odwołującego pkt 9.7.2 SIWZ nie wynika literalnie taki wymóg. Mowa tam jedynie o prezentacji samych mechanizmów redundancji, które zostały opisane w pkt 4.4 części II wzoru umowy, nie zostały tam jednak zawarte zapisy, które konstytuowałyby wymóg zaprezentowania przez wykonawcę ściśle określonego zestawu urządzeń. Z uwagi zaś na kontradystykość postępowania odwoławczego i ustanowiony w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek przedstawiania przez Strony odpowiednich dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą one skutki prawne, Izba uznała, iż w sytuacji gdy Odwołujący sam nie przywołuje konkretnych zapisów SIWZ, które potwierdzają słuszność stawianych przez niego zarzutów, nie jest jej rolą czynienie własnych ustaleń w tym zakresie. Za niewystarczające Izba uznała wskazanie przez Odwołującego na zapisy pkt 4.4.2.1-4.4.2.6 części II wzoru umowy, nie wykazał on bowiem dlaczego dla zaprezentowania pożądanego przez Zamawiającego mechanizmów redundancji konieczne jest zapewnienie wszystkich urządzeń, o którym mowa w przywołanych zapisach części II wzoru umowy.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w punkcie piątym (oznaczanym również literą „e”) odwołania, w ocenie Izby, brak wskazania na jakikolwiek wzorzec kontroli, do którego odnosić należałoby kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ – wskazania na jakąkolwiek normę prawną, wobec której ten właśnie zapis SIWZ stałby w kontrze. Odwołujący swój postulat określonego ukształtowania postanowień SIWZ oparł jedynie na stwierdzeniu, że jeśli Zamawiający w jednym zapisie dopuścił określone rozwiązanie, powinien był dopuścić je także w innym zapisie, i to mimo faktu, iż zapisy te odnoszą się

do innych elementów przedmiotu zamówienia. Nie wskazał przy tym innych zapisów SIWZ, które uzasadniałyby przyjęcie, iż zgłaszany przez niego postulat był słuszny i znajdował uzasadnienie w przepisach ustawy Pzp. Z samego tylko twierdzenia, że treść SIWZ nie uwzględnia określonego rozwiązania, nie wynika jeszcze to, że uwzględniać je powinna, a co jeszcze istotniejsze, że zaistnienie takiego braku stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Analogicznie, jak zarzut zawarty w punkcie piątym odwołania, Izba oceniła kolejne zarzuty sformułowane w punktach szóstym (oznaczanym również literą „f”) i siódmym (oznaczanym również literą „g”) odwołania. Także w tym przypadku Odwołujący nie wskazał na normę prawa, z którą sprzeczne miałyby być kwestionowane przez niego zapisy. Skupił się on jedynie na wykazaniu, iż przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie (z którego kosztocłonności on sam zdawał sobie sprawę, czemu dał wyraz w toku rozprawy przed Izba) jest niewłaściwe i zapewnia Zamawiającemu zbyt szerokie uprawnienia w zakresie dysponowania prawami autorskimi do kupowanego przez niego oprogramowania. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający w omawianym tu zakresie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp – Zamawiający opisał określone rozwiązanie, godząc się przy tym na to, że spełnienie postawionych przez niego wymogów pociągnie za sobą odpowiednio wysokie koszty należycie wycenione przez wykonawców. W kontekście ostatniego z zarzutów, właściwym jest jeszcze poczynienie spostrzeżenia, że przedstawione przez Odwołującego oświadczenia podmiotów trzecich, nie dowodzą, że uzyskanie kodów źródłowych w ogóle nie jest możliwe, a potwierdzają one jedynie, że kody takie nie są zazwyczaj udostępniane przez te właśnie firmy – niedopowiedzianym zatem zostaje to, czy podmioty te nie wyraziłyby zgody na takie udostępnienie w zamian za odpowiednie, ekwiwalentne wynagrodzenie – jak sam Zamawiający przyznawał, zdawał sobie on sprawę z wysokiej kosztocłonności przyjętego przez niego rozwiązania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków

przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaconej opłaty skarbowej, a także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby

Przewodniczący: