Sygn. akt: KIO 176/15

WYROK
z dnia 12 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 stycznia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (61-896), przy ul. Towarowej 35, PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie, Dirkenstrasse 42-44, 10178 Berlin, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol Gaz S.A. z siedzibą w Warszawie (00-342), przy ul. Topiel 12, przy udziale wykonawcy Schneider Electric Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-673), przy ul. Konstruktorskiej 12, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska sp. z o.o., PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska sp. z o.o., PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska sp. z o.o., PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie na rzecz Zamawiającego – Systemu Gazociągów Tranzytowych EuRoPol Gaz S.A. kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 176/15

Uzasadnienie

Zamawiający – System Gazociągów Tranzytowych EuRoPol Gaz S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na modernizację systemu SCADA SGT (znak sprawy ZP/SGT-50/2013), zwane dalej „Postępowaniem". Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie") zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2013 r. pod nr 2013/S 096-164245.

W dniu 19 stycznia 2015 r. Zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"), tj. pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług przez nadanie mu następującej treści:

„[…]System Unix/Linux z obsługą standardu „X Open” i „Posix” lub system MS Windows[…]”.

W dniu 29 stycznia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PSI Polska sp. z o.o., PSI Aktiengesellschaft für Produkte und Systeme der Informationstechnologie (dalej: „Odwołujący”), w którym zaskarżono ww. zmianę treści SIWZ w zakresie w jakim w odniesieniu do systemów operacyjnych dla serwerów baz danych archiwalnych dopuszcza zastosowanie, oprócz systemu Unix/Linux z obsługą standardu „X Open” i „Posix”, także systemu MS Windows.

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 59 ust. 2 Pzp przez zmianę SIWZ polegającą na zezwoleniu na zastosowanie, w zakresie systemów operacyjnych dla serwerów baz danych archiwalnych, oprócz systemu Unix/Linux, także systemu MS Windows, która to zmiana skutkuje istotną zmianą przedmiotu zamówienia i jego pierwotnych warunków,
2. art. 59 ust. 1 Pzp przez zmianę SIWZ polegającą na zezwoleniu na zastosowanie, w zakresie systemów operacyjnych dla serwerów baz danych archiwalnych, oprócz systemu Unix/Linux, także systemu MS Windows, która to zmiana nastąpiła po zakończeniu negocjacji, i wykracza poza zakres będący ich przedmiotem,
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców przejawiające się w zmianie SIWZ, w zakresie systemów operacyjnych dla serwerów baz danych archiwalnych, polegającej na zezwoleniu na zastosowanie,

oprócz systemu Unix/Linux, także systemu MS Windows, przy uprzedniej odmowie zmiany SIWZ w tym zakresie, co w oczywisty sposób zawęża krąg wykonawców ewentualnie zainteresowanych udziałem w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług przez nadanie mu pierwotnego brzmienia, tj. „[…]System Unix/Linux z obsługą standardu „X Open” i „Posix”[…]”,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący stwierdził, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący, jako jeden z dwóch wykonawców, których oferty wstępne nie podlegały odrzuceniu, bierze udział w Postępowaniu i ma realną szansę na jego uzyskanie. Odwołujący kalkulował realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu systemu operacyjnego Linux, który to system był zobowiązany zastosować również drugi z wykonawców zaproszonych do negocjacji. Zmiana przez Zamawiającego wymagań w zakresie dopuszczalnego oprogramowania w sposób istotny może wpłynąć na cenę ofertową konkurenta Odwołującego, a co za tym idzie udaremnić szansę Odwołującego na uzyskanie zamówienia. Odwołujący dodał, że podejmując decyzję o przystąpieniu do Postępowania wziął też pod uwagę poziom cen rynkowych za systemy oparte na programie Linux. Odwołujący uznał, iż jego oferta może uzyskać najwyższą ocenę. Gdyby Odwołujący wiedział, że w zamówieniu dopuszczalny jest system MS Windows podjąłby inną decyzję lub przedsięwziąłby, już na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w .Postępowaniu, środki obniżające cenę oferty. Dopuszczenie przez Zamawiającego na tym etapie Postępowania także systemu MS Windows powoduje, iż wykonanie usługi będącej przedmiotem zamówienia po cenie konkurencyjnej może się okazać dla Odwołującego niemożliwe. W konsekwencji należy uznać, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów Pzp narażają Odwołującego na szkodę.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że jest on jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Zamawiający zaprosił do negocjacji Odwołującego oraz wykonawcę Schneider Electric Polska sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca SE”). Po zakończeniu negocjacji, Zamawiający przekazał wykonawcom ostateczną treść SIWZ, która nie zawierała zmian w zakresie dopuszczonego oprogramowania w porównaniu z treścią

wstępnej SIWZ. SIWZ ostateczna w omawianej części nie dopuszczała możliwości zastosowania systemu MS Windows.

Następnie, w odpowiedzi na wniosek Wykonawcy SE, Zamawiający, w dniu 19 stycznia 2015 r., dokonał zmiany treści SIWZ, tj. pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, przez nadanie mu następującej treści: „[…]System Unix/Linux z obsługą standardu „X Open" i „Posix" lub system MS Windows[…]". Zmiana ta, w ocenie Odwołującego, wykracza poza przedmiot prowadzonych negocjacji oraz prowadzi do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia, a także stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 59 ust. 2 Pzp Odwołujący podkreślił, że modyfikacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego w dniu 19 stycznia 2015 r. jest niedopuszczalna przede wszystkim z tego powodu, że stanowi zmianę przedmiotu zamówienia o charakterze istotnym. Zamawiający nie ma bowiem przyznanej swobody co do zakresu możliwych zmian i jest w tym względzie ograniczony przepisami Pzp. Zauważył, że w doktrynie wskazuje się, że doprecyzowanie lub uzupełnienie treści SIWZ nie może prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia, np. wielkości lub zakresu zamówienia, cech technicznych i jakościowych, wymagań funkcjonalnych, stosowania norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust 1-3 Pzp, dopuszczalności stosowania rozwiązań równoważnych, określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, dotyczących zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 4 pkt 1 Pzp lub pierwotnych warunków zamówienia (np. zmiany dotyczące kar umownych, sposobu wykonania zamówienia, warunków płatności, okresu gwarancji, terminu wykonania zamówienia lub terminów wykonania poszczególnych jego etapów). W przedmiotowej sprawie Zamawiający – dopuszczając użycie systemu operacyjnego MS Windows – dokonał istotnej zmiany przedmiotu zamówienia. Dotychczas żądane oprogramowanie w zakresie opisanym pkt 7.1.2.1.1. SIWZ dopuszczało użycie systemów Unix/Linux. Obecnie SIWZ dopuszcza jeszcze jeden najpopularniejszy na rynku system operacyjny, tj. system MS Windows. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający sam dał wyraz doniosłości znaczenia systemu operacyjnego przy realizacji przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim w sekcji III.2.3. Ogłoszenia Zamawiający dopuścił zaoferowanie systemu operacyjnego Linux/Unix wyraźnie wskazując, iż oprogramowanie wykorzystujące system operacyjny MS Windows nie jest oprogramowaniem równoważnym

Postanowienie dotyczące dopuszczalnego systemu operacyjnego, z jego ograniczeniem do systemu Unix/Linux, znalazło odzwierciedlenie również we wstępnej SIWZ przekazanej wykonawcom (pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw

i Usług). Odwołanie m.in. na rzeczone postanowienie SIWZ złożył wykonawca Badawczo – Rozwojowa Spółdzielnia Pracy Mikroprocesorowych Systemów Automatyki „MIKRONIKA" (dalej: „Wykonawca M"). Zamawiający w postępowaniu przed KIO wywołanym tym odwołaniem konsekwentnie popierał stanowisko o konieczności zapewnienia należytego funkcjonowania systemu SCADA oraz o kluczowym charakterze zastosowanego oprogramowania. Izba, podzielając ówczesne stanowisko Zamawiającego, nie znalazła uzasadnienia dla modyfikacji wymogu dotyczącego systemu operacyjnego, zgadzając się wówczas z argumentacją Zamawiającego, iż systemy przemysłowe, w tym system SCADA, działają bardziej stabilnie na tego typu platformach i są mniej podatne na zagrożenia związane z wirusami i innym złośliwym oprogramowaniem, czego dowodzi uzasadnienie wyroku Izby z dnia 13 czerwca 2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1276/13.

Co więcej, Odwołujący w trakcie negocjacji prowadzonych w ramach poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym samym przedmiocie które zostało , unieważnione z uwagi na okoliczność, że najkorzystniejsza oferta przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (znak: ZP/SGT-43/2012) zgłosił postulat zmiany oprogramowania, co wówczas zostało przez Zamawiającego odrzucone. Zamawiający wielokrotnie podnosił, iż zależy mu na homogeniczności rozwiązania, stabilności systemu oraz zapewnieniu bezpieczeństwa. Zamawiający wskazywał dodatkowo na korzyści płynące z łatwości zarządzania jednolitym środowiskiem.

Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika zatem, iż nie tylko w ocenie wykonawców, ale także w ocenie Zamawiającego, postanowienia SIWZ w zakresie systemu operacyjnego miały charakter istotny, zasadniczo wpływając na możliwość prawidłowego funkcjonowania systemu SCADA.

Odwołujący stwierdził, że w literaturze przedmiotu zgodnie podkreśla się, że zmiana istotna to taka, która wpływa na krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zmianą taką jest dopuszczenie możliwości zaoferowania dodatkowego systemu operacyjnego. Gdyby bowiem Zamawiający od samego początku przewidział, że wykonawcy mogą zaoferować także system MS Windows, większa liczba potencjalnych wykonawców zainteresowana byłaby wzięciem udziału w Postępowaniu. O istotnym charakterze zmiany świadczy także fakt dużego zainteresowania przedmiotową kwestią ze strony wykonawców, którzy podejmowali kroki prawne zmierzające do modyfikacji omawianego postanowienia SIWZ (odwołanie Wykonawcy M, próby zmiany treści SIWZ przez Odwołującego), zarówno w tym, jak i w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 59 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał,

że zgodnie z art. 58 ust. 2 Pzp zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po myśli art. 59 ust. 1 Pzp po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić SIWZ wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji. Zakres prowadzonych w ramach Postępowania negocjacji w żadnej mierze nie dotyczył systemu operacyjnego, który ma zostać zaoferowany przez wykonawców.
Jak wskazano powyżej, Zamawiający konsekwentnie, zarówno w tym, jak i w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia utrzymywał, że kwestia oprogramowania jest dla niego kluczowa i nie podlega zmianie. Skoro system operacyjny nie był przedmiotem negocjacji, dokonaną przez Zamawiającego zmianę SIWZ polegającą na dopuszczeniu w punkcie 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług także systemu MS Windows, uznać należy za zmianę niedopuszczalną. Zmiana ta stoi bowiem w sprzeczności z art. 59 ust 1 Pzp, gdyż Zamawiający nie precyzuje ani nie uzupełnia w ten sposób SIWZ w zakresie stanowiącym przedmiot negocjacji.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podał, iż nawet gdyby przyjąć, że zagadnienie oprogramowania było przedmiotem negocjacji pomiędzy Zamawiającym a konkurentem Odwołującego, tj. Wykonawcą SE, to zmiana ta, jako uzupełnienie lub sprecyzowanie SIWZ powinna mieć swoje odzwierciedlenie już w ostatecznej wersji SIWZ przekazanej wykonawcom, podczas gdy Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie dopiero na wniosek Wykonawcy SE, w dniu 19 stycznia 2015 r., a zatem już po przekazaniu ostatecznej treści SIWZ.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp Odwołujący podkreślił, że nie kwestionuje jego uprawnienia do opisania przedmiotu zamówienia, w zakresie dopuszczalnego systemu operacyjnego, w sposób jak najbardziej odpowiadający jego potrzebom. Niemniej jednak Odwołujący nie może się zgodzić z dokonaną na obecnym etapie Postępowania zmianą SIWZ w zakresie oprogramowania. Jak wskazano wyżej, zmiany SIWZ nie mogą prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W działaniu Zamawiającego da się zauważyć daleko idącą niekonsekwencję, godzącą w równość wykonawców w Postępowaniu. Z jednej strony Zamawiający utrzymywał stanowisko o istotnym charakterze oprogramowania zarówno na gruncie poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (znak ZP/SGT-43/2012), jak w aktualnie prowadzonej procedurze. Podobnie, Zamawiający kategorycznie odmówił zmiany SIWZ w zakresie systemu operacyjnego w odpowiedzi na wniosek Wykonawcy M, które to stanowisko podtrzymywał w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1276/13. Izba słusznie wówczas potwierdziła stanowisko Zamawiającego wskazując, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający możliwe do

zastosowania oprogramowanie do systemu Linux/Unix jest dopuszczalnym działaniem Zamawiającego uzasadnionym jego potrzebami, słusznym interesem i względami

bezpieczeństwa i stabilności systemu SCADA. Przyjęto wówczas, że taka zmiana nie stanowi niedozwolonego zawężenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o przedmiotowe zamówienie, które naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z powyższym Odwołujący dostosował swoje oprogramowanie do warunków postawionych przez Zamawiającego, ponosząc znaczne koszty w tym zakresie. Na etapie przekazania wstępnej SIWZ wykonawcy byli bowiem zobligowani do potwierdzenia zgodności proponowanego rozwiązania z jej postanowieniami. Zgodność taka została przez Odwołującego wykazana, bowiem został on dopuszczony do kolejnego etapu Postępowania, jakim są negocjacje. Podkreślenia wymaga, iż rzeczony warunek techniczny jest, w kontekście ilości aplikacji wymagających dostosowania, kosztowny w realizacji. Odwołujący podjął ryzyko i koszty związane z dostosowaniem się do wymagań postawionych przez Zamawiającego. W konsekwencji zmiana SIWZ na obecnym etapie Postępowania znacznie pogarsza sytuację Odwołującego godząc w zasadę równego traktowania wykonawców. Wykonawcy powinni bowiem być traktowani jednakowo w tych samych okolicznościach, bez względu na etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby Odwołujący od samego początku wiedział o możliwości zaoferowania systemu Windows, przygotowałby dla Zamawiającego inną ofertę, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych ze stosowaniem wyłącznie systemu Linux.

Ponadto Zamawiający przez pierwotne niedopuszczenie systemu Windows i następne wyrażenie zgody na jego zaoferowanie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp również z tego względu, że swoim działaniem ograniczył dostęp do przedmiotowego postępowania potencjalnym wykonawcom, którzy wiedząc o możliwości zaoferowania systemu Windows od momentu wszczęcia postępowania przez Zamawiającego, zainteresowani byliby skierowaniem do Zamawiającego wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z: akt postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1276/13, w szczególności z treści wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r. wraz z uzasadnieniem, z akt postępowania nr ZP/SGT-43/2012 na „Modernizację systemu SCADA SGT" oraz z akt Postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o niżej przytoczoną argumentację.

Po pierwsze, zdaniem Zamawiającego, zarzuty Odwołującego zostały sformułowane w sposób nieprawidłowy, uniemożliwiający uwzględnienie odwołania zgodnie z art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 2 Pzp. Odwołujący w *petitum* odwołania wskazał na rzekomo nieprawidłowo

dokonaną czynność zmiany SIWZ polegającej na zezwoleniu na zastosowanie w zakresie systemów operacyjnych dla serwerów baz archiwalnych, oprócz systemu Unix/Linux, także systemu MS Windows. Następnie, przy opisywaniu podstawy prawnej podnoszonych zarzutów, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazywanych przepisów poprzez zmianę postanowień SIWZ w zakresie systemów operacyjnych dla serwerów baz danych archiwalnych. Wobec tego Zamawiający stwierdził, że taka czynność nie miała w ogóle miejsca, ponieważ w zakresie serwerów baz danych archiwalnych Zamawiający nie dopuścił w żaden sposób innego oprogramowania, w tym MS Windows, oprócz wskazanych w SIWZ systemów Unix/Linux z obsługą standardu „X Open" i „Posix". Zmiana jakiej dokonał Zamawiający obejmowała systemy operacyjne stacji roboczych, których Odwołujący jednak nie wskazał w zarzutach odwołania (pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, str. 69).

Zdaniem Zamawiającego zarzuty Odwołującego zostały sformułowane w sposób nieprawidłowy, co w znacznej mierze utrudnia, a nawet uniemożliwia rozpoznanie i uwzględnienie odwołania. W zarzutach Odwołujący wskazuje na rzekomo nieprawidłowo dokonaną zmianę SIWZ przez dopuszczenie systemu operacyjnego MS Windows dla systemów baz danych archiwalnych (czego w rzeczywistości Zamawiający nie uczynił), podczas gdy żądanie dotyczy wniosku o dokonanie zmiany SIWZ w zakresie stacji roboczych przez przywrócenie pierwotnego brzmienia. Stąd, w opinii Zamawiającego, pomiędzy zarzutami i żądaniem występuje wewnętrzna sprzeczność, która nie może być naprawiona ze względu na zakaz rozszerzania zarzutów i żądań odwołania na etapie posiedzenia i rozprawy Izbą. Na marginesie Zamawiający podał, iż Odwołujący również w sposób nieprawidłowy żąda dokonania ponownej zmiany SIWZ. Skoro Odwołujący uważa, iż dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ została wykonana z naruszeniem przepisów

prawa, winien on żądać unieważnienia tej czynności, nie zaś ponownej zmiany SIWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę na art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Powyższe oznacza, iż Izba rozpoznaje odwołanie jedynie w granicach zaskarżenia, stąd tak bardzo istotne jest formułowanie zarzutów w sposób prawidłowy. Ustawodawca w art. 180 ust. 3 Pzp określił dokładnie, co powinno składać się na odwołanie. Odwołujący winien wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawrzeć w odwołaniu zwięzłe przedstawienie zarzutów, określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zamawiający przytoczył orzeczenie Izby, w którym zdefiniowano zarzut jako zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Wobec tego stwierdził,

że Odwołujący w sposób nieprawidłowy dokonał wskazania okoliczności faktycznych w odwołaniu, zaskarżając *de facto* postanowienie SIWZ, które nie zostało zmienione. Izba rozpatrując odwołanie nie może domniemywać jego treści, gdyż zgodnie z obowiązującymi przepisami, niedopuszczalne jest wykraczanie poza treść zarzutu. W rozpoznawaniu sprawy Izba związana jest zakresem zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

Zamawiający dodał, że biorąc pod uwagę, iż Odwołujący jest profesjonalistą, wykonawcą działającym na rynku od wielu łat, w stosunku do niego powinno się stosować art. 355 § 2 K.c. nakładający na profesjonalistów szczególny obowiązek dochowania należytej staranności przy wykonywaniu czynności związanych z ich działalnością gospodarczą.

Odnosząc się *stricte* do zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z zapatrywaniem, jakoby dokonana przez niego zmiana pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy — Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług naruszała przepis art. 59 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wyjaśnił, że Postępowanie jest prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, w związku z powyższym, tryb zmiany SIWZ jest prowadzony w sposób odmienny niż w postępowaniu przetargowym. Zgodnie z art. 59 Pzp Zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić SIWZ jedynie w takim zakresie, w jakim prowadził poufne negocjacje z wykonawcą, przy czym dokonane zmiany nie mogą prowadzić do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia lub pierwotnych warunków zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, dokonana zmiana w zakresie systemów operacyjnych dla stacji roboczych została wprowadzona właśnie na skutek prowadzonych negocjacji z Wykonawcą SE, a ponadto, nie doprowadziła do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia, ani do pierwotnych jego warunków.

Odnosząc się do pierwszej okoliczności – Odwołujący nie był świadom, iż system operacyjny dla stacji roboczych był przedmiotem negocjacji między Zamawiającym, a jedynym z wykonawców, gdyż negocjacje miały charakter poufny, zgodnie z brzmieniem art. 58 ust. 3 Pzp. Przedmiotem negocjacji były również systemy operacyjne dla stacji roboczych systemu SCADA. Tym samym, zarzut naruszenia art. 59 ust. 1 Pzp nie znajduje uzasadnienia, bowiem dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ w pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług została dokonana w związku z prowadzonymi negocjacjami.

Odnosząc się natomiast do dalszych zarzutów Odwołującego, który podnosi, iż dokonana zmiana miała charakter istotny, jak również miała rzekomo doprowadzić do zmiany pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków zamówienia określonych w Ogłoszeniu, Zamawiający stwierdził, że zaskarżona modyfikacja nie miała istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że zmiana obejmuje jedynie stacje robocze,

które stanowią jeden z wielu elementów składających się na system SCADA stanowiący całość przedmiotu zamówienia. Dodał, że zakres znaczenia funkcjonalności stacji roboczych dla działania całego systemu może być różny, w zależności od rozwiązania, jakie przyjmie dany wykonawca. Generalnie jednak, w opinii Zamawiającego, logika oprogramowania będzie obsługiwana na serwerach, w ramach których Zamawiający nie dopuścił systemu operacyjnego MS Windows. Na potwierdzenie zajętego stanowiska Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ekspertyzy z dnia 10 lutego 2015 r. sporządzonej

przez rzeczoznawcę Polskiego Towarzystwa Informatycznego.

Następnie Zamawiający podkreślił, że Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 59 ust. 1 Pzp, wskazując na istotny charakter dokonanej zmiany SIWZ, jednak nie przedstawił na tą okoliczność żadnych dowodów. W świetle art. 190 ust. 1 Pzp oraz w związku z brzmieniem art. 6 K.c., to na Odwołującym ciąży obowiązek dowodowy, bowiem z faktu wniesienia odwołania wywodzi dla siebie skutki prawne. Zdaniem Zamawiającego, również z tego względu zarzut ten nie powinien zostać uwzględniony.

Koronnym argumentem Odwołującego potwierdzającym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 59 ust. 2 Pzp jest brzmienie Ogłoszenia, a w szczególności pkt III.2.3) ppkt 1.1.3: „[…]Dysponuje – narzędziami do budowy komputerowych systemów SCADA w postaci pakietu (kompleksu) oprogramowania realizującego procesy zbierania, przetwarzania, archiwizacji, sterowania, alarmowania i wizualizacji danych w procesach technicznych, które: (...) wykorzystuje system operacyjny Unix lub Linux jako platformę dla oprogramowania (aplikacja główna) odpowiadającego za zbieranie, przetwarzanie i archiwizowanie danych. Oprogramowanie wykorzystujące system operacyjny MS Windows nie jest oprogramowaniem równoważnym[…]". Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający na etapie Ogłoszenia nie dopuścił systemu operacyjnego MS Windows, natomiast teraz, naruszając art. 59 ust. 2 Pzp, dokonuje niedozwolonej zmiany SIWZ prowadzącej do sprzeczności ze wspomnianym ogłoszeniem. W tym zakresie Zamawiający zwrócił uwagę, że przytoczone wyżej postanowienie zawarte w pkt III.2.3) ppkt 1.1.3 Ogłoszenia stanowi fragment warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, nie jest zaś opisem przedmiotu zamówienia. W żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Ogłoszeniu, Zamawiający nie wskazał, iż MS Windows nie zostanie dopuszczony jako rozwiązanie równoważne. Zamawiający wskazał natomiast, iż nie uzna warunku w zakresie posiadanych zdolności technicznych za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż dysponuje narzędziami do budowy systemów komputerowych SCADA, który wykorzystuje MS Windows jako platformę dla oprogramowania (aplikacja główna) odpowiadającego za zbieranie, przetwarzanie i archiwizowania danych. Zamawiający zasygnalizował, że warunek ten obejmuje jedynie aplikację główną, co w praktyce oznacza, iż dopuszczone zostały jedynie

systemy operacyjne Linux i Unix w stosunku do serwerów, wyłączając możliwość korzystania z MS Windows. Takich ograniczeń w stosunku do innych komponentów systemu SCADA, jak chociażby stacje robocze na gruncie Ogłoszenia nie ma. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia zarzut naruszenia art. 59 ust. 2 Pzp podnoszony w odwołaniu, skoro dokonana przez Zamawiającego zmiana SIWZ ani nie doprowadziła do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia, ani nie stoi w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia oraz warunkami udziału w Postępowania określonymi pierwotnie w Ogłoszeniu.

Nie potwierdził się również, zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przez zmianę SIWZ doprowadził do ograniczenia konkurencji, bowiem gdyby pozostali wykonawcy byli świadomi, iż możliwe jest zaoferowanie MS Windows w niniejszym postępowaniu, z pewnością krąg potencjalnych wykonawców by się poszerzył. Zamawiający podał, że pierwotne warunki udziału w Postępowaniu zawarte w Ogłoszeniu nie zostały zmienione, bowiem MS Windows nie został dopuszczony jako rozwiązanie równoważne dla serwerów, lecz dla stacji roboczych. Argument, iż Odwołujący poniósł koszty w związku z zaoferowaniem systemu operacyjnego Linux i Unix dla całego przedmiotu zamówienia jest bezzasadny, bowiem również dobrze Odwołujący mógł poddać poufnym negocjacjom wymagania Zamawiającego w zakresie systemów operacyjnych dla komponentów systemu, które nie wchodzą w zakres aplikacji głównej.

Zamawiający oświadczył również, że dokonana zmiana pociąga za sobą skutki wręcz odwrotne od twierdzeń Odwołującego. Dopuszczenie MS Windows na gruncie stacji roboczych zwiększa konkurencyjność postępowania, bowiem w przypadku nie dokonania tej zmiany w SIWZ, jedynym oferentem na tym etapie byłby prawdopodobnie Odwołujący. Natomiast dzięki dokonanej zmianie, obaj wykonawcy są w stanie złożyć ważne oferty nie podlegające odrzuceniu, a Zamawiający ma szansę wybrać tę ofertę, która przedstawia się najkorzystniej dla niego cenowo.

Zamawiający zaoponował przeciwko wnioskom dowodowym zgłoszonym przez Odwołującego w zakresie przeprowadzania dowodów z akt postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1276/13, w szczególności z treści wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r.,

akt postępowania nr ZP/SGT-43/2012 na „Modernizację systemu SC ADA SGT" oraz akt Postępowania. Stwierdził, że wniosek dowodowy został sporządzony wadliwie, bowiem Odwołujący nie wskazał we wniosku okoliczności, która ma być wykazana wnioskowanym dowodem. Z tych względów ani Izba, ani Zamawiający nie są w stanie określić, jakiemu celowi wnioskowane dowody mają służyć, ani co mają potwierdzać. Zwrócił również uwagę, że wniosek dowodowy w zakresie akt Postępowania jest bezprzedmiotowy, bowiem akta rzeczonego postępowania na mocy przepisów stanowią materiał dowodowy rozpoznawany przez Izbę.

Odwołujący w piśmie z dnia 11 lutego 2015 r. przedstawił dodatkową argumentację uzasadniającą uwzględnienie wniesionego odwołania.

W pierwszej kolejności przytoczył pkt. III.2.3. Ogłoszenia, zgodnie z którym „[…]Aby spełnić warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej (tj. posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) Wykonawca winien wykazać, że:
1. Dysponuje narzędziami do budowy komputerowych systemów SCADA w postaci pakietu (kompleksu) oprogramowania realizującego procesy zbierania, przetwarzania, archiwizacji, sterowania, alarmowania i wizualizacji danych w procesach technicznych, które: (....) 1.3. wykorzystuje system operacyjny Unix lub Linux jako platformę dla oprogramowania (aplikacja główna) odpowiadającego za zbieranie, przetwarzanie i archiwizowanie danych. Oprogramowanie wykorzystujące system operacyjny MS Windows nie jest oprogramowaniem równoważnym[…]".

Zdaniem Odwołującego Zamawiający świadomie i w sposób ciągły odmawiał możliwości zastosowania w ww. zakresie oprogramowania MS Windows w szczególności dla aplikacji głównych. Podkreślił, że podziela zasadność zastosowania platformy Unix/Linux ze względu na (1) spójność i jednolitość platformy (systemów operacyjnych) w całym Systemie, zgodnie z brzmieniem pkt 7.1 SIWZ, (2) wydajność i stabilność rozwiązania wynikającą z jego homogeniczności – dzięki ujednoliceniu platformy systemu operacyjnego minimalizuje się ryzyka m.in. w zakresie błędów komunikacyjnych będących wynikiem odmiennych mechanizmów obsługi protokołów, mechanizmów zabezpieczeń, autentykacji, a nawet przetwarzania danych, (3) bezpieczeństwo rozwiązania przejawiające się m.in. w liczbie wirusów na platformie, (4) ryzyko ataku hackerskiego. Odwołujący podkreślił, że bardzo ważnym argumentem przemawiającym za jednolitym systemem operacyjnym dla serwerów i stacji operatorskich jest kwestia samego przetwarzania danych w zakresie aplikacji głównej. W rozwiązaniach systemów SCADA standardem jest zastosowanie architektury klient-serwer. W architekturze tej przetwarzanie danych (zbieranie, przetwarzanie i archiwizacja) są realizowane łącznie zarówno na serwerach jak i na stacjach roboczych (stacjach operatorskich) jednocześnie. Miejsce przetwarzania konkretnych procesów czy programów (na serwerze czy stacji roboczej) jest określana przez producentów oprogramowania. Niemniej jednak Zamawiający zawarł w SIWZ definicje określające aplikację główną jako zawierającą w szczególności funkcjonalności zaawansowanego graficznego interfejsu użytkownika zlokalizowane na stacjach roboczych. Nie jest możliwa realizacja funkcjonalności aplikacji głównej bez tego interfejsu. Przykładowo, wymogi zawarte w pkt 5.10 do 5.20 SIWZ opisują sposób przetwarzania i prezentacji danych aplikacji głównej prezentowanych poprzez interfejs graficzny użytkownika na stacji operatorskiej. Dodatkowo wymogi funkcjonalne są wzmocnione

wymogami wydajnościowymi, zawartymi m.in. w pkt 9.5 SIWZ. W tej klasie systemów spełnienie wymogów wydajnościowych Zamawiającego wymaga zaawansowanego rozłożenia przetwarzania danych pomiędzy stacje operatorskie i serwery aplikacji głównej.

W zakresie dostępu do danych systemu Zamawiający wykluczył architekturę wyłącznego przetwarzania centralnego m.in. poprzez zapisy punktu 5.21.1.3 SIWZ. Dodatkowo w trakcie negocjacji Zamawiający wyraźnie akcentował potrzebę posiadania odczytów lokalnych (ciśnienia, przepływu, temperatury, czy stanu zaworów) także w przypadku utraty łączności z serwerem – co jest krytycznym czynnikiem bezpieczeństwa zarządzania przesyłem gazu w gazociągu. Oznacza to więc jednoznacznie, że proces aplikacji głównej musi być w określonych zakresach realizowany na stacjach roboczych. Z tego zaś

jednoznacznym staje się stwierdzenie, że stacja operatorska jest immanentną częścią przetwarzania aplikacji głównej – dlatego też mają dla niej zastosowanie odpowiednie wymogi m.in. w zakresie systemów operacyjnych.

Zamawiający samodzielnie dał wyraz temu, iż rodzaj dopuszczonego oprogramowania jest kwestią kluczową dla prawidłowego funkcjonowania systemu SCADA. Stanowisko takie Zamawiający zaprezentował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP/SGT-43/2012 na „Modernizację systemu SCADA SGT" (postępowanie zakończyło się unieważnieniem). W tymże postępowaniu, we wstępnej SIWZ, Zamawiający w pkt 7.1 wskazał, iż „[…]zalecane jest aby całość sprzętu komputerowego dostarczanego przez wykonawcę pracowała pod tą samą wersją systemu operacyjnego[…]".
Wówczas Zamawiający w pkt 7.1.2.1.1. SIWZ dopuścił w zakresie systemu operacyjnego dla stacji roboczych zastosowanie zarówno systemu MS Windows jak i Unix/Linux, jednakże już w SIWZ ostatecznej dopuścił jedynie stosowanie oprogramowania Unix/Linux, utrzymując także zapis o tym, aby całość sprzętu komputerowego pracowała pod tą samą wersją systemu operacyjnego.

Zamawiający, z uwagi na unieważnienie postępowania znak ZP/SGT-43/2012, wszczął w tym samym przedmiocie Postępowanie, potwierdzając w nim stanowisko o istotności systemu operacyjnego Linux już w Ogłoszeniu oraz we wstępnej SIWZ. Przede wszystkim w sekcji III.2.3. Ogłoszenia Zamawiający dopuścił zaoferowanie systemu operacyjnego Linux i Unix, wyraźnie wskazując, iż „[…]Oprogramowanie wykorzystujące system operacyjny MS Windows nie jest oprogramowaniem równoważnym[…]". Ponadto, w ocenie wykonawców biorących udział w Postępowaniu, zapis o oprogramowaniu Linux/Unix uznany był za istotny. Odwołanie m.in. na zapisy Ogłoszenia w tym zakresie wniósł Wykonawca M. Podkreślał on, że ograniczenie dotyczące możliwości stosowania wyłączenie systemu Unix lub Linux, z wyłączeniem stosowania systemu MS Windows, narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz powoduje ograniczenie konkurencji.

Wówczas Zamawiający bronił swojego stanowiska, twierdząc iż działanie systemu SCADA w oparciu o system Unix lub Linux zapewnia bezpieczeństwo i większą stabilność systemu. Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1276/13 podzieliła stanowisko Zamawiającego, stwierdzając m.in. „[…]Systemy przesyłowe, w tym system SCADA – jak podniósł zamawiający – działają bowiem bardziej stabilnie na tych platformach i są mniej podatne na zagrożenia związane z wirusami i innym złośliwym oprogramowaniem.[…]".

Następnie Odwołujący podkreślił, że postanowienie dotyczące dopuszczalnego systemu operacyjnego dla stacji roboczych, z jego ograniczeniem do systemu Linux/Unix, znalazło się w pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacji Technicznej Dostaw i Usług wstępnej SIWZ przekazanej wykonawcom. W odpowiedzi na zapytanie wykonawcy do treści SIWZ wstępnej odnośnie tego, czy w zakresie stacji roboczych Zamawiający dopuszcza zastosowanie systemu operacyjnego MS Windows jako alternatywy dla systemu Unix/Linux, Zamawiający w dniu 18 sierpnia 2014 r. nie wyraził zgody na zmianę pkt 7.1.2. SIWZ. Zamawiający wskazał jedynie, iż informacje w tym zakresie można przedstawić w ofercie wstępnej pod pozycją uwagi, a temat ten może być przedmiotem dyskusji podczas negocjacji. Podobnie w ostatecznej SIWZ przekazanej wykonawcom znalazł się zapis dopuszczający wyłącznie system Unix/Linux w zakresie systemów operacyjnych dla stacji roboczych. Zapis ten nie został zmodyfikowany w efekcie prowadzonych negocjacji, utrzymując pierwotne brzmienie nadane mu przez Zamawiającego. Dopiero w dniu 19 stycznia 2015 r. dokonano zmiany postanowienia pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług niezasadnie dopuszczając zastosowanie również systemu operacyjnego MS Windows dla stacji roboczych. Odwołujący stwierdził, że nagła zmiana stanowiska Zamawiającego na końcowym etapie Postępowania budzi zdziwienie. Niezależnie od zdziwienia wskazać należy, iż zmiana ta jest w myśl art. 59 ust. 2 Pzp niedopuszczalna. Zmiana polegająca na możliwości zastosowania popularnego systemu MS Windows do realizacji zamówienia, podczas gdy w trakcie całego postępowania możliwość taka była wyłączona, jest zmianą istotną. Istotność ta przejawia się znaczeniem systemów operacyjnych dla prawidłowego funkcjonowania systemu SCADA oraz tym, że gdyby system operacyjny MS Windows od samego początku był dopuszczony do realizacji zlecenia to z pewnością do postępowania zgłosiłoby się więcej wykonawców niż to miało miejsce w Postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że także Wykonawca SE, iż kwestia dopuszczalnego sytemu do obsługi stacji roboczych ma istotne znaczenie z punktu widzenia wykonawcy. Na str. 2 przystąpienia Przystępujący wskazuje, że „[…]w razie nie wprowadzenia przedmiotowej zmiany i zachowania treści SIWZ w brzmieniu pierwotnym, Przystępujący zostałby zmuszony do dokonania zmian w przedmiocie swojej przyszłej oferty w celu pełnego dostosowania do

potrzeb Zamawiającego, co podniosłoby oferowaną przez Przystępującego cenę, a tym samym mogło by obniżyć jego szanse na uzyskanie zamówienia.[…]". Powyższe stanowisko potwierdza tym samym, że dla wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu możliwość zastosowania systemu Windows lub brak takiej możliwości mógł być istotnym czynnikiem wpływającym na decyzję o udziale.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca SE wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymały argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Wykonawcy SE, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę SE (dalej również „Przystępujący") przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego, oddalając uprzednio opozycję Odwołującego z uwagi na brak uprawdopodobnienia, że ww. nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie relewantnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania Izba ustaliła, że przedmiotem sporu było postanowienie dotyczące systemu operacyjnego, w który mają być wyposażone stacje robocze operatorskie, stanowiące komponent systemu SCADA. We wstępnej wersji SIWZ Zamawiający zamieścił go w pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług i nadał mu brzmienie „[…]System Unix/Linux z obsługą standardu „X Open" i Posix".[…]" (SIWZ wstępna, str. 69). Cytowane postanowienie stanowiło przedmiot zainteresowania jednego z wykonawców, który wniósł o jego modyfikację przez dopuszczenie zaoferowania systemu operacyjnego MS Windows jako alternatywy dla wskazanych przez Zamawiającego systemów operacyjnych. W dniu 18 sierpnia 2014 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą informacje o alternatywnych rozwiązaniach w tym zakresie należy przedstawić w ofercie wstępnej pod pozycją „Uwagi" zaznaczając, że temat ten może być przedmiotem dyskusji podczas negocjacji (pismo Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2014 r., pytanie nr 16 wraz z odpowiedzią).

Następnie, po złożeniu przez Odwołującego i Przystępującego ofert wstępnych, zagadnienie systemu operacyjnego stacji roboczych było przedmiotem negocjacji z Wykonawcą SE – przeprowadzonych (dokument pn.: „Negocjacje techniczne podsumowanie 26.11.2014 r.", str. 12). Zamawiający w ostatecznej wersji SIWZ utrzymał postanowienie pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług w dotychczasowym brzmieniu (ostateczna SIWZ, str. 70). W dniu 13 stycznia 2015 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek Przystępującego o wyjaśnienie treści SIWZ, w którym zawarte zostało pytanie o możliwość zmiany pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług przez dopuszczenie zaoferowania również systemu operacyjnego MS Windows. Na uzasadnienie Wykonawca SE wskazał, że w toku negocjacji przedstawił Zamawiającemu szereg dowodów potwierdzających, że oferowane stacje operatorskie oparte na systemie operacyjnym MS Windows działają poprawnie w podobnych instalacjach przesyłu gazu, w związku z czym ich dopuszczenie w Postępowaniu spełni wymagania Zamawiającego i pozwoli na osiągnięcie wymaganego przez SIWZ poziomu

dostępności systemu. W dniu 19 stycznia 2015 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ zgodnej ze złożonym przez Przystępującego wnioskiem, która to czynność stała się przedmiotem odwołania.

Zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Na wstępie Izba wskazuje, że nie podziela zapatrywań Zamawiającego dotyczących błędnej konstrukcji zarzutów odwołania, która uniemożliwiać miała jego uwzględnienie. Przeszkody dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania nie można było upatrywać w przepisie art. 192 ust. 7 Pzp wyznaczającym zakres kognicji Izby, ponieważ wymagałoby to wykazania, że zarzut w ogóle nie został podniesiony, z czym zgodzić się nie sposób.

Jakkolwiek przepisy Pzp nie zawierają legalnej definicji zarzutu odwołania, to jego mianem można określić zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Nie sposób przy tym twierdzić, że ze względu na wymogi konstrukcyjne odwołania, wynikające z przepisu art. 180 ust. 3 Pzp, treść zarzutu ogranicza się wyłącznie do twierdzeń zawartych w *petitum* odwołania, pomijając chociażby argumentację sformułowaną na jego poparcie w części poświęconej uzasadnieniu zarzutów odwołania. Podejście takie, jako skrajnie formalistyczne, należy odrzucić. Uzasadnienia takiego poglądu nie można przy tym poszukiwać, jak tłumaczył Zamawiający, w przepisie art. 355 § 2 K.c. Jakkolwiek profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego powinni wykazywać się ponadprzeciętnym poziomem staranności, to jednak zasady tej nie należy absolutyzować, wyłączając możliwość popełniania jakichkolwiek uchybień. Podejście takie obce jest przepisom Pzp, czego przykładem jest chociażby odnoszący się do wymogów formalnych art. 187 ust. 3 zd. drugie Pzp, zgodnie z którym mylne

oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.

Reasumując, co prawda w treści zarzutów odwołania przytoczono mylnie opis zaskarżonego punktu SIWZ, ponieważ Odwołujący wskazał na systemy operacyjne serwerów baz danych archiwalnych, podczas gdy zmodyfikowany pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, do którego się odnosił, dotyczył systemów operacyjnych stacji roboczych – operatorskich, tym niemniej nie uzasadniało to wniosku, że zarzut był wadliwie sformułowany lub nie został postawiony w ogóle. Odwołujący przytoczył szereg okoliczności faktycznych wskazujących na postanowienie SIWZ, którego modyfikację skarży, odwołując się chociażby do wcześniejszej próby jego zmiany (vide pytanie nr 16 zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2014 r.), czy wreszcie do czynności, która stanowiła podstawę wniesienia odwołania, tj. do modyfikacji SIWZ z dnia 19 stycznia 2015 r. dotyczącej wyłącznie systemu operacyjnego dla stacji roboczych. Podobnie, o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną.

Przechodząc do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 59 ust. 1 Pzp przez zmianę postanowień SIWZ w zakresie wykraczającym poza przedmiot negocjacji Izba stwierdziła, że zarzut był chybiony. Omówiony wcześniej materiał dowodowy wskazywał na okoliczność, że – po pierwsze – Zamawiający dopuszczał poddanie zagadnienia systemów operacyjnych stacji roboczych negocjacjom z wykonawcami, po drugie – kwestia ta faktycznie była przedmiotem negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą SE i po trzecie – dokonana w tym zakresie zmiana treści SIWZ była jej następstwem. Co więcej, w ocenie Izby, wspomniana powyżej regulacja odnosząca się do trybu udzielenia zamówienia publicznego jakim są negocjacje z ogłoszeniem nie wyłącza możliwości skorzystania, w uzasadnionych przypadkach, z dobrodziejstwa art. 38 ust. 4 Pzp, wobec czego Izba nie uwzględniła podniesionych z ostrożności procesowej twierdzeń Odwołującego dotyczących dopuszczalnego momentu wprowadzania zmian w treści SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 59 ust. 2 Pzp Izba stwierdziła, że Odwołujący – wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi dowodzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne (por. przepis art. 190 ust. 1 Pzp) – nie przedstawił żadnego dowodu pozwalającego stwierdzić, że zaskarżona zmiana treści SIWZ prowadziła do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu odwoławczym zaistniała sytuacja wręcz odwrotna – to Zamawiający przedstawił dowód mający świadczyć o nieistotności tej zmiany.

Niezależnie od powyższego zauważyć wypada, że przepisy Pzp nie zawierają legalnej definicji „istotnej zmiany przedmiotu zamówienia". W świetle art. 58 ust. 2 Pzp nie może ulegać wątpliwości, że ustawodawca dopuścił w toku udzielania zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem dokonywanie zmian w zakresie przedmiotu zamówienia. Mogą one wynikać z jego doprecyzowania lub uzupełnienia w wyniku negocjacji z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w procedurze. Z powyższego wyłączone zostało dokonywanie zmian istotnych, przy czym – w odniesieniu do przepisu art. 59 ust. 2 Pzp – nie zdecydowano się na zamieszczenie przykładowych wytycznych pozwalających na ustalenie zakresu pojęcia istotności, jak to ma chociażby miejsce w przypadku art. 12a ust. 2 *in principio* Pzp, stanowiącym o tym jakie zmiany ogłoszenia o zamówieniu uznać należy za istotne. Nadmienić należy, że słowo „istotny" znaczy tyle, co „podstawowy", „zasadniczy", czy „znaczący" (internetowy słownik języka polskiego dostępny na stronie internetowej www.sjp.pl). W konsekwencji istotna zmiana przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 59 ust. 2 Pzp to taka, w następstwie której dochodzi do znaczącej zmiany świadczenia, do którego realizacji zobowiązany będzie wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Wspomniana zmiana dotykać może zarówno cech przedmiotu zamówienia, jak i sposobu jego wykonania.

W przedmiotowym Postępowaniu Odwołujący – posiłkując się poglądami przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych – zdefiniował pojęcie istotnej zmiany przedmiotu zamówienia w trzech płaszczyznach, przez wskazanie jej wpływu na: (1) krąg podmiotów zainteresowanych udziałem, bądź uczestniczących w Postępowaniu, (2) cenę za realizację zamówienia oraz (3) właściwości przedmiotu zamówienia. Argumentował, że zaskarżona zmiana SIWZ spełnia wszystkie ze sformułowanych przesłanek uzasadniających uznanie jej za zmianę istotną, z czym Izba nie mogła się zgodzić.

W ustalonym stanie faktycznym nie potwierdziła się pierwsza z ww. okoliczności. W tym zakresie należało mieć na względzie przede wszystkim etap procedury, na którym zostało wniesione odwołanie. Zamawiający dokonał już bowiem ustalenia kręgu oferentów, spośród których dokona wyboru podmiotu do realizacji zamówienia. Zmianę istotną w omawianym znaczeniu należy zatem przede wszystkim odnosić do uczestników Postępowania, tj. do Odwołującego i Przystępującego i stwierdzić, że byłaby nią taka modyfikacja, która powodowałaby, że jeden z nich – złożywszy ofertę wstępną spełniającą wymagania Zamawiającego – nie byłby następnie, po wprowadzeniu zmiany treści SIWZ, w stanie złożyć oferty ostatecznej, która spełnia zmodyfikowane wymagania. Fakt, że dwie oferty wstępne zostały przez Zamawiającego odrzucone miałaby znaczenie w sytuacji, w której, uwzględniając pierwotne brzmienie pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, podstawą tej czynności byłoby zaoferowanie przez

wykonawców, którzy je złożyli stacji roboczych wyposażonych w system operacyjny MS Windows. Z kolei odwoływanie się do kręgu potencjalnych wykonawców, którzy byliby zainteresowani udziałem w Postępowaniu, gdyby od jego wszczęcia ww. postanowienie SIWZ funkcjonowało w brzmieniu nadanym mu w dniu 19 stycznia 2015 r., jest wyłącznie daleko idącym przypuszczeniem, skoro – po pierwsze – Odwołujący nie wskazał żadnego takiego podmiotu, a po drugie – uznając ten argument za uzasadniony należałoby powziąć wątpliwość dlaczego na wcześniejszym etapie Postępowania pierwotne brzmienie pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług nie zostało zaskarżone odwołaniem. Co więcej, z przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, że wykonawca wnoszący odwołanie musi mieć na względzie własny interes w uzyskaniu zamówienia, wobec czego podać w wątpliwość trzeba możliwość uzasadniania zarzutów odwołania hipotetycznym interesem, jaki mogli mieć inni potencjalni uczestnicy Postępowania. Należy przy tym zauważyć, że Odwołujący nigdy nie kwestionował możliwości złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu po dokonanej modyfikacji SIWZ.

Z powyższych przyczyn Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, który – jak się wydaje – należało odczytywać przez pryzmat omówionej cechy istotności zmiany przedmiotu zamówienia, ponieważ samodzielne postawienie zarzutu naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych wymienionych w tym przepisie nie może odnieść skutku. Należy je bowiem w każdym przypadku powiązać z przepisem Pzp,

który zasady te realizuje.

Druga ze sformułowanych przez Odwołującego cech istotności zmiany przedmiotu zamówienia nie została przez Odwołującego udowodniona. Ograniczył się on w tym zakresie do stwierdzenia, że okoliczność ta została przyznana zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego. Trzeba mieć jednak na względzie, że sama tylko możliwość obniżenia kosztów realizacji przedmiotu zamówienia z uwagi na dopuszczenie zaoferowania innego, niż zakładanego pierwotnie, systemu operacyjnego nie dowodzi jeszcze zaistnienia istotnej zmiany w przytoczonym wcześniej rozumieniu. W tym zakresie konieczne byłoby przedstawienie kalkulacji, z której wynikałaby znaczna różnica w cenie systemu opartego na pierwotnym brzmieniu SIWZ, w stosunku do systemu uwzględniającego zaskarżoną modyfikację. Oczekiwanie to było w stosunku do Odwołującego tym bardziej zasadne, że w treści odwołania powoływał się na okoliczność, że przystępując do udziału w Postępowaniu wziął pod uwagę poziom cen rynkowych jednego z pierwotnie dopuszczonych systemów operacyjnych. Zdaniem Izby nic nie stało na przeszkodzie, aby skonfrontować te informacje z cenami systemu operacyjnego dopuszczonego zmianą treści SIWZ z dnia 19 stycznia 2015 r., tym bardziej, że nie powinno to stanowić trudności dla Odwołującego, który jest podmiotem funkcjonującym w branży informatycznej. Natomiast argument,

że Odwołujący podjął ryzyko i poniósł koszty związane z przygotowaniem oferty uwzględniającej pierwotne wymaganie SIWZ jest bez znaczenia, ponieważ stanowi to element ryzyka gospodarczego związanego z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się natomiast do ostatniego ze wzmiankowanych przez Odwołującego aspektów pojęcia istotnej zmiany przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że nie tylko nie udźwignął on spoczywającego na nim ciężaru dowodowego, ale także nie podjął skutecznej polemiki z załączoną do odpowiedzi na odwołanie ekspertyzą. W zakresie omawianej przesłanki Izba wskazuje na zawarte w niej informacje stwierdzając, że dokonana modyfikacja dotyczyła wyłącznie jednego z 9 komponentów składających się na przedmiot zamówienia (ergo stacji roboczych operatorskich). Odwołujący nie wykazał, aby zaskarżona zmiana wywierała zasadniczy wpływ na kształt przedmiotu zamówienia, np. z uwagi na konieczność dostosowania do niej innych komponentów systemu lub z powodu istotnej roli, jaką stacje robocze pełnią dla prawidłowego jego funkcjonowania. Przypisanie im roli wizualizacyjnej, na którą to strony i Przystępujący zwracali uwagę w toku rozprawy, uzasadnia wniosek, że sporna modyfikacja nie dotyczyła komponentu realizującego podstawową funkcjonalność systemu. Przeznaczeniem systemu SCADA – zgodnie z pkt 2 Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług – jest sterowanie, zarządzanie, pozyskiwanie i archiwizacja danych z obiektów oraz wymiana danych z systemami zewnętrznymi. Nawet jeśli część tak rozumianego przetwarzania danych realizowana miałaby być na wspomnianych stacjach roboczych, która to okoliczność nie była sporna między stronami, to nie zostało wykazane jaka część wszystkich danych objęta będzie tym procesem na wspomnianych stacjach roboczych. Nie mogło się również ostać twierdzenie Odwołującego o konieczności zapewnienia homogeniczności systemu SCADA, także w zakresie systemów operacyjnych zainstalowanych na komputerach wchodzących w jego skład (pkt 7.1 Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług), skoro – zgodnie z treścią wzmiankowanego postanowienia SIWZ – nie był to wymóg bezwzględny, a jedynie zalecenie.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się w zaskarżonej modyfikacji SIWZ istotnej zmiany przedmiotu zamówienia, o której mowa w przepisie art. 59 ust. 1 Pzp. Podkreślić należy przy tym, że przedstawionego zapatrywania nie mogły zmienić dowody zawnioskowane przez Odwołującego. Uzasadniając istotność dokonanej zmiany odwołał się m.in. do treści odwołania Wykonawcy M. i uzasadnienia wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1276/13, podczas gdy dotyczyły one warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, nie zaś opisu przedmiotu zamówienia. Pomijając nawet wątpliwość dotyczącą możliwości przeprowadzania dowodu z treści orzeczeń Izby zapadłych w innych postępowaniach odwoławczych żaden z ww. dowodów, jako niedotyczący przedmiotu sporu w niniejszej sprawie, nie mógł mieć znaczenia dla jej rozstrzygnięcia. Podobnie należało

ocenić także dowód w postaci dokumentacji uprzednio prowadzonego postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie Odwołujący powoływał się na postanowienia, których odpowiedniki znalazły się także w pierwotnym brzmieniu dokumentacji Postępowania, tym niemniej z okoliczności, że brzmiały one identycznie nie można wywodzić, że dotyczą istotnych elementów przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: ……..