

WYROK
z dnia 4 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 września 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **16 września 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **Landis+Gyr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

[1] Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], [2] Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, [3] MIKRONIKA z siedzibą w Poznaniu, adres pełnomocnika: ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Landis+Gyr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Landis+Gyr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **154 zł 10 gr** (słownie: sto pięćdziesiąt cztery złote dziesięć groszy) przez odwołującego **Landis+Gyr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa** na rzecz zamawiającego **ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający ENEA Operator Sp. z o.o. Departament Teleinformatyki Biuro Rozwoju Teleinformatyki z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, Kancelaria bud. I, p. 02, 60-479 Poznań wszczął postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem pod nazwą »Zakup urządzeń teletechnicznych na potrzeby realizacji transmisji danych z stacji SN/nn«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **12.09.2015 r.** pod nrem **2015/S 177-322367**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający przekazał **wykonawcom 08.09.2016 r.** ujednoliconą treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia będzie zwana dalej SIWZ lub specyfikacją bez bliższego określenia.

Wykonawca Landis+Gyr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa, zgodnie z **art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp**, wniósł **16.09.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na czynność dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób:

- 1) ograniczający, a nawet wyłączający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, przez dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) wadliwy i niekonkurencyjny, utrudniający odwołującemu dostęp do przedmiotowego zamówienia i uniemożliwiający złożenie korzystnej oferty.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie **art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust.**

1 Pzp:

- A) uniemożliwienie złożenia korzystnej oferty;**
- B) wprowadzenie nowej definicji funkcji „Zimnego restartu” sterownika;**
- C) wymiary sterownika i routera;**
- D) maksymalny przekrój przewodów;**
- E) naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.**

3

Podczas rozprawy **odwołujący** cofnął zarzut naruszenia przez **zamawiającego** innych przepisów, których wykazanie miało wynikać bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania przez nakazanie **zamawiającemu** dokonania zmian w **specyfikacji** w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania:

A. Uniemożliwienie złożenia korzystnej oferty ze względu na zaniechanie żądania protokołów TFTP/FTP

1. Nakazanie **zamawiającemu** cofnięcia zmiany wprowadzonej do **rozdz. II cz. I pkt 5.3.4 SIWZ** dotyczącego sterownika w brzmieniu: „Sterownik musi posiadać możliwość zdalnej i lokalnej aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) za pomocą protokołów (SCP albo SFTP) przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS” i nadanie mu pierwotnego brzmienia o treści: „**Sterownik musi posiadać możliwość zdalnej i lokalnej aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) za pomocą protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS**”.
2. Nakazanie **zamawiającemu** cofnięcia zmiany wprowadzonej do **rozdz. II cz. I pkt 5.3.5 SIWZ** dotyczącego sterownika w brzmieniu: „Sterownik musi umożliwiać zdalną i lokalną konfigurację za pomocą plików i protokołów (SCP albo SFTP) przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS” i nadanie mu pierwotnego brzmienia o treści: „**Sterownik musi umożliwiać zdalną i lokalną konfigurację za pomocą plików i protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS**”.
3. Nakazanie **zamawiającemu** cofnięcia zmiany wprowadzonej do **rozdz. II cz. I pkt 7.1.15 SIWZ** dotyczącego sterownika w brzmieniu: „Oprogramowanie Zarządzające EMS wykonane jako dedykowana aplikacja musi posiadać możliwość zdalnej i lokalnej aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) za pomocą protokołów (SCP lub SFTP)” i nadanie mu pierwotnego brzmienia o treści: „**Oprogramowanie Zarządzające EMS wykonane jako dedykowana aplikacja musi posiadać możliwość zdalnej i lokalnej aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) za pomocą protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP**”.
4. Nakazanie **zamawiającemu** cofnięcia zmiany wprowadzonej do **rozdz. II cz. I pkt 7.1.32 SIWZ** dotyczącego sterownika w brzmieniu: „Oprogramowanie Zarządzające EMS musi posiadać możliwość zdalnej aktualizacji oprogramowania Wewnętrznego

(firmware) i zmiany konfiguracji przy wykorzystaniu plików konfiguracyjnych za pomocą protokołów SCP lub SFTP” i nadanie mu pierwotnego brzmienia o treści:
„Oprogramowanie **Zarządzające EMS musi posiadać możliwość zdalnej**

4

aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) i zmiany konfiguracji przy wykorzystaniu plików konfiguracyjnych za pomocą protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP”.

5. Nakazanie **zamawiającemu** cofnięcie zmiany wprowadzonej do **rozdz. II cz. II pkt 6.3.5 SIWZ** dotyczącego routera w brzmieniu: „Ruter musi posiadać możliwość zdalnej i lokalnej aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) za pomocą protokołów SCP lub SFTP przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS” nadanie mu pierwotnego brzmienia o treści: „Ruter **musi posiadać możliwość zdalnej i lokalnej aktualizacji oprogramowania wewnętrznego (firmware) za pomocą protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS”.**
6. Nakazanie **zamawiającemu** cofnięcie zmiany wprowadzonej do **rozdz. II cz. II pkt 6.3.6 SIWZ** dotyczącego routera w brzmieniu: „Ruter musi umożliwiać zdalną i lokalną konfigurację za pomocą plików i protokołów SCP lub SFTP przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS” i nadanie mu pierwotnego brzmienia o treści: „Ruter **musi umożliwiać zdalną i lokalną konfigurację za pomocą plików i protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP przy użyciu Oprogramowania Zarządzającego EMS”.**
7. Nakazanie **zamawiającemu** wykreślenie z **rozdz. II cz. I SIWZ** dotyczącego sterownika **pkt 5.4.9** w brzmieniu: „Sterownik musi umożliwiać zdalną lub lokalną zmianę konfiguracji i oprogramowania wewnętrznego (firmware) przy pomocy szyfrowanego protokołu. Algorytm szyfrowania i użyty klucz powinien zapewniać siłę nie gorszą niż AES-128” – z uwagi na żądanie przywrócenia postanowień dotyczących protokołu **TFTP/FTP**.
8. Nakazanie **zamawiającemu** wykreślenie z **rozdz. II cz. II SIWZ** dotyczącego routera **pkt 6.4.13** w brzmieniu: „Ruter musi umożliwiać zdalną lub lokalną zmianę konfiguracji i oprogramowania wewnętrznego (firmware) przy pomocy szyfrowanego protokołu. Algorytm szyfrowania i użyty klucz powinien zapewniać skuteczność ochrony nie gorszą niż AES-128” – z uwagi na żądanie przywrócenia postanowień dotyczących protokołu **TFTP/FTP**.

B. Funkcją „Zimnego restartu” sterownika

Rozdział II, Opis Przedmiotu Zamówienia. Część I dotyczącą sterownika, punkt 5.3.9.

Odwołujący wnosi o wykreślenie drugiego zdania w **pkt 5.3.9 SIWZ** i nadanie mu brzmienia: „Sterownik **musi umożliwiać zdalny i lokalny restart sterownika za pomocą Oprogramowania Zarządzającego EMS”.**

5

C. Wymiary sterownika i routera

Rozdział II, Opis Przedmiotu Zamówienia. Cz. I dotyczącą sterownika pkt 6.2.5 oraz cz. II dotyczącą routera pkt 7.2.4

Odwołujący wniosk o dokonanie zmiany w **cz. I (dotyczącej sterownika) pkt 6.2.5 oraz w cz. II (dotyczącej routera) pkt 7.2.4 SIWZ** polegającej na zastąpieniu obu postanowień jednolitym postanowieniem w brzmieniu: „Wymiary **sterownika i routera nie mogą być większe niż 200 x 290 x 200 mm (W x S x G)**, patrząc na urządzenia zawieszone na poziomej szynie TH35. Wymiar G dotyczy obudowy wraz ze złączami umieszczonymi na płycie czołowej oraz wieszakami na szynę TH35”.

D. Maksymalny przekrój przewodów

Odwołujący zażądał przywrócenia postanowienia, w którym podany zakres przekrojów wynosi **0,5 mm² do 2,5 mm²**.

E. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców

1. Nakazanie **zamawiającemu** wprowadzenie do **SIWZ** postanowienia umożliwiającego

wykonawcy wcześniejsze przeprowadzenie testów wstępnych związanych z przypadkami testowymi opisanymi w **pkt 6.21 lit. d** w postaci dodania **pkt 6.21 lit. e** o treści: „W związku z przypadkami testowymi wskazanymi w **pkt 6.21 d)** powyżej, **zamawiający umożliwi wykonawcy – na jego żądanie – wykonanie testów wstępnych w systemie SCADA– Sindis i WindEX, z wyprzedzeniem co najmniej 3 tygodni przed terminem składania oferty ostatecznej, łącznie z możliwością przetestowania komunikacji sterownika z urządzeniem do wykrywania prądów zwarciovych, takim jakiego użyje zamawiający w czasie badania przypadków testowych. Zamawiający jednocześnie zapewni w czasie testów wstępnych niezbędne wsparcie w zakresie skonfigurowania instancji systemu SCADA Sindis i WindEX celem nawiązania komunikacji ze sterownikiem. Testy wstępne nie będą brane pod uwagę przy ocenie ofert i stanowią jedynie możliwość wcześniejszego sprawdzenia przez wykonawcę przypadków testowych”.**

2. Nakazanie **zamawiającemu** wprowadzenie do **SIWZ** postanowienia umożliwiającego **wykonawcy** wcześniejsze przeprowadzenie testów wstępnych związanych z przypadkami testowymi opisanymi w **pkt 6.21 lit. d** w postaci dodania **pkt 6.21 lit. f** o treści: „Testy **wstępne nie będą brane pod uwagę przy ocenie ofert i stanowią jedynie możliwość wcześniejszego sprawdzenia przez wykonawcę przypadków testowych”.**
3. Nakazanie **zamawiającemu** wykreślenie z rozdz. I z nieistniejącego pierwotnie **pkt 6.21 lit. a** (Lista PT dla sterownika) dla przypadku testowego ST_FC_05 w brzmieniu:

6

„Test obejmuje: – przeprowadzenie testowej aktualizacji (wymaga się by wraz z urządzeniem dostarczony był plik z firmware, którym można zaktualizować sterownik) – potwierdzenie, że aktualizacja oprogramowania została dokonana za pomocą szyfrowanego kanału komunikacyjnego – potwierdzenie, że aktualizacja

zdarzeń” oprogramowania została odnotowana w

dzienniku postanowienia:

„potwierdzenie, że **aktualizacja oprogramowania została dokonana za pomocą szyfrowanego kanału komunikacyjnego”.**

4. Nakazanie **zamawiającemu** wykreślenie z rozdz. I z nieistniejącego pierwotnie **pkt 6.21 lit. a** (Lista PT dla sterownika) dla przypadku testowego ST_FC_06 w brzmieniu: „Test obejmuje: – pobranie konfiguracji, – zmianę konfiguracji, – odtworzenie konfiguracji, – potwierdzenie, że aktualizacja oprogramowania została odnotowana w dzienniku zdarzeń, – potwierdzenie, że aktualizacja oprogramowania została dokonana za pomocą szyfrowanego kanału komunikacyjnego” postanowienia: „potwierdzenie, że **zmiana konfiguracji odbyła się za pomocą szyfrowanego kanału komunikacyjnego”.**
5. Nakazanie **zamawiającemu** wykreślenie z rozdz. I z nieistniejącego pierwotnie **pkt 6.21 lit. b** dla przypadku testowego RT_FC_10 w brzmieniu: „Test obejmuje: – możliwość odczytania numeru seryjnego oraz aktualnej wersji firmware, – przeprowadzenie testowej aktualizacji (wymaga się by wraz z urządzeniem dostarczony był plik z firmware, którym można zaktualizować router, – potwierdzenie, że aktualizacja oprogramowania została dokonana za pomocą szyfrowanego kanału komunikacyjnego, – potwierdzenie, że aktualizacja oprogramowania została odnotowana w dzienniku zdarzeń.” postanowienia: „potwierdzenie, że **aktualizacja oprogramowania za pomocą szyfrowanego kanału została dokonana komunikacyjnego”.**
6. Nakazanie **zamawiającemu** wykreślenie z rozdz. I z nieistniejącego pierwotnie **pkt 6.21 lit. b** dla przypadku testowego RT_FC_11 w brzmieniu: „Test obejmuje: – pobranie konfiguracji, – zmianę konfiguracji, – odtworzenie konfiguracji, – potwierdzenie, że zmiana konfiguracji została odnotowana w dzienniku zdarzeń, – potwierdzenie, że zmiana konfiguracji odbyła się za pomocą szyfrowanego kanału komunikacyjnego” postanowienia: „potwierdzenie, że **zmiana konfiguracji odbyła się za pomocą szyfrowanego kanału komunikacyjnego”.**
- 2) zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego** kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu według norm przepisanych.

25.05.2016 r. zamawiający wysłał do **wykonawców** zaproszenie do składania oferty wstępnej. **Zamawiający** dołączył do zaproszenia **SIWZ**

Po otrzymaniu **SIWZ odwołujący** wystosował **10.06.2016 r.** pismo z prośbą o wyjaśnienie treści **SIWZ**

8.09.2016 r. zamawiający wysłał do **wykonawców** odpowiedź na pytania łącznie z nową ujednoliconą wersją **SIWZ**

Ad A. Uniemożliwienie złożenia korzystnej oferty

W procesie dokonywania zmian przez **zamawiającego** w treści **SIWZ**, w **rozdz. II pkt 5.3.4, 5.3.5 a także 7.1.15 i 7.1.32 SIWZ** **zamawiający** usunął protokół **TFTP/FTP** pozostawiając jedynie możliwość zastosowania **protokołów SCP lub SFTP**.

Działanie **zamawiającego** uniemożliwia **odwołującemu** złożenie korzystnej oferty.

W ocenie **odwołującego** zastosowanie protokołów **TFTP/FTP** nie jest krytyczne z punktu widzenia bezpieczeństwa teleinformatycznego **zamawiającego**, ponieważ komunikacja i tak odbywać się będzie z wykorzystaniem szyfrowanych kanałów telefonii komórkowej operatorów publicznych.

Pozostawienie zaś tylko **protokołów szyfrowanych SCP lub SFTP** jest wymaganiem nadmiarowym, gdyż funkcja zdalnej zmiany konfiguracji oraz zdalnej zmiany oprogramowania wewnętrznego sterownika, o czym mówią **pkt 5.3.4, 5.3.5, 7.1.15 oraz 7.1.32** jest zazwyczaj wykonywana sporadycznie.

Ponadto, procedury zmiany konfiguracji oraz oprogramowania wewnętrznego posiadają wewnętrzne mechanizmy bezpieczeństwa i spójności przesyłanych plików, stąd szyfrowanie lub jego brak – czyli zastosowanie **SCP lub SFTP** lub zastosowanie tylko **TFTP/FTP** – i tak nie ma wpływu na poprawność wykonania procedury zmiany konfiguracji lub oprogramowania wewnętrznego.

Odwołujący jednocześnie zwraca uwagę, że na głównej drodze komunikacji sterownika z systemem **SCADA** z wykorzystaniem protokołu **DNP3.0** przy realizacji funkcji opisanych w **pkt 5.1.3 zamawiający** nie wymaga szyfrowania danych. Funkcje opisane w **pkt 5.1.3** są podstawowymi zadaniami sterownika z punktu widzenia realizowania celu całego zamówienia.

Kolejną przesłanką wskazującą na brak istotnego znaczenia szyfrowania jest postanowienie w **rozdz. II cz. II – Router dla potrzeb transmisji danych pomiarowych pkt 8.8 SIWZ**, w którym to postanowieniu **zamawiający** wymaga zastosowania do zdalnej i lokalnej aktualizacji oprogramowania **protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP**.

W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że **zamawiający** dokonując zmiany treści **SIWZ** naruszył **art. 29 ust. 2 Pzp**. Za nieproporcjonalne należy uznać w przedmiotowym postępowaniu wyłączenie możliwości stosowania protokołu **TFTP/FTP**.

Odwołujący przytoczył na potwierdzenie swoich wywodów orzeczenia szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej – KIO 2184/13, KIO 2367/15, KIO 1519/15 i KIO 1560/15.

Ad B. Rozdział II, Opis Przedmiotu Zamówienia. Część I dotyczącą sterownika, punkt 5.3.9. Funkcją „Zimnego restartu” sterownika

Zgodnie z **pkt 5.3.9. SIWZ**: „Sterownik musi umożliwiać zdalny i lokalny restart sterownika za pomocą Oprogramowania Zarządzającego EMS. Wymagana jest realizacja restartu w sterowniku na poziomie sprzętowym (tzw. zimny reset)”.

Zamawiający dopiero w odpowiedzi na **pytanie nr 3 z 7.09.2015 r.** wyjaśnił, że pod pojęciem „Zimny restart” rozumie sprzętowe chwilowe odcięcie zasilania z układu mikroprocesorowego/mikrokontrolera. Sposób realizacji sprzętowej leży w gestii **wykonawcy**.

Zamawiający dopiero na etapie odpowiedzi na pytania dookreślił co należy rozumieć pod pojęciem „Zimny restart” natomiast to dookreślenie jednocześnie z punktu widzenia konstrukcji sterownika wymaga zmian w budowie wewnętrznej urządzenia związanych z zasilaniem układu mikroprocesorowego/mikrokontrolera.

Zamawiający przez uszczegółowienie wymagania w sposób niemający uzasadnienia

(można cel osiągnąć inaczej niż to sformułował **zamawiający**) uniemożliwia **odwołującemu** złożenia korzystnej oferty.

Pozostawienie postanowienia, będzie powodowało, że w istocie **zamawiający** odrzuci oferty, w których sterownik nie będzie realizował tak szczegółowego wymagania, jakim jest odcięcie wewnątrz urządzenia zasilania z jednego z elementów konstrukcyjnych, czyli układu mikroprocesorowego/mikrokontrolera.

W związku z tym **odwołujący** wnosi o wykreślenie **drugiego zdania w pkt 5.3.9 SIWZ** i nadanie mu brzmienia: „Sterownik **musi umożliwiać zdalny i lokalny restart sterownika za pomocą Oprogramowania Zarządzającego EMS**”.

Odwołujący podkreśla, że funkcja „zimnego restartu” może być zrealizowana przez zewnętrzne odłączenie zasilania całego sterownika np. z wykorzystaniem licznika **S650**. Oprócz tego metoda podana przez **zamawiającego** wykonywana zdalnie nie gwarantuje 100% skuteczności.

Ad C. Rozdział II. Opis Przedmiotu Zamówienia. Cz. I dotycząca sterownika pkt 6.2.5 oraz cz. II dotycząca routera pkt 7.2.4

Wymiary sterownika i routera

Zamawiający w pkt 6.2.5 dla sterownika wymaga: „Wymiary obudowy sterownika nie mogą przekroczyć wymiarów **170 mm x 145 mm x 100 mm (W x S x G)**”.

9

Natomiast dla routera w **pkt 7.2.4 zamawiający** wskazuje: „Wymiary routera nie mogą być większe niż **170 x 145 x 100 mm (W x S x G)**, patrząc na urządzenie zawieszone na poziomej szynie DIN. Wymiar G dotyczy obudowy wraz ze złączami umieszczonymi na płycie czołowej”.

W odpowiedzi na **pytanie nr 105 zamawiający** stwierdza: „Zamawiający wyjaśnia, że dopuszcza zmianę tylko wymiaru szerokości w przypadku sterownika i routera, pod warunkiem, że ich łączna szerokość nie może przekroczyć wartości **290 mm**”.

W odpowiedzi **nr 120 zamawiający** wyjaśnia, że nie akceptuje urządzenia o wymiarach **145 x 150 x 80 mm (W x S x G)**: „Zamawiający nie akceptuje propozycji **wykonawcy**”.

Z kolei w **odpowiedzi nr 227 zamawiający** stwierdza, że „Zamawiający informuje, że wymiar **G** obejmuje urządzenie ze złączami, interfejsami oraz wieszakiem na szynę TH35.

Zamawiający informuje, że wymiar zasilacza buforowego 24Y został podany w specyfikacji.

Natomiast w przypadku sterownika i routera łączne wymiary nie mogą przekroczyć **170 x 290 x 100 mm (W x S x G)**”.

Wobec informacji, które **zamawiający** udzielił w zakresie wymiarów sterownika, postanowienie **pkt 6.2.5** jest niepełne, a **zamawiający** w odpowiedziach pośrednio zmienia podane wymiary, gdyż odpowiedzi na pytania w istocie prowadzą do ograniczenia rozmiarów samego sterownika na skutek wliczenia w wymiar **G** złączy oraz wieszaka na szynę **TH35**.

Jednocześnie w odpowiedzi na **pytanie nr 120 zamawiający** odrzucił możliwość dostarczenia sterownika o rozmiarach **145 x 150 x 80 mm (W x S x G)**, mimo że w odpowiedzi na **pytanie nr 227** dopuszcza łączny rozmiar sterownika i routera jako **170 x 290 x 100 mm (W x S x G)**.

Wszystkie wymienione powyżej wymagania i odpowiedzi nie podają jednoznacznie jakie mają być wymiary sterownika i routera bądź obu urządzeń razem.

W związku z tym **odwołujący** wnosi o dokonanie zmiany w **cz. I (dotyczącej sterownika) pkt 6.2.5 oraz w cz. II (dotyczącej routera) pkt 7.2.4 SIWZ** polegającej na zastąpieniu obu postanowień jednolitym postanowieniem w brzmieniu: „Wymiary **sterownika i routera nie mogą być większe niż 200 x 290 x 200 mm (W x S x G)**, patrząc na urządzenia zawieszone na poziomej szynie **TH35**. Wymiar **G** dotyczy obudowy wraz ze złączami umieszczonymi na płycie czołowej oraz wieszakami na szynę **TH35**”.

Określenie w **SIWZ** wymiarów urządzeń jest niejednoznaczne (w powiązaniu z udzielonymi odpowiedziami). Podobnie nieuzasadnione jest ograniczenie rozmiaru **G** ponieważ według wiedzy **odwołującego** sterownik i router będą montowane w szafkach pomiarowych o szerokości **245 mm**.

Ograniczenie rozmiaru tylko do **100 mm** wliczając w to złączki oraz wieszak jest zbyt daleko idącym ograniczaniem. Podobnie dla wymiaru **W**, który przed odpowiedziami na

10

wyjaśnienia był podany w **SIWZ** jako **170 mm** dotyczył tylko samego sterownika musi być powiększony o rozmiary złączy stąd żądanie **odwołującego** aby wynosił on **200 mm**.

Odwołujący wskazuje, że ograniczenie rozmiarów urządzeń do przestrzeni mniejszej niż podana w nowej treści **pkt 6.2.5 i 7.2.4** jest nieuzasadnione i uniemożliwia **odwołującemu** złożenie korzystnej oferty.

Ad D. Maksymalny przekrój przewodów

Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 8 zmienił postanowienie **cz. I (dotyczącej sterownika) pkt 6.5.9 SIWZ**, który po dokonanej zmianie brzmi: „Zaciski sterownika przeznaczone do podłączenia wejść lub wyjść dwustanowych powinny umożliwiać dołączenie przewodu o przekroju w zakresie **od 0,5 mm² do 1,5 mm²** .

W poprzedniej wersji **SIWZ zamawiający** określił wyżej wymieniony zakres przekrojów jako **0,5 mm² do 2,5 mm²** .

Wprowadzona zmiana ogranicza możliwość zaoferowania urządzeń, które mają zaciski 2,5 mm² przy czym należy podkreślić, że można do nich podłączyć przewody 1,5 mm² .

Zaakceptowana przez **zamawiającego** argumentacja jednego z **wykonawców** – autora pytania – mówiąca o tym, że wymóg zakresu do 2,5 mm² wymusza stosowanie droższych złączek nie powinna być brana pod uwagę przy zmianie wymagań technicznych.

Zamawiający pośrednio założył, że urządzenie ze złączkami 1,5 mm² będzie tańsze niż ze złączkami 2,5 mm² co w praktyce może być nieprawdziwe. O cenie ostatecznie zdecyduje cena całej oferty, a nie cena zastosowanych złączek.

W związku z tym **odwołujący** żąda przywrócenia postanowienia, w którym podany zakres przekrojów wynosi **0,5 mm² do 2,5 mm²** .

Jest to tym bardziej uzasadnione, że można do nich podłączyć przewody takie jak **zamawiający** przewiduje obecnie czyli 1,5 mm² .

Ad E. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców

Zgodnie z **art. 29 ust. 2 Pzp** przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Art. 7 ust. 1 Pzp stanowi z kolei, że **zamawiający** przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie **wykonawców** oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający dodał do **SIWZ** w **rozdz. I m.in. pkt 6.21**.

Nierówne traktowanie wykonawców polega na wprowadzeniu do **SIWZ** w **rozdz. I pkt 6.21 lit. d SIWZ** (Lista PT dla makiety) listy przypadków testowych, które obejmują wykonanie testów z zastosowaniem systemu klasy **SCADA– SINDIS i WindEX**.

11

Podkreślenia wymaga, że dostawcami i producentami powyższych są inni **wykonawcy** zakwalifikowani do udziału w postępowaniu.

Dostawcą i producentem systemu **SINDIS** jest Badawczo-Rozwojowa Spółdzielnia Mikroprocesorowych Systemów Automatyki MIKRONIKA jako członek konsorcjum, natomiast dostawcą systemu WindEX jest firma Apator Elkomtech biorąca samodzielnie udział w postępowaniu. Jednocześnie, w **rozdz. I w dodanym (nie istniejącym w pierwotnej wersji SIWZ) pkt 6.22 zamawiający** stwierdza, że w przypadku negatywnego wykonania przypadku testowego, dotyczącego sprawdzenia spełniania wymagań technicznych zawartych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oferta **wykonawcy** zostanie odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

W obecnej sytuacji inni **wykonawcy** mają bezprawną przewagę nad **odwołującym**, bowiem zmodyfikowane postanowienia **SIWZ** preferują konkretnych **wykonawców**.

Znają oni bowiem systemy **SCADA**, bowiem to oni są dostawcami i producentami tych systemów. Dzięki temu wiedzą jak zachowają się proponowane przez nich urządzenia podczas testów akceptacyjnych oraz jak należy skonfigurować urządzenia, aby w konkretnych okolicznościach osiągnęły najlepsze wyniki.

Dlatego też sytuacja nie może zostać uznana za równą, bowiem część z **wykonawców** posiada niepodlegającą kwestionowaniu przewagę.

Powstała ona właśnie przez dokonaną przez **zamawiającego** zmianę treści **SIWZ**.

Działanie **zamawiającego** może doprowadzić do zaistnienia niekorzystnych skutków –

również dla **zamawiającego**. Może się okazać, że faktycznie lepsze oraz bardziej odpowiadające wymogom **zamawiającego** urządzenia teletechniczne oferowane przez **odwołującego**, nie zostaną wybrane, gdyż niektórzy z **wykonawców** będą wiedzieli uprzednio, jak należy skonfigurować urządzenia dla osiągnięcia maksymalnych rezultatów i najlepszych wyników testów.

W celu wyrównania szans **wykonawców**, dokonanie stosownych zmian w treści **SIWZ** jest zatem niezbędne.

Nadrzędną zasadą zamówień publicznych jest zasada wynikająca z **art. 7 ust. 1 Pzp**, z którą zgodnie obowiązkiem **zamawiającego** jest poszanowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie **wykonawców**.

Uzupełnieniem tego jest **art. 29 ust. 2 Pzp**, zgodnie z którym **wykonawca** może jedynie uprawdopodobnić utrudnienie uczciwej konkurencji. Nie musi on jej udowodnić. Odwołujący na potwierdzenie swoich wywodów wskazał na orzeczenia KIO – KIO 2349/14, KIO/KD 29/16, KIO/KD 21/16 i KIO/KD 38/15, KIO 597/14, KIOO 1598/13.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 16.09.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

12

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **19.09.2016 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

22.09.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik], [2] Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [3] B-RSPMSA Mikronika z siedzibą w Poznaniu złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy wnosząc o oddalenie odwołania (art. 186 ust. 1 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**. **Art. 179 ust. 1 Pzp** brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** oparła wyrok na:

dowodach złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) **SIWZ zamawiającego ENEA z 30 września 2015 r.** dotyczący rozmiarów szafek, w których będą montowane sterowniki z obecnego postępowania

13

zamówieniowego na wykazanie, że zamawiający dysponuje szafkami o głębokości **G = 200 mm**;

- 2) (dowód nr 2) zdjęcia sterownika, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, który to sterownik może być zaoferowany w ofercie wstępnej na wykazanie, że urządzenie mieści się w szafce o głębokości **G 200 mm**, ale przekracza **G 100 mm** żądanych w

obecnej **SIWZ**;

dowodzie złożonym przez zamawiającego:

3) (dowód nr 3) informację z 27.09.2016 r. o zmianie SIWZ

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez **uniemożliwienie złożenia korzystnej oferty ze względu na odstąpienie od wymagania zastosowania protokołów TFTP/FTP** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pierwotnej **specyfikacji** wymagał w wielu postanowieniach specyfikacji żeby sterownik wykonywał swoją aktywność m.in. za pomocą »**protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP**«. Jednak **zamawiający** zmienił treść **specyfikacji** odstępując od wymagania stosowania protokołów **TFTP/FTP** i pozostawił jedynie obowiązek komunikowania się zamawianego urządzenia za pośrednictwem szyfrowanych protokołów **SCP lub SFTP**.

Izba stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że zmniejszenie zakresu wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia może być potraktowane jako utrudnienie uczciwej konkurencji. To dzięki zmniejszeniu wymagań większa liczba **wykonawców** będzie mogła złożyć oferty o treści zgodnej z treścią specyfikacji, a więc większa liczba ofert nie będzie mogła być odrzucona zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Zdaniem **Izby** na podkreślenie zasługuje, że nowa wersja **specyfikacji** nie dyskryminuje ofert, które zgodnie z poprzednimi postanowieniami wykazywały korzystanie z obu rodzajów komunikowania się szyfrowanego oraz nieszyfrowanego czyli »**protokołów (SCP lub SFTP) oraz TFTP/FTP**«. Ponadto **zamawiający** złożył na rozprawie oświadczenie do protokołu »Zamawiający będzie wymagał co najmniej szyfrowania transmisji zgodnie z protokołami **SCP lub SFTP**, a jeżeli jakiś **wykonawca** zaoferuje również funkcjonalność innych protokołów nie będzie to powodem odrzucenia oferty, o ile będzie spełniać inne wymagania **zamawiającego** określone w **SIWZ**«, a sam **odwołujący** nie wykazał niczego innego.

14

Ponadto, zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp**, który brzmi »**Izba uwzględni odwołanie**, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia« **Izba** może uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy. **Izba** nie stwierdziła takiego naruszenia przepisów ustawy ani **odwołujący** nie wykazał takiego naruszenia przepisów **ustawy** przez **zamawiającego**, zwłaszcza naruszenia przepisów **ustawy** przez zliberalizowanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i dlatego **Izba** nie może uwzględnić zarzutu pierwszego **uniemożliwienia złożenia korzystnej oferty**.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez **wprowadzenie nowej definicji funkcji „Zimnego restartu” sterownika** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że **zamawiający** dopiero w odpowiedzi na **pytanie nr 3 z 7.09.2015 r.** wyjaśnił, że pod pojęciem »**Zimny restart**» rozumie sprzętowe i chwilowe odcięcie zasilania z układu mikroprocesorowego/mikrokontrolera. Jednak zdaniem **odwołującego** sposób realizacji sprzętowej zamówienia leży w gestii **wykonawcy**. Tak też rozumie to **zamawiający** stwierdzając podczas rozprawy cyt. »Zamawiający dopuści sposób realizacji sprzętowej funkcjonalności **zimnego restartu** według możliwości własnych **wykonawców** i nie musi ten **zimny restart** odbywać się, jak rozumiał to początkowo **Odwołujący**. Może być spełniony innymi sprzętowymi rozwiązaniami **wykonawcy** z poziomu oprogramowania **EMS**«. **Odwołujący** przystał na taką możliwość interpretacji kwestionowanego postanowienia cyt. »[...] chyba żeby wziąć pod uwagę obecne stanowisko **Zamawiającego**, które daje możliwość złożenia oferty przez **odwołującego**«.

Izba stwierdza, że **zamawiający** nie może interpretować postanowień **specyfikacji** w sposób niekorzystny dla **wykonawcy**, dlatego tłumaczenie **zamawiającego**, że **zamawiający** dopuści sposób realizacji sprzętowej funkcjonalności **zimnego restartu**

według możliwości własnych **wykonawców** nie jest tylko gołosłownym stanowiskiem **zamawiającego**, ale zgodnie z utrwalonym stanowiskiem **Izby** będzie jedynym możliwym tłumaczeniem m.in. tego postanowienia.

W związku z tym zarzut **drugi** naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp podlega oddaleniu.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp – przez **wymiary sterownika i routera** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Wg **odwołującego zamawiającego** zamówił w innym postępowaniu zamówieniowym szafki, w których będą montowane sterowniki z obecnie rozpoznawanego postępowania. **Odwołujący** złożył dowód – specyfikację dotyczącą rozmiarów szafek, w których będą

15

montowane sterowniki z obecnego postępowania, wykazując, że **zamawiający** przewidział głębokość szafek **G = 200 mm**. Tymczasem w odpowiedzi na pytanie 227 **zamawiający** żąda rozmiaru **G = 100 mm** wraz ze złączami, interfejsami i wieszakiem. Ale **odwołujący** nie dowiódł, że takie szafki zostały zakupione przez **zamawiającego**. **Zamawiający** oświadczył podczas rozprawy, że cyt. »wymiary w szafkach obecnie posiadanych przez **zamawiającego** mają głębokość **G = 100 mm** i takie żądanie w **SIWZ** **zamawiający** musi postawić ze względu na swoje uwarunkowania i potrzeby«.

Izba stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że **zamawiający** ma możliwość umieścić zamawiane sterowniki w szafkach o głębokości **G = 200 mm**. Sama **specyfikacja** nie może być na to dowodem, gdyż mimo postanowień **specyfikacji** – nawet w trybie przetargu nieograniczonego – możliwe są korekty w dostawie przedmiotów zamówienia. Takie przypadki mogą wystąpić np. w przypadku zmian w **umowie** zgodnych z art. 144 Pzp (o czym wspomniał **zamawiający**), zmian **specyfikacji** przed upływem terminu zamówienia zgodnych z art. 38 ust. 4 Pzp czy po unieważnieniu danego postępowania i wszczęcia nowego postępowania ze zmienioną **specyfikacją**.

Wobec tego zarzut **trzeci** naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp – przez **wymiary sterownika i routera** – nie może być uwzględniony.

W ocenie **Izby**, zarzut **czwarty** naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp – przez **zmniejszenie maksymalnej powierzchni przekroju przewodów na 0,5-1,5 zamiast pozostawienia powierzchni przekroju 0,5-2,5 mm²** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Na początku postępowania **zamawiający** wymagał, aby cyt. »Zaciski sterownika przeznaczone do podłączenia wejść lub wyjść dwustanowych powinny umożliwiać dołączenie przewodu o przekroju w zakresie **od 0,5 mm² do 2,5 mm²**«.

Izba stwierdza za **zamawiającym**, że zmiana parametrów na »**od 0,5 mm² do 1,5 mm²**« nie ogranicza **wykonawców** w zaoferowaniu podłączeń umożliwiających dołączenie przewodów o przekroju w zakresie **od 0,5 mm² do 2,5 mm²** do przewodów o powierzchni przekroju **od 0,5 mm² do 1,5 mm²**. Inaczej – do zacisku umożliwiającego dołączenie przewodu o powierzchni przekroju **od 0,5 mm² do 2,5 mm²** można będzie zawsze dołączyć przewód o powierzchni przekroju **od 0,5 mm² do 1,5 mm²**. **Zamawiający** oświadczył na rozprawie cyt. »obecne postanowienie mówi o otworze, do którego **zamawiający** zamierza włączyć przewód i ten przewód ma być **od 0,5 do 1,5 mm²**. Jeżeli otwór będzie większy, nie będzie to przeszkadzało w spełnieniu wymagania **zamawiającego**, dlatego złącze **2,5 mm²** będzie również spełniało wymagania **zamawiającego**«, a sam **odwołujący** stwierdził cyt. »Jeżeli takie rozumienie postanowień **specyfikacji**, jak obecnie prezentuje na rozprawie **zamawiający**, będzie utrzymane w trakcie dalszego postępowania, **odwołujący** będzie usatysfakcjonowany«.

16

Z tych względów zarzut **czwarty** naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **piąty** naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp – przez **naruszenie zasady równego traktowania wykonawców** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wnosil o oddelegowanie przez **zamawiającego** pracownika, który będzie w

trakcie testowania udzielał na bieżąco odpowiedzi, aby **wykonawca** mógł właściwie przeprowadzić test, mimo że nie będzie taki oddelegowany pracownik **zamawiającego** dokonywać żadnych zmian w systemie **zamawiającego**.

Zamawiający oświadczył, że nie może dać **wykonawcom** takich indywidualnych wsparć w trakcie testów. Jednak nie znaczy to, że **zamawiający** nie udzieli wykonawcom wsparcia na zasadach ogólnych, czyli że na zadane pytanie przez **wykonawcę zamawiający** udzieli oficjalnej odpowiedzi.

Izba stwierdza, że obowiązek udzielenia takiego wsparcia, o jakie wniósł **odwołujący** nie wynika z żadnego przepisu, a więc **Izba** nie może uwzględnić zarzutu, szczególnie że **zamawiający** zadeklarował, że będzie udzielał na pytania **wykonawców** odpowiedzi na równych, ogólnych zasadach.

Dlatego w ocenie **Izby** zarzut **piąty** naruszenia **art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp** nie może zostać uwzględniony.

Ponadto w ocenie **Izby**, zarzut ustanowienia zbyt krótkiego terminu na składanie ofert wstępnych został sformułowany w trakcie rozprawy i nie był wyartykułowany w odwołaniu. Dlatego **Izba** stwierdza, że zarzut ten nie może zostać rozpoznany, zgodnie z **art. 192 ust. 7 Pzp**, który to przepis brzmi »**Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu**«.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów **ustawy** z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę (posiedzenie) **Izby** w kwocie **116,10 zł** (za bilet kolejowy) i 38 zł (za taksówkę) zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a rozporządzenia** Prezesa

17

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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

18