

**WYROK**  
**z dnia 10 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff  
**Członkowie:** Honorata Łopianowska  
Jolanta Markowska  
  
**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 grudnia 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 listopada 2013 r.** przez wykonawcę **OTS - IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków;** adres do korespondencji: **Turon Dystrybucja S.A., ul. Portowa 14, 44-100 Gliwice**

przy udziale wykonawców **Landis+Gyr Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa;** **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa;** **Schneider Electric Polska Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **OTS - IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OTS - IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **OTS - IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków** na rzecz **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków; adres do korespondencji: Turon Dystrybucja S.A., ul. Portowa 14, 44-100 Gliwice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: „*Wdrożenie systemu inteligentnego opomiarowania AMI w TAURON Dystrybucja S.A. 1 etap Smart City Wrocław*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 222-387335 z dnia 15.11.2013 r. przez TAURON Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków; Punkt Kontaktowy: Turon Dystrybucja S.A., ul. Portowa 14, 44-100 Gliwice zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 25.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) OTS - IP Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków zwany dalej: „*OTS - IP Sp. z o.o.*” albo „*Odwolującym*” wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust.1 i 182 ust. 2 pkt 1) Pzp odwołanie na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.11.2013 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu poprzez ukształtowanie postanowień ogłoszenia naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 51 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust.1 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień ogłoszenia dotyczących sposobu wyboru Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w sposób subiektywny i dyskryminacyjny, a także w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców,
2. art. 48 ust. 2 pkt 8a) w zw. z art. 7 ust.1 Pzp poprzez zamieszczenie w ogłoszeniu (sekcja VI 3) 7) i 8) opisu subiektywnego i dyskryminacyjnego sposobu wyboru Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, a także opisu, który narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców,
3. art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b oraz art. 7 ust.1 Pzp poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu, iż w przypadku polegania na potencjale podmiotów trzecich Zamawiający nie będzie punktował doświadczenia wykazanego przez potencjał podmiotu trzeciego, zaś punkty za realizację zadań, zostaną przyznane jedynie za zadania zrealizowane przez Wykonawcę. Żądał:
  - 1) zmiany ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie sekcji VI 3) pkt 7) dotyczącej przyznania większej ilości punktów za wymianę lub zainstalowanie liczników na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
  - 2) zmiany ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie sekcji VI 3) pkt 8) dotyczącej

przyznania większej ilości punktów serwisu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,

3) zmiany ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie sformułowań przyznających punkty za realizację zadań jedynie Wykonawcy, a uniemożliwienie punktowania za realizację zadań wykazanych przez potencjał podmiotu trzeciego.(sekcja VI.3) 8)).

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego. W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III 2.3) 1 Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

c) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należycie wykonali zamówienia obejmujące łącznie wymianę lub instalację liczników energii elektrycznej w liczbie co najmniej 100 000 liczników spełniających wymagania Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/22/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie przyrządów pomiarowych (MID); oraz

d) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonywali usługi serwisowe związane z obsługą systemu odczytowego HES trwające co najmniej przez okres następujących po sobie 12 miesięcy;

W odniesieniu do tak postawionych warunków udziału w postępowaniu - pkt III 2.3) 1 c) i d) Zamawiający postawił wymagania dotyczące tzw. „listy rankingowej”.

W sekcji VI.3) ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż w przypadku, gdy w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu będzie spełniać więcej niż 5 (pięciu) Wykonawców, do składania ofert zaproszonych zostanie 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają najwyższą liczbę punktów zgodnie z poniższymi kryteriami (kryteria rankingowe).

W pkt VI.3) 7) ogłoszenia wskazał, iż Wykonawca może uzyskać maksymalnie 4 punkty, za każde 25 000 liczników, o których mowa w sekcji 111.2.3 pkt. 1 c), które zostały wymienione lub zainstalowane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - Wykonawca otrzymuje 1 punkt. Natomiast w pkt VI.3) 8) Zamawiający określił, iż Wykonawca może otrzymać maksymalnie 2 punkty, jeśli usługi serwisowe, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt. 1d) były/są wykonywane w państwach członkowskich Unii Europejskiej - Wykonawca otrzymuje 1 punkt. Jeśli usługi serwisowe, o których mowa w pkt. 1d) były/są wykonywane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej-Wykonawca otrzymuje 2 punkty.

Ponadto Zamawiający wskazał także w ogłoszeniu o zamówieniu, iż punkty za realizację zadań, o których mowa powyżej, zostaną przyznane jedynie za zadania zrealizowane przez Wykonawcę lub Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie przyzna punktów za realizację dostaw lub usług wykonanych przez podmioty trzecie, z których zasobów Wykonawca korzysta na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż zarówno przepis art. 48 ust. 2 pkt 8 a) jak i art. 51 ust. 2 Pzp zostały zmienione w wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych ustawą z dnia 12.10.2012 r., zmieniającą ustawę Pzp z dniem 20.02.2013 r. W przepisie art. 48 ust. 2 dodano pkt 8 a), który stanowi, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu ma podać opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast przepis art. 51 ust. 2 Pzp został zmieniony w ten sposób, iż Ustawodawca zrezygnował ze sformułowania, iż Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków na rzecz wyłonienia Wykonawców w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. W rezultacie przepis art. 51 ust. 2 Pzp stanowi, iż Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. W uzasadnieniu do ustawy wskazano: *"Propozycja przepisu art. 51 ust. 2 (art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3) dotyczy poszerzenia zakresu kryteriów prekwalfikacji stosowanych przez zamawiających w celu wyłonienia wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu (składania ofert, udziału w negocjacjach albo w dialogu) w trybie przetargu ograniczonego, dialogu konkurencyjnego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Projektowany przepis stanowi swoistą implementację motywu 40 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego instytucja zamawiająca może ograniczyć liczbę kandydatów w procedurach ograniczonych lub negocjacyjnych oraz w przypadku dialogu konkurencyjnego. Ograniczenie liczby kandydatów odbywa się na podstawie obiektywnych kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu. Te obiektywne kryteria niekoniecznie implikują punktację.*". Zmieniając zatem przepis art. 51 ust. 2 Pzp Ustawodawcy przyświecał pewien cel dotyczący poszerzenia zakresu kryteriów prekwalfikacji, przy czym zastrzeżono w przepisie art. 51 ust. 2 Pzp, iż musi dokonywać się to w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Odnosząc się chociażby do słownikowej definicji słowa dyskryminacja (źródło: internetowy słownik języka polskiego) należy wskazać, iż dyskryminacja to prześladowanie poszczególnych osób lub grup społecznych albo ograniczanie ich praw ze względu na narodowość, wyznanie, płeć itp. Zgodnie z wskazanym powyżej słownikiem obiektywny to odznaczający się obiektywizmem, wolny od uprzedzeń.

W tym miejscu należy zatem wyraźnie podkreślić, iż sformułowane przez Zamawiającego warunki co do listy rankingowej, w odniesieniu do pkt 1) c) i d) sekcji III. 2.3) i VI. 3) 7) i 8) nie zapewniają wyłonienia wykonawców w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Zamawiający bowiem uzależnił dodatkowe punkty od w pkt 7)

wymienienia lub zainstalowania liczników na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W ten sposób dokonał dyskryminacji Wykonawców, którzy takie liczniki wymienili lub zainstalowali na terenie innych państw. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, a także samą specyfikę wymiany czy też zainstalowania liczników bez znaczenia jest dla przedmiotowego postępowania fakt, gdzie te liczniki zostały wymienione lub zainstalowane. Wykonawca instalując je w każdym innym państwie poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej musiał zrobić to bowiem w ten sam sposób. Nie ma bowiem żadnych specyficznych uwarunkowań, które pozwalałyby twierdzić, iż wymiana lub zainstalowanie liczników w Polsce jest „lepsza”, pozwala nabyć większe doświadczenia niż na terytorium jakiegokolwiek innego państwa.

Podobnie, w pkt VI.3) 8) Zamawiający określił, iż Wykonawca może otrzymać maksymalnie 2 punkty, jeśli usługi serwisowe, o których mowa w w sekcji III.2.3 pkt. 1d) były/są wykonywane w państwach członkowskich Unii Europejskiej - Wykonawca otrzymuje 1 punkt. Jeśli usługi serwisowe, o których mowa w pkt. 1d) były/są wykonywane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej- Wykonawca otrzymuje 2 punkty. Również, iż w tym przypadku kwestia, gdzie były wykonywane usługi serwisowe, na terytorium jakiego państwa nie ma żadnego znaczenia. Jaka bowiem jest różnica między serwisem świadczonym na terenie Rzeczypospolitej a w państwach członkowskich Unii Europejskiej?

Na podkreślenie zasługuje fakt, iż dostarczane w ramach projektu urządzenia mają działać w paśmie CENELEC. CENELEC jest to Europejski Komitet Normalizacyjny Elektrotechniki. Jego misją jest opracowywanie dobrowolnych norm z zakresu elektrotechniki i elektroniki w celu wspierania rozwoju Jednolitego Rynku Europejskiego, Europejskiego Obszaru Gospodarczego w sektorze dóbr i usług elektrotechnicznych i elektronicznych. Członkami są Krajowe Komitety Elektrotechniki państw UE i EFTACENELEC, tak samo jak CEN i ETSI, jest uznawany przez władze UE i EFTA za europejską organizację normalizacyjną. W opinii Odwołującego standard samych urządzeń jak i standard ich montażu i obsługi\_serwisowej jest ten sam zarówno w Polsce, jak i w krajach Unii Europejskiej, w których CENELEC jest przyjętym standardem.

Wobec powyższego należy wskazać, iż mamy do czynienia z pewnego rodzaju dyskryminacją, która jest zbędna i niepotrzebna w świetle wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Nie znajduje bowiem żadnego uzasadnienia fakt preferowania Wykonawców, którzy dostarczali i serwisowali urządzenia będące przedmiotem zamówienia na terenie Polski na rzecz dyskryminowania Wykonawców, którzy dostarczali i serwisowali takie urządzenia na terenie innych państw, chociażby państw Unii Europejskiej. Dyskryminowanie to poprzez przyznanie większej ilości punktów za takie samo doświadczenie, tylko z uwagi na fakt, iż doświadczenie to Wykonawcy zdobywali na terenie innych państw niż Polska godzi także w podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych, a zatem równe traktowanie Wykonawców i uczciwą konkurencję. Zgodnie z przepisem art. 7 ust.1 Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył te zasady, bowiem preferowanie Wykonawców, którzy wykonali dostawę i serwis na terytorium Polski nie znajduje żadnego uzasadnienia, z uwagi na fakt, iż wykonanie takiej usługi i serwisu na terytorium innych państw jest dokładnie takie same i niczym się nie różni. Poprzez takie ukształtowanie postanowień ogłoszenia Wykonawcy, którzy wykonali większą liczbę zarówno dostawy, jak i serwisu mogą w ogóle nie zakwalifikować się do zaproszenia do złożenia oferty, bo dostaną mniejszą liczbę punktów, niż Wykonawcy, którzy wykonali mniejszą liczbę dostaw i serwisu, ale na terenie Polski. Takie postanowienia powodują w istocie, że Zamawiający może zaprosić do składania ofert Wykonawcę, który ma mniej doświadczenia, ale doświadczenie to „nabył” w Polsce, niż Wykonawcę, który ma więcej doświadczenia, ale działał na innym rynku, jak chociażby europejski. Dlatego też, w opinii Odwołującego postanowienia dotyczące krótkiej listy naruszają przepis art. 51 ust. 2 oraz art. 7 ust.1 Pzp, nie znajdują bowiem żadnego uzasadnienia w świetle doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia, a z nieuzasadnionych przyczyn preferują Wykonawcę, który świadczył takie dostawy i usługi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Z tych samych przyczyn także dyskryminują zatem innych Wykonawców, tylko z uwagi na to, że działali i swoje doświadczenie w tej materii nabywali na innym rynku niż Polska. Na marginesie trzeba zauważyć, iż w Polsce rynek ten dopiero się rozwija, zostało wdrożonych zaledwie kilka projektów pilotażowych. Wobec powyższego niewielu Wykonawców wykonało takie usługi na terenie Polski, dlatego też punktowanie w ramach tzw. krótkiej listy tego opisu dokonywania wyboru Wykonawców jest tym bardziej kontrowersyjne i naruszające przepisy Pzp, bowiem na rynku polskim praktycznie niemożliwe było zdobycie takiego doświadczenia. Być może poprzez takie ukształtowanie sposobu doboru Wykonawców zaproszonych do złożenia ofert Zamawiający preferuje jakiś konkretnych Wykonawców, o których wiadomo, iż udało im się zdobyć doświadczenie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Kolejny z podniesionych zarzutów dotyczy wyłączenia możliwości punktowania za realizację zadań wykonanych przez podmioty trzecie, z których zasobów Wykonawca korzysta na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. Punkty mają zostać przyznane jedynie za zadania zrealizowane przez Wykonawcę lub Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego to postanowienie narusza przepis art. 51 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż opis sposobu w jaki Zamawiający będzie weryfikował i zapraszał Wykonawców powinien być obiektywny i niedyskryminujący. W ocenie Odwołującego uniemożliwienie wykazywania się potencjałem podmiotu trzeciego w celu wyższej punktacji jest dyskryminujące, np. dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy bez posługiwania się

takim potencjałem nie są w stanie złożyć wniosku w niniejszym postępowaniu, który miałby szansę na wyższą punktację, a w rezultacie zaproszenie do składania ofert. Nawet zawiązanie konsorcjum dwóch małych (średnich) przedsiębiorców może w niniejszym postępowaniu spowodować, (z uwagi na jego specyfikę), że bez polegania na potencjale podmiotów trzecich nie będą oni mogli wziąć udziału w przedmiotowym postępowaniu. Takie ograniczenie wskazane przez Zamawiającego, już na etapie ogłoszenia o zamówieniu powoduje, że mali i średni przedsiębiorcy nie będą mogli wziąć w nim udziału w sposób konkurencyjny. Ponadto należy wskazać, iż nigdzie w Pzp nie ma takiego przepisu, który pozwalałby na takie ograniczenie konkurencji. Co więcej, przepisu art. 51 ust. 2 Pzp nie pozwala na taki opis sposobu dokonywania oceny, bowiem mówi, że musi on być niedyskryminacyjny i obiektywny. Na uwagę powinien zasługiwać także fakt, iż Ustawodawca w Rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może wymagać Zamawiający od Wykonawców przeniósł ciężar badania dotyczący potencjału podmiotów trzecich na etap oceny pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego potencjał.

Wobec zmiany przepisów Rozporządzenia (§ 1 ust.6) Zamawiający ma każdorazowo badać, jeśli Wykonawca polega na potencjale podmiotów trzecich, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu przecież Wykonawca mógłby także polegać na potencjale podmiotów trzecich, a podmioty te mogły by brać udział w realizacji zamówienia. Niczym nie różni się bowiem doświadczenie samego Wykonawcy od doświadczenia Wykonawcy, który polega na potencjale podmiotu trzeciego, który to podmiot bierze następnie udział w realizacji zamówienia. Poprzez takie sformułowanie postanowienia o ogłoszeniu Zamawiający dokonał dyskryminacji Wykonawców, którzy chcą polegać na potencjale podmiotów trzecich, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, jak wskazywano bowiem powyżej doświadczenia tych podmiotów w żaden sposób się nie różnią. Tym samym poprzez takie sformułowanie postanowienia o ogłoszeniu Zamawiający dyskryminuje małych i średnich przedsiębiorców, którzy może mogą wziąć udział w postępowaniu, ale nie zostaną przyznane im dodatkowe punkty, tylko dlatego, że Zamawiający inaczej i z nieuzasadnionych przyczyn różnicuje doświadczenie podmiotów. Nie wiadomo dlaczego, lepsze jest doświadczenie podmiotu, który ma swoje doświadczenie, niż doświadczenie podmiotu, który także ma swoje doświadczenie, ale użycza go i deklaruje, że doświadczenie to będzie wykorzystywał w przedmiotowym postępowaniu, działając jako podwykonawca. Z tych względów Zamawiający narusza również uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców.

Zamawiający w dniu 26.11.2013 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej)



wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ELEKTROTIM S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław zwany dalej: „*ELEKTROTIM S.A.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba ustaliła, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane umocowanie dla osób podpisujących zgłoszenie, w związku z tym Izba uznała zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu.

W dniu 28.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa zwana dalej: „*S&T Services Polska Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a zapisy ogłoszenia w obecnym brzmieniu umożliwiają mu złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty. Przystępujący nie zgadza się z zarzutami i argumentacją podniesioną w treści odwołania uznając, że postanowienia ogłoszenia w pełni odpowiadają przepisom prawa. Tym samym, Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania poprzez jego nieuwzględnienie, więc na korzyść strony do której przystępuje.

W dniu 28.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Landis+Gyr Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 212, 02-486 Warszawa zwany dalej: „*Landis+Gyr Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W ocenie Przystępującego zarzuty Odwołania sprowadzają się do próby wymuszenia na Zamawiającym ukształtowania treści Ogłoszenia, która preferowałaby rozwiązania techniczne korzystne dla Odwołującego, nieuwzględniające uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Przystępujący stoi na stanowisku, iż Odwołujący próbuje wymusić na Zamawiającym ukształtowanie sposobu punktacji doświadczeń wykonawców, który będzie premiować wykonawców nie legitymujących się odpowiednim własnym doświadczeniem. Dlatego Przystępujący ma interes w tym, by Odwołanie zostało oddalone w całości, ponieważ dotyczy ono aktualnie obowiązującej treści Ogłoszenia, w oparciu o którą Przystępujący ubiega się o uzyskanie zamówienia i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz może uzyskać korzystną dla siebie punktację doświadczeń własnych. Ogłoszenie w obecnym brzmieniu, także po jego

zmianie, o której zamawiający poinformował wykonawców na swojej stronie internetowej w dniu 28.11.2013 r., umożliwia złożenie Przystępującemu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Uwzględnienie Odwołania i zmiana postanowień Ogłoszenia postawiłoby Przystępującego w stan niepewności co do możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz co do sposobu punktacji doświadczeń własnych wykonawców czym naraziłoby Przystępującego na szkodę w postaci konieczności poniesienia kosztów przygotowania nowej dokumentacji w postępowaniu lub co najmniej zwiększyłoby liczbę wykonawców mogących uzyskać korzystny wynik punktowy umożliwiając im wykazanie się doświadczeniami podmiotów trzecich w Postępowaniu, a więc negatywnie wpłynęłoby na szanse Przystępującego na zaproszenie do składania ofert, powodując powstanie szkody majątkowej związanej także z utraconymi korzyściami, które Przystępujący mógłby osiągnąć gdyby jego wniosek został dopuszczony do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania, a następnie gdyby Przystępujący złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.

W dniu 28.11.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Schneider Electric Polska Sp. z o.o., ul. Łżecka 24, 02-135 Warszawa zwana dalej: „*Schneider Electric Polska Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Przystępujący zamierza wziąć udział w postępowaniu o udzielnie zamówienia objętego odwołaniem, samodzielnie lub jako uczestnik konsorcjum. W przypadku uwzględnienia odwołania dojdzie do zmiany ogłoszenia o zamówieniu w taki sposób, że potencjalni wykonawcy będą mogli uzyskiwać punkty w przyjętym przez Zamawiającego systemie kwalifikacji również w przypadku polegania na doświadczeniu i potencjale technicznym innych podmiotów, nieubiegających się wspólnie z tym wykonawcą o udzielnie zamówienia. Zmiana treści ogłoszenia doprowadzi do zwiększenia ilości potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie – do zwiększenia ilości podmiotów, które będą mogły się ubiegać o udzielnie zamówienia. W interesie Przystępującego jest utrzymanie tej liczby na jak najniższym poziomie, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców z uwzględnieniem interesów Zamawiającego, ponieważ mniejsza liczba potencjalnych wykonawców zwiększa szanse na uzyskanie zamówienia przez Przystępującego.

W dniu 09.12.2013 r. (email), Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym na rozprawie. Odnośnie zakaz punktowania w ramach kryteriów rankingowych doświadczenia pochodzącego od podmiotów trzecich na zasadzie art. 26 ust

2b Pzp. Zgodnie z treścią sekcji VI.1. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymaga, aby podstawą przyznawania punktów w ramach kryteriów rankingowych na potrzeby prekwalfikacji było wyłącznie doświadczenie uzyskane samodzielnie przez wykonawców ubiegających się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, a nie doświadczenie uzyskane przez podmioty trzecie na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. Z tak sformułowanym wymogiem nie zgadza się wykonawca OTS, który zarzuca Zamawiającemu, iż narusza on uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Odwołujący twierdzi, że tak ustalone kryteria rankingowe ograniczają możliwość ubiegania się o zamówienie przez małych i średnich przedsiębiorców, zaś różnicowanie doświadczenia własnego wykonawcy i uzyskanego od podmiotów trzecich jest nieuzasadnione. Twierdzenia odwołującego są całkowicie bezpodstawne i nie znajdują oparcia w przepisach prawa oraz orzecznictwie. Sformułowany przez Zamawiającego wymóg wykazania się własnym doświadczeniem jest w pełni obiektywny i nie dyskryminuje jakiegokolwiek grupy wykonawców (jak zresztą sam wskazuje odwołujący, nawet mali i średni przedsiębiorcy mogą w celu zwiększenia szans na dopuszczenie do udziału w postępowaniu założyć konsorcjum). Tym samym warunki ogłoszenia o zamówieniu nie naruszają art. 51 ust. 2 Pzp. Należy podkreślić, że to właśnie zakaz posługiwania się cudzym doświadczeniem na potrzeby podwyższenia punktacji na tzw. krótkiej liście rankingowej jest działaniem zmierzającym do zapewnienia prawidłowej konkurencji w postępowaniu i uniknięcia sytuacji, w której wykonawcy dysponujący bogatym doświadczeniem w realizowaniu projektów typu AML nie zostaliby dopuszczeni do udziału w Postępowaniu z uwagi na sztuczne zwiększenie liczby przyznanych punktów przez wykonawców zorganizowanych w tzw. „spółdzielnie”, bazujących na doświadczeniu tych samych podmiotów. Celem Zamawiającego jest zatem wyeliminowanie ryzyka wystąpienia patologii, jaka jest tzw. handel referencjami, który rażąco zniekształca warunki uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przyznanie przez Zamawiającego punktów w oparciu o zasoby „pożyczone” od podmiotów trzecich prowadziłoby do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż utrudniałoby dostęp do dalszego etapu Postępowania wykonawcom, którzy nie korzystają z zasobów podmiotów trzecich, lecz legitymują się doświadczeniem własnym. Brak jest też racjonalnych przesłanek by uznać, że zasób udostępniony gwarantuje zamawiającemu lepsze wykonanie zamówienia przez takiego wykonawcę niż wiedza i doświadczenie, jaką nabył wykonawca w trakcie bezpośredniego wykonywania zamówień. Tym samym kryterium rankingowe posiadania przez wykonawców odpowiednio wysokiego, własnego doświadczenia jest warunkiem w pełni uzasadnionym i obiektywnym. Przywołał wyrok KIO z dnia 13.02.2012 r., sygn. akt: KIO 185/12; KIO 221/12: *„w trybach kilkustopniowych, w przypadku dużej liczby wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający musi dokonać wyboru wykonawców, którzy wezmą udział w kolejnych etapach postępowania. Istotą tych trybów*

*jest wstępna selekcja wykonawców, w celu udzielenia zamówienia temu z nich, który daje największą rękojmię jego prawidłowej realizacji'. Takie założenie przyświecało również Zamawiającemu, który zakazując uwzględniania referencji podmiotów trzecich przy ocenie kryteriów rankingowych dąży do tego, aby do następnego etapu Postępowania zakwalifikowali się najbardziej doświadczeni wykonawcy. Nie sposób przy tym uznać, jakoby wykonawca wykazujący doświadczenia na podstawie dostaw i usług, których sam nie realizował, dawał większą rękojmię należytej wykonania zamówienia niż wykonawca, który posiada bogate portfolio własnych projektów. Należy podkreślić, że *ratio legis* wprowadzenia art. 26 ust. 2b Pzp, umożliwiającego powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich, było szersze otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję poprzez dopuszczenie do udziału w przetargach małych i średnich przedsiębiorców lub przedsiębiorców dopiero rozpoczynających swoją działalność na rynku. Przepis ten, co wynika z jego literalnego brzmienia, ma jednak zastosowanie wyłącznie do wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Zamawiający nie był zatem obowiązany kierować się jego dyspozycją konstruując kryteria rankingowe zgodnie z wymogami art. 51 ust. 2 Pzp. Podobne wnioski płyną z analizy prawodawstwa europejskiego i literatury przedmiotu. W komentarzu do art. 44 ust. 3 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE implementowanego przez art. 51 ust. 2 Pzp, A. Sołtysińska wskazuje m.in., że „w odróżnieniu od kwalifikacji, której celem jest wyłączenie z zakresu postępowania firmy niedającej gwarancji należytego wykonania zamówienia z powodu braku wiarygodności lub z uwagi na niedostateczny potencjał ekonomiczny czy techniczny, selekcja w rozumieniu art. 44 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE polega na dokonywaniu wyboru w obrębie przedsiębiorców uznanych za wiarygodnych i zdolnych do realizacji umowy” (A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 44 Dyrektywy 2004/18/WE*, LEX 2012). Zamawiający zatem ma prawo do dalszej, bardziej pogłębionej oceny potencjału podmiotów, które wykażą swoją zdolność do realizacji zamówienia, poprzez premiowanie tych wykonawców, którzy są w stanie udokumentować bogate, własne doświadczenie w realizacji projektów typu AMI. Takie kryterium ma niewątpliwie związek z jakością wykonania przedmiotu zamówienia, a przy tym nie prowadzi do dyskryminacji jakichkolwiek grup wykonawców. Identyczne stanowisko wynika z orzecznictwa wypracowanego w tym zakresie dotychczas przez Izbę. Przykładowo w wyroku z dnia 07.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1563/12, gdzie wskazano, iż: „powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b Pzp. Nie ma podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy pozyskując zasoby innych wykonawców, mogą otrzymać realizację zamówienia, kosztem tych wykonawców, którzy posiadane doświadczenie nabyli w wyniku*

*samodzielnego wykonywania zamówień". Podobnie w wyroku z dnia 17.02.2012 r., sygn. KIO 232/12; KIO 243/12, Izba potwierdziła, że „z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert'. W konsekwencji „dopuszczenie możliwości 'użyczenia' zasobów przez wykonawców jedynie dla podwyższenia punktacji i wyeliminowania konkurencji, mogłoby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa art. 26 ust. 2b Pzp, co sprzyjałoby zjawisku premiowania wykonawców nie tyle posiadających najlepsze doświadczenie, co potrafiących pozyskać z rynku największą liczbę udostępnianych zasobów i tworzeniu konkurencji pozorne/'. W tym samym wyroku wskazano też, że art. 26 ust. 2b Pzp nie ma charakteru dyspozytywnego i zakres jego zastosowania nie zależy od decyzji Zamawiającego ujawnionej w treści ogłoszenia. Nawet zatem gdyby Zamawiający nie wskazał w treści ogłoszenia o zamówieniu, iż na potrzeby punktacji zamawiający uwzględniać będzie wyłącznie doświadczenie własne, nie skutkowałoby to niedopuszczalnością takiej oceny, skoro znajduje ona bezpośrednie oparcie w treści art. 26 ust. 2b Pzp. Co jednak istotne, Zamawiający, aby zapewnić, że kryteria rankingowe będą przejrzyste i obiektywne, w sposób wyraźny przesadził w ogłoszeniu o zamówieniu, iż nie będzie przyznawał punktów za doświadczenie „pożyczone" przez wykonawcę od podmiotu trzeciego. Tym samym wykonawcy podejmujący decyzję o udziale w Postępowaniu nie mogą mieć jakichkolwiek wątpliwości co do zasad, jakie będą stosowane przez Zamawiającego przy zapraszaniu wykonawców do składania ofert. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest wykonanie i wdrożenie infrastruktury AML, co jest niezwykle ważnym, pierwszym takim projektem realizowanym przez Zamawiającego, a jednocześnie jednym z największych tego typu zamówień realizowanych w Polsce. Z tego powodu intencją Zamawiającego jest, aby wybrany wykonawca dawał jak najwyższą rękojmię prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia, w szczególności mając na uwadze konieczność zapewnienia wymaganego poziomu interoperacyjności i skuteczności systemu odczytowego, spełniającego wymagania Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Co istotne, wykonanie i wdrożenie systemu AML nie oznacza jedynie dostawy samych liczników, a stanowi kompleksowy projekt polegający na stworzeniu systemu, który z określoną przez Zamawiającego skutecznością będzie pozyskiwał dane pomiarowe do bazy danych Zamawiającego, a następnie udostępniał je innym uczestnikom rynku energii elektrycznej. Mamy więc do czynienia ze złożonym projektem, którego realizacja wymaga wiedzy w zakresie obsługi, konfiguracji oraz rozwiązywania problemów z komunikacją urządzeń. Podmiotami, które w największym stopniu gwarantują Zamawiającemu należyłą realizację zamówienia są zaś wykonawcy posiadający własne, bogate doświadczenie w realizacji takich kompleksowych projektów,*

którzy wiedzą jak rozwiązywać praktyczne problemy, jakie pojawiają się w trakcie wdrożenia. W rezultacie, premiowanie przez Zamawiającego wykonawców, którzy wykażą się takim doświadczeniem jest obiektywne i w pełni uzasadnione jego potrzebami. Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz art. 7 ust. 1 Pzp jest oczywiście bezzasadny i powinien zostać oddalony.

Względem kryteriów rankingowe powiązane z doświadczeniem uzyskanym przy realizacji dostaw i usług na terenie RP Odwołujący zakwestionował kryteria rankingowe sformułowane w sekcji VI. 1. pkt 7. oraz 8. ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którymi Zamawiający zamierzał przyznawać dodatkowe punkty za liczniki, które zostały wymienione lub zainstalowane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz za usługi serwisowe, które były wykonywane w państwach członkowskich Unii Europejskiej lub na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący podniósł, że tak określone kryteria kwalifikacyjne dyskryminują wykonawców, którzy realizowali tego typu dostawy lub usługi poza terytorium RP. Zamawiający uznał zasadność zarzutów odwołującego, zaś wnioski odwołania zostały uwzględnione przez Zamawiającego, co znalazło swój wyraz w zmianie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanej w dniu 29.11.2013 r. Zgodnie z treścią tej zmiany, Zamawiający zgodnie z żądaniem odwołującego skreślił punkt 7. i 8. sekcji VI.1. ogłoszenia o zamówieniu oraz przewidział, że maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w ramach kryteriów rankingowych będzie wynosiła 28 punktów. W rezultacie kwestia ta przestała być sporna między stronami, zaś prowadzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Tym samym, Zamawiający dokonał skutecznej korekty ogłoszenia o zamówieniu, a zatem nawet gdyby uznać, iż Zamawiający naruszył w ww. zakresie przepisy Pzp, to naruszenie to nie miało jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu; zmianami ogłoszenia o zamówieniu z dnia 27.11.2013 r. (data wysłania do publikacji), odwołaniem, przystąpieniami, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony*

*prawnej określone w dziale VI Pzp 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 ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).*

Izba na posiedzeniu oddaliła opozycje Odwołującego względem braku interesu w przystąpieniu po stronie Zamawiającego Landis+Gyr Sp. z o.o. oraz Schneider Electric Polska Sp. z o.o. Należy wskazać po pierwsze, za orzecnictwem, że interes w przystąpieniu po jednej ze stron postępowania odwoławczego jest szerszy od interesu z art. 179 ust. 1 Pzp w uzyskaniu zamówienia. Nadto, w ocenie Izby obaj Przystępujący mieli interes w utrzymaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu z zakwestionowanym przez Odwołującego zastrzeżeniem, jako Wykonawców, którzy zamierzają korzystać przy prekwalfikacji z doświadczenia własnego.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2703/13 oraz KIO 2716/13, postanowień ogłoszenia o zamówieniu; zmian ogłoszenia o zamówieniu z dnia 27.11.2013 r. (data wysłania do publikacji), odwołania, przystąpienia i odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający w ramach zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu z dnia 27.11.2013 r. (data wysłania do publikacji) stwierdził odnośnie Sekcji VI.3) Informacje dodatkowe co następuje: *Zamiast: „Zamawiający zaleca, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składane przez Wykonawców były zgodne ze wzorami, które zostaną opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego*

*([http://swoz.tauron-pe.pl/servlet/HomeServlet?MP\\_module=main&MP\\_action=rfx\\_and\\_demand\\_notices&type=RfxAndDemandNotices&doSearch=rue&org=0000000](http://swoz.tauron-pe.pl/servlet/HomeServlet?MP_module=main&MP_action=rfx_and_demand_notices&type=RfxAndDemandNotices&doSearch=rue&org=0000000))*

*Pod tym samym adresem Zamawiający opublikuje opis wymagań technicznych dotyczących liczników klientów końcowych, koncentratorów i systemu odczytowego (dokument ten będzie miał charakter wyłącznie informacyjny). Do składania ofert zaproszonych zostanie maksymalnie 5 (pięciu) Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż lub równa 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu będzie spełniać więcej niż 5 (pięciu) Wykonawców, do składania ofert zaproszonych zostanie 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają najwyższą liczbę punktów zgodnie z poniższymi kryteriami (kryteria rankingowe). Zamawiający przewiduje, iż w ramach kryteriów rankingowych Wykonawcy mogą zdobyć maksymalnie 34 punkty za doświadczenie opisane w wykazie głównych dostaw i usług w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt. 1 a) – d), z czego:*

- 1) Maksymalnie 6 punktów. Za każde 50 000 liczników typu AMI Producenta A, objętych zamówieniami wymienionymi w sekcji III.2.3) pkt. 1a), pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC, w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME – Wykonawca otrzymuje 1 punkt*
- 2) Maksymalnie 6 punktów. Za każde 50 000 liczników typu AMI Producenta B, objętych zamówieniami wymienionymi w sekcji III.2.3) pkt. 1a), pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC, w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME – Wykonawca otrzymuje 1 punkt*
- 3) Maksymalnie 2 punkty. Jeśli w ramach przynajmniej jednego z zamówień wymienionych w sekcji III.2.3) pkt. 1a), wdrożono przynajmniej 10 000 liczników Producenta A pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME przy czym:*



— Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe – otrzymuje 1 punkt;

— Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1-fazowe i 3-fazowe – otrzymuje 2 punkty.

4) Maksymalnie 2 punkty. Jeśli w ramach przynajmniej jednego z zamówień wymienionych w sekcji III.2.3) pkt. 1a), wdrożono przynajmniej 10 000 liczników Producenta B pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME, przy czym:

— Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe – otrzymuje 1 punkt;

— Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1-fazowe i 3-fazowe – otrzymuje 2 punkty.

5) Maksymalnie 6 punktów. Jeśli w ramach zamówień wymienionych w sekcji III.2.3) pkt. 1 a) Wykonawca dostarczył łącznie przynajmniej 5 000 liczników dwóch producentów (Producent A i Producent B), które to liczniki komunikują się po sieci PLC tego samego Zamawiającego w ramach tego samego koncentratora, przy czym:

— w przypadku gdy pierwszy producent dostarczył liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe oraz drugi producent dostarczył liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe – Wykonawca otrzymuje 2 punkty,

— w przypadku gdy pierwszy producent dostarczył liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe, a drugi producent dostarczył liczniki 1- fazowe i 3-fazowe – Wykonawca otrzymuje 4 punkty,

— w przypadku gdy pierwszy producent dostarczył liczniki 1- fazowe i 3-fazowe oraz drugi producent dostarczył liczniki 1- fazowe i 3-fazowe – Wykonawca otrzymuje 6 punktów.

W celu uzyskania punktów w ramach tego kryterium Wykonawca dostarczy dokumenty potwierdzające zgodność liczników dwóch producentów z IDIS lub OSGP lub PRIME (certyfikat testów zgodności wydany przez laboratorium certyfikujące akredytowane przez IDIS Association lub OSGP Alliance lub PRIME Alliance).

6) Maksymalnie 6 punktów. Za każde wykonane zamówienie określone w sekcji III.2.3) w pkt. 1 a), na dostawę minimum 10 000 liczników w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME, obejmujące łącznie:

— liczniki 1-fazowe bezpośrednie, 3-fazowe bezpośrednie oraz koncentratory tego samego producenta – Wykonawca otrzymuje 1 punkt albo

— wszystkie powyższe elementy oraz system odczytowy HES tego samego producenta – Wykonawca otrzymuje 2 punkty. Jeśli dodatkowo Wykonawca jest producentem wszystkich w/w elementów – Wykonawca otrzymuje 1 punkt.

7) Maksymalnie 4 punkty. Za każde 25 000 liczników, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt. 1 c), które zostały wymienione lub zainstalowane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – Wykonawca otrzymuje 1 punkt.

8) Maksymalnie 2 punkty. Jeśli usługi serwisowe, o których mowa w w sekcji III.2.3 pkt. 1d) były/są wykonywane w państwach członkowskich Unii Europejskiej – Wykonawca otrzymuje 1 punkt. Jeśli usługi serwisowe, o których mowa w pkt. 1d) były/ są wykonywane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – Wykonawca otrzymuje 2 punkty. Punkty za realizację zadań, o których mowa powyżej, zostaną przyznane jedynie za zadania zrealizowane przez Wykonawcę lub Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie przyzna punktów za realizację dostaw lub usług wykonanych przez podmioty trzecie, z których zasobów Wykonawca korzysta na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli w wyniku oceny wskazanych kryteriów rankingowych dwóch lub więcej Wykonawców zdobędzie taką samą liczbę punktów, plasującą tych Wykonawców w rankingu kwalifikacyjnym ex aequo na ostatnim miejscu zapewniającym udział w postępowaniu, Zamawiający zaprosi do składania ofert maksymalnie 5 Wykonawców. W takim przypadku dodatkowym kryterium decydującym o pozycji w rankingu zajmowanej przez Wykonawców o tej samej liczbie punktów będzie łączna liczba dostarczonych liczników, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt 1 a).”

Powinno być: „Zamawiający zaleca, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składane przez Wykonawców były zgodne ze wzorami, które zostaną opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego

[http://swoz.tauron-pe.pl/servlet/HomeServlet?MP\\_module=main&MP\\_action=rfx\\_and\\_demand\\_notices&type=RfxAndDemandNotices&doSearch=rue&org=0000000](http://swoz.tauron-pe.pl/servlet/HomeServlet?MP_module=main&MP_action=rfx_and_demand_notices&type=RfxAndDemandNotices&doSearch=rue&org=0000000))

Pod tym samym adresem Zamawiający opublikuje opis wymagań technicznych dotyczących liczników klientów końcowych, koncentratorów i systemu odczytowego (dokument ten będzie miał charakter wyłącznie informacyjny). Do składania ofert zaproszonych zostanie maksymalnie 5 (pięciu) Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli liczba Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza niż lub równa 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu będzie spełniać więcej niż 5 (pięciu) Wykonawców, do składania ofert zaproszonych zostanie 5 (pięciu) Wykonawców, którzy uzyskają najwyższą liczbę punktów zgodnie z poniższymi kryteriami (kryteria rankingowe). Zamawiający przewiduje, iż w ramach kryteriów rankingowych Wykonawcy mogą zdobyć maksymalnie 28 punktów za doświadczenie opisane w wykazie głównych dostaw i usług w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt. 1 a) – d), z czego:

1) Maksymalnie 6 punktów. Za każde 50 000 liczników typu AMI Producenta A, objętych

zamówieniami wymienionymi w sekcji III.2.3) pkt. 1a), pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC, w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME – Wykonawca otrzymuje 1 punkt

2) Maksymalnie 6 punktów. Za każde 50 000 liczników typu AMI Producenta B, objętych zamówieniami wymienionymi w sekcji III.2.3) pkt. 1a), pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC, w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME – Wykonawca otrzymuje 1 punkt

3) Maksymalnie 2 punkty. Jeśli w ramach przynajmniej jednego z zamówień wymienionych w sekcji III.2.3) pkt. 1a), wdrożono przynajmniej 10 000 liczników Producenta A pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME przy czym:

- Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe – otrzymuje 1 punkt;
- Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1-fazowe i 3-fazowe – otrzymuje 2 punkty.

4) Maksymalnie 2 punkty. Jeśli w ramach przynajmniej jednego z zamówień wymienionych w sekcji III.2.3) pkt. 1a), wdrożono przynajmniej 10 000 liczników Producenta B pracujących w dwukierunkowej komunikacji PLC w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME, przy czym:

- Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe – otrzymuje 1 punkt;
- Jeśli Wykonawca dostarczył w ramach tego zamówienia liczniki 1-fazowe i 3-fazowe – otrzymuje 2 punkty.

5) Maksymalnie 6 punktów. Jeśli w ramach zamówień wymienionych w sekcji III.2.3) pkt. 1 a) Wykonawca dostarczył łącznie przynajmniej 5 000 liczników dwóch producentów (Producent A i Producent B), które to liczniki komunikują się po sieci PLC tego samego Zamawiającego w ramach tego samego koncentratora, przy czym:

- w przypadku gdy pierwszy producent dostarczył liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe oraz drugi producent dostarczył liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe – Wykonawca otrzymuje 2 punkty,
- w przypadku gdy pierwszy producent dostarczył liczniki 1- fazowe albo 3-fazowe, a drugi producent dostarczył liczniki 1- fazowe i 3-fazowe – Wykonawca otrzymuje 4 punkty,
- w przypadku gdy pierwszy producent dostarczył liczniki 1- fazowe i 3-fazowe oraz drugi producent dostarczył liczniki 1- fazowe i 3-fazowe – Wykonawca otrzymuje 6 punktów.

W celu uzyskania punktów w ramach tego kryterium Wykonawca dostarczy dokumenty potwierdzające zgodność liczników dwóch producentów z IDIS lub OSGP lub PRIME (certyfikat testów zgodności wydany przez laboratorium certyfikujące akredytowane przez IDIS Association lub OSGP Alliance lub PRIME Alliance).

6) Maksymalnie 6 punktów. Za każde wykonane zamówienie określone w sekcji III.2.3) w pkt. 1 a), na dostawę minimum 10 000 liczników w standardzie IDIS lub OSGP lub PRIME, obejmujące łącznie:

— liczniki 1-fazowe bezpośrednie, 3-fazowe bezpośrednie oraz koncentratory tego samego producenta – Wykonawca otrzymuje 1 punkt albo

— wszystkie powyższe elementy oraz system odczytowy HES tego samego producenta – Wykonawca otrzymuje 2 punkty. Jeśli dodatkowo Wykonawca jest producentem wszystkich w/w elementów – Wykonawca otrzymuje 1 punkt. Punkty za realizację zadań, o których mowa powyżej, zostaną przyznane jedynie za zadania zrealizowane przez Wykonawcę lub Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie przyzna punktów za realizację dostaw lub usług wykonanych przez podmioty trzecie, z których zasobów Wykonawca korzysta na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli w wyniku oceny wskazanych kryteriów rankingowych dwóch lub więcej Wykonawców zdobędzie taką samą liczbę punktów, plasującą tych Wykonawców w rankingu kwalifikacyjnym *ex aequo* na ostatnim miejscu zapewniającym udział w postępowaniu, Zamawiający zaprosi do składania ofert maksymalnie 5 Wykonawców. W takim przypadku dodatkowym kryterium decydującym o pozycji w rankingu zajmowanej przez Wykonawców o tej samej liczbie punktów będzie łączna liczba dostarczonych liczników, o których mowa w sekcji III.2.3) pkt 1 a).”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący podczas rozprawy, wobec wykreślenia postanowień ogłoszenia o zamówieniu dotyczących sekcji VI 3) 7) i 8), podtrzymał jedynie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 51 ust. 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b oraz art. 7 ust.1 Pzp poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu, iż w przypadku polegania na potencjale podmiotów trzecich Zamawiający nie będzie punktował doświadczenia wykazanego przez potencjał podmiotu trzeciego, zaś punkty za realizację zadań, zostaną przyznane jedynie za zadania zrealizowane przez Wykonawcę. W tym zakresie, Izba uznała zarzut za niepotwierdzony, w konsekwencji oddalając odwołanie.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Izba przyjęła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, a wynikające z przytoczonego orzecznictwa w KIO w odpowiedzi na odwołanie. Wyjaśniając z kolei, że przywołane przez Odwołującego orzecznictwo Sądów Okręgowych, je podważające, odnosi się do stanu prawnego z przed nowelizacji z dnia 12.10.2012 r. oraz dotyczy de facto etapu kiedy zmiana postanowień ogłoszenia o zamówieniu nie jest już dopuszczalna, czyli etapu oceny złożonych wniosków. Dobitnie wynika niniejsze z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia

31.05.2012 r., sygn. akt: II Ca 373/12, gdzie podkreśla się i różnicuje tą okoliczność (str. 9 do 11 uzasadnienia). Powyższe, w ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego potwierdza uzasadnienie projektu nowelizacji z 12.10.2012 r. (druk sejmowy 455, str. 39-40): *„Propozycja przepisu art. 51 ust. 2 (art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3) dotyczy poszerzenia zakresu kryteriów prekwalfikacji stosowanych przez zamawiających w celu wyłonienia wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu (składania ofert, udziału w negocjacjach albo w dialogu) w trybie przetargu ograniczonego, dialogu konkurencyjnego oraz negocjacji z ogłoszeniem. Projektowany przepis stanowi swoistą implementację motywu 40 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego instytucja zamawiająca może ograniczyć liczbę kandydatów w procedurach ograniczonych lub negocjacyjnych oraz w przypadku dialogu konkurencyjnego. Ograniczenie liczby kandydatów odbywa się na podstawie obiektywnych kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu. Te obiektywne kryteria niekoniecznie implikują punktację. Projektowany przepis ma służyć przede wszystkim zwiększeniu szans na zaproszenie do udziału w następnym etapie postępowania małych i średnich przedsiębiorstw, jak również handlu referencjami, którym sprzyja wymaganie od wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu w największym stopniu. Należy podkreślić, iż projektowany przepis, w celu zapewnienia pełnej przejrzystości postępowania, nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczania informacji o sposobie prekwalfikacji w ogłoszeniu o zamówieniu.”*

Wynika bowiem z niego, że zmiany w art. 51 ust. 2 Pzp, a w ocenie Izby także korespondujące z nimi zmiana w art. 48 ust. 2 pkt 8a) Pzp miały służyć nie tylko zwiększeniu szans na zaproszenie do udziału w następnym etapie postępowania małych i średnich przedsiębiorstw, ale także przeciwdziałać handlu referencjami. Niniejsze uzasadnienie kładzie także nacisk na jednoznaczność postanowień ogłoszenia o zamówieniu i obowiązek zamieszczenia informacji o sposobie prekwalfikacji w ogłoszeniu o zamówieniu, czemu w ocenie Izby uczynił zadość Zamawiający. Cel wprowadzenia powyższej nowelizacji potwierdza także wtórnie publikacje - Informator UZP 2/2013 (str. 51): *„Tym samym, w drodze dokonanych zmian ustawodawca wyposażył zamawiających w dodatkowy instrument, pozwalający na przeprowadzenie „prekwalfikacji” w oparciu o obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria wykraczające poza warunki podmiotowe. Jednocześnie, dokonana zmiana pozwoli na uporządkowanie zasad dotyczących prekwalfikacji w postępowaniach dwuetapowych oraz będzie służyć wyeliminowaniu niekorzystnych zjawisk występujących w szczególności w związku z powoływaniem się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich. Prekwalfikacja wykonawców pozostawała dotychczas poza regulacją ustawową.”*, a także *„Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy”, UZP W-wa 2013, str. 65: „Wyraźnie wskazać należy na możliwość posłużenia się przez zamawiającego podczas*

*„prekwalifikacji” obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, co w tym zakresie wyłączać może odwoływanie się przez wykonawców do potencjału podmiotu trzeciego w oparciu o treść normy z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, celem spełnienia żądanego wymogu i znalezienia się w gronie zaproszonych podmiotów. Co do zasady zamawiający może promować wykonawców samodzielnie spełniających warunki (lub wskazany, określony przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu np. w zakresie wiedzy lub potencjału finansowego), jeżeli wskazał taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższa konstrukcja nie ma charakteru dyskryminującego, albowiem nie ulega wątpliwości, iż z wykonawcą nie spełniającym samodzielnie warunków, łączy się więcej ryzyk związanych z zapewnieniem prawidłowej realizacji zamówienia publicznego”.*

Izba podkreśla, że wprowadzono do art. 48 ust. 2 pkt 8a) Pzp, który wyraźnie różnicuje konieczność ujęcia w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu opisu obiektywnego i niedyskryminującego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu, czyli etap prekwalifikacji i kryteria jego dokonania od warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenie tych warunków (art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp). W konsekwencji aktualności nabiera stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby, że: *„zgodnie z art. 26 ust. 2b zd. 2 p.z.p. podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Jednocześnie o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenie do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie conditio sine qua non wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6) p.z.p. Jakość spełniania tego warunku, ocena skutkująca miejscem w rankingu wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b p.z.p.”* (wyrok z dnia 05.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2287/10, sygn. akt: KIO 2307/10). Do analogicznych wniosków Izba doszła również w wyroku z dnia 7.11.2011 r., sygn. akt: KIO/ 2255/11, KIO/ 2260/11, KIO/ 2283/11, gdzie Izba uznała, że niedopuszczalne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2 b Pzp tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert na podstawie art. 51 ust. 2 Pzp.

Izba także podnosi, że odstępianie od metody wykładni językowej jest możliwe jedynie w sytuacji, gdy jej rezultat prowadzi do sprzeczności z inną obowiązującą normą prawną, powoduje oczywistą i rażącą niesprawiedliwość, czy też wniosek wypływający z takiej wykładni jest absurdalny z punktu widzenia porządku społecznego lub logiki. Owa oczywista i rażąca niesprawiedliwość, tudzież wnioski o charakterze absurdalnym z punktu widzenia porządku społecznego lub logiki spowodowały konieczność wprowadzenia przywołanej na wstępie nowelizacji. Zaistniała bowiem sytuacja, gdy Wykonawca nie dysponujący własnym doświadczeniem celem zakwalifikowania do II etapu przetargu ograniczonego mógł poprzez „pożyczone” referencje wyprzedzić Wykonawcę doświadczonego i sprawdzonego. Izba podkreśla także, że nadal istnieje możliwość łączenia się w konsorcjum i zwiększenia w ten sposób przysługującej danemu Wykonawcy punktacji w ramach prekwalifikacji zgodnie z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu przez Zamawiającego. Nie jest więc tak, że Wykonawca o mniejszym doświadczeniu nie ma możliwości żadnego udziału w przetargu ograniczonym bez możliwości zakwalifikowania się do następnego etapu postępowania.

Dodatkowo Izba podkreśla, że wniosek Odwołującego z rozprawy, odnośnie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu w sposób alternatywny nie tylko poprzez wykreślenie niedopuszczalności stosowania przy prekwalifikacji art. 26 ust. 2 b Pzp nie został sformułowany w petitum odwołania. Zaś ewentualne przychylenie się do niego może budzić dalsze wątpliwości i pytania, dlaczego tylko w takim zakresie, skoro Odwołujący generalnie uznaje, że przepis art. 26 ust. 2 b Pzp winien mieć zastosowanie do etapu prekwalifikacji.

Izba uznała, że przywołana zmiana przepisów Pzp z dnia 12.10.2012 r., w zakresie art. 48 ust. 2 pkt 8a, a w szczególności art. 51 ust. 2 Pzp, jej cel wyrażony przez Ustawodawcę w uzasadnieniu projektu, a zarazem geneza wynikająca z orzecznictwa KIO oraz Sądów Okręgowych daje Zamawiającemu podstawę do określenia, że będzie przedmiotem punktacji przy prekwalifikacji jedynie doświadczenie własne z wyłączeniem odwoływania się do potencjału podmiotów trzecich przedstawionych przez Wykonawców w oparciu o treść normy z art. 26 ust. 2 b Pzp. Dodatkowo Izba podkreśla, że tryb przetargu ograniczonego z zasady ma charakter etapowy, z którym wiąże się w ten, czy inny sposób efekt tego rodzaju, że nie wszyscy, ale tylko część wybranych Wykonawców zgodnie z ustalonymi w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriami zostanie zaproszona do składania etapu. Izba uznała dokonane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu zastrzeżenie, za przyjęty sposób dokonywania wyboru Wykonawców, którzy zostaną zakwalifikowani – pierwszych pięciu – do kolejnego etapu postępowania i zaproszeni do składania ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b).

**Przewodniczący :**

.....

**Członkowie:**

.....

.....