

Sygn. akt: KIO 1298/15

WYROK
z dnia 1 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 czerwca 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 czerwca 2015 r.** przez **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Atende Software Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-304 Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

- a) w zakresie zarzutu 3 – wykreślenie w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji VI. 3) Informacje dodatkowe w pkt 3 kryterium K 1 oraz wszystkich pouczeń dotyczących tego kryterium, podania aktualnej, po nakazanej zmianie - definicji wdrożeń oraz aktualnego, po nakazanej zmianie - sposobu wykazania powołanych przez Wykonawców wdrożeń do uzyskania punktów rankingowych. Nadto, dostosowanie wag pozostałych kryterium do nakazanego wykreślenia kryterium K1 oraz dostosowanie całej Sekcji VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu jako konsekwencji nakazanej zmiany (Izba jako podstawę nakazanych zmian przyjęła Ogłoszenie o zamówieniu z daty wniesienia odwołania);
- b) w zakresie zarzutu 1 i 2 – Izba oddala odwołanie, uznając żądania w tym zakresie za niezasadne.

2. kosztami postępowania obciąża **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** na rzecz **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Dostawę i wdrożenie Aplikacji Centralnej Systemu AMI (Aplikacji AMI) w Enea Operator Sp. z o.o.”, Znak sprawy: RPUZ/P/1309/2015/DD/DW zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 113-205700 z 13.06.2015 r. zwanym dalej: „Ogłoszeniem”, przez ENEA Operator Sp. z o.o., ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań zwaną dalej: „Zamawiającym”. W 17.06.2015 r. opublikował Zamawiający 1 - zmianę treści ogłoszenia. W dniu 29.06.2015 r. opublikował Zamawiający 2 - zmianę treści ogłoszenia.

W dniu 19.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa zwana dalej: „Sygnity S.A.” albo „Odwołującym” wniosło odwołanie na postanowienia ogłoszenia. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.06.2015 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 7 Pzp poprzez określenie warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także przekracza określony w Pzp cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 25 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w tym również §1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów nie ograniczających się wyłącznie do zakresu niezbędnego dla przeprowadzenia postępowania
- art. 48 ust. 1 pkt 8a w zw. z art. 51 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie dyskryminacyjnych i nieobiektywnych warunków kwalifikacji wykonawców do zaproszenie do złożenia ofert w sytuacji, gdy ich liczba będzie większa niż 5.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania zmiany treści Ogłoszenia poprzez nadanie mu brzmienia zgodnego z przepisami Pzp, w sposób odpowiadający wskazanym w dalszej części odwołania (uzasadnieniu) żądaniom związanym z opisanymi uchybieniami, w szczególności poprzez odpowiednie doprecyzowanie zapisów dot. warunków udziału w postępowaniu, w tym również poprzez ich

częściową zmianę i usunięcie, tak jak Odwołujący wskazuje w dalszej części odwołania.

Odwołujący po zapoznaniu się z treścią Ogłoszenia, w szczególności zaś z warunkami udziału w Postępowaniu podnosi, iż są one skonstruowane w sposób naruszający przepisy Pzp i wnosi niniejsze odwołanie. Przedmiotem postępowania zgodnie z opisem zawartym w sekcji 11.1.5) Ogłoszenia jest dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego, zwanego przez Zamawiającego Aplikacją AMI, obejmującego:

- System klasy HES
- System klasy MDM
- System klasy AMS w zakresie zarządzania układami pomiarowymi

wraz z centralną bazą danych, realizującego łącznie procesy pozyskiwania, przetwarzania, gromadzenia oraz udostępniania danych ze wszystkich obecnie zainstalowanych na sieci ENEA Operator układów pomiarowych, w tym planowanych do wdrożenia układów pomiarowych wyposażonych w liczniki klasy AMI z dwukierunkową komunikacją wraz z zarządzaniem i obsługą tych układów pomiarowych. Zgodnie z sekcją III 2.3) Ogłoszenia - Kwalifikacje techniczne: Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, polegające na wykonaniu (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywania) w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z należytą starannością i spełniają następujące warunki łącznie:

1. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali dla klienta z branży elektroenergetyki, co najmniej 1 zamówienie polegające na wdrożeniu systemu klasy MDM, spełniające łącznie poniższe warunki:

a. Zamówienie powinno obejmować wdrożenie systemu klasy MDM z centralną bazą danych pomiarowych wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych, dla klienta z branży elektroenergetyki.

b. Opisany powyżej System klasy MDM powinien pozyskiwać i zarządzać danymi, z co najmniej 100 000 liczników klasy AMI z dwukierunkową komunikacją oraz przechowywać w swojej bazie danych dane profilowe zapisane w cyklach 15 lub 60 minutowych, z co najmniej 100 000 liczników w okresie nie krótszym niż 1 (jeden) rok.

c. Opisany powyżej System klasy MDM powinien przechowywać w swojej bazie danych stany liczydeł, z co najmniej 500 tys. liczników, w okresie nie krótszym niż 2 (dwa) lata.

2. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali co najmniej 1 zamówienie polegające na wdrożeniu

systemu klasy HES (pracującego samodzielnie lub jako element systemu AMI) współpracującego z co najmniej 50 000 licznikami klasy AMI pracującymi w dwukierunkowej komunikacji PLC, wraz z jego wdrożeniem i integracją z istniejącymi systemami (billing lub system klasy MDM) w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki).

3. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali **co najmniej 2 zamówienia polegające na wdrożeniu integracji systemów klasy HES i MDM** każdy obsługujący, co najmniej 50 000 liczników klasy AMI z dwukierunkową komunikacją PLC dla klienta z branży elektroenergetyki.

4. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali, **co najmniej 2 zamówienia polegające na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS** obsługujących, co najmniej 100 000 liczników wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki.

Dodatkowo Zamawiający określił w Ogłoszeniu, że przez wdrożenie systemu należy rozumieć dostarczenie oprogramowania, konfigurację, uruchomienie zakończone przekazaniem systemu do użytkowania.

Odwołujący wskazał, że warunki udziału w postępowaniu określone sekcją III.2.3) w zakresie pkt 3 i 4 Ogłoszenia - Kwalifikacje techniczne: Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów, w zakresie warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, są określone w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także przekraczają określony w Pzp cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Odwołującego warunki udziału w wyżej wskazanym zakresie zostały opisane nadmiarowo. Wystarczającym bowiem do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest żądanie wykazaniem się co najmniej jednym zamówieniem, którego przedmiotem było wdrożenie integracji systemów klasy HES i MDM o określonych w Ogłoszeniu parametrach oraz jednym zamówieniem polegającym na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS. Należy zauważyć, że w przypadku wymaganego doświadczenia w zakresie wdrożenia systemu klasy MDM, a także wdrożenia systemu klasy HES Zamawiający oczekiwał doświadczenia w zakresie jednego wdrożenia każdego z tych systemów, co potwierdza, że takie doświadczenie jest dla Zamawiającego wystarczające dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący przywołując orzecznictwo KIO wskazuje chociażby na orzeczenie z 4.11.2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2189/14, w którym Izba stwierdziła, że „w myśl art. 7 ust. 1 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Określone przez Zamawiającego

warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców. Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego co do zasady, nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Należy przy tym zauważyć, że art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki wskazane w tym przepisie. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zapewnienie wykonawcom posiadającym możliwości wykonania danego zamówienia dostępu do realizacji zamówienia na zasadach niedyskryminacyjnych. Również w świetle wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji oznacza, że powinny być one adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi należytej realizacji zamówienia publicznego. Każdy postawiony warunek udziału w postępowaniu winien być uzasadniony merytorycznie i znajdować swoje usprawiedliwienie w specyfice konkretnego przedmiotu zamówienia.” (podkreślenia pochodzą od KIO). Zasadny w tym względzie jest z pewnością również wyrok KIO z 18.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1601/13 - „Pojęcie "niezbędności" należy odnieść nie tylko do rodzaju oświadczenia lub dokumentu, ale również do ich treści. Wymagania zamawiającego dotyczące treści oświadczenia lub dokumentu muszą mieścić się w granicach zakreślonych podstawami normatywnymi, którymi są przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) (...)”. W przedmiotowej sprawie, w ocenie Odwołującego ustalenie treści warunku nastąpiło z pominięciem istotnej zasady otwartości zamówień publicznych na. Jest to istotna przesłanka z punktu widzenia oceny nadmiarowości postawionych warunków. Jak słusznie wskazuje się w orzeczeniu KIO z 25.08.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1704/10 „Sposób weryfikacji predyspozycji wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu, zakłada dwa równie ważne cele - **otwartości zamówień publicznych na konkurencję** oraz dopuszczanie do postępowania jedynie wiarygodnych wykonawców, którzy są zdolni wykazać między innymi, iż ich doświadczenie i wiedza gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.”. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył ww. zasady. Odwołujący

wskazuje również na opinię opublikowaną przez Prezesa UZP na stronie Urzędu (http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:2453:zasady_wyboru_wykonawcy_w_swietle_art.22_ust.5_ustawy_pzp.html) „Zasady wyboru wykonawcy w świetle art. 22 ust. 5 ustawy Pzp”, w którym dokonano jednoznacznej interpretacji tego przepisu. Stwierdzono między innymi, iż „Celem warunków i opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia jest weryfikacja wykonawcy pod kątem jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a więc oceny zdolności wykonania zamówienia na warunkach określonych przez zamawiającego w SIWZ. Badanie dokumentów nie jest celem samym w sobie a środkiem do realizacji celu zasadniczego - wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy.” a także iż „Kryteria weryfikacji i ustalony przez zamawiającego minimalny poziom wymagań, który powinien być przez wykonawcę osiągnięty w celu ustalenia spełniania przez niego warunków podmiotowych, powinny być, zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Związanie z przedmiotem” oznacza, że zamawiający nie może opisywać sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od przedmiotu i zakresu danego zamówienia. Opis warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego złożoności, zakresu wymaganych wiadomości, pożądaných umiejętności specjalnych, czy też rozmiaru udzielanego zamówienia. Ustalenie kryteriów i minimalnego poziomu wymagań w sposób „proporcjonalny” powinno być uzasadnione przede wszystkim celem warunków i ich opisu wskazanym w zdaniu pierwszym art. 22 ust. 5 ustawy, a więc powinno być podyktowane dążeniem do zapewnienia wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia przy jednoczesnym zapewnieniu niedyskryminującego dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Ustalając minimalny poziom wymagań zamawiający powinien przede wszystkim ocenić, czy przyjęty poziom wymaganych kompetencji nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawcom zdolnym do zrealizowania zamówienia. Kryteria weryfikacji i ewentualnie ustalony przez zamawiającego minimalny poziom wymagań powinien być zatem powiązany z warunkami przyszłej umowy i sposobem realizacji zamówienia.” Zapisy Ogłoszenia w zakresie wskazanych punktów Sekcji III.2.3) natomiast w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia publicznego wykonawcom, którzy mają zdolność do jego wykonania. Postępowanie jest prowadzone jako postępowanie ograniczone, dwuetapowe, przy czym zaproszenie do udziału w II etapie, czyli zaproszenie do złożenia ofert otrzymują jedynie ci wykonawcy, którzy warunki udziału spełniają w stopniu najwyższym, zgodnie z otrzymaną punktacją. Wobec powyższego wystarczającym jest wykazanie dla ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu doświadczenia i wiedzy w stopniu niższym niż wymaga tego Zamawiający dla punktów 3 i 4 Sekcji III.2.3) Ogłoszenia, jeżeli oczywistym jest, że spośród wszystkich wykonawców spełniających podstawowe warunki Zamawiający

zakwalifikuje do dalszego udziału jedynie 5 najbardziej doświadczonych wykonawców. W powyższym zakresie Odwołujący wnosi zatem o wprowadzenie następującej zmiany w Ogłoszeniu w zakresie pkt 3 i 4 Sekcji III.2.3):

*„3. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali **co najmniej 1 zamówienie polegające na wdrożeniu integracji systemów Masy HES i MDM obsługujące, co najmniej 50 000 liczników klasy AMI z dwukierunkową komunikacją PLC dla klienta z branży elektroenergetyki.***

*4. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali, **co najmniej 1 zamówienie polegające na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS obsługujące, co najmniej 100 000 liczników wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki.** ”*

Niezależnie Odwołujący podnosił, iż w Sekcji VI.3) Informacje dodatkowe, w pkt 3 Zamawiający określił zasady zaproszenia wykonawców do udziału w postępowaniu i określił zasady przydzielania punktów w celu wyłonienia wykonawców spełniających kryterium w stopniu najwyższym. Zamawiający założył przydzielanie punktów wyłącznie w zakresie kryterium posiadania wiedzy i doświadczenia, punktując zarówno doświadczenie własne jak i udostępnione przez podmioty trzecie. Zgodnie z postanowieniami art. 51 ust. 2 Pzp, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału jest większa niż określona w ogłoszeniu, to Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Odwołujący zauważa, że zasady wyłaniania wykonawców zaproszonych do składania ofert spośród wszystkich spełniających warunki udziału naruszają przepisy Pzp. W szczególności Zamawiający punktować będzie „*liczbę wdrożeń systemu klasy MDM spełniającego wymogi pkt 1b w sekcji III.2.3), którym Oferent dysponuje*” przydzielając 1 pkt za każde wdrożenie z wagą kryterium 40%, oraz „*liczbę wykonanych wdrożeń systemu klasy MDM zgodnie z pkt 1 b w sekcji II.2.3)*” przydzielając 1 punkt za każde wdrożenie z wagą kryterium 15%. Odwołujący rozumie te zapisy w taki sposób, że Zamawiający punktować będzie w sposób wyższy fakt dysponowania przez Wykonawcę systemem klasy MDM niż rzeczywistą umiejętność jego wdrożenia. Dyskryminuje zatem tych wykonawców, którzy system klasy MDM wdrażali samodzielnie i po wielokroć, w stosunku do wykonawców, którzy jedynie systemem takim dysponują, ale nie wdrażali go samodzielnie. Dodatkowo zapisy Ogłoszenia zamiast promować to dyskryminują wykonawców posiadających doświadczenie i dysponujących różnymi systemami klasy MDM. Zamawiający bowiem wpisał w Ogłoszeniu, iż nie dopuszcza wskazania więcej niż jednego systemu klasy MDM w ramach ocenianego kryterium. Co więcej, Zamawiający tak konstruując warunki kwalifikacji, by promować rozwiązania, którymi wykonawca już dysponuje (również żądając odpowiednich oświadczeń w tym zakresie) de facto ogranicza

przetarg już na tym etapie do konkretnych rozwiązań. W postępowaniu ograniczonym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczony będzie dopiero w SIWZ, a fakt, że wykonawca posiada już jakieś rozwiązanie zgodne z warunkiem udziału w postępowaniu nie może determinować jego udziału w dalszej części tego postępowania, co do której wiadomo jedynie, że jego przedmiotem będzie dostarczenie i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego, zwanego przez Zamawiającego Aplikacją AMI, obejmującego między innymi system klasy MDM bez dalszych opisów czy doszczegółowień. Zapisy Ogłoszenia należy bowiem interpretować w taki sposób, że wyłonienie wykonawców zaproszonych do składania ofert sprowadzi się do wyłonienia konkretnych systemów klasy MDM i tych wykonawców, którzy już na moment składania wniosku takimi systemami dysponują, bez względu czy w sposób bezpośredni jako producent, czy pośredni jako dystrybutor, czy jedynie hipotetyczny jako strona listu intencyjnego zawartego z producentem. Zapisy Ogłoszenia dyskryminują takich wykonawców, którzy na moment składania wniosku o dopuszczenie do udziału takim systemem nie dysponują, albo dysponują większą ilością systemów klasy MDM. Odwołujący wraża również obawę, że zapisy takie przesądzą o produkcji, którego zaoferowania będzie oczekiwał Zamawiający w ofercie, co z kolei stoi w sprzeczności z istotą postępowania ograniczonego, dwuetapowego. Ogłoszenie o wszczęciu Postępowania nie zawiera żadnych szczegółowych informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, które mogłyby na tym etapie pozwolić jakiegokolwiek wykonawcy na wybór oferowanego rozwiązania na tym etapie, bez poznania dokładnego opisu przedmiotu zamówienia, który jest elementem SIWZ. Rozróżnić również należy charakter prawny wniosku i oferty. Wniosek składany przez wykonawców nie dotyczy przedmiotu zamówienia i jego celem nie jest zobowiązanie wykonawcy do złożenia oferty, tym bardziej oferty na konkretne zadeklarowane rozwiązanie. Na gruncie prawa cywilnego należy uznać iż wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu to czynność prawna, w rozumieniu art. 56 k.c. Wniosek jest oświadczeniem woli wykonawcy, swoistą deklaracją chęci uczestniczenia w postępowaniu przetargowym, który jest niezbędnym elementem dopuszczenia do możliwości złożenia konkretnej oferty. W praktyce nie kształtuje on jednak żadnego stosunku zobowiązaniowego. Taki następuje dopiero po złożeniu przez wykonawcę oferty. Sam wniosek nie może być więc traktowany ani jako oferta, ani też jako część składowa oferty. Po złożeniu wniosku wykonawca może nie składać oferty a zamawiający nie ma żadnego roszczenia w tym zakresie względem wykonawcy. Podobnie w jednym z orzeczeń o sygn. akt: KIO 1263/10 stwierdziła KIO: „w żadnym razie wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, o którym mowa w art. 47 Pzp nie jest oświadczeniem woli w zakresie praw i obowiązków majątkowych spółki ani umową czy nawet zobowiązaniem (np. umową przedwstępną, jednostronnym zobowiązaniem etc...) do poczynienia jakiegokolwiek oświadczeń w tym przedmiocie. W szczególności wniosek taki nie stanowi zobowiązania do

złożenia oferty po dopuszczeniu do dalszego etapu postępowania w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert otrzymane od zamawiającego. Dopiero złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia skutkować będzie przyjęciem określonych zobowiązań majątkowych przez wykonawcę (instytucja związania ofertą, zabezpieczenie oferty wadium etc....)”. Mając na uwadze fakt, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie ujawnia szczegółowych wymagań w odniesieniu do oczekiwanego rozwiązania, w tym systemu klasy MDM będącego przedmiotem postępowania, odwoływanie się do posiadania czy też możliwości posiadania rozwiązania zgodnego z warunkiem udziału, a nie z przedmiotem zamówienia na tym etapie postępowania jest bezzasadne, zarówno z uwagi na brak szczegółowych informacji na temat tego jaki konkretnie system może stanowić przedmiot oferty w postępowaniu, ale również z uwagi na to, że celem kwalifikacji wykonawców powinno być wyłonienie tych wykonawców, którzy zrealizowali systemy tego rodzaju - największą ich ilość lub systemy o największej wartości, co może być przesłanką uzasadniającą i gwarantującą należyte wykonanie zamówienia w przeciwieństwie do aktualnych zapisów Ogłoszenia.

Zauważył również, że skoro opis przedmiotu zamówienia zostanie upubliczniony dopiero w II etapie, a oferta, a więc konkretny system informatyczny (oprogramowanie), jest składana jako wiążące oświadczenie woli w II etapie, to nie byłoby ono wskazane we wniosku wprost, a jedynie poprzez przedłożone referencje i wykaz potwierdzający doświadczenie i kompetencje wykonawcy. Nie taka jest również rola wniosku, by zawierać w nim zobowiązanie do zaoferowania konkretnego systemu informatycznego działającego w oparciu o konkretne oprogramowanie - a do tego Zamawiający dąży oczekując chociażby listu intencyjnego czy oświadczenia producenta systemu MDM w przedmiocie udostępnienia tego systemu wykonawcy. Co oczywiste dokumenty, szczególnie list intencyjny, te mogą dotyczyć jedynie zobowiązania na przyszłość, które nie ma związku z rzeczywistym posiadaniem czy dysponowaniem systemem w dniu składania wniosku, ale są zobowiązaniem - jak odczytuje to Odwołujący - do zaoferowania w przyszłej ofercie tegoż właśnie rozwiązania. *„Dopiero w II etapie de facto Wykonawcy zakwalifikowani poznają wiążące oczekiwania Zamawiającego co do oferty, nawet w zakresie funkcjonalności podstawowych. Nadto, Wykonawcy są podmiotami działającymi w celu uzyskania zysku, w konsekwencji jest różnicą pomiędzy etapem I, gdy nie wiadomo czy dany Wykonawca zostanie zaproszony do składania ofert, od etapu II, gdy Wykonawca ma już pewność i może z całą świadomością kosztów przystąpić do przygotowania realnej oferty.”* (sygn. akt: KIO 2399/14 i KIO 2435/14).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o dokonanie modyfikacji Ogłoszenia w Sekcji VI.3) Informacje dodatkowe poprzez wykreślenie w pkt 3 kryterium K1 wraz z odnośnikiem, iż Zamawiający nie dopuszcza wskazania więcej niż jednego systemu klasy

MDM w ramach ocenianego kryterium, a także dalszej części pkt 3 począwszy od słów: „*W celu uzyskania punktów rankingowych...*” do końca tego punktu.

Zamawiający w dniu 19.06.2015 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 22.06.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Atende Software Sp. z o.o., ul. Ostrobramska 86, 04-163 Warszawa zwana dalej: „*Atende Software Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 22.06.2015 r.

W dniu 22.06.2015 r. (faxem), a 24.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Apator Rector Sp. z o.o., ul. Dąbrowskiego 69, 65-021 Zielona Góra zwana dalej: „*Apator Rector Sp. z o.o.*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 22.06.2015 r. Niniejsze przystąpienie Izba uznała za nieskuteczne. Uzasadnienie w dalszej części.

W dniu 22.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) AMG.net S.A., ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź zwana dalej: „*AMG.net S.A.*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 22.06.2015 r. Niniejsze przystąpienie Izba uznała za nieskuteczne, nadto Izba uwzględniła opozycje Zamawiającego. Uzasadnienie w dalszej części.

W dniu 22.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Indra Sistemas Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-304 Warszawie zwana dalej: „*Indra Sistemas Polska Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu drogą elektroniczną i faxem w dniu 22.06.2015 r.

W dniu 30.06.2015 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz skutecznym

Przystępującym na posiedzeniu. Oryginał przekazano składowi orzekającemu na posiedzeniu.

W zakresie uwag wstępnych o projekcie. Enea Operator Sp. z o.o. jako Operator Systemu Dystrybucyjnego Elektroenergetycznego (OSD) na terenie sześciu województw: wielkopolskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego, lubuskiego oraz niewielkiej części województwa dolnośląskiego oraz pomorskiego (łącznie na obszarze 58.213 km²) rozpoczął wdrożenie projektu AMI (Advanced Metering Infrastructure -Zaawansowana Infrastruktura Pomiarowa) obejmującego 3 systemy: System klasy HES (Head End System); System klasy MDM (Meter Data Management) oraz System klasy AMS (Asset Management System) w zakresie zarządzania układami pomiarowymi. Postępowanie ma na celu wdrożenie systemu inteligentnego opomiarowania (AMI), opartego na specjalistycznych urządzeniach pomiarowych, telekomunikacyjnych i zabezpieczających, typowych tylko dla sieci inteligentnych. Inteligentne opomiarowanie (AMI), będące częścią Smart Grid, to możliwość zdalnego zarządzania licznikami (odczyt zużycia, zmiana taryfy, zdalne wyłączenie lub załączenie). Jest nowatorskie, ponieważ: przedsiębiorstwo energetyczne rezygnuje z manualnego odczytu liczników, wyłączone jest pośrednictwo inkasenta, klient będzie miał dostęp do danych odczytowych poprzez Internet (e-bok), aplikacje na urządzenia mobilne (tablety, smartphony itp.) lub poprzez dedykowane panele komunikujące się bezpośrednio z licznikiem. Enea Operator Sp. z o.o. długo przygotowywała się do wszczęcia postępowania. W ramach przygotowań do wdrożenia inteligentnego opomiarowania, zrealizowano trzy projekty badawczo- rozwojowe. Pilotáže te miały na celu zapoznanie się z technologiami oferowanymi i dostępnymi na rynku, sprawdzenie skuteczności ich działania oraz stworzenie optymalnej funkcjonalności systemu. Następnie, przeprowadzono dialog techniczny, do którego udziału zgłosiło się 16 uczestników, a Zamawiający zaprosił 8 wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę w ramach ustalonego kryterium kwalifikacyjnego. Jednym z kluczowych wniosków płynących z dialogu technicznego było stwierdzenie, że przy wymaganym czasie i skali wdrożenia tworzenie aplikacji od „niskiego” poziomu nie gwarantuje dotrzymania odpowiedniego terminu. Planowany do wdrożenia system musi od razu (po zakończeniu realizacji umowy) przejść pełną obsługę wszystkich obecnie zainstalowanych na sieci układów pomiarowych i zarządzać danymi z tych układów. Zamawiający nie przewiduje żadnego okresu przejściowego, na przykład stopniowego zwiększania skali projektu. Dlatego dla powodzenia realizacji projektu kluczowe znaczenie ma kwalifikacja wstępna doświadczonych wykonawców, którzy wdrożyli już niejedną system klasy AMS czy zintegrowali systemy klasy HES i MDM lub dysponują popularnymi gotowymi systemami wdrożonymi już z sukcesem w sieciach innych zamawiających.

Względem bezzasadności zarzutu rzekomego określenia warunków dotyczących

posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także przekracza określony w Pzp cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

1.1. Całkowicie bezzasadne są twierdzenia Sygnity, że warunki udziału w postępowaniu zostały opisane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nie ma też racji Odwołujący, że wystarczającym byłoby wykazanie się przez Wykonawcę co najmniej jednym zamówieniem, którego przedmiotem było wdrożenie integracji systemów klasy HES i MDM o określonych parametrach oraz jednym zamówieniem polegającym na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS. Z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

1.2. Zgodnie z sekcją III.2.3) Ogłoszenia o zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in.:

- W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali co najmniej **2 zamówienia polegające na wdrożeniu integracji systemów klasy HES i MDM** każdy obsługujący, co najmniej 50 000 liczników klasy AMI z dwukierunkową komunikacją PLC dla klienta z branży elektroenergetyki.
- W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali, co najmniej **2 zamówienia polegające na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS** obsługujących, co najmniej 100 000 liczników wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki.

1.3. Badanie prawidłowości warunku udziału winno odnosić się do konkretnych okoliczności postępowania. Zamawiający w celu zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania oraz zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty wymaga od wykonawców spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, stopnia skomplikowania, złożoności czy też ryzyka związanego z prowadzeniem zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne. Warunki udziału zostały sformułowane w sposób odpowiadający wielkości oraz rodzajowi udzielanego zamówienia, które ma istotne znaczenie dla funkcjonowania Zamawiającego (Podobną opinią wyraziła KIO w wyroku z 6.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1064/12: „*Związanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia powinno wynikać z celu, jakiemu opis ma służyć.*”). Miał on prawo do ustalenia warunku na poziomie niezbędnym, czyli utwierdzającym go w przekonaniu, że wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu zamówienia daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

1.4. Żądanie wykazaniem się co najmniej 2 zamówieniami (podobnymi do przedmiotu

zamówienia) jest metodą weryfikacji poziomu wiarygodności wykonawców, która może wpływać na jakość, terminowość, fachowość czy dokładność wykonania zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest związany z przedmiotem zamówienia, czyli jest dokonany z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć, a mianowicie wyłonienia najlepszych wykonawców. Zamawiający nie ma możliwości określenia swoich minimalnych wymagań w inny sposób jak tylko w taki, który zminimalizuje ryzyko udzielenia zamówienia wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania. W takim duchu wypowiada się na ten temat doktryna i orzecznictwo. */Każdemu zamawiającemu przysługuje przy tym uprawnienie do sprecyzowania tych warunków tak, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który nie tylko przedstawił najkorzystniejszą przedmiotowo ofertą z punktu widzenia kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz jest także podmiotem zdolnym do jego wykonania z uwagi na cechowanie się odpowiednią wiarygodnością, (za wyrokiem KIO z 16.04.2012 r., sygn. akt KIO 662/12)./. Wymagania postawione przez Zamawiającego są adekwatne oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie ani zbyt niskie, gdyż w przeciwnym razie przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia. (Potwierdza to wyrok KIO z 5.01.2012 r., sygn. akt KIO 2765/11: „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej, nie musi umożliwiać udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku. Weryfikacja ma wyeliminować wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania umowy. W tym kontekście trzeba wskazać, iż wymagania powinny być tak postawione, aby uwzględniały realia danego rynku/branży, jego specyfikę.”).*

1.5. W konsekwencji nie sposób odmawiać Zamawiającemu prawa do określania liczby zamówień, których wykonanie świadczyć będzie o należyтым przygotowaniu wykonawców. Właściwy jest bowiem pogląd, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie. Nie sposób uznać, jakoby wykonanie jednej usługi oznaczało, że wykonawca posiada należyłą wiedzę i doświadczenie do realizacji tego zamówienia. Doświadczenie to posiadanie pewnej wiedzy, którą można uzyskać tylko przez wielokrotne wykonywanie pewnego rodzaju czynności. Nie sposób mówić o doświadczeniu przy założeniu, że wykonawca zrealizował należycie 1 usługę danego rodzaju. Istotna jest tutaj pewna powtarzalność, czyli minimum wykonanie 2 usług, która daje rękojmię, iż wykonawca wykona zamówienie w sposób prawidłowy i rzetelny. (Zgodnie z wyrokiem KIO z 7.03.2011 r., sygn. akt KIO 353/11 doświadczenie z zasady zdobywa się poprzez realizację czynności w oznaczonym zakresie - żądanie zatem co najmniej dwóch robót budowlanych jest wyznacznikiem posiadania w odpowiednim zakresie doświadczenia, co odróżnia

„doświadczenie” od incydentalnie podjętej czynności, która zdarzyło się komuś wykonać. Samo żądanie dwóch robót o odpowiednim zakresie nie stanowi zatem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców; nie może zostać uznane za nadmierne czy nieproporcjonalne.).

1.6. Zamawiający, przed wszczęciem postępowania, przeprowadził dialog techniczny w celu pozyskania niezbędnych informacji o produktach dostępnych na rynku i wykonawcach mogących taki produkt dostarczyć. W trakcie dialogu wszyscy uczestnicy poświadczili posiadanie doświadczenia we wdrożenia systemów klasy AMS, co potwierdza, że na rynku istnieje duża liczba wykonawców, którzy realizowali w przeszłości lub aktualnie realizują zamówienia podobnego rodzaju. Nie można zatem stwierdzić, iż postanowienia Ogłoszenia w jakikolwiek sposób ograniczają uczciwą konkurencję. Wdrożenie systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS jest wdrożeniem powszechnym. Każde kolejne wdrożenie systemu w sposób szczególny przyczynia się do jego rozwoju, w tym standaryzacji funkcjonalności i realizowanych procesów biznesowych. To, że niektórzy wykonawcy nie posiadają takiego doświadczenia nie może potwierdzać, że w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia dochodzi do ograniczenia konkurencji, Podkreślić należy, że Zamawiający ma prawo do opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób, który jest dla niego korzystny z punktu widzenia efektów realizacji zamówienia. Natomiast pewnego rodzaju utrudnienie dla niektórych wykonawców, wynikające z **braku dostatecznego doświadczenia**, nie jest w żadnym razie czynnikiem obiektywnie wpływającym na utrudnienie uczciwej konkurencji. Zamawiający nie musi bowiem konkretyzować warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby spełnione one zostały przez jak najszerszy krąg osób, co z kolei prowadziłoby do nabycia usługi o niskim standardzie (wyrok KIO z 29.01.2014 r., sygn. akt: KIO 69/14).

1.7. Dla Zamawiającego największym wyzwaniem i jednocześnie zagrożeniem dla projektu jest integracja przez wykonawcę dostarczonych trzech systemów (HES, MDM i AMS), które łącznie jako system zintegrowany muszą zapewnić Zamawiającemu uzyskanie standardowej funkcjonalności w zakładanym, stosunkowo krótkim, czasie wdrożenia, co wynika z konieczności realizacji bieżących potrzeb biznesowych Zamawiającego. Biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego z integracją systemów, Zamawiający wymaga doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch wdrożeń w zakresie integracji systemów klasy HES i MDM. W przypadku wymaganego doświadczenia we wdrożeniu systemu klasy MDM, a także wdrożenia systemu klasy HES Zamawiający oczekuje doświadczenia w zakresie jednego wdrożenia każdego z tych systemów, niemniej o odpowiednio większej skali. Natomiast w przypadku doświadczenia w zakresie integracji systemów klasy HES i MDM celem Zamawiającego jest weryfikacja umiejętności integracji a nie skala projektu.

1.8. Doświadczenie zawodowe w każdej dziedzinie zdobywa się przez wielokrotne wykonywanie, powtarzanie zamówień, gdzie za każdym razem mogą wystąpić odmienne okoliczności wpływające na bardziej czy mniej zakłócony przebieg realizacji zamówienia. Należy pamiętać, że warunki funkcjonowania na rynku wykonawców również ulegają zmianom w czasie. Dlatego nie można przyjąć, że jednokrotne prawidłowe wykonanie zamówienia jest gwarantem powodzenia kolejnych przedsięwzięć. Może się bowiem zdarzyć, że w określonym przypadku wykonawca znajdzie się w wyjątkowo sprzyjających okolicznościach, które umożliwią wykonanie zamówienia bez jakichkolwiek przeszkód. W innych natomiast okolicznościach, mniej sprzyjających, wykonawca nie byłby już w stanie wykonać kolejnego podobnego zamówienia.

1.9. W tym miejscu należy przypomnieć, iż postanowienia Ogłoszenia zawierają w swojej treści możliwość tworzenia konsorcjum lub polegania na potencjale podmiotów trzecich. Ponadto, Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, a więc już z założenia nie zamierza on dopuścić do dalszego udziału wszystkich wykonawców, a jedynie tych najbardziej doświadczonych w branży.

1.10. Mając powyższe na uwadze, zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na jego bezzasadność oraz fakt, że jego celem jest wyłącznie nieuzasadniona ingerencja w sferę interesów Zamawiającego oraz pozbawienie go możliwości zaproszenia do składania ofert jedynie wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Względem bezzasadność zarzutu dotyczącego żądania od wykonawców oświadczeń lub dokumentów nieograniczających się wyłącznie do zakresu niezbędnego dla przeprowadzenia postępowania.

2.1. Odwołujący nie przedstawił żądania odpowiadającego zarzutowi ani tego zarzutu w jakikolwiek sposób nie uzasadnił.

2.2. Wobec tego, gołosłowny zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania, że Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w tym również § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów nieograniczających się wyłącznie do zakresu niezbędnego dla przeprowadzenia postępowania, winien podlegać oddaleniu jako bezzasadny.

Względem bezzasadność zarzutu dotyczącego rzekomego określenia dyskryminujących i nieobiektywnych warunków kwalifikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert w sytuacji gdy ich liczba będzie większa niż 5.

3.1. Argumentacja Odwołującego jest całkowicie bezpodstawna i nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia w przypadku, gdy w wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu będzie spełniać więcej niż 5 wykonawców, do składania ofert zaproszonych zostanie 5

wykonawców, którzy uzyskają najwyższą liczbę punktów zgodnie z kryteriami (K1-K5), gdzie kryterium K1 dotyczy liczby wdrożeń danego systemu klasy MDM, którym dysponuje Wykonawca (przy czym wdrożenia mogą być wykonane również przez jakikolwiek inny podmiot niż Wykonawca i w dowolnym projekcie na świecie), natomiast kryteria K2-K5 dotyczą liczby wdrożeń samego Wykonawcy. Kwestionowane przez Odwołującego kryterium stanowi jedynie 20% wszystkich kryteriów.

3.2. Wymagane kryterium jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Wybrał on kryteria do prekwalfikacji wykonawców w sposób bezsprzecznie zgodny z prawem, a przy tym uzasadniony potrzebami Zamawiającego, w szczególności potrzebami technologicznymi. Jak już zostało to opisane Zamawiający będzie wymagał dostarczenia gotowego, działającego produkcyjnie na rynku wielopoziomowego systemu klasy HES, MDM i AMS. Ma więc w pełni tytuł do tego, aby w preselekcji wykonawców premiować tych, którzy legitymują się większym, bardziej adekwatnym doświadczeniem i dają rękojmię należytego wykonania zamówienia.

3.3. Odwołujący się nie ma racji kwestionując brzmienie kryterium K1. Jest oczywistym, że skoro skala zamówienia jest ogromna i ryzyko niepowodzenia znaczne to dodatkowe punkty w prekwalfikacji wykonawców należą się tym, którzy mają więcej wdrożeń takich systemów i tym, którzy dysponują systemem stosowanym już przez wielu innych zamawiających.

3.4. Odwołujący się w sposób całkowicie błędny doszukuje się w brzmieniu Ogłoszenia czynu dyskryminującego. Kontestuje w sposób nieuprawniony nie tyle warunki udziału w postępowaniu, które nieraz bywają dolegliwe dla wykonawców mając charakter eliminacyjny (spełnia - nie spełnia), ale kryterium rankingu do prekwalfikacji. W tym przypadku **premiowanie cech przedsiębiorców bardziej przygotowanych do wykonania zamówienia nie jest niczym nagannym, a wręcz pożądanym.**

3.5. Tak więc sposób wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5 został opisany w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Nie ma więc mowy o wykluczeniu bądź o dyskryminacji jakiegokolwiek grupy wykonawców - każdy wykonawca spełniający minimalne warunki zostanie zaproszony do udziału w dalszej fazie postępowania. Kryterium K1 mówi tylko to, że jeśli więcej niż 5 wykonawców spełnia minimalne warunki udziału to Zamawiający wybierze tych, którzy potrafią więcej i mogą zaoferować więcej ze względu np. na szczególne relacje umowne z producentami popularnych i powszechnie dostępnych rozwiązań. Nie da się dokonać klasyfikacji wykonawców bez poddania ich doświadczenia badaniu o znacznym stopniu szczegółowości. Kryterium K1 nie wyklucza ani nie dyskryminuje również dlatego, że waga tego kryterium to tylko 20% wobec pozostałych 4 kryteriów mogących przynieść 80% punktów.

3.6. Spełnienie żądań Odwołującego mogłoby narazić Zamawiającego na ryzyko wyboru

wykonawców, którzy nie zapewnią powodzenia technologicznego całej inwestycji AMI. Odwołujący się działa wyłącznie we własnym interesie, dążąc do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia. Niezależnie od oczekiwań Odwołującego, co do zmiany ogłoszenia nie należy zapominać, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO (wyrok KIO z dnia z 16.05.2011r ., sygn. akt: KIO 937/11) to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i jeśli tylko sformułowane przez niego reguły postępowania są zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa - co ma miejsce w niniejszym Postępowaniu - to wykonawca nie może żądać dostosowywania ich do swoich partykularnych interesów. W szczególności Odwołujący się nie ma prawa narzucać zamawiającemu sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, poprzez żądanie usunięcia jednego z kryteriów prekwalfikacji. Partykularne interesy odwołującego nie mogą mieć bowiem pierwszeństwa przed ogólnym i nadrzędnym interesem Zamawiającego.

3.7. Dotychczasowe postanowienia Ogłoszenia są w pełni zgodne z prawem i jako takie prawidłowe. Niemniej jednak Zamawiający w dniu 29 czerwca 2015 r. dokonał zmiany Ogłoszenia, modyfikując jego treść w sposób uwzględniający postulaty odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 48 ust. 1 pkt 8a w zw. z art. 51 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający doprecyzował kryterium K1, tj. *ogólna liczba wdrożeń systemu klasy MDM spełniającego wymogi pkt 1b w sekcji II 1.2.3), którym Wykonawca dysponuje poprzez dopuszczenie w ramach kryterium K1 wskazania nie więcej niż dwóch systemów klasy MDM. Zamawiający zmodyfikował więc postanowienie dopuszczając możliwość wykazania się przez Wykonawców dysponowaniem dwoma systemami MDM. W takim przypadku (gdy Wykonawca wskaże dwa systemy klasy MDM, którymi dysponuje) Zamawiający do punktacji zsumuje liczbę wdrożeń w obu systemach.*

3.8. Na uwagę zasługuje również fakt, że Kryterium K1 dotyczy liczby wdrożeń danego systemu klasy MDM, którym dysponuje Wykonawca (przy czym wdrożenia mogą być wykonane również przez jakikolwiek inny podmiot niż Wykonawca i w dowolnym projekcie na świecie). Zatem Zamawiający zamierza premiować wykonawców, którzy mają relacje umowne z producentami najpopularniejszych systemów i którzy w takich systemach specjalizują się znając niezawodne rozwiązania. Kryteria K2-K5 dotyczą natomiast wdrożeń samego Wykonawcy i stanowią łącznie 80% (Zamawiający zmienił wagi w poszczególnych kryteriach prekwalfikacji przyznając każdemu kryterium wagę 20%), co jedynie potwierdza, że Zamawiający przede wszystkim będzie punktować w sposób wyższy rzeczywistą umiejętność i doświadczenie wdrożenia gwarantujące należyte wykonanie zamówienia. (Informacja o zmianie ogłoszenia, opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 29.06.2015 r.).

3.9. Nieuprawnione jest również twierdzenie Odwołującego jakoby Zamawiający

przedwcześnie dokonywał wyboru systemu jeszcze przed opublikowaniem SIWZ. Klasyfikacja wykonawców dla potrzeby ich kwalifikacji do następnego etapu nie rozstrzyga o tym jaki konkretny system zostanie dostarczony Zamawiającemu. Dywagacje Odwołującego o naturze wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu również nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla uznania czy Zamawiający działa zgodnie z prawem. Odwołujący się z własnych problemów w przygotowaniu wniosku wywodzi chybione tezy o rzekomym dyskryminacyjnym działaniu Zamawiającego.

3.10. Warto przy tym dodać, że katalog dowodów dysponowania systemem klasy MDM przez wykonawcę jest nie tylko bardzo szeroki ale także otwarty. Zgodnie bowiem z treścią Ogłoszenia (sekcja VI.3.3) dowodem takim może być *w szczególności: oświadczenie wykonawcy o posiadaniu wszelkich praw własności do systemu klasy MDM lub umowa cywilnoprawna (umowa licencyjna, umowa o współpracy etc.) zawarta z producentem systemu MDM lub list intencyjny zawarty z producentem systemu klasy MDM lub jednostronne oświadczenie (zobowiązanie) producenta systemu klasy MDM w przedmiocie udostępnienia tego systemu Wykonawcy*. Próba określenia katalogu zamkniętego takich dokumentów przez Zamawiającego zawsze stwarzałaby ryzyko nietrafnej oceny. Jednocześnie niedopuszczenie oświadczeń własnych wykonawcy minimalizuje ryzyko wystąpienia oświadczeń niemożliwych do weryfikacji.

3.11. Jeżeli zaś chodzi o użycie przez Zamawiającego zwrotu „dysponować” należy wskazać, iż takie sformułowanie jest niezwykle szerokie obejmujące wiele stanów faktycznych. Tym samym, Zamawiający wskazując na katalog otwartych dokumentów dotyczących „dysponowania” podkreślił, że pojęcie „dysponowanie” będzie interpretowane szeroko, a wymóg dysponowania systemem nie będzie tożsamy z posiadaniem przez Wykonawcę praw autorskich do systemu.

3.12. Niezależnie od faktu, że określone przez Zamawiającego wymagania i kryteria bezsprzecznie posiadają przymiot proporcjonalności, warto na koniec wskazać, że jak słusznie podkreśla się w komentarzach i podręcznikach wydawanych przez UZP zasada proporcjonalności to „ważna zasada zapewniająca niedyskryminujący dostęp wykonawcom do zamówienia publicznego, która jednak nie ma zastosowania do opisu sposobu dokonywania wyboru wykonawców w sytuacji, gdy ich liczba w przetargu ograniczonym jest większa niż liczba wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu” /J. Sadowy (red), System zamówień publicznych w Polsce, UZP, W-wa 2013, s. 192./ UZP uzasadnia to celem instytucji przetargu ograniczonego, wedle którego do dalszego etapu postępowania mają być dopuszczeni „najlepsi spośród wszystkich uznanych przez zamawiającego za zdolnych do realizacji zamówienia” /jak powyżej/ Podkreślił, że w podręczniku UZP rekomenduje się kryterium ograniczenia znacznie bardziej restrykcyjne od zaproponowanego w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk 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 przyjąć 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 uznała, że przystąpienie Apator Rector oraz AMG.net po stronie Odwołującego jest nieskuteczne.

W zakresie AMG.net – zgłoszone przystąpienie jest nieskuteczne albowiem zostało podpisane jedynie przez jednego członka zarządu. Okoliczność, że drugi zrezygnował, a właściciel spółki nie podjął ówczesnie decyzji w zakresie nowej reprezentacji nie zmienia

postaci rzeczy, że spółka de facto nie miała reprezentacji stosownie do zasad reprezentacji określonych w wydruku KRS-u (dwóch Członków Zarządu albo Prezes Zarządu samodzielnie) w dniu zgłoszenia przystąpienia. Nastąpiło to dopiero 26.06.2015 r. (uchwała o powołaniu Prezesa Zarządu) zgodnie z uchwałą przedstawioną na posiedzeniu. Izba także uwzględniła opozycje Zamawiającego wskazując, że nie wykazał zgłaszający przystąpienie interesu w rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego w ramach złożonego przystąpienia, czyli w terminie ustawowych 3 dni. Czynienie tego dopiero na etapie posiedzenia jest działaniem spóźnionym.

W zakresie Aparator Rector. Izba wskazuje, że wezwanie zostało opublikowane na stronie internetowej 19.06.2015 r., a nie 22.06.2015 r. w takiej sytuacji termin na zgłoszenie przystąpienia do odwołania liczy się od momentu ukazania się informacji na stronie internetowej. (za wyrokiem KIO z 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11; KIO 458/11: „*W ocenie Izby bieg 3- dniowego terminu dla doręczenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej należy w tym przypadku liczyć nie od dnia (...), lecz daty publikacji na stronie internetowej zamawiającego wezwania wraz z kopiami odwołań (...).* Art. 185 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, iż zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której zamieszczone jest ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniona specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Natomiast art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, iż wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Powyższa regulacja wyraźnie przewiduje w odniesieniu do odwołań dotyczących treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek zamieszczenia ich kopii na stronie internetowej wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym danym odwołaniem. W ocenie Izby publikacja kopii odwołania wraz ze stosowanym wezwaniem na stronie internetowej jest równoznaczna z otrzymaniem kopii odwołania wyznaczającym początek biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjęcie interpretacji wskazanej przez (...), iż bieg terminu rozpoczyna się od dnia, kiedy wykonawca otrzymał kopię odwołania przesłaną mu przez zamawiającego, oznaczałoby dopuszczenie różnych terminów na zgłoszenie przystąpień pomimo faktu publikacji kopii odwołania (inny termin byłby dla wykonawców, o których zamawiający wie, iż są zainteresowani postępowaniem, inny dla tych, co do których takiej informacji nie posiada lub uzyskuje ją w terminie późniejszym). Ponadto zaakceptowanie poglądu, iż sama publikacja na stronie internetowej nie jest wystarczająca dla uznania, iż wykonawca otrzymał kopię

odwołania, oznaczałoby także, iż termin ten ulegałby przesunięciu w zależności od tego, kiedy wykonawca poinformowałby zamawiającego o fakcie swojego zainteresowania postępowaniem. Powyższe naruszałoby naczelną zasadę równości wykonawców w postępowaniu, jak również czyniłoby w dużej mierze bezprzedmiotowym obowiązek publikacji kopii odwołania na stronie internetowej.”). Stąd nieskuteczność zgłoszenia dokonanego 24.06.2015 r., z uwagi na niedotrzymania 3 dniowego terminu. Zgłoszone przystąpienie w przywołanym terminie miało miejsca faxem (22.06.2015 r.), a następnie zostało potwierdzone pisemnie - po upływie 3 dniowego terminu (24.06.2015 r.). Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Obowiązek złożenia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie pisemnej w ustawowym terminie wynika z dyspozycji art. 185 ust. 2 Pzp. Z treści powyższego uregulowania wynika, iż wykonawca składa przystąpienie do odwołania do Prezesa UZP w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, a kopię przystąpienia przesyła Zamawiającemu oraz wnoszącemu odwołanie również w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania. Świadczy o tym konstrukcja przepisu, który w zdaniu pierwszym określa termin na przystąpienie, a w zdaniu drugim wskazuje formę oraz sposób przesłania przystąpienia dla stron postępowania odwoławczego. Jednocześnie też niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) stanowiąc, że za wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne. Podobnie w wyroku KIO z 09.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2734/13, wyroku KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 896/13, wyroku KIO z 10.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2839/12, wyroku KIO z 21.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1192/12, wyroku KIO z 20.01.2011 r., sygn. akt: KIO/2819/10, sygn. akt: KIO/8/11, sygn. akt: KIO/9/11, czy też wyroku KIO z 28.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2256/10.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu za numerem 2015/S 113-205700 z 13.06.2015 r., zmiany ogłoszenia za numerem 2015/S 118-215873 z 20.06.2015 r., w tym pisma Zamawiającego z jego strony internetowej o niniejszej zmianie z 17.06.2015 r.,

informacji Zamawiającego z jego strony internetowej z 29.06.2015 r. o kolejnej zmianie ogłoszenia przesłanej do publikacji w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskich oraz formularza standardowego 14 przesłanego do wskazanej powyżej publikacji w dniu 29.06.2015 r.

Izba uznała zestawienie złożone na rozprawie przez Atende Software Sp. z o. o., Przystępującego po stronie Odwołującego, jako stanowisko uczestnika postępowania.

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

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

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

Zgodnie z treścią ogłoszenia z 13.06.2015 r. - Sekcja III.2.3) Kwalifikacje techniczne:
„Zamawiający uzna, że wykonawcy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, jeżeli wykonawcy wykażą, że:

1. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali dla klienta z branży elektroenergetyki, co najmniej 1 zamówienie polegające na wdrożeniu systemu klasy MDM, spełniające łącznie poniższe warunki:

a. Zamówienie powinno obejmować wdrożenie systemu klasy MDM z centralną bazą danych pomiarowych wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych, dla klienta z branży elektroenergetyki.

b. Opisany powyżej System klasy MDM powinien pozyskiwać i zarządzać danymi, z co najmniej 100 000 liczników klasy AMI z dwukierunkową komunikacją oraz przechowywać w swojej bazie danych dane profilowe zapisane w cyklach 15 lub 60 minutowych, z co najmniej 100 000 liczników w okresie nie krótszym niż 1 (jeden) rok.

c. Opisany powyżej System klasy MDM powinien przechowywać w swojej bazie danych stany liczydeł, z co najmniej 500 tys. liczników, w okresie nie krótszym niż 2 (dwa) lata.

2. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali co najmniej 1 zamówienie polegające na wdrożeniu systemu klasy HES (pracującego samodzielnie lub jako element systemu AMI) współpracującego z co najmniej 50 000 licznikami klasy AMI pracującymi w dwukierunkowej komunikacji PLC, wraz z jego wdrożeniem i integracją z istniejącymi systemami (billing lub system klasy MDM) w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki).

3. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali co najmniej 2 zamówienia polegające na wdrożeniu integracji systemów klasy HES i MDM każdy obsługujący, co najmniej 50 000 liczników klasy AMI z dwukierunkową komunikacją PLC dla klienta z branży elektroenergetyki.

4. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali, co najmniej 2 zamówienia polegające na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS obsługujących, co najmniej 100 000 liczników wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki.

5. Przez wdrożenie systemu należy rozumieć dostarczenie oprogramowania, konfigurację, uruchomienie zakończone przekazaniem systemu do użytkowania.

6. Na potwierdzenie ww. warunków udziału w postępowaniu wykonawcy załączą do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonywanych głównych dostaw i usług (w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie niezbędnym do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

7. Dowodami, o których mowa w pkt 5 powyżej są:

a) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

b) oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. a) powyżej.

8. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie (w formie oryginału lub potwierdzonej notarialnie kopii) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Za dowód Zamawiający uznaje w szczególności pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów zawierające następujące elementy:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,

c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,

d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia .

9. Zamawiający uzna, że Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli dysponuje on zespołem mającym doświadczenie i potwierdzone umiejętności pozwalające zrealizować prawidłowo niniejsze zamówienie w zakresie:

a) zarządzania projektami informatycznymi,

b) analizy wymagań biznesowych i formalno-prawnych,

c) integracji systemów teleinformatycznych,

d) architektury rozwiązań informatycznych,

e) wytwarzania oprogramowania,

f) bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych,

g) testów systemów teleinformatycznych,

h) tworzenia i implementacji procesów biznesowych.

Za wystarczające dla wykazania ww. warunku Zamawiający uzna złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o dysponowaniu osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.”

Sekcja VI.3) Informacje dodatkowe:

„1. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

2. Zamawiający zaprosi do składania ofert maksymalnie 5 (pięciu) Wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu.

3. 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:

/Kryterium /Sposób punktacji /Waga kryterium

K1 /Liczba wdrożeń systemu klasy MDM spełniającego wymogi pkt 1b w sekcji III.2.3), którym Oferent dysponuje* /1 pkt za każde wdrożenie /40%

K2 /Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy MDM zgodnie z pkt 1b w sekcji III.2.3) /1 pkt za każde wdrożenie /15%

K3 /Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy HES zgodnie z pkt 2 w sekcji III.2.3) /1 pkt za każde wdrożenie /15%

K4 /Liczba wykonanych wdrożeń polegających na integracji systemów zgodnie z pkt 3 w sekcji III.2.3) /1 pkt za każde wdrożenie /15%

K5 /Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy AMS zgodnie z pkt 4 w sekcji III.2.3) /1 pkt za każde wdrożenie /15%

**-Zamawiający nie dopuszcza wskazania więcej niż jednego systemu klasy MDM w ramach ocenianego kryterium. W celu uzyskania punktów rankingowych w ramach ocenianego kryterium Wykonawcy powinni złożyć oświadczenie o dysponowaniu systemem klasy MDM (należy podać, co najmniej nazwę systemu MDM oraz jego producenta) wraz z wykazem zrealizowanych projektów, dla których wdrażany był dany system MDM zawierającym m.in. opis zrealizowanych projektów oraz określenie parametrów wskazanych w pkt 1b w sekcji III.2.3).*

Przez wdrożenie systemu należy rozumieć dostarczenie oprogramowania, konfigurację, uruchomienie zakończone przekazaniem systemu do użytkownika.

Do ww. oświadczenia należy załączyć dowód realnego dysponowania systemem klasy MDM przez Wykonawcę.

Dowodem tym może być w szczególności:

- a) oświadczenie wykonawcy o posiadaniu wszelkich praw własności do systemu klasy MDM lub*
- b) umowa cywilnoprawna (umowa licencyjna, umowa o współpracy etc.) zawarta z producentem systemu MDM lub*
- c) list intencyjny zawarty z producentem systemu klasy MDM lub*
- d) jednostronne oświadczenie (zobowiązanie) producenta systemu klasy MDM w przedmiocie udostępnienia tego systemu Wykonawcy.*

Zamawiający informuje, że za dowód realnego dysponowania systemem klasy MDM nie zostanie w szczególności uznane oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu systemem klasy MDM należącym do osoby trzeciej (producenta systemu klasy MDM), jeśli nie zostanie ono poparte stosownymi dowodami pochodzącymi od producenta tego systemu (por. lit. b.-d. powyżej).

4. Punkty uzyskane w każdej z kategorii zostaną zsumowane przy zastosowaniu odpowiednich wag dla poszczególnych kryteriów wg poniższego wzoru:

Liczba punktów = 0,4 x liczba punktów za kryterium K1 + 0,15 x liczba punktów za kryterium K2 + 0,15 x liczba punktów za kryterium K3 + 0,15 x liczba punktów za kryterium K4 + 0,15 x liczba punktów za kryterium K5.

5. 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 liczba punktów uzyskana za kryterium K4. W przypadku

zaś, gdy dwóch lub więcej Wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów za kryterium K4, do udziału w postępowaniu zostanie zaproszony ten Wykonawca, którego wdrożenia w ramach kryterium K2 obejmowały więcej punktów pomiarowych. W przypadku, gdy dwóch lub więcej Wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów po zastosowaniu ww. kryteriów dodatkowych – do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni Wykonawcy uplasowani na ostatnim miejscu zapewniającym udział w postępowaniu.

W przypadku, gdy ww. zamówienia zostały zrealizowane przez Wykonawcę, jako oddzielne projekty u tego samego Klienta, Zamawiający do punktacji wybierze tylko jedno z tych zamówień o największej liczbie obsługiwanych liczników.

6. W przypadku, gdy jedno wdrożenie spełnia jednocześnie warunki więcej niż jednego z kryteriów K1-K5, Zamawiający przyzna punkty za każde spełniane kryterium.

7. Jednocześnie Zamawiający informuje, że dla ww. oceny będzie brał również pod uwagę doświadczenia podmiotu trzeciego wskazanego przez Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp.

8. 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://zamowienia.enea.pl>

9. Szczegółowe kryteria oceny ofert zostaną zdefiniowane w SIWZ w kolejnym etapie postępowania i dotyczyć będą ceny (nie mniej niż 65%) oraz oceny jakościowej oferowanej aplikacji (nie więcej niż 35%).”.

W ramach zmiany z 17.06.2015 r. - Sekcja III.2.3) Kwalifikacje techniczne:

„Zamawiający uzna, że wykonawcy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, jeżeli wykonawcy wykażą, że:

1. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali dla klienta z branży elektroenergetyki, co najmniej 1 zamówienie polegające na wdrożeniu systemu klasy MDM, spełniające łącznie poniższe warunki:

a. Zamówienie powinno obejmować wdrożenie systemu klasy MDM z centralną bazą danych pomiarowych wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych, dla klienta z branży elektroenergetyki.

b. Opisany powyżej System klasy MDM powinien pozyskiwać i zarządzać danymi, z co najmniej 100 000 liczników klasy AMI z dwukierunkową komunikacją oraz przechowywać w swojej bazie danych dane profilowe zapisane w cyklach 15 lub 60 minutowych, z co najmniej 100 000 liczników w okresie nie krótszym niż 3 (trzy) miesiące.

c. Opisany powyżej System klasy MDM powinien przechowywać w swojej bazie danych stany liczydeł, z co najmniej 500 tys. liczników, w okresie nie krótszym niż 3 (trzy) miesiące.

Przez stan liczydła Zamawiający rozumie skumulowaną wartość energii przedstawioną w postaci stanu. Dla liczników statycznych (elektronicznych) stan liczydła reprezentowany jest przez wartość zapisaną w rejestrze np. o kodzie OBIS nr 1.8.0 wyrażająca zużycie energii czynnej lub biernej w kWh/kVArh wraz z datą zapisu tej wartości w pamięci licznika, natomiast dla liczników elektromechanicznych stanem liczydła jest wartość prezentowana na liczydłe mechanicznym licznika wyrażająca zużycie energii czynnej lub biernej w kWh/kVArh wraz z datą dokonania odczytu tej wartości licznika."

Zmiana ogłoszenia z 29.06.2015 r. - w Sekcji VI.3) pkt 3:

„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:

#/Kryterium /Sposób punktacji / Waga kryterium

K1 /Liczba wdrożeń systemu klasy MDM spełniającego wymogi pkt 1b w sekcji III.2.3), którym Wykonawca dysponuje*/1 pkt za każde wdrożenie /20 %

K2 /Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy MDM zgodnie z pkt 1b w sekcji III.2.3) wykonanych przez Wykonawcę z zastrzeżeniem pkt 7 sekcji VI. 3) ogłoszenia / 1 pkt za każde wdrożenie /20 %

K3 /Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy HES zgodnie z pkt 2 w sekcji III.2.3) wykonanych przez Wykonawcę z zastrzeżeniem pkt 7 sekcji VI. 3) ogłoszenia /1 pkt za każde wdrożenie /20 %

K4 /Liczba wykonanych wdrożeń polegających na integracji systemów zgodnie z pkt 3 w sekcji III.2.3) wykonanych przez Wykonawcę z zastrzeżeniem pkt 7 sekcji VI. 3) ogłoszenia /1 pkt za każde wdrożenie /20 %

K5 /Liczba wykonanych wdrożeń systemu klasy AMS zgodnie z pkt 4 w sekcji III.2.3) wykonanych przez Wykonawcę z zastrzeżeniem pkt 7 sekcji VI. 3) ogłoszenia /1 pkt za każde wdrożenie /20 %

*- W celu uzyskania punktów rankingowych w ramach ocenianego kryterium Wykonawcy powinni złożyć oświadczenie o dysponowaniu systemem klasy MDM (należy podać, co najmniej nazwę systemu MDM oraz jego producenta) wraz z wykazem zrealizowanych wdrożeń tego systemu zawierającym m.in. opis projektów oraz określenie parametrów wskazanych w pkt 1b w sekcji III.2.3). Poprzez zrealizowane wdrożenie wskazanego systemu MDM rozumiane są wszystkie wdrożenia tego systemu, niezależnie od Wykonawcy

dokonującego jego wdrożenia. Zamawiający dopuszcza w ramach kryterium K1 wskazanie nie więcej niż dwóch systemów klasy MDM. W przypadku, gdy w kryterium K1 Wykonawca wskaże dwa systemy klasy MDM, którymi dysponuje, Zamawiający do punktacji zsumuje liczbę wdrożeń w obu systemach. Kryterium K1 dotyczy zatem liczby wdrożeń danego systemu/ systemów klasy MDM, którym/ którymi dysponuje Wykonawca (przy czym wdrożenia mogą być wykonane również przez jakikolwiek inny podmiot niż Wykonawca i w dowolnym projekcie na świecie). Kryteria K2-K5 dotyczą natomiast wdrożeń samego Wykonawcy.

Do ww. oświadczenia należy załączyć dowód realnego dysponowania systemem klasy MDM przez Wykonawcę. Dowodem tym może być w szczególności:

- a) oświadczenie wykonawcy o posiadaniu wszelkich praw własności do systemu klasy MDM lub
- b) umowa cywilnoprawna (umowa licencyjna, umowa o współpracy etc.) zawarta z producentem systemu MDM lub
- c) list intencyjny zawarty z producentem systemu klasy MDM lub
- d) jednostronne oświadczenie (zobowiązanie) producenta systemu klasy MDM w przedmiocie udostępnienia tego systemu Wykonawcy.

Zamawiający informuje, że za dowód realnego dysponowania systemem klasy MDM nie zostanie w szczególności uznane oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu systemem klasy MDM należącym do osoby trzeciej (producenta systemu klasy MDM), jeśli nie zostanie ono poparte stosownymi dowodami pochodzącymi od producenta tego systemu (por. lit. b.-d. powyżej). Wykonawca dysponujący więcej niż jednym systemem klasy MDM złożyć powinien oddzielne oświadczenia dla każdego systemu klasy MDM, którym dysponuje."

Z kolei w Sekcji VI.3) pkt 4:

„Punkty uzyskane w każdej z kategorii zostaną zsumowane przy zastosowaniu odpowiednich wag dla poszczególnych kryteriów wg poniższego wzoru:

$Liczba\ punktów = 0,2 \times liczba\ punktów\ za\ kryterium\ K1 + 0,2 \times liczba\ punktów\ za\ kryterium\ K2 + 0,2 \times liczba\ punktów\ za\ kryterium\ K3 + 0,2 \times liczba\ punktów\ za\ kryterium\ K4 + 0,2 \times liczba\ punktów\ za\ kryterium\ K5.$ ”

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 i 5 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez określenie warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także przekracza określony w Pzp cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Powyższy zarzut sprowadzał się do tego, ażeby w Sekcja III.2.3) Kwalifikacje techniczne w pkt 3 i 4 zmniejszyć liczbę zamówień z 2 na 1, jakimi muszą wykazać się Wykonawcy dla potwierdzenia spełnienia wymogu minimalnego podstawowego:

„Zamawiający uzna, że wykonawcy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, jeżeli wykonawcy wykażą, że: (...)

*3. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali **co najmniej 2** (na 1 – dopisek autora uzasadnienia) **zamówienia polegające na wdrożeniu integracji systemów klasy HES i MDM** każdy obsługujący, co najmniej 50 000 liczników klasy AMI z dwukierunkowa komunikacją PLC dla klienta z branży elektroenergetyki.*

*4. W ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zrealizowali, **co najmniej 2** (na 1 – dopisek autora uzasadnienia) **zamówienia polegające na wdrożeniu systemu lub modułu do zarządzania układami pomiarowymi klasy AMS** obsługujących, co najmniej 100 000 liczników wraz z jego integracją z istniejącymi systemami w zakresie wymiany danych dla klienta z branży elektroenergetyki. (...)*”

Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego uznając prawo Zamawiającego do określonego minimalnego poziomu zamówień, od których uzna spełnienie wymogu wymaganego doświadczenia, czyli 2 zamówień. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że nie jest w stanie spełnić powyższego wymogu w tej postaci samodzielnie.

W tym zakresie Izba wskazuje także za wyrokiem KIO z 16.03.2015 r., sygn. akt: KIO 413/15: *„W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że oczekiwanie Zamawiającego w kwestii ilości usług niezbędnych do wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia było nadmierne, czy nieproporcjonalne. Nie można wprawdzie – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – a limine wykluczyć możliwości nabycia przez wykonawcę odpowiedniego, niezbędnego do wykonania danego zamówienia publicznego doświadczenia w następstwie realizacji jednostkowego zamówienia (będzie to dotyczyło w szczególności zamówień o największej w danej branży skali,*

czy najwyższym stopniu skomplikowania). Tym niemniej, co do zasady, doświadczenie wykonawcy związane jest z powtarzalnością realizowanych przez niego usług (dostaw, robót budowlanych). W konsekwencji nie sposób odmawiać zamawiającym prawa do określania liczby zamówień, których wykonanie (wykonywanie) świadczyć będzie, w ich ocenie, o należywym przygotowaniu wykonawców. Uprawnione jest bowiem zapatrywanie, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie.”

Nadto, Izba wskazuje, że jeśli Odwołujący nie chce korzystać w tym zakresie z instytucji konsorcjum może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego, gdyż Zamawiający w tym zakresie przewidział taką możliwość w treści ogłoszenia. Takie działanie, Izba uznaje za dopuszczalne, w odróżnieniu od prekwalfikacji, przy zachowaniu zasad wynikających z treści ogłoszenia oraz przepisów Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231) zwanego dalej: „Rozporządzeniem”.

W tym zakresie wskazując za wyrokiem Sądu Okręgowego w Słupsku z 01.08.2013 r., sygn. akt: IV Ca 409/13: „Sąd Okręgowy podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2011 r., w sprawie KIO 822/11 (síp. Lex nr 821383), iż potwierdzenie dysponowania zasobami innych podmiotów służy potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 PZP. (...)

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 PZP. (...) w doktrynie prezentowany jest pogląd, który podziela również Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, iż zarówno cel, jak i brzmienie tego przepisu przesądzają o uprawnieniu posługiwania się przez wykonawców zasobami obcymi wyłącznie w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Korzystanie z "pożyczzonego doświadczenia" ma na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (vide: Komentarz do art. 26 PZP. P. G. j.w.). (...)

Należy dostrzec, że w tym zakresie nie było korelacji z zarzutem trzecim, albowiem w tym zakresie dotyczy ich kryterium K4 i K5.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut 2:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w tym również § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów nie ograniczających się wyłącznie do zakresu niezbędnego dla przeprowadzenia postępowania, Izba uznała za podlegający oddaleniu.

Odwołujący nie przedstawił żądania odpowiadającego zarzutowi, ani tego zarzutu w jakikolwiek sposób nie uzasadnił. Wobec tego, gołosłowny zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania, że Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 pkt 1) i 2) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w tym również § 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń lub dokumentów nieograniczających się wyłącznie do zakresu niezbędnego dla przeprowadzenia postępowania, winien podlegać oddaleniu jako bezzasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut 3:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 48 ust. 1 pkt 8a w zw. z art. 51 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie dyskryminacyjnych i nieobiektywnych warunków kwalifikacji wykonawców do zaproszenie do złożenia ofert w sytuacji, gdy ich liczba będzie większa niż 5, Izba uznała za zasadny i nakazała stosowną zmianę treści ogłoszenia wskazana w sentencji orzeczenia.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując zmiany treści ogłoszenia w dniu 29.06.2015 r. de facto potwierdził zasadność zarzutu Odwołującego.

Po drugie, Izba uznała, że zmiana z 29.06.2015 r. jest w swej treści niespójna i wzajemnie sprzeczna, gdyż z jednej strony Zamawiający podnosił, że tylko w kryterium K1 można wykazywać się zasobami podmiotów trzecich, a w kryterium K2- K5 tylko wdrożeniami samego Wykonawcy (tak też podnosił na rozprawie – przywołując konkretne fragmenty treści ogłoszenia po zmianach), z drugiej w ramach kryterium K2-K5 jest sformułowanie: „z zastrzeżeniem pkt 7 Sekcji VI.3 ogłoszenia”, które z kolei wprost odnosi się do zasobów podmiotów trzecich. Z tej też przyczyny podstawą wskazanej w sentencji orzeczenia zmiany treści ogłoszenia jest jego treści obowiązująca w dniu wniesienia odwołania. W tym kontekście Izba także stoi na stanowisku, że ze strony Odwołującego na rozprawie nie miało miejsce wykroczenie poza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Izba podzieliła i uznała za adekwatne fragmenty odwołania wskazane w tym zakresie na rozprawie przez Odwołującego (w protokole z rozprawy). Nadto, Izba wzięła pod uwagę, że argumentacja Odwołującego stanowiła odpowiedź/reakcję na dokonana przez Zamawiającego zmianę treści ogłoszenia 29.06.2015 r., czyli w przeddzień rozprawy.

W dalszej kolejności, odnosząc się do kwestii zasadniczej, Izba uznała, że wskazane przez Zamawiającego preferowanie doświadczenia obcego w kryterium K1 przy

prekwalifikacji, ma charakter dyskryminacyjny (dotyczy tak ogłoszenia z dnia wniesienia odwołania, jak i po zmianie z 29.06.2015 r. – jeśli uznać w tym ostatnim wypadku za wiarygodne stanowisko Zamawiającego z rozprawy) i narusza art. 48 ust.1 pkt 8 a Pzp w zw. z art. 51 ust. 2 Pzp, albowiem biorąc pod uwagę zmianę Pzp z 2012 r., stanowisko doktryny – najlepszym doświadczeniem jest doświadczenie własne i nie do przyjęcia jest preferowanie doświadczenia obcego przy prekwalifikacji, kosztem Wykonawców mających doświadczenie własne. Taka jest wykładnia celowościowa przepisu art. 51 ust.2 Pzp wynikająca z uzasadnienia nowelizacji z 2012 r. Izba przytacza za wyrokiem KIO z 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13: „(...) 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 tę 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 prekwalifikacji 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 prekwalifikacji 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 „prekwalfikacji” 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 prekwalfikacji 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 spełnienia 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 odstąpienie 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 wpływający 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.”

Powyższe stanowisko został uznane w orzecznictwie Izby m.in. w wyroku KIO z 15.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2975/13, gdzie wskazuje się dodatkowo: „Podobne stanowisko zostało również wyrażone w publikacji: *Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. – wprowadzenie do przepisów ustawy, pod red. J. Sadowego oraz B. Brańko, str. 65, z której wynika: „Wyraźnie wskazać należy na możliwość posłużenia się przez zamawiającego podczas prekwalifikacji obiektywnymi i niedyskryminacyjnymi kryteriami odnoszącymi się wyłącznie do potencjału własnego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, co w tym zakresie wyłączać może odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich przedstawionego przez wykonawców 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 warunek 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”.

Nadto, stwierdzono względem poprzedniego stanu prawnego w wyroku KIO z 2.04.2013 r., sygn. akt: KIO 630/13: *„W świetle aktualnego orzecznictwa sądów okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r. sygn. akt II Ca 373/12, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012r. sygn. akt XIX Ga 461/12, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 936/12, wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 6 grudnia 2012r. sygn. akt II Ca 757/12) ustalonym wydaje się pogląd, iż możliwe było (w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją ustawy z dnia 12 października 2012 r., Dz. U. poz. 1271) korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego dla wykazania nie tylko samego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także dla wykazania ich jak "najlepszego" spełniania, warunkującego zaproszenie do składania ofert w trybie przetargu ograniczonego (art. 51 ust. 2 Pzp).”.*

W rezultacie orzecznictwo Izby przyjęło i utrwaliło przywołane powyżej stanowisko – wyrok KIO 05.03.2015 r., sygn. akt: KIO 336/15, czy też wyrok KIO z 02.04.2015 r., sygn. akt: 548/15. W rezultacie, Zamawiający ma obowiązek zastosowania art. 26 ust. 2b wyłącznie na potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (*qualification stage*), gdyż tylko na tym etapie postępowania przepis ten znajduje zastosowanie. Nie przyznaje punktów za doświadczenie podmiotów trzecich na etapie prekwalfikacji wykonawców na krótką listę. Można bowiem zaistnieć sytuacja, że do II etapu przejdzie Wykonawca, który poprzez zasoby podmiotu trzeciego ma de facto doświadczenie „mniejsze lub żadne” niż Wykonawca, które ma doświadczenie „najlepsze” – za które Izba uznaje doświadczenie własne. W tym zakresie, nie ma znaczenia, czy przyjmujemy wagę kryterium K1 z ogłoszenia z daty wniesienia odwołania – 40 %, czy też z ogłoszenia będącego wynikiem zmiany z 29.06.2015 r. – 20 %. Nawet bowiem nieznaczne wartości procentowe mogą zdecydować o tym, czy dany Wykonawca zakwalifikuje się, czy też nie do II etapu. Izba także uznaje zasadność argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu na str. 6 odnośnie dyskryminacyjnego charakteru wymogu wskazania nie więcej niż jednego systemu klasy MDM w ramach ocenianego kryterium, czy też nie więcej niż dwóch systemów klasy MDM (w zależności od przyjętego stanu ogłoszenia o zamówieniu). Niniejsze może rodzić obawy, czy takie powiązanie nie ma na celu przesadzenie o produkcie, który będzie

zaoferowany Zamawiającemu w ofercie, mimo że opis przedmiotu zamówienia w SIWZ będzie znany dopiero w II etapie. W tym zakresie wskazując na wyrok KIO z 04.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2399/14, sygn. akt: KIO 2435/14 (str. 31 uzasadnienia).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....