**Sygn. akt: KIO 726/15**

**WYROK**
**z dnia 24 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Elester-PKP sp. z o.o. w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Sesto sp. z o.o. w Łodzi,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie - Usługi Zakład Mazowiecki w Warszawie**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części II zamówienia, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Sesto sp. z o.o. w Łodzi w tej części zamówienia:**
   **a) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 5.3. a tiret drugie SIWZ,**
   **b) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania polegających na złożeniu nieprawdziwego oświadczenia jakoby Elester – PKP sp. z o.o. w Łodzi miała odmówić wystawienia referencji firmie Aviotech Electric sp. z o.o. w Klaudynie,**
2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**



---

3. kosztami postępowania obciąża **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi Zakład Mazowiecki w Warszawie** i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Elester-PKP sp. z o.o. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od **PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi Zakład Mazowiecki w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Elester - PKP sp. z o.o. w Łodzi** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: ……..…**



---

**Sygn. akt: KIO 726/15**

**Uzasadnienie**

PKP Energetyka S.A. Oddział w Warszawie – Usługi Zakład Mazowiecki w

Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa urządzeń elektroenergetycznych nN do PT Radziwiłłów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lutego 2015 r., nr 2015/S 034-058731.

W dniu 1 kwietnia 2015 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcy Elester-PKP sp. z o.o. w Łodzi, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze, w zakresie części II i III zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sesto sp. z o.o. w Łodzi, zwanego dalej „przystępującym”.

Odwołujący w dniu 10 kwietnia 2015 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania przystępującego w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla II i III części zamówienia, o których mowa w pkt 5 ppkt 3 lit. a tiret drugie i trzecie SIWZ, a nadto wykonawca ten złożył w postępowaniu w tym zakresie nieprawdziwe oświadczenie, mające wpływ na wynik postępowania,
2) zaniechaniu przez zamawiającego czynności uznania oferty przystępującego za odrzuconą z uwagi na to, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla II i III części przedmiotowego zamówienia,
3) czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty przystępującego podlegającej odrzuceniu,
4) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania przystępującego w sytuacji gdy ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla II i III części zamówienia, o których mowa w pkt 5 ppkt 3 lit. a tiret drugie i trzecie SIWZ, a nadto wykonawca ten złożył w postępowaniu w



tym zakresie nieprawdziwe oświadczenie, mające wpływ na wynik postępowania, w konsekwencji czego powinien on zostać wykluczony z postępowania,
2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności uznania za odrzuconą oferty złożonej przez przystępującego pomimo, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania,
3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty przystępującego, która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie, oraz uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający w postępowaniu dla II i III części zamówienia określił warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, które powinni spełniać wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Zamawiający postanowił, że za spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenie uznawane będzie wykazanie realizacji 2 dostaw:

a) dla części II - celek minusowych i/lub TCK z EZZ o wartości każdej dostawy w kwocie min. 50 tys. zł netto,
b) dla części III - urządzeń zdalnego sterowania o wartości każdej dostawy w kwocie min. 100 tys. zł netto.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący nie wykazał spełnienia tych warunków i powinien zostać wykluczony z postępowania.

W zakresie części II zamówienia odwołujący podniósł, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla tej części przystępujący wykazywał powołując się na potencjał podmiotu trzeciego - Aviotech Electric sp. z o.o. Zarzucił, że przystępujący nie przedstawił wykazu wykonanych dostaw na potwierdzenie spełnienia

warunku udziału w postępowaniu dla II części zamówienia, tj. wykazu dostaw celek minusowych o wartości każdej dostawy w kwocie min. 50 tys. złotych. Za wykaz dostaw, zgodny z rozporządzeniem, nie sposób bowiem uznać listy dostaw celek minusowych AVTCM załączonej do oświadczenia Aviotech Electric Sp. z o.o. Wykaz dostaw stanowi bowiem dokument odrębny od dowodu należytego wykonania dostaw, który to dokument stanowi oświadczenie wykonawcy o wykonaniu dostaw, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane. Takiego oświadczenia przystępujący nie złożył. Co więcej, lista załączona do oświadczenia Aviotech Electric sp. z o.o. nie zawierała elementów wymaganych przez rozporządzenie, tj. lista ta w szczególności nie zawierała wskazania na liczbę zrealizowanych dostaw, wartość zrealizowanych dostaw oraz podmiotów, na rzecz których dostawy te zostały wykonane. W konsekwencji, w oparciu o ofertę przystępującego nie sposób stwierdzić, ile dostaw celek



minusowych Aviotech Electric Sp. z o.o. zrealizowało, jaka była wartość poszczególnych dostaw oraz kto był ich odbiorcą.

W dalszej części odwołujący wywiódł, że w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia dla II części zamówienia przystępujący przedstawił, jako dowód należytego wykonania dostaw celek minusowych, oświadczenie podmiotu, który wykonał te prace i na którego potencjał przystępujący powołuje się w postępowaniu tj. oświadczenie Aviotech Electric sp. z o.o. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, dowodem należytego wykonania dostaw lub usług może być oświadczenie własne wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Możliwość posłużenia się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takim oświadczeniem, jako dowodem należytego wykonania dostaw/usług, jest więc uwarunkowane wykazaniem uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, powodujących, że wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia. Dotyczy to zatem sytuacji wyjątkowych, w których brak możliwości pozyskania tego poświadczenia wynika de facto z siły wyższej. Istnienie takich przyczyn powinien wykazać wykonawca, który składa lub powołuje się na oświadczenie podmiotu, który wykonał usługę/dostawę. Przystępujący natomiast istnienia takich okoliczności nie wykazał ani w swojej ofercie ani też w piśmie z dnia 31 marca 2015 r., stanowiącym odpowiedź przystępującego na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla II części zamówienia. W piśmie tym przystępujący wskazał, iż wykonawca ten oraz Aviotech Electric sp. z o.o. nie mieli możliwości pozyskania referencji należytego wykonania dostaw celek minusowych, ponieważ odbiorcą tych dostaw jest odwołujący, a odwołujący odmówił wystawienia takich referencji. Za dowód niemożności uzyskania poświadczenia nie sposób uznać takiego oświadczenia wykonawcy. Ani przystępujący ani też Aviotech Electric sp. z o.o. nie zwracali się nigdy do odwołującego o wystawienie takich referencji. Tym samym, stwierdzenie przystępującego, jakoby odwołujący odmówił wystawienia przedmiotowych referencji mija się z prawdą. Przystępujący nie przedstawił dowodu należytego wykonania dostaw na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla II części zamówienia - również pomimo wezwania zamawiającego do jego uzupełnienia.

Odwołujący podniósł także, że o braku rzetelności przystępującego w przygotowaniu oferty świadczy również fakt, iż lista dostaw celek minusowych załączona do oświadczenia Aviotech Electric Sp. z o.o. zawiera także (w poz. 21-26) dostawy celek minusowych, wykonanych na rzecz odwołującego przez podmiot inny niż Aviotech Electric sp. z o.o. - tj. przez Elektrobudowa S.A. W ten sposób Aviotech Electric sp. z o. o. w sposób nieuprawniony przypisało sobie doświadczenie spółki Elektrobudowa S.A. Zatem, również w tym zakresie oświadczenie przystępującego złożone w postępowaniu nie polegało na



prawdzie. W konsekwencji powyższego, przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania jako wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowania dla II części zamówienia oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, gdyż (nieprawdziwe) oświadczenie wskazujące, iż odwołujący odmówił wystawienia referencji dla Aviotech Electric sp. z o.o. umożliwiło wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odnośnie oceny dokumentów złożonych przez przystępującego na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia w części III zamówienia odwołujący podniósł, że przystępujący nie wykazał również spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dla tej części zamówienia. Zgodnie z SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie III części zamówienia wykazał się realizacją co najmniej 2 dostaw urządzeń zdalnego sterowania o wartości każdej dostawy w kwocie min. 100 tys. zł netto. Tymczasem, jak wynika ze złożonego przez przystępującego wykazu wykonanych dostaw dla III części zamówienia oraz dowodów ich należytego wykonania, przystępujący wykazał się posiadaniem doświadczenia w dostawach urządzeń do sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3, które to urządzenia nie są urządzeniami zdalnego sterowania. Urządzenie zdalnego sterowania na gruncie postępowania oznacza urządzenie, które służy do zbierania informacji ze sterowanego obiektu oraz przesyłania ich do centrum zdalnego sterowania oraz przyjmowania poleceń sterowniczych z centrum zdalnego sterowania i takiego ich przetwarzania aby mogły być wykonane przez urządzenia sterowania lokalnego, np. urządzenie sterowania odłącznikami trakcyjnymi TEOL K3, działającego jednocześnie z szafą obiektową zdalnego sterowania z urządzeniami transmisji danych. Urządzenie wskazane przez przystępującego w wykazie dostaw nie stanowi zatem samo w sobie urządzenia zdalnego sterowania, lecz jego - wyłącznie potencjalny - komponent. Dopiero więc po zabudowaniu i uruchomieniu szaf obiektowych zdalnego sterowania z urządzeniami łączności możliwe jest zdalne sterowanie odłącznikami trakcyjnymi, co jest warunkiem koniecznym włączenia urządzeń TEOL K3 do zdalnego sterowania. Przed zabudową urządzeń zdalnego sterowania możliwe jest tylko sterowanie lokalne odłącznikami trakcyjnymi. Urządzenia te nie mogą bowiem samodzielnie pełnić funkcji zdalnego sterowania, ponieważ urządzenie to samodzielnie - bez szafy obiektowej zdalnego sterowania z urządzeniami transmisji danych - stanowi jedynie urządzenie sterowania lokalnego (czyli z miejsca jego zamontowania), a nie - jak wymagał zamawiający - zdalnego (czyli z nastawni centralnej zdalnego sterowania).

W oparciu o argumentację przedstawioną w odwołaniu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:



1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
2) wykluczenia przystępującego z postępowania,
3) uznania oferty przystępującego za odrzuconą,
4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
5) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Sesto sp. z o.o. w Łodzi. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikację SIWZ z 4 marca 2015 r., ofertę złożoną przez przystępującego, wezwanie zamawiającego z 27 marca 2015 r. do przystępującego o uzupełnienie dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, pismo przystępującego z 31 marca 2015 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 1 kwietnia 2015 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie stwierdzono przesłanek

do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Sesto sp. z o.o. w Łodzi, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W następnej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w



uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego w zakresie części II i III zamówienia została sklasyfikowana na miejscu drugim, za oferta wybraną. Odwołujący domagał się wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą w zakresie obu części. Ustalenie, iż zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał czynności wykluczenia postępowania tego wykonawcy, prowadziłoby do nakazania wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w obu częściach. Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że odwołującemu – w omawianym zakresie - przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

**1. Zarzuty dotyczące zaniechania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego w zakresie części II zamówienia**

Ustalono, że zamawiający stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia w zakresie części II zamówienia. Zamawiający w pkt 5.1. a SIWZ wskazał, że o *udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie.* Z kolei w pkt 5.3. a tiret drugie SIWZ wskazano, że *spełnieniem warunków postawionych w pkt 1 będzie wykazanie realizacji 2 dostaw - dla części II – celek minusowych o wartości każdej dostawy w kwocie min. 100 tys. zł netto.* W pkt 6.8 SIWZ zamawiający wskazał, że celem potwierdzenia warunku należy złożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

Ustalono także, że 4 marca 2015 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ. W wyniku modyfikacji postanowienie pkt 5.3. a tiret drugie SIWZ otrzymało brzmienie: *spełnieniem warunków postawionych w pkt. 1 będzie wykazanie realizacji 2 dostaw - dla części II – celek minusowych i/ub TCK z EZ o wartości każdej dostawy w kwocie min. 50 tys. zł netto.*



W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do części II zamówienia, złożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów wiedzy i doświadczenia z 19 marca 2015 r. wystawione przez Aviotech Electric sp. z o.o. w Klaudynie na rzecz przystępującego (s. 19 oferty). Złożył także pismo ww. podmiotu z 24 marca 2015 r., w którym oświadcza on, że w okresie od 18 listopada 2013 r. do 24 marca 2015 r. Aviotech Electric sp. z o.o. dostarczyła dla podstacji trakcyjnych PKP Energetyka (lista dostaw w załączeniu) łącznie 47 celek minusowych typu AVTCM-100 o wartości przekraczającej 700 tys. złotych. Wśród wykonanych dostaw były również więcej niż 2 dostawy o wartości przekraczającej 50 tys. zł netto (s. 20 oferty). Złożono także dokument zatytułowany „lista dostaw celek minusowych AVTCM" podpisany przez ww. podmiot. Na liście tej znajduje się 47 pozycji. W każdej z tych

pozycji podano następujące informacje: podstacja, termin dostawy, typ celki i jej nr seryjny (s. 21 oferty).

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 27 marca 2015 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do „udokumentowania *spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.3. z zawartego w SIWZ – tj. wykazania realizacji 2 dostaw dla części II – celek minusowych i/lub TCK z EZZ o wartości każdej dostawy w kwocie min. 50 tys. zł netto".* Zamawiający w uzasadnieniu wezwania wskazał, że „załączone *przez Państwa oświadczenie, iż firma Aviotech Electric sp. z o.o. realizowała dostawy celek minusowych, nie jest spełnieniem warunku. Wzywa się o dostarczenie referencji do przedstawionej w ofercie listy dostaw celek minusowych".*

Ustalono nadto, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, przystępujący złożył pismo z 31 marca 2015 r. W piśmie tym oświadczył, że załączył do oferty oświadczenie o realizacji dostaw celek minusowych przez firmę Aviotech Electric sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż Aviotech Electric sp. z o.o. nie dysponuje referencjami potwierdzającymi dostawy ww. urządzeń. Nadmienił, iż zleceniodawcą celek minusowych dostarczonych przez firmę Aviotech była firma Elester-PKP, a bezpośrednim odbiorcą i użytkownikiem zakłady spółki PKP Energetyka S.A. Przystępujący w tym samym piśmie oświadczył także, że Elester-PKP, biorąca udział w postępowaniu nr EU-EZ1-Ez5a-9000/2/15 za należyte wykonanie dostaw celek minusowych otrzymała referencje od zakładów PKP Energetyka S.A., jednakże odmówiła ich wystawienia producentowi i dostawcy celek, tj. firmie Aviotech Electric sp. z o.o.

Ustalono także, że 1 kwietnia 2015 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w zakresie części II ofertę złożoną przez przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim (zawiadomienie z 1 kwietnia 2015 r., w dokumentacji postępowania).

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**



---

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, *z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.* Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba* że *mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Stosownie do przepisów § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 dnia 19 lutego 2013 r.), *W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", zamawiający może* żądać *wykazu wykonanych, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

W myśl § 1 ust. 2 rozporządzenia, dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, są:
1) *poświadczenie (…);*
3) *w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1.*

Wreszcie, stosownie do § 1 ust. 3 rozporządzenia, *w przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2.*

Zdaniem Izby zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie wykluczając

przystępującego, w zakresie części II zamówienia, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób wymagany przez zamawiającego w pkt 5.3. a tiret drugie i 6.8 SIWZ. Stosownie do pierwszego z powołanych postanowień, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia w części II



wykonawcy musieli legitymować się doświadczeniem w należytym wykonaniu 2 dostaw celek minusowych i/lub TCK z EZ o wartości każdej dostawy w kwocie min. 50 tys. zł netto. Z kolei, w myśl postanowienia pkt 6.8 SIWZ, wykonawcy celem wykazania warunku obowiązani byli złożyć wykaz dostaw wraz z podaniem wartości dostaw, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Nadto zobowiązani byli przedstawić dowody, czy dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zasadniczym uchybieniem jakiego dopuścił się przystępujący było nieprzedstawienie prawidłowego dowodu, na podstawie którego zamawiający mógłby ustalić fakt należytego wykonania dostaw celek. Przystępujący wykazując spełnienie warunku skorzystał z możliwości polegania w tym zakresie na zasobach Aviotech Electric sp. z o.o., to jest podmiotu trzeciego, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie ulegało również wątpliwości, że dostawy celek, które przystępujący powołał celem wykazania warunku zostały wykonane przez Aviotech Electric sp. z o.o. na rzecz odwołującego, a nie na rzecz zamawiającego. Okoliczność, że stosunek zobowiązaniowy łączył firmę Aviotech Electric sp. z o.o. z odwołującym, a nie zamawiającym nie był sporny pomiędzy stronami. Powyższe wynikało również wyraźnie z pisma przystępującego z dnia 31 marca 2015 r., w którym wskazał on zamawiającemu, że zleceniodawcą dostaw był odwołujący. W tej sytuacji nie znajdował zastosowania przepis § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 dnia 19 lutego 2013 r., poz. 231 ze zm.). Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lub 3, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2.* Podmiotem na rzecz którego Aviotech Electric sp. z o. o. świadczył dostawy był odwołujący, a nie zamawiający. Zatem reguły wykładni językowej nie pozwalały na skorzystanie przez przystępującego z możliwości nieskładania dowodów na fakt należytego wykonania dostaw. Również reguły wykładni celowościowej nie prowadziły do odmiennego wniosku. Ratio legis przepisu jest oczywiste. Jego celem było uwolnienie wykonawcy od obowiązku składania zamawiającemu dowodu na fakt należytego wykonania dostaw w sytuacji, gdy to zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego te dostawy zostały wykonane. Powyższe wynika z tego, że – zdaniem ustawodawcy – nie ma potrzeby dowodzenia faktów, które są zamawiającemu znane z tego tytułu, iż jest drugą stroną stosunku zobowiązaniowego. Unika się tym samym wystawiania poświadczenia przez zamawiającego, które następnie miałoby być przedstawione celem weryfikacji temu samemu zamawiającemu. Powyższa okoliczność zwalniająca od obowiązku przedstawienia dowodu na fakt należytego wykonania dostaw nie



zaktualizowała się w ustalonym stanie faktycznym. Sposób wykonania stosunku zobowiązaniowego łączącego odwołującego i Aviotech Electric sp. z o.o. nie był zamawiającemu znany. Jak słusznie argumentował odwołujący, przykładowo zamawiający nie wiedział czy Aviotech Electric sp. z o.o. zrealizował swe dostawy dla odwołującego terminowo i bez wad. Z faktu, że odwołujący należycie wykonał dostawę celek na rzecz zamawiającego nie można było – na zasadzie domniemania faktycznego – wywodzić, że również producent celek – Aviotech Electric sp. z o.o. świadczył należycie dostawę na rzecz odwołującego. Należyte wykonanie dostawy na rzecz zamawiającego mogło być bowiem wynikiem osobistych starań samego odwołującego, a zatem nie można było wykluczyć braku staranności w trakcie dostawy wykonanej przez Aviotech Electric sp. z o.o. na rzecz odwołującego. Wobec powyższego również reguły wykładni celowościowej przemawiały przeciw takiej interpretacji przepisu § 1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jaką przedstawili w trakcie rozprawy zamawiający i przystępujący. W tej sytuacji przystępujący miał obowiązek złożenia dowodów potwierdzających fakt należytego wykonania dostaw

zrealizowanych przez Aviotech Electric sp. z o.o. na rzecz odwołującego.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że okolicznościach danej sprawy takim dowodem powinno być poświadczenie odbiorcy, a nie oświadczenie własne dostawcy. W myśl § 1 ust. 2 PKT 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, możliwość poprzestania na oświadczeniu własnym wykonawcy – jako na dowodzie faktu należytego wykonania dostawy - aktualizuje się dopiero wtedy, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Przystępujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, iż rzeczywiście zaistniały takie przeszkody, które uniemożliwiły uzyskanie poświadczenia. Jedyną okolicznością, na jaką powołał się przystępujący była rzekoma, nieuzasadniona odmowa wystawienia poświadczenia przez odwołującego. Powyższe oświadczenie przystępującego okazało się niezgodne z rzeczywistością, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia. Ponieważ zaś przystępujący pismem z dnia 27 marca 2015 r. został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia poświadczenia (referencji), czemu jednak nie sprostał, zatem winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający, pomimo spoczywającego na nim obowiązku, nie wykonał czynności wykluczenia przystępującego z postępowania, czym naruszył ww. przepis. Wobec powyższego, Izba nakazała zamawiającemu wykonanie tej czynności w postępowaniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący słusznie zarzucił, iż w dokumentach, jakie przystępujący złożył celem wykazania warunku, próżno było szukać



informacji na temat tego, które z dostaw celek wykonanych przez Aviotech Electric sp. z o.o. osiągnęły wartość ponad 50 tys. złotych, wymagane zgodnie z treścią warunku. Na przedstawionej przez przystępującego liście dostaw celek znalazło się ponad 40 dostaw wykonanych przez podmiot trzeci. Złożono także oświadczenie, że wartość dwóch spośród tych dostaw przewyższała kwotę 50 tys. złotych. Jednakże, wbrew wymogowi wynikającemu z pkt 6.8 SIWZ, przystępujący nie sprecyzował, których konkretnie dwóch dostaw dotyczy to oświadczenie. Wreszcie nie wiadomo czy oświadczenie o wartości dostaw celek dotyczyło dostaw, jakie podmiot trzeci świadczył na rzecz odwołującego, czy też dostaw, za które zamawiający zapłacił odwołującemu. Jednakże żądanie wykluczenia przystępującego z postępowania z omawianego powodu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp okazało się przedwczesne. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający, pomimo obowiązku wezwania wykonawcy do usunięcia wszelkich braków w udokumentowaniu warunku, spoczywającego na nim z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, swego obowiązku zaniechał. W wezwaniu z dnia 27 marca 2015 r. zamawiający wezwał przystępującego jedynie do uzupełnienia referencji, nie domagając się uzupełnienia brakującej informacji o wartości dwóch dostaw celek.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut odwołującego, jakoby przystępujący nie przedstawił zamawiającemu informacji o podmiotach, na rzecz których dostawy zostały wykonane. Wbrew twierdzeniu odwołującego, podmiot taki został wskazany w oświadczeniu Aviotech Electric sp. z o.o. z 24 marca 2015 r. załączonym do oferty przystępującego. W dokumencie tym wskazano, że podmiotem na rzecz którego zrealizowano dostawy, była firma PKP Energetyka. W kolei w piśmie z 31 marca 2015 r., jakie przystępujący skierował do zamawiającego sprecyzowano, że podmiotem zlecającym dostawę był odwołujący. Zatem twierdzenie odwołującego o niepodaniu zamawiającemu informacji tego rodzaju okazało się bezpodstawne.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut odwołującego co do niepodania przez przystępującego dat dostaw celek. Uszło uwadze odwołującego, że daty wykonania tych dostaw wskazano w dokumencie zatytułowanym „lista dostaw celek minusowych AVTCM", znajdującym się w ofercie przystępującego.

Uwzględniono zarzut dotyczący zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z powodu podania nieprawdziwych informacji co do odmowy wystawienia przez odwołującego referencji dla Aviotech Electric sp. z o.o. mających potwierdzać fakt należytego wykonania dostawy celek.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące*

13

---

*mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.* Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE" lub „dyrektywa klasyczna"). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który *jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji.*

W piśmie z 31 marca 2015 r. przystępujący złożył oświadczenie, zgodnie z którym odwołujący miał odmówić Aviotech Electric Sp. z o.o. wystawienia takiego poświadczenia. Odwołujący zarzucił zaś, że ww. informacja jest niezgodna z rzeczywistością, albowiem podmiot trzeci nie zwracał się nigdy do odwołującego z taką prośbą. Pomimo postawienia ww. zarzutu w odwołaniu, zamawiający i przystępujący zarówno w pismach procesowych jak i w toku rozprawy nie zaprzeczyli okoliczności faktycznej przywołanej przez odwołującego. Skupili się wyłącznie na usiłowaniu wykazywania, że nieprawdziwa informacja nie miała wpływu na wynik postępowania. W trakcie rozprawy, na pytanie przewodniczącego skierowane do przystępującego czy chce w tym zakresie złożyć jakieś dodatkowe oświadczenie ponad przedstawioną w zgłoszeniu przystąpienia tezę o braku wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania, przystępujący jedynie podtrzymał stanowisko ze zgłoszenia przystąpienia. Wzięto także pod uwagę, że trudno byłoby wymagać od odwołującego prowadzenia dowodu na okoliczność negatywną, że przystępujący nie zwracał się do niego o wystawienie referencji. Natomiast z łatwością fakt zwrócenia się o wystawienie referencji mógł wykazać przystępujący, czego jednak nie uczynił. Wobec przytoczonych stanowisk stron i uczestnika Izba, kierując się wskazówkami wynikającymi z art. 230 kpc, uznała za przyznany fakt, że Aviotech Electric sp. z o.o. nie zwracał się do odwołującego o wystawienie referencji.

Zdaniem Izby, nieprawdziwa informacja złożona przez przystępującego miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Informacja ta – w świetle ustalonego w sprawie stanu faktycznego – winna była służyć zamawiającemu do ustalenia okoliczności przedmiotowo istotnej z punktu widzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Była to bowiem jedyna okoliczność, jaką przywołał przystępujący celem wykazania, że Aviotech Electric sp. z o.o. nie był w stanie uzyskać poświadczenia „z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze" w rozumieniu §1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia. Zatem złożenie w tym zakresie informacji nieprawdziwych miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podzielono stanowisko zamawiającego, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy

14

---

klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy. Jednakże, wbrew stanowisku zamawiającego, wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie ogranicza postaci winy jedynie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Zdaniem Izby takiego niedbalstwa dopuścił się przystępujący, który co najmniej posłużył się w postępowaniu nieprawdziwymi informacjami nie weryfikując informacji przekazywanych mu przez podmiot trzeci – to jest firmę Aviotech Electric sp. z o.o. Wzięto pod uwagę, że w profesjonalnym obrocie reguły należytej staranności wymagają upewnienia się, czy stan rzeczy deklarowany w oświadczeniach składanych zamawiającemu odpowiada rzeczywistości. Dostrzeżenia wymagało, że w myśl art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 KC należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać przystępującego, spółkę prawa handlowego i wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania w zakresie części II zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże zamawiający zaniechał wykonania takiej czynności. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wykonanie takiej czynności.

Oddaleniu podlegał zarzut dotyczący zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, jakoby wszystkie dostawy celek minusowych wymienione na liście załączonej do oferty przystępującego zostały wykonane przez Aviotech Electric sp. z o.o. Odwołujący w treści odwołania podniósł, że niektóre z tych dostaw zostały zrealizowane przez firmę Elektrobudowa S.A. Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie tego zarzutu argumentując, że jest on gołosłowny. Stanowiska zamawiającego nie można było zatem zinterpretować jako przyznanie faktu. W tej sytuacji, to na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia spornej okoliczności faktycznej, po myśli art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne, gdyż nie przedstawił żadnego dowodu celem wykazania ww. faktu. W konsekwencji zarzut uznano za chybiony.

Za niezasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp mającego polegać na „zaniechaniu przez zamawiającego czynności uznania oferty przystępującego za odrzuconą". Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.* W razie wykluczenia



wykonawcy z postępowania jednoetapowego skutek odrzucenia oferty następuje z mocy prawa, nie jest natomiast wynikiem jakiejkolwiek czynności zamawiającego (w przeciwieństwie do czynności odrzucenia oferty w postępowaniach wieloetapowych – vide art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) (por. wyrok Izby z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11). Zamawiający nie mógł zatem naruszyć art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez „zaniechanie czynności uznania oferty za odrzuconą".

**2. Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego w zakresie części III zamówienia**

Ustalono, że zamawiający stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia w zakresie części III zamówienia. Zamawiający w pkt 5.1. a SIWZ wskazał, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie.* Z kolei w pkt 5.3. a tiret trzecie wskazano, że *spełnieniem warunków postawionych w pkt. 1 będzie wykazanie realizacji 2 dostaw - dla części III urządzeń zdalnego sterowania o wartości każdej dostawy w kwocie min. 100 tys. zł netto.* W pkt 6.8 SIWZ zamawiający wskazał, że celem potwierdzenia warunku należy złożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do części III zamówienia złożył wykaz wykonanych dostaw. W wykazie tym powołał się na swoje doświadczenie wynikające z wykonania 2 dostaw. W wierszu pierwszym wykazu wymieniono dostawę urządzeń do sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3 w ramach zadania pn. „dostawa kabin sekcyjnych 3kV" za kwotę 278.000 zł netto, wykonaną na rzecz Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie. W wierszu 2 wykazu wymieniono dostawę urządzeń do sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3 w ramach zadania pn. „dostawa urządzeń do obiektów zasilania na linii E-65" za kwotę 414.832,00 zł netto, wykonaną na rzecz Trakcja PRKiI S.A. w Warszawie. Do wykazu przystępujący załączył dokumenty referencyjne potwierdzające fakt należytego wykonania dostaw wymienionych w wykazie.

Ustalono także, że 1 kwietnia 2015 r. zamawiający wybrał ofertę złożoną przez przystępującego jako najkorzystniejszą w zakresie części III. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim (zawiadomienie z 1 kwietnia 2015 r., w dokumentacji postępowania).

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**
Zarzuty nie są zasadne.

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca ubiegający się o udzielenie III części zamówienia musiał wykazać się doświadczeniem w realizacji co najmniej 2 dostaw urządzeń zdalnego sterowania o wartości każdej dostawy w kwocie min. 100 tys. zł netto. Przystępujący wykazał swe doświadczenie w dostawie urządzeń do sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do tego, czy ww. urządzenia są urządzeniami zdalnego sterowania, czy też nie. Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że urządzenia sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3 nie są urządzeniami zdalnego sterowania. Wywiódł, że urządzenia te samodzielnie - bez szafy obiektowej zdalnego sterowania z urządzeniami transmisji danych - stanowią jedynie urządzenia sterowania lokalnego (czyli z miejsca jego zamontowania), a nie - jak wymagał zamawiający – zdalnego.

Zamawiający i przystępujący zaprzeczyli twierdzeniu odwołującego. Przystępujący oświadczył, że szafy TEOL K3 umożliwiają sterowanie z nastawni centralnej bez pośrednictwa szafy obiektowej czym zapewniają zdalne starowanie. Dodał, że szafy te mogą być również wyposażone w urządzenia typu modemy, routery także zapewniające taką funkcjonalność bez pośrednictwa żadnych urządzeń dodatkowych. Natomiast zamawiający wskazał, że na str. 37 oferty przystępującego w drugim akapicie w zdaniu drugim opisu charakterystyki oferowanego systemu wskazano, że szafy sterowania łączników TEOL K3 wyposażone są w sterowniki rodziny SESTO E 1000, które sterują i nadzorują pracą układu elektrycznego oraz zapewniają komunikację z urządzeniami nadrzędnymi. Zamawiający wywiódł, że sterownik taki pełni funkcję identyczną jak sterowniki montowane w szafach obiektowych.

W tej sytuacji to na stronie odwołującej, w myśl art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej. Zdaniem Izby odwołujący nie zdołał wykazać, że urządzenia sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3, na doświadczenie w dostawie których powoływał się przystępujący, nie mogą samodzielnie pełnić funkcji zdalnego sterowania. Odwołujący w odwołaniu wywodził, że przed zabudową urządzeń zdalnego sterowania możliwe jest tylko sterowanie lokalne odłącznikami trakcyjnymi. Jednakże pomimo pojawienia się w odwołaniu zapowiedzi odnośnie złożenia



dowodów w tym zakresie, dowody takie nie zostały Izbie przedstawione. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że nie można wykluczyć, iż urządzenia sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3 są urządzeniami sterowania zdalnego. Nie można także wykluczyć, że sterownik Sesto E 1000, będący elementem wyposażenia szaf TEOL K3, może świadczyć o tym, że urządzenia sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej typu TEOL K3 są urządzeniami sterowania zdalnego. Tym bardziej, że odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, iż w niektórych konfiguracjach szafy TEOL K3 mogą pełnić funkcję urządzeń zdalnego sterowania. W tej sytuacji zarzut – jako gołosłowny – podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie miało charakter merytoryczny, zatem musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,* co ze wskazanych względów miało miejsce w zakresie części II zamówienia.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie zarzutów, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do zarzutów, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o oddalonych żądaniach uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i



---

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

**Przewodniczący: ……..…**