**Sygn. akt: KIO 284/16**

**WYROK**
**z dnia 15 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2016 r. przez wykonawcę: **ELTEL Networks Energetyka S.A. w Gutkowie, Gutkowo 81D, 11-041 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziornie (05-520), ul. Warszawska 165**

przy udziale wykonawcy: **Enprom sp. z o.o. w Warszawie (02-829), ul. Taneczna 18C** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **ELTEL Networks Energetyka S.A. w Gutkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **ELTEL Networks Energetyka S.A. w Gutkowie** tytułem wpisu od odwołania.

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), 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 284/16**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Modernizacja *istniejących i instalacja nowych przewodów OPGW na wybranych liniach 220kV i 400kV (6 relacji)"* zostało wszczęte przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziornie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 2 marca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 187-339942) w dniu 26 września 2015 r.

W dniu 29 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: ELTEL Networks Energetyka S.A. w Gutkowie, zwanego dalej Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia w ramach Pakietu II wykonawcy: Enprom sp. z o.o. z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu „naruszenie *przepisu art. 24 ust. 2 punkty 4 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty*

Enprom sp. z o.o. *z siedzibą w Warszawie i czynności wykluczenia z postępowania* Enprom sp. z o.o., *a w konsekwencji niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru oferty* Enprom sp. z o.o., *jako oferty najkorzystniejszej".*

Zdaniem Odwołującego wykonawca: Enprom sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu udzielenie zamówienia opisanego w pkt VI.2.c) Części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – Wskazówki dla Wykonawcy (WdW), dlatego też powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony z udziału w prowadzonym przez niego postępowaniu. W ocenie Odwołującego wykazana przez powołanego wykonawcę praca nie mogła zostać zaliczona do prac wykonywanych bez wyłączenia napięcia, mimo faktu, że zaliczyć ją można było do prac w warunkach szczególnego zagrożenia. Twierdzenia te uzasadniać miały powołane przez Odwołującego zapisy „Instrukcji *prowadzenia prac bez wyłączania napięcia w obiektach sieciowych PSE S.A."* – wersja 2.6 z maja 2014 r., zwanej dalej Instrukcją prowadzenia prac, a także zapisy „Instrukcji *Bezpieczeństwa i Higieny Pracy przy urządzeniach i instalacjach*

---

*elektroenergetycznych"* – wyd. 13.003/ZB/2013 z września 2013 r., zwanej dalej Instrukcją BHP. Za rozstrzygający Odwołujący uznał zapis pkt 1.5.10 w zw. z pkt 2.1 Instrukcji prowadzenia prac, który definiował pojęcie prac bez wyłączania napięcia, rozróżniając przy tym prace pod napięciem, prace w pobliżu napięcia i prace bez przerwy napięciowej. Odwołując się do zawartych tam definicji każdego z rodzaju powołanych prac, wskazywał na wyznaczone określonymi w pkt 2.1 Instrukcji prowadzenia prac odległościami od urządzeń dwie strefy: strefę prac pod napięciem oraz strefę prac w pobliżu napięcia. Zdaniem Odwołującego konstrukcja słupów serii OS24 (na takich słupach miała być zbudowana linia, na której wykonana została wykazywana przez wykonawcę: Enprom sp. z o.o. praca) wyłączała możliwość przyjęcia, że prace prowadzone na wyłączonym torze linii 110kV, przy drugim torze czynnym (pod napięciem) mogą zostać uznane za prace pod napięciem lub prace w pobliżu napięcia. Tak ustalone przez Odwołującego okoliczności, przemawiały, w jego ocenie, za wykluczeniem wykonawcy: Enprom sp. z o.o. z udziału w postępowaniu.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o:

1. „nakazanie *Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ENPROM Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;*
2. *wykluczenie ENPROM Sp. z o.o. z Postępowania i uznanie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP oferty ENPROM Sp. z o.o. za odrzuconą;*
3. *powtórzenie czynności i wyboru ofert i dokonanie wyboru oferty Eltel Networks Energetyka SA jak oferty najkorzystniejszej spośród ofert spełniających warunki udziału w postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu zawarcie umowy z Eltel Networks Energetyka SA".*

W dniu 3 marca 2016 r. wykonawca: Enprom sp. z o.o. w Warszawie (Przystępujący), doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.



---

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem,

udostępniony przez Zamawiającego pisemny protokół postępowania, a także te dokumenty i wydruki, które Strony przedstawiły w toku postępowania odwoławczego, w tym również wraz z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że w pkt IV.1 WdW Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na jeden z dwóch Pakietów (I lub II).

Zgodnie z pkt VI.2.c) WdW wykonawca, który składał ofertę na Pakiet II musiał dodatkowo wykazać, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, „wykonał *co najmniej jedną pracę na liniach napowietrznych prądu przemiennego o napięciu 110 kV lub 220 kV lub 400 kV w technologii bez wyłączania napięcia polegającą na:*

- *instalacji lub wymianie przewodu odgromowego lub, −*
- *wymianie izolatorów lub, −*
- *naprawie przewodu fazowego lub, −*
- *wymianie osprzętu przewodu fazowego". −*

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania, do Zamawiającego w zakresie Pakietu II wpłynęły 2 oferty, złożone odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VI.2.c) WdW przedstawił wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym została ujawniona jedna praca: „Montaż *przewodu OPGW na łącznej długości 57,2 km"* zrealizowana na rzecz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Teren. Wraz z wykazem złożony został list referencyjny wystawiony w imieniu PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Teren, w którym zawarte zostało m.in. stwierdzenie, że „prace *związane z montażem przewodu OPGW na odcinku dwutorowym od słupa nr 106 do GPZ Ceramika zostały w całości wykonane przy czynnym drugim torze linii 110 kV".*

Pismem z dnia 29 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu II – za taką uznał on ofertę złożoną



przez Przystępującego. Oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, dlatego też rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanej sprawie, dla Stron oczywistym było, że u podstaw sporu leży różne rozumienie opisanego przez Zamawiającego w pkt VI.2.c) WdW warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w szczególności frazy „co *najmniej jedną pracę na liniach napowietrznych prądu przemiennego o napięciu 110 kV lub 220 kV lub 400 kV w technologii bez wyłączania napięcia".*

Odwołujący w prezentowanym przez siebie stanowisku utożsamiał zdefiniowane w przywoływanej przez niego Instrukcji prowadzenia prac „prace *pod napięciem"* oraz „prace *w pobliżu napięcia",* ze wskazanymi w powołanym opisie warunku pracami „na *liniach* (...) *w technologii bez wyłączania napięcia".* Uwzględniając zaprezentowaną Izbie na załączonym do odwołania schemacie konstrukcję słupa serii OS24 (nie było sporne między Stronami, zgodnie ze złożonymi w toku rozprawy przed Izbą oświadczeniami, że na takich właśnie

słupach miała być zbudowana linia, na której wykonana została wykazywana przez Przystępującego praca) i ujawnione na nim odległości od części instalacji znajdujących się pod napięciem, twierdził on, że wykazane przez Przystępującego „prace *związane z montażem przewodu OPGW na odcinku dwutorowym* (...) *wykonane przy czynnym drugim torze linii 110 kV"* były realizowane poza strefami prac pod napięciem i w pobliżu napięcia wytyczonymi zgodnie z zapisami Instrukcji prowadzenia prac. Na tym właśnie przekonaniu zasadzał się zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu.

Tymczasem Zamawiający rozróżniał te pojęcia. Czym innym była dla niego technologia pracy, a czym innym etap faktycznej realizacji pracy. Jego zdaniem przy ocenie spełnienia warunków nie było uzasadnionym odwoływanie się do definicji zawartych w Instrukcji prowadzenia prac, albowiem w opisie spornego warunku brak takich odwołań. Zamawiający



podkreślał, że z uwagi na fakt, iż praca wykazana przez Przystępującego była pracą wykonywaną w warunkach szczególnego zagrożenia (w tym wąskim zakresie nie było sporu między Stronami – Odwołujący analogicznie zaliczał wykazywane przez Przystępującego prace do katalogu prac wykonywanych w warunkach szczególnego zagrożenia), koniecznym było opracowanie odpowiedniej technologii jej wykonania. Zamawiający podkreślał, że w opisie warunku nie wymagał wykazania mu pracy zrealizowanej w danej strefie (strefie prac pod napięciem lub w pobliżu napięcia), ale w określonej technologii, co pozwoliło mu przyjąć, że Przystępujący wykazał w sposób dostateczny spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia w tym miejscu wymagało to, że stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny, a zatem obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że słuszną jest formułowana przez niego teza, iż wykazana przez Przystępującego praca nie jest „pracą *pod napięciem"* lub „pracą *w pobliżu napięcia"* (pracami zbiorczo określonymi w pkt 1.5.10 Instrukcji prowadzenia prac, jako „prace *bez wyłączania napięcia"),* a tym samym nie może ona zostać uznana a pracę wykonaną „na *liniach* (...) *w technologii bez wyłączania napięcia".* Jego twierdzenia oparte były na przekonaniu, że pojęcia te są tożsame. Zakładał on, że każda praca wykonana „na *liniach* (...) *w technologii bez wyłączania napięcia"* jest albo „pracą *pod napięciem",* albo też „pracą *w pobliżu napięcia"* w znaczeniu takim, jakim tym dwóch wyrażeniom nadała znaczenie Instrukcja prowadzenia prac. Nie wykazał on jednak za pomocą odpowiednich dowodów, że założenie to jest słuszne. W pierwszej kolejności zauważenia wymagało to, że proste porównanie litery spornych wyrażeń prowadzi do przekonania, że przywoływane i zestawiane ze sobą przez Strony pojęcia nie są jednobrzmiące. Odwołujący nie wskazał na żaden zapis w przedstawionych Izbie dokumentach, który pozwoliłby utożsamiać zakres znaczeniowy zawartych w Instrukcji prowadzenia prac definicji „pracy *pod napięciem"* lub „pracy *w pobliżu napięcia"* (czy też zbiorczo za pkt 1.5.10 Instrukcji prowadzenia prac: „prac *bez wyłączania napięcia"),* z zapisem zawartym w opisie warunku wskazującym na prace wykonane „na *liniach* (...) *w technologii bez wyłączania napięcia".* Tymczasem zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp tylko fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu nie wymagają dowodu. Wiedzy co do tego, co w istocie kryje się pod wyrażeniami użytymi w opisie spornego warunku udziału w postępowaniu nie można uznać an za fakt powszechnie znany, ani za fakt znany Izbie z urzędu. Oczywistym jest, że literalnie zapis opisu warunku różnił się od przywoływanych przez Odwołującego definicji pochodzących z Instrukcji prowadzenia



prac. Tym samym wykazanie, że sporne pojęcia nie tylko można, ale wprost należy utożsamiać i nie jest przy tym możliwa żadna inna ich interpretacja, wymagało przedstawienia odpowiedniego dowodu, a tego Odwołujący nie uczynił. Nie wykazał on w żaden sposób (nawet uwzględniając przyznanie pewnych faktów przez Zamawiającego – oświadczenie odnoszące sie do słupów serii OS24), że prace zaliczone do zbioru prac

wykonanych „na *liniach* (...) *w technologii bez wyłączania napięcia”* zaliczać sie będą jednocześnie zawsze do zbioru „prac *pod napięciem”* lub „prac *w pobliżu napięcia”* (zbiorczo określonych w pkt 1.5.10 Instrukcji prowadzenia prac, jako „prace *bez wyłączania napięcia”),* w takim znaczeniu, jakie tym ostatnim pojęciom nadały treść przywoływane przez Odwołującego definicje zaczerpnięte z Instrukcji prowadzenia prac, a zatem realizowanych w pewnych ściśle zakrojonych strefach leżących w określonej odległości od instalacji elektroenergetycznych lub ich części znajdującej się pod napięciem (pkt 1.5.10 w zw. z pkt 2.1 Instrukcji prowadzenia prac). Nie przedstawiono Izbie dowodów (nie wskazano na żaden zapis w którymkolwiek ze złożonych Izbie dokumentów), pozwalających przyjąć, że prace wykonane poza strefami wytyczonymi w zawartych w Instrukcji prowadzenia prac definicjach „prac *pod napięciem”* lub „prac *w pobliżu napięcia”,* nie mogą zostać uznane za prace wykonane „na *liniach* (...) *w technologii bez wyłączania napięcia”,* a nadto nie wykazano, że słowo „technologia” użyte w tym ostatnim wyrażeniu, nie może, tak jak prezentował sporną kwestię Zamawiający, oznaczać pewnej, z góry przyjętej, metody realizacji określonego procesu, która to metoda może być realizowana również poza granicami stref odpowiadających definicjom „prac *pod napięciem”* lub „prac *w pobliżu napięcia”.* Zamawiający podnosił, że w opisie warunku brak zawężającego sposób interpretacji tak całego opisu, jak i samego słowa „technologia”, wyraźnego odniesienia do definicji zawartych w pkt 1.5.10 Instrukcji prowadzenia prac. W sytuacji, gdy nie zostało przez Odwołującego wykazane, że prace wykonywane w określonej technologii zawsze muszą zostać wykonane w granicach odpowiednich stref, Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż zostało przez Odwołującego udowodnione, że wskazana przez Przystępującego praca nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonych w SIWZ.

Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tym samym, aby naruszył przepisy ustawy Pzp przywołane w odwołaniu w sposób w tym odwołaniu zakreślony.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.



---

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** ……