

Sygn. akt: KIO 1062/11

**WYROK**  
**z dnia 1 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2011 r. przez wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę: **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Odbudowa i modernizacja linii kolejowej E 30 i C-E 30 odcinek Legnica-Wrocław-Opole - przebudowa stacji Czarnowąsy km 10,260-13,130 oraz szlaku Czarnowąsy - Borki Opolskie km 13,130-15,450 na linii kolejowej C-E 30 Opole Groszowice - Wrocław Brochów wraz z robotami towarzyszącymi” zostało wszczęte przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym, w imieniu której działało PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 77-126094) w dniu 20 kwietnia 2011 r.

W dniu 10 maja 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

W dniu 20 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

### Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, która to czynność, w ocenie Odwołującego, była *de facto* zmianą tejże treści. Podnosił on, iż Zamawiający posłużył się w wyjaśnieniach pojęciem w brzmieniu „*analogicznym do ujętego w przedmiotowym zamówieniu*”, które z punktu widzenia semantyki nie może być interpretowane, inaczej jak „*tożsame do tego, które zostało ujęte w przedmiotowym zamówieniu*”. Tym samym Zamawiający dopuścił się dwojakiego naruszenia. Po pierwsze dokonał nieuprawnionej zmiany opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku

dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez odesłanie do zamówień tożsamych do przedmiotu zamówienia. Po drugie zaś, zaniechał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz przedłużenia terminu składania ofert. Wszystko to dawało, w ocenie Odwołującego, podstawę do zarzucenia Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 12a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności udzielenia wyjaśnień oraz powtórne udzielenie wyjaśnień w taki sposób, aby nie godziło to w przepisy ustawy Pzp.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izłą. Wnosił on o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, twierdził, że w jego ocenie zarzuty przez niego podnoszone są bezzasadne. Podkreślał, iż nie dokonał on zmiany treści SIWZ, a jedynie wyjaśnił jej treść, tym samym pierwotne brzmienie SIWZ nie uległo zmianie. Wskazywał, iż niepoprawne językowo jest rozumienie przez Odwołującego słowa „*analogiczny*” jako synonimu słowa „*tożsamy*”.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w odwołaniu, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić potwierdzoną za zgodność z oryginałem dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego przedstawione przez Zamawiającego dwie strony wydruku z elektronicznego Słownika Języka Polskiego Wydawnictwa

Naukowego PWN S.A. oraz kopię dwóch stron Słownika Poprawnej Polszczyzny PWN Wydawnictwa Naukowego PWN S.A.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt III.2.3).1 ogłoszenia o zamówieniu, wymagał, aby Wykonawca wykazał wykonanie *„co najmniej jednego zadania o podobnym zakresie do przedmiotu zamówienia, którego wartość jest nie mniejsza niż 20,0 mln zł”*. Zapis ten został powtórzony w pkt 8.3.1 Tomu I Części I (Instrukcje dla Wykonawców) SIWZ, zwanej dalej IDW.

Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2011 r. w odpowiedzi na pytanie 15, w którym jeden z Wykonawców prosił o *„sprecyzowanie określenia podobnym”*, stwierdził, iż *„pod pojęciem <<o podobnym zakresie>> Zamawiający rozumie wykonanie jednego zadania w zakresie analogicznym do ujętego w przedmiotowym zamówieniu”*.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając powyższe ustalenia, doszedł do przekonania, iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

Izba stanęła na stanowisku, iż słowa *„podobny”* i *„analogiczny”* są synonimami. Takie przekonanie Izby potwierdzają dowody przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie. W ocenie Izby Odwołujący w sposób nieprawidłowy przypisywał to samo znaczenie słowom *„analogiczny”* i *„tożsamy”*. O ile bowiem to pierwsze oznacza podobieństwo do czegoś, to to drugie zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN Wydawnictwa Naukowego PWN, Warszawa 2007, rozumieć należy, jako *„niczym się nieróżniący, taki sam lub ten sam”*.

Uwzględniając materiał dowodowy przedstawiony przez Zamawiającego, jak i wiedzę powszechną, Izba uznała, iż użycie przez Zamawiającego w piśmie z 10 maja 2011 r. w odpowiedzi na pytanie 15 wyrażenia *„w analogicznym zakresie do ujętego w przedmiotowym zamówieniu”* nie doprowadziło do zmiany treści pkt 8.3.1 IDW, w szczególności nie stanowiło podstawy do interpretowania tegoż wyrażenia w znaczeniu *„tożsame do tego, które zostało ujęte w przedmiotowym zamówieniu”*, jak chciał tego Odwołujący.

Jak słusznie zauważył to Odwołujący w toku rozprawy, Zamawiający dokonał tłumaczenia *idem per idem*. Potwierdził to zresztą sam Zamawiający. Tym samym nie mógł on poprzez udzielenie wyjaśnień o takiej treści dokonać zmiany postanowień SIWZ. Dlatego też pierwotne brzmienie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia nie uległo zmianie. Jak oświadczył w toku rozprawy Odwołujący, to pierwotne brzmienie było dla niego od początku jasne i precyzyjne. Uwzględniając powyższe Izba uznała zarzut dokonania nieuprawnionej zmiany treści SIWZ za bezzasadny.

Następstwem uznania za bezzasadne wcześniej rozpoznanych zarzutów było nieuwzględnienie zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 12a ustawy Pzp, Zostały one bowiem sformułowane, jako będące wynikiem zarzutów już przez Izbę rozpoznanych i uznanych za nie zasługujące na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, ażeby Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, której to naruszenie mu zarzucał.

Uwzględniając powyższe ustalenia i dokonaną ich ocenę, Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość prezentowanej przez siebie argumentacji. Sformułowane przez niego twierdzenia nie mogły zostać uznane przez Izbę za wystarczające dla uznania twierdzeń Zamawiającego za mniej wiarygodne od tych postawionych przez Odwołującego. Dlatego też Izba nie mogła dać wiary argumentacji Odwołującego, wobec czego uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty przez niego podniesione.

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 Prawo zamówień publicznych, 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:** .....