

WYROK

z dnia 18 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2012 r. przez wykonawcę

Odlewnia Żeliwa Bydgoszcz Sp. z o.o. ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz

w postępowaniu prowadzonym przez

Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa

przy udziale **H..... Ś.....** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **MET-CHEM Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H..... ul. 3 Maja 178, 39-220 Pilzno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odlewnię Żeliwa Bydgoszcz Sp. z o.o. ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Kolei Mazowieckich – KM Sp. z o.o. ul. Lubelska 1, 03-802 Warszawa na rzecz Odlewni Żeliwa Bydgoszcz Sp. z o.o. ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą 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 2010 r. 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 dla Warszawy – Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Koleje Mazowieckie KM Spółka z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 140.000 sztuk wstawek hamulcowych żeliwnych D0-380B z dylatacjami do elektrycznych pojazdów trakcyjnych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 września 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2012/S 188-309733, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4 grudnia 2012 r. odwołujący – Odlewnia Żeliwa Bydgoszcz Spółka z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez H..... Ś..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą MET-CHEM Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H..... pomimo niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazanej w uzasadnieniu odwołania,

2. art. 91 ust. 1 poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 26 ust. 2c poprzez dopuszczenie do oceny innych dokumentów wyjaśniających, a nie potwierdzających spełnienie warunków udziału wykonawcy H..... Ś..... w postępowaniu niż wymienione w tym przepisie, tj. „Informację” stanowiącą własną interpretację wykonawcy oraz pisma PKP Intercity S A. z 22 września 2011 r. nie związanego z niniejszym postępowaniem ani nie żądanego przez zamawiającego, a mającego znaczenie wyłącznie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Intercity S. A.,

4. art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez H..... Ś..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą MET-CHEM Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H..... z powołaniem się na wszystkie przyczyny odrzucenia tej oferty,

3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: „wykonawca winien udokumentować posiadanie wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy – w tym okresie, wykonał w ciągu 12 miesięcy dostawy (zamówienia) wstawek hamulcowych obejmujące nie mniej niż 100.000 sztuk odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu za łączną kwotę nie mniejszą niż 4.000.000,00 zł netto”.

Zatem zamawiający postawił wykonawcom warunek dostawy wstawek hamulcowych odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu, a więc wstawek D0-380B, a nie jakichkolwiek innych nie wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mimo tego dokonując oceny ofert przyjął, iż przystępująca spełniła warunki udziału w postępowaniu, a treść jej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdy z załączonych do oferty referencji wynika, iż wykonała ona dostawy wstawek D0-380B będących przedmiotem zamówienia jedynie w ilości 65.500 sztuk o wartości łącznej 2.429.980 zł.

Przystępująca знаła treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wiedziała, że musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w dostawach wstawek hamulcowych D0-380B. Potwierdza to fakt, iż do złożonej oferty dołączyła dodatkowo pismo PKP Intercity S.A., ponieważ miała uzasadnione wątpliwości co do spełnienia warunku. Tym samym przyznała, iż zapis specyfikacji jest jasny i wskazuje na konieczność udokumentowania wykonania dostawy (zamówienia) na 100.000 sztuk wstawek hamulcowych D0-380B. Zatem, aby wykonawcy w niniejszym postępowaniu mogli zamiennie przedłożyć referencje na inny typ wstawki, mogli wystąpić do zamawiającego z zapytaniem lub wnioskiem o dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący uważa, że produkcja wstawek typu D0-320B nie jest taka sama, jak wstawek typu D0-380B. Wstawka D0-380B jest przeznaczona do wagonów osobowych, a wstawka D0-320B do wagonów towarowych i nie można ich stosować zamiennie. Wstawki różnią się długością, masą oraz posiadają inną wtopkę stalową będącą kluczowym elementem bezpieczeństwa wstawek hamulcowych. Na całym świecie zdolności produkcyjne odlewni określane są w tonach, maksymalna liczba ton dobrych odlewów wynika z maksymalnej wydajności pieców topiących, a nie z ilości wyprodukowanych sztuk – wyprodukowanie takiej samej ilości wstawek D0-380B co D0-320B wymaga ok. 30% dłuższego czasu produkcji oraz ponad 20% większej ilości żeliwa.

Co do klasyfikacji CPV 34322500-5 jako do wyznacznika „odpowiadają swoim rodzajem”, pozycja 34322000-0 „Hamulce i części hamulców” dotyczy wszelkiego typu klocków hamulcowych, do samochodów, wagonów, lokomotyw, trolejbusów i wszelkiego typu środków transportu. Także materiały, z których są produkowane klocki hamulcowe, są różne

(żeliwo, kompozyt, spiek). Trudno tu mówić, aby roboty o tej samej klasyfikacji CPV odpowiadały doświadczeniu w przedmiocie doświadczenia dla wstawek klocków hamulcowych dla wagonów pasażerskich.

Produkcowanie wstawek hamulcowych jednego typu nie jest równoznaczne z możliwością produkcji wstawek innego typu. Przystępująca ma świadectwo UTK tylko na 3 typy wstawek hamulcowych (D0-250B, D0-320B i D0-380B). a odwołujący na 6 (D0-250B, D0-320B, D0-380B, D2B, D9 i W14) oraz dodatkowo na kilka typów wstawek produkowanych według norm francuskich, belgijskich i rosyjskich

Powoływanie się na pismo PKP Intercity S.A. nie znajduje uzasadnienia. Wstawki hamulcowe D0-380B i D0-320B są większe i cięższe niż wstawki D0-250B i D2B. Można więc uznać, że jeżeli ktoś ma zdolność do wykonania odpowiedniej ilości wstawek hamulcowych cięższych, to może wykonać tę samą ilość wstawek hamulcowych lżejszych. Natomiast twierdzenie odwrotne jest nieuzasadnione.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast nie zaskarżył zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, nie żąda nakazania wykluczenia przystępującego i nie zarzuca naruszenia przepisów o wykluczeniu wykonawcy. Art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem Izba w ogóle nie powinna zajmować się kwestiami związanymi ze spełnianiem przez H..... Ś..... warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, który jest powiązany z instytucją wykluczenia wykonawcy, a nie z instytucją odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego, jego zdaniem przystępująca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zaistniały podstawy do jej wykluczenia. Część zrealizowanych dostaw wymienionych w wykazie dotyczyła wstawek D0-320B, jednak zdaniem zamawiającego dostawy te odpowiadały przedmiotowemu zamówieniu. W ocenie zamawiającego „odpowiadające przedmiotowemu zamówieniu” nie znaczy, że mają być tożsame z przedmiotowym zamówieniem, lecz do niego zbliżone, podobne. Takie stanowisko jest poparte orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Dla uznania, że dostawy, usługi lub roboty „odpowiadają swoim rodzajem” przedmiotowi zamówienia wystarczy, aby dostawy te, usługi, roboty były tej samej klasy według klasyfikacji CPV. Dostawy wstawek hamulcowych obu typów obejmują jeden kod CPV 34322500-5 Klocki hamulcowe. Wstawki obu typów są używane w taborze kolejowym, technologia produkcji obu typów wstawek jest bardzo podobna, do ich produkcji używa się tego samego materiału oraz tych samych maszyn, jedynie różnych płyt modelowych do formowania, zastosowanie mają te same normy. Do oferty przystępującej załączone zostało świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typowego

elementu pojazdu kolejowego wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego dotyczące obu typów wstawek.

Wykazanie się wykonaniem dostaw wstawek hamulcowych do taboru kolejowego innego typu niż będące przedmiotem postępowania, spełnia wymóg odpowiedniości w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym jest to oczywiście niezależne od osoby wykonawcy. Nie można więc mówić w tym kontekście o jakimkolwiek naruszeniu zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest chybiony. Przepis ten nakazuje zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o właściwościach podmiotowych wykonawcy, w tym o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu mówią zupełnie inne przepisy.

Niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 2c ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wziął pod uwagę dodatkowe wyjaśnienia H..... Ś..... dołączone do oferty – dokonał analizy spełniania przez przystępującą warunków udziału w postępowaniu i doszedł do wniosku, że przystępująca spełnia te warunki. Zamawiający opierał się przy tym na analizie dokumentów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności na treści wykazu wykonanych dostaw i referencji.

Twierdzenia odwołującego, w szczególności dotyczące rzekomych różnic technologicznych dotyczących obu typów wstawek nie zostały przez odwołującego udowodnione. Ewentualne różnice dotyczące długości produkcji wstawek obu typów, ich ciężaru i ilości używanego do ich produkcji żeliwa nie mają znaczenia, ponieważ przedmiotem oceny nie są zdolności produkcyjne wykonawcy, lecz jego wiedza i doświadczenie, polegające na wyprodukowaniu i dostarczeniu wstawek hamulcowych do taboru kolejowego, nie tylko identycznego typu jak będące przedmiotem zamówienia, ale także produktów zbliżonych, podobnych.

Zdaniem zamawiającego przystępująca spełniła warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem nie było podstaw do jej wykluczenia z postępowania.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiła H..... Ś..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą MET-CHEM Zakłady Metalowo Chemiczne Ś..... H.....

Zdaniem przystępującej wniosek odwołującego, że wykonawcy powinni wykazać się wykonaniem dostaw wstawek hamulcowych żeliwnych D0-380B, jest błędny.

Celem warunku wiedzy i doświadczenia jest zapewnienie wyboru oferty wykonawcy, który posiada umiejętności w realizacji zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wielkością przedmiotowi zamówienia. Zatem odwołujący powinien wykazać, że wykazanie przez przystępującego doświadczenia w produkcji zarówno wstawek typu D0-380B, jak i wstawek

typu D0-320B nie pozwala na stwierdzenie, że przystępujący nie jest w stanie zrealizować dostaw objętych niniejszym postępowaniem. Nie ma znaczenia kwestia zastosowania wstawek do wagonów osobowych czy towarowych, czy kwestia posiadania uprawnień na produkcję innych typów wstawek, a jedynie, jakimi elementami różni się produkcja wstawek typu D0-380B i typu D0-320B i jak te różnice wpływają na czas potrzebny do przestawienia produkcji z wstawek typu D0-320B na wstawki typu D0-380B oraz czas samej produkcji.

Przystępująca stosuje system produkcji, który nie powoduje tak istotnej różnicy w czasie produkcji pomiędzy oboma typami wstawek i nie ma przeszkód do osiągnięcia wymaganej ilości sztuk, a moce produkcyjne przystępującego są dużo wyższe niż wykazane w referencjach (min. 160.000 szt. na rok).

W orzecznictwie przeważa pogląd, iż wymóg rozumienia prac odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia należy rozumieć rozszerzająco, a nie zawężająco.

Załączona przez przystępującą „Informacja” nie zawiera treści, które mogłyby podlegać ocenie, w szczególności dotyczących ceny; nie zastępuje, nie uzupełnia ani nie modyfikuje żadnego z wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Nie mogła mieć zatem żadnego wpływu na wybór oferty, w szczególności w sposób sprzeczny z prawem czy dobrymi obyczajami.

Bezpodstawne są twierdzenia odwołującego, jakoby przystępująca miała jakiegokolwiek wątpliwości co do spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności występowała w wielu wcześniejszych przetargach na wstawki hamulcowe D0-380B i nigdy nie została skutecznie zakwestionowana jej wiedza i doświadczenie. Dołączenie „Informacji” miało charakter działania „z daleko posuniętej ostrożności” w celu uniknięcia ryzyka składania bezpodstawnych odwołań.

Tym samym argumenty podnoszone przez odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, a odwołanie jest bezzasadne i powinno zostać odrzucone w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w pozostałym zakresie oddalone lub też ewentualnie oddalone w całości.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący

ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła też, iż odwołujący co prawda w sposób błędny przywołał przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy bowiem oferty *sensu stricto*, czyli świadczenia, którego wykonania podjął się wykonawca, a nie warunków udziału w postępowaniu, do których odnosi się art. 22 i art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, nieadekwatny jest także art. 26 ust. 2c, jednak sam zarzut co do błędnej czynności zamawiającego jest na tyle jasno określony, że Izba nie ma wątpliwości, jaki jest zakres zarzutu, który ma rozstrzygnąć. Samo nieprawidłowe przywołanie przepisów nie jest podstawą do oddalenia odwołania.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali w ciągu 12 miesięcy dostawy (zamówienia) wstawek hamulcowych obejmujące nie mniej niż 100.000 szt. odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu na łączną kwotę nie mniejszą niż 4.000 000.00 zł netto”.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że warunek ten w zakresie wstawek hamulcowych „odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu” postawiony jest nieprawidłowo.

Owszem, podobne określenia mogły zostać użyte w kolejnych rozporządzeniach dotyczących dokumentów, których mógł wymagać zamawiający od wykonawców, gdyż były to przepisy o charakterze generalnym, odnoszące się do dużej i niesprecyzowanej ilości i rodzaju przedmiotów zamówienia, natomiast zamawiający, stawiając konkretny warunek w konkretnym postępowaniu i dotyczący konkretnego przedmiotu zamówienia, powinien określić już konkretny i dokładny zakres warunku.

Dla porównania można wskazać, że w podobnych postępowaniach na dostawę żeliwnych wstawek hamulcowych PKP Przewozy Regionalne Sp. z o.o. postawiła warunek o zakresie „dostaw żeliwnych wstawek hamulcowych do taboru kolejowego” (ogłoszenie nr 2009/S 1-001281), zamawiający – „dostawę wstawek hamulcowych” (ogłoszenie nr 2011/S 156-260329), PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. „wstawek hamulcowych DO z dylatacjami” (ogłoszenie nr 2011/S 232-376126), PKP Intercity S.A. „dostaw wstawek hamulcowych DO-250B i D2B” (ogłoszenie nr 2009/S 175-252750).

Nie oceniając, czy zakresy te są lub nie są zbyt szerokie lub zbyt wąskie, należy podkreślić fakt, że zostały one określone, zatem wykonawcy z góry mogą stwierdzić, które wstawki spełniają, a które nie spełniają wymagań. Natomiast przy zastosowaniu sformułowania

„odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu” czy „odpowiadających rodzajem przedmiotowemu zamówieniu”, zakres ten w istocie określa się dopiero po złożeniu wniosków czy ofert w odniesieniu do zaistniałego sporu – co nie powinno mieć miejsca.

Powyższe przykłady wskazują także, że zamawiający w różny sposób mogą wskazywać „odpowiedniość” w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy tym przy ocenie, czy dany wykonawca „posiada wiedzę i doświadczenie” wymaganą w danym postępowaniu, znaczenie ma jedynie brzmienie warunku postawionego przez zamawiającego.

Zatem w tym przypadku nie jest istotne, czy dany typ wstawek hamulcowych jest podobny, czy nawet „prawie identyczny”, jego produkcja jest bardziej lub mniej skomplikowana itd. i czy dane doświadczenie może zastąpić doświadczenie wymagane, lecz jedynie, czy mieści się w zakresie postawionego warunku.

Z tego też powodu PKP Intercity S.A., które w prowadzonym przez siebie postępowaniu wymagało wykazania dostaw wstawek D0-250B i D2B, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy zmieniło warunek (bo tak należy traktować tę odpowiedź) dopuszczając także wstawki D0-320B i D0-380B – bez tego wykonawca, którego doświadczenie było „większe” niż wymagane, lecz o innym zakresie, nie spełniałby warunku udziału w postępowaniu.

Tak samo w niniejszym postępowaniu – istotny jest zakres, który określił zamawiający.

W warunku udziału postępowania zamawiający wskazał na dostawy „wstawek hamulcowych odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu”.

Z kolei w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Przedmiot zamówienia” zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest „dostawa wstawek hamulcowych żeliwnych DO-380B z dylatacjami do elektrycznych pojazdów trakcyjnych” (zgodnie z wyjaśnieniami stron, symbole D0 i DO stosowane są zamiennie).

Podobnie w rozdziale IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia”: „1. Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 140.000 sztuk wstawek hamulcowych żeliwnych DO-380B. 2. Zamawiający wymaga, aby 1) przedmiot zamówienia był zgodny z normą...”

Sama nazwa (symbol) D0-380B (DO-380B) nie jest nazwą własną czy znakiem towarowym producenta, lecz rodzajem wstawki wynikającym z normy, tak, że wstawki pod nazwą D0-380B mogą być produkowane przez różnych producentów.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia: dostawa 140.000 sztuk wstawek hamulcowych żeliwnych DO-380B zakres „wstawek odpowiadających przedmiotowemu zamówieniu” można wskazać jednoznacznie – wstawki hamulcowe żeliwne DO-380B (D0-380B).

Zamawiający nie użył tu nawet sformułowania „odpowiadające rodzajem”, lecz wprost – „odpowiadające przedmiotowi”. Przy czym zgodnie ze słownikowymi definicjami słowo „odpowiadać” nie znaczy jedynie, jak twierdzi zamawiający, „być podobnym”, ale „być zgodnym z czymś, być takim samym jak coś innego, spełniać określone warunki” (według internetowego „Słownika języka polskiego” PWN).

Takie też rozumienie (tj. wstawki D0-380B) tego zakresu przez zamawiającego wynika, zdaniem Izby, z pisma procesowego zamawiającego złożonego w postępowaniu odwoławczym toczącym się po ogłoszeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli zaś zamawiający, jak stwierdził – zmienił zdanie, Izba podziela pogląd odwołującego – powinien on to okazać też wykonawcom – poprzez ujawnienie w treści warunku. Niedopuszczalne jest bowiem, by „pogląd” zamawiającego co do znaczenia warunku ulegał zmianie po złożeniu ofert – pod wpływem ich cen.

Należy przyjąć, że również takie rozumienie (wstawki D0-380B) zakładał i przystępujący, skoro do wykazu wykonanych dostaw dołączył kwestionowaną przez odwołującego „Informację”, w której tłumaczył, dlaczego dostawy wstawek D0-320B powinny być uznawane za spełniające postawiony warunek udziału w postępowaniu i pismo, w którym PKP Intercity S.A. zmieniła warunek pozwalając wykonawcom wykazać również dostawy wstawek D0-320B i D0-380B.

Przy tym Izba podkreśla jeszcze raz – nie kwestionuje, że przystępujący obiektywnie może posiadać wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłowe wykonanie zamówienia, a produkcja obu typu wstawek czy wszystkich wstawek żeliwnych jest zbliżona i daje podobne doświadczenie – jednak by jego oferta mogła zostać uznana za najkorzystniejszą, musi on także spełniać postawiony warunek udziału w postępowaniu, oraz nie widzi przeszkód, by zamawiający warunkiem objął różne rodzaje wstawek – ale przy założeniu, że zakres ten w taki sposób zostanie opisany w warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający zatem powinien powtórzyć czynność badania i oceny ofert i kontynuować postępowanie zgodnie z procedurami przewidzianymi w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba 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, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: