

**WYROK**  
z dnia 22 kwietnia 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę – **Fabryka Obrabiarek RAFAMET S.A., ul. Staszica 1, 47-420 Kuźnia Raciborska** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o., ul. Batorego 23, 05-825 Grodzisk Mazowiecki**

przy udziale wykonawcy – **Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe „KOLTECH” Sp. z o.o., ul. Malczewskiego 1, 47 – 400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **Fabryka Obrabiarek RAFAMET S.A., ul. Staszica 1, 47-420 Kuźnia Raciborska** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 1 Pzp, którego przedmiotem jest „Dostawa wraz z montażem tokarki podtorowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2013 r., pod nr 2013/S 252-441629. Ogłoszenie o zamówieniu zostało także zamieszczone w tym dniu w siedzibie Zamawiającego oraz zamieszczone na jego stronie internetowej.

W dniu 7 kwietnia 2014 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Fabryka Obrabiarek RAFAMET S.A., ul. Staszica 1, 47-420 Kuźnia Raciborska, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. niedopełnienie wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez:
  - a) przedłożenie przez firmę Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe „KOLTECH” Sp. z o.o. dwóch dokumentów potwierdzających doświadczenie wykonawcy wymagane załącznikiem nr 4 do SIWZ, które nie spełniają kryteriów określonych w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 tej Specyfikacji.
  - b) nie zamieszczenie w ofercie (załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 7c podmiotów trzecich, siłami których miałyby być wykonany przez firmę KOLTECH Sp. z o.o. przedmiot przetargu w zakresie dotyczącym wykonania bloku fundamentowego. W załączniku nr 5 SIWZ wykazane zostały osoby (R..... N....., B..... A.....), którzy nie są pracownikami firmy KOLTECH Sp. z o.o. Zachodzi zatem sprzeczność w złożonej przez KOLTECH Sp. z o.o. ofercie. Podobnie nie wykazanie w załączniku nr 1 pkt 7c przedsiębiorcy Ryszarda Pochwały, jako podwykonawcy.
  - c) niespełnienie kryterium wymienionego w załączniku nr 9 rozdział II pkt 6 dot. układu korpusowego obrabiarki, gdzie wymagany był korpus z żeliwa maszynowego, gwarantujący dobre tłumienie drgań.
- co spowodowało, że oferta Przedsiębiorstwa Projektowo-Wdrożeniowego „KOLTECH” Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona. Postępowanie Zamawiającego narusza zaś art. 82 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 i 2 Pzp.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż P.P.W. „KOLTECH” Sp. z o.o. przedłożyła dwa dokumenty potwierdzające doświadczenie wykonawcy wymagane Załącznikiem nr 4 do SIWZ. Przedmiotowe dokumenty nie spełniają natomiast kryteriów określonych w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ, albowiem przedłożona umowa z firmą AGAT S.A. dotyczy maszyny, która nie została jeszcze wykonana, natomiast drugi dokument potwierdzający doświadczenie wykonawcy wystawiony przez firmę AREOEKSPRESS Rosja podpisany został przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania tej firmy, a nadto przedmiotowa tokarka uległa częściowemu zniszczeniu wskutek zwarcia instalacji elektrycznej (zarzut z pkt 1a odwołania). Ponadto w ofercie w/w wykonawcy nie zamieszczono w pkt 7c (Załącznik nr 1 do SIWZ) podmiotów trzecich, siłami których miałyby być wykonany przedmiot zamówienia w zakresie dotyczącym bloku fundamentowego. W Załączniku nr 5 do SIWZ podane zostały natomiast osoby, które nie są pracownikami wykonawcy, zachodzi zatem sprzeczność w złożonej ofercie. Podobnie nie wykazano w Załączniku nr 1 pkt 7c przedsiębiorcy Ryszarda Pochwały, jako podwykonawcy, co powoduje sprzeczność (niejednoznaczność) oferty (zarzut z pkt 1b odwołania). Nie został rozstrzygnięty także aspekt drgań w konstrukcji spawanej, co jest istotą oferty KOLTECH Sp. z o.o. Zamawiający oparł się wyłącznie na przedłożonych przez tego wykonawcę opracowaniach, które tłumaczyły wiele aspektów dotyczących w/w konstrukcji, lecz nie odnosiły się do jednego wymienionego w SIWZ kryterium, tj. aspektu tłumienia drgań. Z zagadnieniem tym wiąże się również kwestia ceny, gdyż konstrukcja odlewana jest stabilniejsza, sztywniejsza, lecz droższa. Odwołujący, mając na uwadze kryteria z SIWZ (Załącznik nr 9, rozdział II pkt 6; Załącznik nr 2, rozdział III, pkt 8d) uwzględnił powyższe wymagania. Wybrany zaś wykonawca nie przedłożył żadnych uzasadnionych argumentów na wykazanie, że konstrukcja spawana jest co najmniej równorzędna w aspekcie tłumienia drgań z konstrukcją odlewaną – na którą to okoliczność przedłożono wraz z odwołaniem opinię głównego konstruktora RAFAMET S.A. (zarzut z pkt 1c odwołania). Podsumowując, Odwołujący wskazał, iż przedłożona przez KOLTECH Sp. z o.o. oferta, jako niespełniająca formalnych warunków SIWZ powinna zostać odrzucona. Względy merytoryczne (aspekt tłumienia drgań), także w aspekcie ceny, jako kryterium wyboru oferty, nie został w żaden sposób uwzględniony przez Zamawiającego.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie wykonania lub powtórzenia czynności Zamawiającego poprzez ponowne przeprowadzenie zaskarżonego przetargu lub unieważnienie czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania.

Na rozprawie Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym rozwinął argumentację będącą podstawą stawianych zarzutów. Wskazano m.in., że nie wzbudziłoby zastrzeżeń Odwołującego nieopieczutowanie oraz niewciągnięcie do rejestru pism firmy referencji wystawionej przez AREOEKSPRESS Rosja, gdyby pismo to zostało podpisane przez

Prezesa / Zarząd, tj. osoby wymienione w dokumentach rejestrowych tej spółki. Podniesiono także przyczynę merytoryczną nie pozwalającą na przyjęcie tego dokumentu, jako wiarygodnego. Dokument ten został bowiem podpisany pod datą 14 stycznia 2014 r., gdy tymczasem przekazanie tokarki do próbnego okresu eksploatacyjnego nastąpiło na początku grudnia 2013 r., a po kilku dniach doszło do awarii tej maszyny, co spowodowało przestój w eksploatacji do lutego 2014 r. Z uwagi więc na awarię obrabiarki, okres świąteczny i noworoczny, nie było możliwości prawidłowej oceny pracy tej maszyny w dacie 14 stycznia 2014 r. Dla udokumentowania powyższych faktów Odwołujący załączył statut spółki AEROEKSPRESS wraz z tłumaczeniem fragmentu dotyczącego sposobu reprezentacji spółki oraz list informacyjny JSC Stanrus z dnia 11 kwietnia 2014 r., wraz z tłumaczeniem. W ramach zarzutów dotyczących braku wskazania podwykonawcy Odwołujący podkreślił, że w ofercie wybranego wykonawcy powinno zostać wskazane m.in. Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych „CONCRET” P..... P....., jak również wymagane było przedłożenie stosownego zobowiązania podwykonawców potwierdzających gotowość oddania swoich osób i zasobów dla KOLTECH Sp. z o.o., na czas realizacji zadania – czego nie uczyniono. W odniesieniu do zaoferowanego przez wybranego wykonawcę układu korpusowego obrabiarki wskazano, że w sektorze tokarek podtorowych kanonem bezwzględny i jednoznaczny jest stosowanie żeliwa w wykonaniu układu korpusowego maszyny ze względu na stabilność wymiarową i termiczną oraz większą zdolność do tłumienia drgań. Stosuje się do nich większość producentów na świecie, w tym tak zwani liderzy rynku. Zamawiający dopuścił wprawdzie zastosowanie rozwiązań równoważnych, jednakże pod warunkiem udowodnienia tej równoważności. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie to nie powinno jednak dotyczyć tak jednoznacznie sprecyzowanego wymagania, z uwagi na brak możliwości sensownego dowodu technicznie i naukowo nieprawdziwej tezy „równoważności” konstrukcji spawanych i elementów korpusowych wykonanych z żeliwa maszynowego, z punktu widzenia zdolności do tłumienia drgań. Dodatkowo zwrócono uwagę na nieprawidłowe wypełnienie przez KOLTECH Sp. z o.o., Załącznika nr 9, rozdział II pkt 6 SIWZ, gdzie należało wpisać „nie spełnia” zakładanego w SIWZ kryterium, tj. układ korpusowy wykonany z żeliwa maszynowego, gwarantujący dobre tłumienie drgań. Ponadto, Odwołujący zakwestionował przedłożony w ofercie w/w wykonawcy protokół z wizytacji maszyny TUP 650SH w Lubinie, gdzie przedmiotem oceny Zamawiającego i wykonawcy była maszyna tej firmy, nie ujęta w Załączniku nr 4 do SIWZ (doświadczenie wykonawcy). Zdaniem Odwołującego dokonanie takiej oceny, poza warunkami SIWZ, odbyło się z pokrzywdzeniem innych oferentów.

Zarzuty i argumenty Odwołującego zostały podtrzymane w toku dalszego postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Na rozprawie wskazał m.in., że w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wymagane było potwierdzenie co najmniej jednego zamówienia opisanego w SIWZ. List referencyjny firmy AEROEKSPRESS spełniał warunki ze SIWZ i wystarczyło to do uznania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podkreślono, że zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych Zamawiający żądał wskazania przez wykonawców części zamówienia realizowanej przez podwykonawców lub wskazanie podmiotów trzecich udostępniających zasoby stosowanie do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający ustalił w toku badania oferty firmy KOLTECH Sp. z o.o., że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca ten nie miał więc obowiązku podawania nazw podwykonawców, a jedynie wskazania części zamówienia, które będzie realizował przez podwykonawców. W toku postępowania nie zaistniały także żadne podstawy do poddania w wątpliwość oświadczeń wykonawcy dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W odniesieniu do układu korpusowego obrabiarki wskazano, że dla Zamawiającego nie był istotny składnik korpusu, ale to czy daje on gwarancję dobrego tłumienia drgań. W toku postępowania KOLTECH Sp. z o.o. został wezwany do udowodnienia tej kwestii, co zostało uczynione pismem z dnia 6 marca 2014 r. Całościowa ocena wyjaśnień i dowodów załączonych przez firmę KOLTECH Sp. z o.o. uzasadniała jednocześnie uznanie, że wykonawca udowodnił równoważność w zakresie tłumienia drgań. Podkreślono ponadto, że w przypadku uznania materiału, z którego wykonany ma być korpus za bezwzględne kryterium to część firm działających na rynku nigdy nie mogłaby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Dla Zamawiającego nie jest zaś ważne z czego wykonany jest korpus, ale czy spełnia parametry techniczne i gwarantuje dobre tłumienie drgań. Oferta wybranego wykonawcy spełniała natomiast te warunki. Zakwestionowano także, by materiał z którego wykonany jest korpus i to czy jest on odlewany czy spawany mogło mieć istotne znaczenie dla oferowanej ceny. Wskazano, że z opracowań naukowych wynika, iż korpusy odlewane cechują się zaletą ekonomiczności. Przytoczone zostały także ceny ofert przedstawionych przez Odwołującego w treści swojej oferty w Załączniku nr 4 do SIWZ, które to ceny są zbliżone do ceny zaoferowanej przez wybranego wykonawcę.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe „KOLTECH” Sp. z o.o., ul. Malczewskiego 1, 47 – 400 Racibórz, wnosząc o oddalenie odwołania. Na rozprawie Przystępujący podniósł m.in., że referencje stanowią oświadczenie wiedzy, a nie oświadczenie woli, tym samym bez znaczenia jest to czy zostały podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji danego podmiotu. Na potwierdzenie swojego stanowiska Przystępujący powołał się na poglądy doktryny oraz orzecznictwo Krajowej Izby

Odwoławczej. Jednocześnie potwierdzony został fakt awarii maszyny, jednak podkreślono, że nie wynikała ona z winy wykonawcy, ani wadliwości produktu, lecz spowodowana została uchybieniem podstawowym zasadom użytkowania. Dotyczyła przy tym części elektrycznej, a fakt jej spowodowania z winy użytkownika został potwierdzony w ciągu 24 godzin przez firmę, której gwarancją objęta była uszkodzona część. Ponadto wskazano, że osoby podane w Załączniku nr 5 do SIWZ są pracownikami wykonawcy, na potwierdzenie czego złożono do akt sprawy kopie umów o pracę, potwierdzone za zgodność z oryginałem. Zanegowano okoliczność współpracy z przedsiębiorcą R..... P..... przy realizacji niniejszego zamówienia. Podkreślono także, że w dobie dzisiejszej technologii oraz inżynierii absolutnie można wykonać obrabiarkę stalową spawaną, której właściwości tłumienia drgań będą takie same lub podobne do tych żeliwnych. Podniesiono również, iż korpus żeliwny jest tańszy od korpusu stalowego.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dostawa fabrycznie nowej tokarki podtorowej sterowanej numerycznie przeznaczonej do obróbki mechanicznej zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych i tarcz hamulcowych w kolejowych pojazdach szynowych wraz z oprogramowaniem, oraz zaprojektowanie i wykonanie bloku fundamentowego; montaż, uruchomienie oraz potwierdzenie sprawności technicznej maszyny; przeszkolenie personelu Zamawiającego w zakresie obsługi i eksploatacji maszyny (Rozdział III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji został zawarty w Załączniku nr 2 do SIWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia (Wymagania techniczne)” oraz załączniku nr 7 do SIWZ „Wzór umowy”.

Jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający przyjął cenę i jej wagę 80% oraz czas wykonania bloku fundamentowego wraz z posadowieniem i uruchomieniem tokarki z wagą 20% (Rozdział XVI SIWZ – Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert).

Zamawiający dopuścił możliwość zlecenia podwykonawcom wykonania dokumentacji projektowych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, informacji dotyczących bezpieczeństwa i ochrony zdrowia i innych prac, z wyjątkiem prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją przedmiotu zamówienia. Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy lub podania nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Informacja o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcy powinna zostać podana w formularzu „OFERTA”, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ (Rozdział IV SIWZ – Informacja o obowiązku wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia).

W ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie obejmujące swym zakresem dostawę z montażem i uruchomieniem tokarki podtorowej sterowanej numerycznie przeznaczonej do obróbki zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych w pojazdach szynowych o łącznej wartości zamówienia co najmniej 2 000 000,00 (dwa miliony) zł brutto.

W zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca winien był wykazać, że dysponuje minimum: jedną osobą posiadającą uprawnienia zgodne z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006, Nr 83, poz. 578 ze zm.) w specjalności kolejowej bez ograniczeń; jedną osobą posiadającą uprawnienia zgodne z rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006, Nr 83, poz. 578 ze zm.) w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w ograniczonym zakresie (Rozdział VI SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków).

Pismem z dnia 24 stycznia 2014 r., Zamawiający udzielił wyjaśnień nr 3 do SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 4, dotyczące wyjaśnienia pkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ (oferta) – czy zamierzając wykonać przedmiot umowy wraz z podwykonawcą w zakresie tylko projektu, nadzoru i budowy bloku fundamentowego pod obrabiarkę, gdy reszta prac ma być wykonana własnym suplementem, w pkt 7b należy wskazać jedynie podwykonawcę, a w pkt 7c konkretne osoby będące do dyspozycji, czy też wystarczy wypełnić pkt 7b z uwagi na łączne wykonanie zadania – Zamawiający wskazał, że w pkt 7 do załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca powinien wpisać informacje wymagane przez Zamawiającego w Rozdziale IV ust. 3 SIWZ, co oznacza, że w pkt 7 formularza oferty: lit a) wykonawca zaznacza, w sytuacji gdy zamierza wykonać zamówienie samodzielnie; lit b) wykonawca zaznacza w sytuacji, gdy zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi oraz przy pomocy podwykonawców, na



których zasoby nie powołuje się wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu określone w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ. W wykropkowane pola należy wpisać nazwę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy; lit c) wykonawca zaznacza w sytuacji, gdy wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu określone w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ, wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji w wykropkowane miejsca należy wpisać nazwę (firmę) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, określonych w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ. W dniu 24 stycznia 2014 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu, drogą elektroniczną, wyjaśnienia nr 3 do SIWZ, wskazując jednocześnie na ich opublikowanie na swojej stronie internetowej. W dniu 27 stycznia 2014 r. Odwołujący, drogą elektroniczną, poinformował Zamawiającego o otrzymaniu przedmiotowych wyjaśnień (Wyjaśnienia nr 3 do SIWZ z dnia 24 stycznia 2014 r., wydruk e-maila Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2014 r., wydruk e-maila Odwołującego z dnia 27 stycznia 2014 r.).

Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 19 lutego 2014 r., o godz. 10:00. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego z ceną oferty 4 446 450,00 zł oraz oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe „KOLTECH” Sp. z o.o. z ceną oferty 3 640 800,00 zł (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, pkt 7 i 9).

W ofercie Przedsiębiorstwa Projektowo-Wdrożeniowego „KOLTECH” Sp. z o.o. (załącznik nr 1 do SIWZ), w pkt 7 w lit b) wskazano na zamiar wykonania przedmiotu zamówienia siłami własnymi i przy pomocy podwykonawców, którym powierzone zostanie wykonanie następującej części zamówienia: wykonanie bloku fundamentowego. Punkt 7 lit a) – siłami własnymi – został przekreślony, a w pkt 7 lit c) – powołanie się na zasoby podwykonawców na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp – w miejscu wykropkowanym, przeznaczonym na wskazanie podwykonawcy, zostało zamieszczone przekreślenie.

W ofercie Odwołującego (załącznik nr 1 do SIWZ), punkt 7 lit a) także został przekreślony, w lit b) wskazano na następujące części zamówienia, które powierzone zostaną podwykonawcom: zaprojektowanie i wykonanie bloku fundamentowego, uzyskanie wymaganych przepisami prawa stosownych pozwoleń na budowę, a w lit c) wskazano firmę podwykonawcy, na zasoby którego powołano się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art.

22 ust. 1 Pzp. (oferta Odwołującego – Załącznik nr 1 do SIWZ; oferta Przystępującego – Załącznik nr 1 do SIWZ).

W zakresie wymaganego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia Odwołujący wskazał trzy osoby wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami – oddanie do dyspozycji przez inny podmiot. Do oferty załączone zostało także zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Odwołującego zasobów, w tym w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy do wykonania zamówienia w formie współpracy, na okres wykonywania zamówienia (oferta Odwołującego – Załącznik nr 5, pismo z dnia 17 lutego 2014 r.).

Pismem z dnia 12 marca 2014 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu: SIWZ Rozdział VI ust. 1 pkt 3.2 w związku z ust. 2 oraz Ogłoszenie o zamówieniu III.2.1) pkt 1 lit. c) w zw. z pkt 3. W uzasadnieniu wezwania wskazano, że na stronie 43 wykonawca złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji „zasobów, w tym, w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy do wykonania zamówienia w formie współpracy (...)”. Jednocześnie z treści oferty wykonawcy wynika, że warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia spełnia samodzielnie, natomiast osoby, które skieruje do realizacji zamówienia są oddane mu do dyspozycji przez inny podmiot na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Załączone do oferty zobowiązanie jest wadliwe, gdyż w swojej treści nie zawiera oświadczenia, że podmiot trzeci oddaje do dyspozycji wykonawcy osoby zdolne do wykonania zamówienia, wskazane w załączonym do oferty Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W odpowiedzi Odwołujący przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 19 marca 2014 r., w którym zawarto zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów i osób, zdolnych do wykonania zamówienia, zgodnie z Załącznikiem nr 5 do SIWZ na okres realizacji zamówienia (Wezwanie do uzupełnienia dokumentu z dnia 12 marca 2014 r., Zobowiązanie z dnia 19 marca 2014 r.).

W zakresie wymaganego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia Przystępujący wskazał dwie osoby wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – doświadczenie wykonawcy (oferta Przystępującego – Załącznik nr 5 do SIWZ). Osoby ujęte w przedmiotowym wykazie pozostają pracownikami Przystępującego w wymiarze ¼ etatu (umowa o pracę z dnia 14 lutego 2014 r., umowa o pracę z dnia 15 stycznia 2014 r.).

Pismem z dnia 4 marca 2014 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe „KOLTECH” Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie równoważności zastosowanych rozwiązań technicznych w odniesieniu do układu korpusowego tokarki. W uzasadnieniu wezwania

wskazano, że w złożonej ofercie wykonawca zaferował tokarkę podtorową z innym wyposażeniem niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie układu korpusowego. Wykonawca w ofercie nie potwierdził, że spełnia wymaganie Zamawiającego w tym zakresie jednocześnie dołączając do oferty „załącznik nr 1 do załącznika nr 9 do SIWZ”, w którym oświadczył, że „układ korpusowy oferowanej przez nas tokarki podtorowej TUP 650SH, sterowanej numerycznie i przeznaczonej, zgodnie z wymogami SIWZ, do obróbki mechanicznej zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych i tarcz hamulcowych w kolejowych pojazdach szynowych wraz z oprogramowaniem, wykonany ze stalowych korpusów spawanych co najmniej równoważy się pod względem technicznym i funkcjonalnym z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych wykonanych z odlewów żeliwnych (...)”. Wskazano, że w treści przywołanego dokumentu wykonawca powołał się na opracowania, których treści nie dołączył do oferty. Wykonawca nie określił w sposób jednoznaczny, czy zaferowana tokarka TUP 650SH posiada stalowe korpusy spawane wykonane z zastosowaniem opisanych w załączniku nr 1 do załącznika nr 9 do SIWZ nowoczesnych technologii, takich jak: obróbka cieplna wyżarzanie i spoiny pachwinowe oraz następujących zabiegów konstrukcyjnych: grubsze ścianki, uźebrowanie ścian oraz duże powierzchnie przylegania, ani nie udowodnił, że zastosowane stalowe korpusy spawane są równoważne wymaganym przez Zamawiającego korpusom wykonanym z żeliwa maszynowego w zakresie gwarantującym dobre tłumienie drgań. W konsekwencji Zamawiający wezwał do wykazania, czy oferowana tokarka podtorowa TUP 650SH o konstrukcji stalowej przeznaczona do obróbki mechanicznej zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych i tarcz hamulcowych w kolejowych pojazdach szynowych jest równoważna tokarce o konstrukcji żeliwnej w zakresie dobrego tłumienia drgań, w szczególności do przedstawienia w tym zakresie dowodów potwierdzających tę równoważność (Wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty z dnia 4 marca 2014 r.).

W odpowiedzi, pismem z dnia 6 marca 2014 r., P.P.W. „KOLTECH” Sp. z o.o., złożyło wyjaśnienia, iż układ korpusowy oferowanej tokarki wykonany ze stalowych korpusów spawanych co najmniej równoważy się pod względem technicznym i funkcjonalnym z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych wykonanych z odlewów żeliwnych, co potwierdza załączone do pisma opracowanie dr inż. Piotra Wilka z Katedry Budowy Maszyn, Wydział Mechaniczny Technologiczny Politechniki Śląskiej pt.: „Zastosowanie algorytmów ewolucyjnych i metody elementów skończonych w optymalizacji korpusów obrabiarek”, Gliwice 2011 r. Jednocześnie wyjaśnione zostało, że oferowana przez wykonawcę obrabiarka TUP 650SH posiada stalowe korpusy spawane wykonane z zastosowaniem nowoczesnych technologii takich jak: obróbka cieplna wyżarzanie i spoiny pachwinowe oraz zastosowanie następujących zabiegów konstrukcyjnych takich jak: właściwy dobór grubości ścian, optymalizacja uźebrowania ścian oraz zwiększone powierzchnie ich przylegania, co

powoduje, że są one równoważne sugerowanym przez Zamawiającego korpusom wykonanym z żeliwa maszynowego w zakresie gwarantującym dobre tłumienie drgań, oraz uzyskiwanie oczekiwanych parametrów obróbki skrawaniem, m.in. założonych gładkości tłoczonych powierzchni. Do wyjaśnień załączony został dodatkowo Protokół z przeprowadzonej wizytacji, w dniu 5 marca 2014 r., maszyny TUP 650SH w Lubinie, który potwierdza także funkcjonalność korpusów ze stalowych konstrukcji spawanych w tego typu zastosowaniach. W konkluzji, w oparciu o zawarte w piśmie stwierdzenia i przytoczone dowody w formie pracy naukowej oraz protokołu z wizytacji maszyny TUP 650SH w Lubinie, wykonawca oświadczył, że oferowana tokarka podtorowa TUP 650SH o konstrukcji spawanej przeznaczona do obróbki mechanicznej zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych i tarcz hamulcowych w kolejowych pojazdach szynowych jest równoważna tokarce o konstrukcji żeliwnej w zakresie dobrego tłumienia drgań, spełnia więc wymagania SIWZ, a co za tym idzie oczekiwania Zamawiającego w zakresie oczekiwanej dostawy (pismo P.P.W „KOLTECH” Sp. z o.o. z dnia 6 marca 2014 r., wraz z załącznikami: Prace Naukowe Katedry Budowy Maszyn Nr 1/2011, Zeszyt Nr 31, „Zastosowanie algorytmów ewolucyjnych i metody elementów skończonych w optymalizacji korpusów obrabiarek” autorstwa dr inż. Piotra Wilka; „Dobór materiału konstrukcyjnego na korpusy obrabiarek skrawających wykorzystywanych do obróbki szynowych zestawów kołowych” autorstwa dr hab. inż. prof. ZUT Witolda Biedunkiewicza i mgr inż. Dariusza Grzesiaka; protokół z wizytacji maszyny TUP 650SH w Lubinie).

W dniu 5 marca 2014 r., przeprowadzona została wizytacja maszyny TUP 650SH w Lubinie w związku ze złożoną do WKD Sp. z o.o., w dniu 19 lutego 2014 r., ofertą w postępowaniu nr WKD10a-0241P-17/2013 na dostawę wraz z montażem tokarki podtorowej. W wizytacji wzięli udział osoby z WKD, wykonawcy KOLTECH Sp. z o.o., oraz przedsiębiorcy, u którego znajdowała się w/w maszyna – POL-MIEDŹ TRANS. Po przeprowadzeniu wizytacji i dokonanych pomiarach i próbach toczenia potwierdzono, że układ korpusowy tokarki podtorowej TUP 650SH firmy P.P.W. KOLTECH Sp. z o.o., sterowanej numerycznie i przeznaczonej do obróbki mechanicznej zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych i tarcz hamulcowych w kolejowych pojazdach szynowych wraz z oprogramowaniem, wykonany ze stalowych korpusów spawanych co najmniej równoważy się pod względem technicznym i funkcjonalnym z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych wykonanych z odlewów żeliwnych. W korpusach spawanych przedmiotowej tokarki zastosowano duże uźebrowanie ścian, zwiększone grubości blach oraz spoiny pachwinowe, co powoduje bardzo dobre i wystarczające tłumienie drgań dla potrzeb funkcjonalności tej obrabiarki. Ponadto zastosowanie w/w korpusów spowodowało znaczne zmniejszenie ciężaru całej obrabiarki dzięki dwukrotnie wyższej sztywności stali i jej wytrzymałości w stosunku do korpusów z żeliwa, które aby wyeliminować tę różnicę muszą

być ponad dwukrotnie cięższe. Potwierdzono także zastosowanie do konstrukcji spawanych obróbki cieplnej wyżarzania co przyczynia się również do równoważnego stosowania korpusów spawanych w budowie obrabiarek. Nie zaobserwowano drgań obrabiarki podczas prób toczenia, które wpływałyby na jakość powierzchni obrabianej, co zostało potwierdzone także przez użytkownika (Protokół dot. wizytacji maszyny TUP 650SH w Lubinie z dnia 5 marca 2014 r.).

Pismem z dnia 28 marca 2014 r., Zamawiający dokonał zawiadomienia o wyniku postępowania. Za ofertę najkorzystniejszą wybrano ofertę Przedsiębiorstwa Projektowo-Wdrożeniowego KOLTECH Sp. z o.o., której przyznano łącznie 96,25 pkt. Oferta Odwołującego otrzymała łącznie 85,50 pkt (Pismo z dnia 28 marca 2014 r.)

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wyszczególnionych powyżej dokumentów. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego. Należało jednak dokonać krytycznej oceny ich wartości dowodowej. Za istotny dowód Izba uznała z kolei kopie umów o pracę przedłożone w toku rozprawy przez Przystępującego. Istota sporu pomiędzy stronami koncentrowała się na ważności i rzetelności wystawionej referencji, kwestii wskazania w ofercie nazw (firm) podwykonawców oraz załączenia zobowiązania tych podmiotów do oddania swoich zasobów do dyspozycji na czas niezbędny do realizacji zadania, sposobu wypełnienia oferty przez Przystępującego, jak również możliwości zagwarantowania przez układ korpusowy obrabiarki stalowy spawany, wymaganego SIWZ dobrego tłumienia drgań, w tym możliwości udowodnienia w tym zakresie równoważności takich konstrukcji z elementami korpusowymi wykonanymi z żeliwa maszynowego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którą Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz zasadę z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontradyktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Uzasadnienie powyższego stanowiska należy poprzedzić uwagami, co do sposobu sformułowania zarzutów odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W odwołaniu zarzut powinien wyraźnie wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa. W niniejszej sprawie Odwołujący sformułował natomiast zarzuty w sposób nieprecyzyjny. Odwołujący przedstawiając argumentację nakierowaną na wykazanie niezgodności oferty wybranego wykonawcy z treścią SIWZ winien konkretnie wskazać, że zarzuca Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia tej oferty, a nie podawać w sposób ogólny niedopełnienie wymogów SIWZ, w dodatku wypełniając ten zarzut kwestionowanymi czynnościami konkurenta, a nie Zamawiającego.

Należy jednocześnie stwierdzić, iż zarzuty odwołania w znacznej części nakierowane były na zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, jednak Odwołujący nie wskazał w tym zakresie przepisów Prawa zamówień publicznych, których naruszenia dopuścić miał się, w jego ocenie, Zamawiający. W szczególności nie został powołany zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący dowodził, iż wybrany wykonawca nie przedstawił wraz z ofertą należytej referencji, a tym samym nie spełnił kryteriów określonych w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ (pkt 1a odwołania). Przytoczony rozdział dotyczy zaś warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Pomimo przytoczonych uwag treść odwołania pozwoliła Izbie na wygenerowanie istoty zarzutów Odwołującego oraz dokonanie ich oceny. I tak:

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące przedłożonych przez wybranego wykonawcę, w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, dowodów potwierdzających, że wykazane zamówienia zostały wykonane należycie. Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie obejmujące swym zakresem dostawą z montażem i uruchomieniem tokarki podtorowej sterowanej numerycznie przeznaczonej do obróbki zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych w pojazdach szynowych o łącznej wartości zamówienia co najmniej 2 000 000,00 (dwa miliony) zł brutto. Wybrany wykonawca przedłożył dowody dotyczące realizacji dwóch

zamówień – kopie pierwszej i ostatniej strony umowy zawartej z firmą AGAT S.A. oraz dokument wystawiony przez firmę AEROEKSPRESS Rosja. Dokumenty dotyczące umowy z firmą AGAT S.A. nie stanowiły, w ocenie Izby, dowodu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Przedmiotowa kwestia nie miała jednak wpływu na wynik sprawy, gdyż dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wystarczającym było wykazanie przynajmniej jednego zamówienia – co w niniejszym postępowaniu zostało wykazane przez P.P.W. KOLTECH Sp. z o.o. poprzez zrealizowanie zamówienia na rzecz AEROEKSPRESS Rosja oraz przedłożenie referencji potwierdzającej należyte wykonanie zamówienia. Istota zarzutów Odwołującego skoncentrowana została w tym zakresie na podpisaniu przedmiotowej referencji przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania firmy AEROEKSPRESS Rosja. Dodatkowo podniesiono, iż przedmiotowy dokument został wystawiony, co prawda na papierze firmowym, ale bez stosownego opieczątowania oraz bez wciągnięcia tego pisma w rejestr oficjalnych pism firmowych. Kluczowym pozostawało jednak podpisanie referencji przez osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w imieniu firmy, gdyż Odwołujący w piśmie procesowym złożonym na rozprawie sam stwierdził, że – cytując – „nie wzbudziłoby naszych żadnych zastrzeżeń pismo nieopieczątowane, nie wciągnięte do rejestru pism, ale podpisane przez Prezesa / Zarząd, tj. osoby wymienione w dokumentach rejestrowych tej spółki”. W konsekwencji przedmiotem oceny należało uczynić zarzut podpisania w/w referencji przez osobę nieuprawnioną. W tym zakresie wymaga podkreślenia przede wszystkim fakt, iż Odwołujący nie udowodnił stawianego zarzutu. Przedłożony na rozprawie statut spółki AEROEKSPRESS nie mógł zostać uznany za dowód wykazujący sposób reprezentacji tego podmiotu, a w konsekwencji potwierdzający niezgodność podpisu referencji z zasadami reprezentacji w/w spółki. Należy wskazać, iż przedmiotowy dokument liczy 27 stron, Odwołujący złożył zaś tłumaczenie jedynie czterech wybranych przez siebie paragrafów statutu. Dowód powoływany przez stronę powinien umożliwić Izbie jego analizę i ocenę w całości, a nie jedynie w zakresie fragmentów uznanych przez stronę za korzystne i wystarczające. Ponadto, przedłożony statut datowany jest na 21 grudnia 2009 r. Z treści tłumaczenia nie wynika, by przedstawiał on tekst jednolity, uwzględniający zmiany, które do chwili obecnej mogły niewątpliwie zaistnieć. Jako argument przesądzający o odmowie przyznania w/w dokumentowi wartości dowodowej należy ostatecznie przywołać regulację zawartą w § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280 ze zm.), zgodnie z którym wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Przepis stanowi o przedstawieniu tłumaczenia dokumentu. Trudno uznać, by przedłożenie

tłumaczenia kilku wybranych subiektywnie paragrafów dokumentu mogło zostać uznane za spełniające wymóg zawarty w powyższym przepisie.

Podpisanie dokumentu referencji przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji AEROEKSPRESS Rosja – co nie zostało przy tym udowodnione przez Odwołującego – nie mogło w istocie spowodować odmowy uznania tego pisma, za dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia. W tym zakresie należy bowiem odróżnić oświadczenia woli, dla których skuteczności konieczne jest zachowanie zasad reprezentacji, od oświadczeń wiedzy. Referencje natomiast to oświadczenie wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót czy dostaw (por. wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 589/13). Kwestionowany przez Odwołującego dokument został podpisany przez kierownika produkcyjno-technicznego w/w firmy. Izba nie miała podstaw do uznania, by osoba ta nie dysponowała dostateczną wiedzą dla potwierdzenia należytego wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący bynajmniej nie przedstawił dowodów na wykazanie przedmiotowej okoliczności.

Za nieudowodnione należało także uznać twierdzenia Odwołującego, iż z uwagi na awarię obrabiarki nie było możliwości prawidłowej oceny jej pracy w dacie 14 stycznia 2014 r., a więc w dniu wystawienia dokumentu referencji. Odwołujący zanegował w istocie prawdziwość twierdzeń jej użytkownika, nie będąc obecnym ani przy uruchomieniu tej maszyny, ani jej użytkowaniu próbnym. Odwołujący nie dysponował także informacjami, które mogłyby podważyć rzetelność oceny dokonanej przez użytkownika obrabiarki. Bezspornym między stronami było, iż doszło do awarii przedmiotowej maszyny. Nie była to jednak okoliczność wyłączająca możliwość wystawienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący sam wskazał, iż miało miejsce przekazanie tokarki do próbnego okresu eksploatacyjnego. Awaria, jak wskazano w odwołaniu nastąpiła dopiero po kilku dniach. Przystępujący potwierdził fakt zaistnienia awarii. Jednocześnie, przedstawił w toku rozprawy przekonujące informacje wskazujące na to, że awaria nie wynikała z wad przedmiotu, ani winy wykonawcy, lecz została spowodowana uchybieniami w użytkowaniu maszyny. Dotyczyła przy tym części elektrycznej spowodowanej nieprzestrzeganiem zasad użytkowania i doprowadzeniem do zwarcia instalacji. Nie była to więc awaria wynikająca z wadliwości maszyny. Za bezprzedmiotowy Izba uznała dowód przedstawiony przez Odwołującego na wykazanie okoliczności, iż wskutek awarii obrabiarka została ponownie uruchomiona dopiero w lutym 2014 r. Fakt przestoju nie wyłączał możliwości wcześniejszej oceny pracy maszyny, tym bardziej, że źródłem awarii nie były wady przedmiotu. Przedłożony list informacyjny nie został przy tym wystawiony przez użytkownika obrabiarki, lecz firmę JSC „Stanrus”. Treść przedmiotowego dokumentu dotyczyła okoliczności dotyczącej możliwości obejrzenia tokarki przez specjalistów firmy



inżynierskiej zajmującej się doborem oraz oceną ekspercką wyposażenia dla moskiewskiego metra. Nie przedstawiała natomiast informacji, że użytkownik maszyny nie mógł dokonać oceny jej pracy. Wywodzenie z treści w/w pisma tego rodzaju twierdzeń stanowiło, w ocenie Izby, dowodzenie ponad osnowę dokumentu i zmierzało do wykazania treści, których przedmiotowy list informacyjny w rzeczywistości nie zawierał. To Odwołujący zrównał tezę przestoju z brakiem możliwości oceny pracy maszyny. Jednak teza ta nie została udowodniona. Wymaga przy tym wskazania, że przedłożone pismo firmy JSC „Stanrus” dostarcza argumentów przeciwnych wywodom czynionym przez Odwołującego. W jego treści wskazano bowiem, że obrabiarka została dopuszczona do eksploatacji. Tym samym użytkownik miał możliwość oceny jej pracy. Należy jednocześnie podkreślić, że w ramach warunku wiedzy i doświadczenia (Rozdział VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ) Zamawiający wymagał wykazania należytego wykonania zamówienia obejmującego swym zakresem dostawę z montażem i uruchomieniem tokarki. Zarówno dostawa, jak i uruchomienie miała miejsce w przypadku wystawcy referencji – firmy AEROEKSPRESS Rosja.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty podnoszące błąd formalny polegający na niewskazaniu podwykonawców w pkt 7c oferty P.P.W „KOLTECH” Sp. z o.o., pomimo podania w pkt 7b oferty, że realizacja przedmiotu zamówienia będzie wykonana siłami własnymi oraz przy pomocy podwykonawców. Za bezpodstawny należało także uznać zarzut dotyczący braku załączenia do oferty zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Stan sprawy ustalony na moment zamknięcia rozprawy wykazał, że oferta Przystępującego nie była obarczona wadami sygnalizowanymi przez Odwołującego, a tym samym nie zaistniały przesłanki do nakazania Zamawiającemu wyjaśnienia kwestii objętych zarzutami odwołania. W pierwszej kolejności nie został potwierdzony zarzut, iż osoby wskazane w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ) nie były pracownikami Przystępującego, a tym samym winne były zostać wskazane, jako podwykonawcy. Złożone na rozprawie dowody w postaci umów o pracę, zawartych przed upływem terminu składania ofert, jednoznacznie zdyskwalifikowały argumenty i stanowisko Odwołującego. Nie zaistniały przy tym żadne okoliczności i rzeczowe powody, Odwołujący takowych nie wskazał, by odmówić wartości dowodowej przedmiotowym umowom o pracę. Przystępujący wypełniając Załącznik nr 5 do SIWZ, zgodnie z prawdą wskazał „doświadczenie własne”, jako podstawę dysponowania tymi osobami. Nie był tym samym zobowiązany do dołączenia do wykazu pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji osób zdolnych do wykonania zamówienia, ani podawania w formularzu oferty danych tych pracowników. Zamawiający z kolei nie miał żadnych podstaw do powzięcia wątpliwości, co do prawdziwości złożonego oświadczenia i powodów do weryfikacji rzeczywistej podstawy dysponowania osobami wskazanymi w wykazie.

Podsumowując, w stosunku do tych osób nie miały zastosowania postanowienia Rozdziału VI pkt 2 SIWZ, bowiem dotyczyły one jedynie sytuacji polegania na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, co w tym przypadku nie miało miejsca.

W ramach omawianych zarzutów Odwołujący podniósł ponadto uchybienie w postaci niewskazania w pkt 7c oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ) przedsiębiorcy Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych „CONCRET” P..... P....., jako podwykonawcy (zasoby i osoby), na którym P.P.W. „KOLTECH” Sp. z o.o., będzie polegać przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Przedmiotowy zarzut okazał się, w ocenie Izby, całkowicie bezpodstawny. Poprzedzając uzasadnienie zajętego stanowiska należy podnieść fakt, iż w treści odwołania wskazany został przedsiębiorca R..... P..... Na etapie rozprawy Odwołujący podał zaś przedsiębiorcę P..... P..... prowadzącego PUB „CONCRET”, tłumacząc rozbieżność oczywistą omyłką pisarską. Przedmiotowa rozbieżność nie ograniczyła się jednak wyłącznie do imienia przedsiębiorcy. Na etapie rozprawy został wskazany przedsiębiorca inny niż w treści wniesionego odwołania. Przyjmując mimo tego korzystną dla Odwołującego ocenę o omyłce pisarskiej, a tym samym uznając, że nie doszło do nieuprawnionego rozszerzenia zarzutów odwołania, Izba nie znalazła ostatecznie podstaw do zaakceptowania przedstawionych w tym zakresie twierdzeń i argumentów. W kwestii braku zobowiązania w/w podwykonawcy do oddania do dyspozycji swoich zasobów, należy przede wszystkim wskazać na cel wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2b Pzp. Zgodnie z jego brzmieniem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przedmiotowa regulacja odnosi się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp). *Ratio legis* tego przepisu jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów – w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. uzasadnienie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591). W niniejszej sprawie Przystępujący samodzielnie zaś spełnił warunki udziału w postępowaniu, w tym te odnoszące się do posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim

potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący podnosząc brak zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji zasobów stracił w konsekwencji z pola widzenia cel przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, który przewiduje obowiązek przedłożenia pisemnego zobowiązania.

Niezależnie od dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, pozostaje także kwestia powierzenia przez wykonawcę podwykonawcom części zamówienia. Zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Z kolei, w myśl art. 36b ust. 1 Pzp, Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Wykładania literalna przepisu art. 36b ust. 1 Pzp wskazuje, iż podanie nazw (firm) podwykonawców dotyczy sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie spełnia te warunki dotyczy natomiast art. 36b ust. 1 Pzp *in principio* – zgodnie z którym zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Przystępujący w swojej ofercie wskazał właśnie taką część zamówienia. Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie uzależniają dopuszczalności powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom od powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp, może więc zastrzec powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp i nie dochodzi w takiej sytuacji do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp (por. Opinia prawna „Stosowanie art. 36 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp – podwykonawstwo a dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego”, Informator Urzędu Zamówień Publicznych, styczeń 2012 r. – odnosząca się do poprzedniego stanu prawnego, jednak zachowująca, w ocenie Izby, swoją aktualność także na gruncie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.1473), gdzie w uzasadnieniu ustawy nowelizującej wskazano m.in., iż zmiany w zakresie podwykonawstwa należy ocenić jako nieistotne, w przypadku gdy są dokonywane przez wykonawcę, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu).

Należy następnie wskazać, iż pismem z dnia 24 stycznia 2014 r., Zamawiający udzielił wyjaśnień nr 3 do SIWZ, które zostały doręczone m.in. Odwołującemu. W odpowiedzi

na pytanie nr 4, dotyczące wyjaśnienia pkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ (oferta), Zamawiający wskazał sposób wypełnienia tej części oferty informując, iż pkt 7 formularza oferty: lit a) wykonawca zaznacza, w sytuacji gdy zamierza wykonać zamówienie samodzielnie; lit b) wykonawca zaznacza w sytuacji, gdy zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi oraz przy pomocy podwykonawców, na których zasoby nie powołuje się wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu określone w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ. W wykropkowane pola należy wpisać nazwę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy; lit c) wykonawca zaznacza w sytuacji, gdy wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu określone w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ, wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji w wykropkowane miejsca należy wpisać nazwę (firmę) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, określonych w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ. Przystępujący sporządził ofertę zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego. Wymaga podkreślenia, że także Odwołujący nie wskazał w pkt 7 lit b) nazwy (firmy) podwykonawcy, lecz jedynie część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy. W przypadku Odwołującego – w przeciwieństwie do Przystępującego – konieczne było jednak wypełnienie także pkt 7 lit c), gdyż Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. W toku postępowania został wezwany przez Zamawiającego do złożenia prawidłowego dokumentu, gdyż pierwotne zobowiązanie nie wskazywało na udostępnienie osób, co do których Odwołujący oświadczył, iż podstawą ich dysponowania jest oddanie do dyspozycji przez inny podmiot (Załącznik nr 5 oferty Odwołującego). W tych okolicznościach, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, znajdującymi swoje oparcie w przepisach Prawa zamówień publicznych, Odwołujący – powołując się na zasoby podwykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, określonych w Rozdziale VI ust. 1 SIWZ – miał obowiązek wskazania nazwy (firmy) tego podmiotu. Nie dotyczyło to jednak Przystępującego, który warunki spełniał samodzielnie, tym samym wystarczającym i prawidłowym było wskazanie jedynie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy (pkt 7 lit. b) oferty).

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia kryterium wymienionego w Załączniku nr 9 SIWZ, rozdział II pkt 6 (Opis techniczny oferowanej tokarki), dotyczącego układu korpusowego obrabiarki, należy na wstępie zaznaczyć, iż Zamawiający – w ramach ogólnych wymagań technicznych związanych z wyposażeniem obrabiarki – wymagał układu

korpusowego wykonanego z żeliwa maszynowego, gwarantującego dobre tłumienie drgań. W sposób tożsamy zostało to ujęte w Załączniku nr 2 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia – wymagania techniczne), gdzie w rozdziale III pkt 8 lit d) wskazano: układ korpusowy wykonany z żeliwa maszynowego, gwarantujący dobre tłumienie drgań. Rozumienie ogólnego pojęcia „dobre tłumienie” może następować w odmienny sposób. Jeżeli tak ujęte wymaganie budziło zastrzeżenia wykonawców dysponowali oni możliwością wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, co jednak nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu. Obecnie, ewentualne rozważania w zakresie przyjętego przez Zamawiającego wymogu oraz sposobu oceny spełnienia równoważności nie były już dopuszczalne. Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd zawarty w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2011 r., sygn. akt KIO 1995/11, iż okoliczność nie opisanie warunków oceny spełniania równoważności nie wyłącza obowiązku jej stosowania, skoro została wyraźnie dopuszczona w SIWZ. Zamawiający w trakcie oceny ofert nie może odstępować od warunków, które ustanowił, zaś brak opisu spełnienia kryterium równoważności może jedynie działać na korzyść wykonawcy, który będzie uprawniony, aby ją wykazywać w odniesieniu do własnej oferty, w niczym nieograniczony sposób.

W „Opisie przedmiotu zamówienia – wymagania techniczne” (Załącznik nr 2 do SIWZ), Zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań technicznych równoważnych do wymienionych wymagań technicznych dla tokarki podtorowej pod warunkiem udowodnienia tej równoważności przez wykonawcę. Izba nie uznała twierdzeń Odwołującego, iż możliwość zaproponowania rozwiązań równoważnych nie mogła dotyczyć aspektu tłumienia drgań. Argumenty podnoszące, iż kanonem w sektorze tokarek podtorowych jest bezwzględne i jednoznaczne zastosowanie żeliwa w wykonaniu układu korpusowego nie mogły przesądzić o braku dopuszczalności i możliwości zastosowania innych rozwiązań – tym bardziej, iż są one skutecznie stosowane przez Przystępującego, co wykazane zostało w toku postępowania. Twierdzenie, że do powyższego kanonu stosuje się większość producentów na świecie, w tym tak zwani liderzy rynku, mogło dowodzić jedynie przewagi danej metody, ale nie jej wyłączności i braku obiektywnych możliwości przedstawienia rozwiązań odmiennych. Zaakceptowanie stanowiska Odwołującego o niedopuszczalności zastosowania przy wykonaniu układu korpusowego rozwiązań równoważnych pozostawałoby w sprzeczności z fundamentalną zasadą zamówień publicznych nakazującą prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Stanowiłoby nieuzasadnione preferowanie jednych wykonawców, kosztem wykonawców oferujących rozwiązania innowacyjne. Odwołujący w swoich twierdzeniach powołał jedynie ogólne argumenty o braku możliwości sensownego dowodu technicznego i naukowego dla udowodnienia nieprawdziwej, w jego

ocenie, tezy o równoważności konstrukcji spawanych i elementów korpusowych wykonanych z żeliwa maszynowego, z punktu widzenia zdolności do tłumienia drgań. Powyższą ocenę należało uznać jedynie za własne, subiektywne przekonanie Odwołującego, nie poparte żadnymi rzeczowymi źródłami oraz informacjami. Jednocześnie, stanowisko Odwołującego cechowała w tym zakresie wewnętrzna sprzeczność. Z jednej bowiem strony dowodził brak możliwości przedstawienia dowodów „pozytywnych”, a więc potwierdzających równoważność, a jednocześnie powoływał własną opinię nakierowaną na wykazanie, że konstrukcje spawane ustępują żeliwnym pod względem możliwości uzyskania tłumienia drgań. Powołanie dowodu „negatywnego” było już więc, dla Odwołującego, możliwe.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wykonawca spełnia ten obowiązek przez przedstawienie zamawiającemu stosowanych dowodów, gdyż to na nim spoczywa w tym zakresie ciężar dowodu. W ocenie Izby, Przystępujący w sposób należyty sprostął przedmiotowemu obowiązkowi, a ocena Zamawiającego podjęta na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dowodów jest w pełni uzasadniona. Należy podkreślić, iż dla potwierdzenia równoważności Przystępujący złożył rzeczowe dowody w postaci opracowań naukowych, które pozwalały uznać rzetelność i prawdziwość wyjaśnień, iż układ korpusowy oferowanej tokarki wykonany ze stalowych korpusów spawanych co najmniej równoważy się pod względem technicznym i funkcjonalnym z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych wykonanych z odlewów żeliwnych. W ramach złożonych wyjaśnień Przystępujący potwierdził, że oferowana obrabiarka posiada stalowe korpusy spawane wykonane z zastosowaniem nowoczesnych technologii takich jak: obróbka cieplna wyżarzanie i spoiny pachwinowe, jak również potwierdził zastosowanie odpowiednich zabiegów konstrukcyjnych takich jak: właściwy dobór grubości ścian, optymalizacja uźebrowania ścian oraz zwiększone powierzchnie ich przylegania. Wskazał więc na zastosowanie technologii, które także w opracowaniach naukowych, podawane są jako zwiększające zdolność korpusów spawanych do tłumienia drgań (Prace Naukowe Katedry Budowy Maszyn Nr 1/2011, zeszyt nr 31, str. 12). Zasadnie Zamawiający podniósł w toku rozprawy, iż Odwołujący jedynie wybiórczo potraktował przedłożone przez Przystępującego opracowanie. W dołączonej do odwołania opinii zostało bowiem podane, że w powołanej powyżej pracy naukowej wskazano, iż konstrukcje spawane ustępują żeliwnym pod względem możliwości uzyskania skomplikowanych kształtów i tłumienia drgań. Pominięto już jednak zdanie następne opracowania, gdzie wskazano właśnie na zabiegi zwiększające zdolność do tłumienia drgań, których zastosowanie przy realizacji przedmiotu zamówienia Przystępujący potwierdził wprost w treści złożonych wyjaśnień. Przystępujący przedstawił także opracowanie, w którym wskazano, iż – cytując –

„jako zaletę korpusów odlewanych wymienia się również dobrą zdolność żeliwa do tłumienia drgań (...) jednakże jest ona w niewielkim stopniu lepsza w porównaniu ze stalą konstrukcyjną (...)” („Dobór materiału konstrukcyjnego na korpusy obrabiarek skrawających wykorzystywanych do obróbki szynowych zestawów kołowych” autorstwa dr hab. inż. prof. ZUT Witolda Biedunkiewicza i mgr inż. Dariusza Grzesiaka). Jednocześnie w opracowaniach wskazano na szereg zalet zastosowania konstrukcji spawanych.

Nie jest przedmiotem Izby prowadzenie badań naukowych nad sporną kwestią, a ocena, czy wykonawca sprostą obowiązkowi udowodnienia równoważności zaproponowanego rozwiązania, a w dalszej perspektywie, czy złożona oferta pozostawała zgodna z treścią SIWZ. Zebrany w toku materiał dowodowy nakazywał zaś podzielenie stanowiska prezentowanego w tym zakresie przez Zamawiającego oraz Przystępującego. Co równie istotne w tej sprawie, Zamawiający dokonał oceny równoważności nie tylko w oparciu o prace naukowe, ale także poprzez własne, empiryczne sprawdzenie i przeprowadzenie wizytacji maszyny TUP 650SH w Lubinie. Po przeprowadzeniu wizytacji i dokonanych pomiarach i próbach toczenia potwierdzono, że układ korpusowy tokarki podtorowej TUP 650SH firmy P.P.W. KOLTECH Sp. z o.o., sterowanej numerycznie i przeznaczonej do obróbki mechanicznej zarysu zewnętrznego kół zestawów kołowych i tarcz hamulcowych w kolejowych pojazdach szynowych wraz z oprogramowaniem, wykonany ze stalowych korpusów spawanych co najmniej równoważy się pod względem technicznym i funkcjonalnym z zastosowaniem elementów konstrukcyjnych wykonanych z odlewów żeliwnych. W korpusach spawanych przedmiotowej tokarki zastosowano duże uźebrowanie ścian, zwiększone grubości blach oraz spoiny pachwinowe, co powoduje bardzo dobre i wystarczające tłumienie drgań dla potrzeb funkcjonalności tej obrabiarki. Potwierdzono także zastosowanie do konstrukcji spawanych obróbki cieplnej wyżarzania co przyczynia się również do równoważnego stosowania korpusów spawanych w budowie obrabiarek. Nie zaobserwowano drgań obrabiarki podczas prób toczenia, które wpływałyby na jakość powierzchni obrobionej, co zostało potwierdzone także przez użytkownika.

Odwołujący, dopiero na etapie rozprawy zakwestionował dopuszczalność przeprowadzenia oględzin maszyny w Lubinie. Zarzut ten należało uznać, jako spóźniony. Z ostrożności, nawet w przypadku przyjęcia, iż Odwołujący nie postawił nowego zarzutu, nie objętego treścią odwołania, a jedynie rozwinął argumentację w ramach pierwotnie zakreślonych zarzutów, należało stwierdzić, iż Odwołujący nie przedstawił argumentów, które podważałyby ważność sporządzonego protokołu oraz wnioski zawarte w jego treści. W szczególności argument o przeprowadzeniu wizytacji bez udziału Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie. To Zamawiającemu należało udowodnić równoważność zaproponowanego rozwiązania, a nie konkurencyjnemu wykonawcy. Domaganie się uczestnictwa w wizytacji obiektu innego wykonawcy, w trakcie której jest dokonywana jego

ocena, nie znajduje przy tym umocowania w przepisach prawa (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1551/12). Podobnie dowodzenie, iż wizytowana maszyna nie została ujęta w Załączniku nr 4 do SIWZ nie mogło mieć znaczenia. Przystępujący wyjaśnił, iż maszyna nie została ujęta w tym zestawieniu z uwagi na to, iż Zamawiający wymagał Załączniku nr 4 do SIWZ wskazania zamówień zrealizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Zamówienie dotyczące wizytowanej maszyny zostało zaś zrealizowane przed tym okresem, przy czym ujęto je w innym zestawieniu wykonanych zamówień, złożonym także wraz z ofertą. Za uzasadnione należało przy tym uznać wnioskowanie, iż skoro wizytowana maszyna potwierdziła możliwość uzyskania wymogów oczekiwanych przez Zamawiającego, to tym bardziej będzie to gwarantować maszyna nowa.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, iż okolicznością bezsporną było to, iż tłumienie drgań ma wpływ na dokładność obróbki, a elementem decydującym o tym, czy tłumienie jest zagwarantowane w stopniu dobrym, jest uzyskanie odpowiedniej chropowatości obrabianego produktu. Zamawiający wskazał, iż wymagania w zakresie dokładności obróbki zostały określone w Załączniku nr 2 do SIWZ, rozdział IV pkt 2 (Parametry techniczne tokarki podtorowej – Wymagane dokładności obróbki). Wszystkie wyszczególnione tam parametry zostały zaś spełnione w ofercie P.P.W. „KOLTECH” Sp. z o.o. W tych okolicznościach uprawnionym było twierdzenie Przystępującego, iż uzyskiwanie wymaganej chropowatości stanowi jednocześnie potwierdzenie spełnienia wymogu w zakresie zagwarantowania dobrego tłumienia drgań.

Należy w tym miejscu wskazać dodatkowo, że rozwiązanie równoważne nie musi się charakteryzować w pełni identycznymi cechami i parametrami, jak produkt opisany wprost w SIWZ. Ofertą równoważną jest oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o jakości i funkcjonalności takiej samej lub zbliżonej do tej, jaka została opisana w SIWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2013 r., sygn. akt KIO 522/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1483/13). Przedstawione przez wybranego wykonawcę rozwiązanie odpowiada powyższym wymogom, a zaoferowany element wyposażenia maszyny (układ korpusowy) nie ma właściwości pogorszonych i gwarantuje spełnienie wymagań oczekiwanych przez Zamawiającego.

Reasumując, Izba podzieliła wywody Przystępującego, iż w dobie dzisiejszej technologii i narzędzi inżynierskich możliwe jest zaprojektowanie korpusu spawanego, który będzie tłumił drgania równie dobrze, jak korpus żeliwny odlewany. Na potwierdzenie tego stanowiska Przystępujący przedstawił wiarygodne i rzeczowe opracowania naukowe, które korespondują z wnioskami z wizytacji maszyny przeprowadzonej przez Zamawiającego. W konsekwencji wykonawca w sposób należyty udowodnił równoważność zaproponowanego rozwiązania i nie zaistniały żadne przesłanki do uznania jego oferty za



niezgodną z treścią SIWZ. Dokonując oceny spornych stanowisk Izba miała na względzie, iż z jednej strony przedstawione zostały rzeczowe opracowania naukowe, wyjaśnienia wykonawcy złożone Zamawiającemu oraz przeprowadzone zostało empiryczne sprawdzenie pracy maszyny tego typu, a z drugiej strony podniesiono jedynie własną ogólną ocenę, jak również zdania z opracowania naukowego bez przytoczenia całości ich kontekstu. W tych okolicznościach, na podstawie stanu sprawy ustalonego na moment zamknięcia rozprawy, Izba ważąc racje stron, nie miała wątpliwości, co do konieczności przychylenia się do stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego. Nie zasługiwały przy tym na uwzględnienie argumenty podnoszone przez Odwołującego w toku rozprawy. Nie zostały one udowodnione w sposób przekonujący i rzeczowy. Dotyczy to także argumentu, iż produkt zaoferowany przez wybranego wykonawcę nie może odnosić się do maszyn tak ciężkich, jak koło kolejowe, gdzie nacisk na oś jest powyżej 30 ton. Przystępujący zakwestionował te twierdzenia wskazując, że jest producentem m.in. obrabiarek ciężkich. Okoliczność ta nie została zakwestionowana przez Odwołującego. Jednocześnie, Zamawiający wyjaśnił, iż pojazdy WKD są bardziej zbliżone do pojazdów metra niż kolei, gdyż maksymalny nacisk na oś tych pojazdów to 14 ton – co także nie zostało podważone przez stronę odwołującą.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność sposobu wypełnienia Załącznika nr 9, rozdział II, pkt 6 SIWZ, nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dyskwalifikowanie oferty z uwagi na wpisanie odesłania do rozwiązań równoważnych byłoby z pewnością nieuprawnione, a dowodzenie konieczności wpisania zwrotu „nie spełnia” należy traktować w kategoriach nadmiernego formalizmu. Wymaga przy tym przywołania podstawowa zasada, zgodnie z którą Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Pzp). Koniecznym jest więc nie tylko wykazanie naruszenia przepisów ustawy, ale także jego wpływu – który musi odpowiadać randze istotnego.

Podsumowując wszystko powyższe, podniesione zarzuty – zarówno te wskazane poprzez przytoczenie jednostek redakcyjnych przepisów Prawa zamówień publicznych (art. 82 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 i 2 Pzp), jak również niewyekspozowane w ten sposób, jednak zawarte w samej treści odwołania – nie zasługiwały na uwzględnienie. W niniejszej sprawie nie zaistniały podstawy zarówno do wykluczenia wybranego wykonawcy, jak również do odrzucenia jego oferty. Brak było także kwestii, które Zamawiający winien by jeszcze wyjaśnić. W konsekwencji nie zaistniały przesłanki do uznania, by Zamawiający dopuścił się w niniejszym postępowaniu zaniechań podnoszonych przez Odwołującego.

Z tych też względów orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 5 ust. 4 w zw. z § 3 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....