

Sygn. akt: KIO 1206/17
KIO 1208/17

WYROK
z dnia 30 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Andrzej Niwicki

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 12 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **N. S.A (...)**,
B. w dniu 12 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **P.S.P.B. S.A (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez
„K.M.K.” Sp. z o.o. (...)

przy udziale:

- A. wykonawcy **P.S.P.B. S.A (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1206/17 po stronie odwołującego,
B. wykonawcy **S.P. Sp. z o.o. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1206/17 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1206/17,
2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1208/17,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1206/17 obciąża wykonawcę **N. S.A (...)** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **N. S.A (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **N. S.A (...)** na rzecz zamawiającego „K.M.K.” Sp. z o.o. (...) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1208/17 obciąża wykonawcę **P.S.P.B. S.A (...)** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P.S.P.B. S.A (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **P.S.P.B. S.A (...)** na rzecz zamawiającego „K.M.K.” Sp. z o.o. (...) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. (...) 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 – „K.M.K.” Sp. z o. o. prowadzi postępowanie o zawarcie umowy ramowej na zakup elektrycznych zespołów trakcyjnych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. (...) z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...). Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1206/17

Odwołujący N. S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 100 ust. 1 i 4 w zw. z art. 7, art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 353 i art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 2 pkt 13, art. 14 i 139 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1, 2c i 2d ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie ogłoszenia o zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym kryteriów oceny ofert, formularza ofertowego, formularza cenowego i wzoru umowy ramowej stanowiącego część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób niejednoznaczny, wykraczający poza swobodę kształtowania stosunków zobowiązaniowych oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, polegające na:

1. wskazaniu jako kryteriów oceny ofert trwałości kół monoblokowych, bez określenia maksymalnej dopuszczalnej przez zamawiającego wartości tego parametru, co może prowadzić do nieporównywalności ofert i naruszenia uczciwej konkurencji (rozdział XVI SIWZ kryteria nr 8-11 oraz pkt II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu);
2. niejednoznacznym sformułowaniu definicji awarii i uszkodzenia/usterki, w szczególności poprzez zaniechanie dookreślenia, iż awarie stanowią uszkodzenia/usterki skutkujące wyłączeniem pojazdu z eksploatacji (§ 2 załącznika nr 10 do SIWZ);
3. wskazaniu, iż jeżeli ostatni cykl eksploatacyjny będzie krótszy niż 12 miesięcy, Zamawiający dokona obliczeń współczynnika niezawodności i gotowości technicznej za okres 12 miesięcy z uwzględnieniem miesięcy z cyklu poprzedniego, co może prowadzić do nałożenia na wykonawcę dwukrotnie sankcji za tożsamy okres czasu (§ 4 ust. 3 załącznika nr 10 do SIWZ);

4. wprowadzeniu drugiej, rażąco wygórowanej kary umownej, za obniżenie współczynnika niezawodności poniżej 0,88 (§ 4 ust. 6 załącznika nr 10 do SIWZ);
5. zastrzeżeniu kar umownych poprzez użycie terminu „opóźnienie”, który jest sprzeczny z istotą kar umownych opartych na zasadzie winy, co może ponadto prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych, oraz zastrzeżenie kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej (§ 15 załącznika nr 10 do SIWZ);
6. nieprecyzyjnym określeniu zasad jazdy obserwowanej, w szczególności poprzez zaniechanie wskazania, że jazdę obserwowaną przerywa wyłącznie ujawnienie wady wyłączającej pojazd z eksploatacji oraz zaniechaniu wskazania, iż zamawiający ponosi odpowiedzialność za przypadkową utratę lub uszkodzenie pojazdu oraz ubezpieczenie pojazdu przez czas jazdy obserwowanej (§ 6 ust. 1 załącznika nr 10 do SIWZ);
7. zobowiązaniu wykonawcy do przeprowadzenia odbiorów komisarycznych bez określenia maksymalnej ilości wymaganych odbiorów w miesiącu, co uniemożliwia oszacowanie kosztów odbiorów w celu sporządzenia oferty (§ 6 ust. 2 pkt 8) załącznika nr 10 do SIWZ);
8. zobowiązaniu wykonawcy do udzielenia gwarancji na świadczone usługi serwisowe, tj. gwarancji na określoną zakresowo usługę, z jednoczesnym wskazaniem, iż gwarancja obejmuje wszystkie usterki pojazdu, co jest charakterystyczne dla gwarancji na pojazd, a nie na określoną usługę (§ 8 ust. 4 załącznika nr 10 do SIWZ);
9. zobowiązaniu wykonawcy do usuwania wad w ramach gwarancji na pojazd w obiektywnie niemożliwych do zachowania i bezzasadnie krótkich terminach, z jednoczesnym zastrzeżeniem rażąco wygórowanych kar umownych z tytułu przekroczenia przedmiotowych terminów (§ 8 ust. 6 w związku z § 15 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 10 do SIWZ);

10. zobowiązaniu wykonawcy do reakcji serwisowej i usuwania usterek symulatora w terminach obiektywnie niemożliwych do zachowania (rozdział nr III ust. 7 załącznika nr 10 do wzoru umowy ramowej – załącznika nr 10 do SIWZ);

11. nieprecyzyjnym i niejednoznacznym określeniu zakresu usług serwisowych poprzez wskazanie, iż w zakres usług serwisowych wchodzi „inne czynności niezbędne do utrzymania pełnej sprawności pojazdów w okresie świadczenia usług serwisowych” (§ 10 ust. 1 pkt 6) załącznika nr 10 do SIWZ);

12. zobowiązaniu wykonawcy do utrzymywania części zamiennych w celu wykonania czynności wyłączonych z przedmiotu zamówienia w terminie 30 dni od zgłoszenia bez określenia zakresu wymaganych części zamiennych, co nie pozwala na określenie zakresu świadczenia, wykracza poza przedmiot zamówienia i narusza zasadą odpłatności zamówienia publicznego (§ 10 ust. 5 załącznika nr 10 do SIWZ);

13. zobowiązaniu wykonawcy do wykonywania prac dodatkowych nieobjętych zakresem przeglądu P4 bez odrębnego wynagrodzenia, co narusza podstawą zasadą odpłatności zamówienia publicznego, a ponadto uniemożliwia oszacowanie kosztów naprawy P4 w celu sporządzenia oferty (§ 11 ust. 6 załącznika nr 10 do SIWZ);

14. wskazaniu, iż wykonawca może, a w niektórych przypadkach jest zobowiązany, do odpłatnego korzystania z pracowników oraz zaplecza posiadanego przez Zamawiającego bez określenia wysokości wynagrodzenia, które wykonawca będzie zobowiązany płacić Zamawiającemu, co uniemożliwia skalkulowanie kosztów w celu złożenia oferty (§ 10 ust. 4 załącznika nr 10 do SIWZ);

15. sformułowaniu formularza ofertowego w sposób wskazujący, iż cena za każdy rodzaj pojazdu powinna być tożsama, przy jednoczesnym sformułowaniu wzoru umowy ramowej w sposób sugerujący, iż zamawiający akceptuje różne ceny pojazdów w ramach poszczególnych zamówień objętych umową ramową, co prowadzi do wątpliwości, czy wykonawca może zaoferować odrębną cenę pojazdów jednego rodzaju dla każdego z zamówień przewidzianych umową ramową (załącznik nr 2 do SIWZ oraz § 12 ust. 2 załącznika nr 10 do SIWZ);

16. niejednoznacznym i nieprecyzyjnym sformułowaniu zakresu licencji na oprogramowanie i dokumentację poprzez zaniechanie wskazania, iż licencja uprawnia zamawiającego do korzystania z dokumentacji i oprogramowania wyłącznie w celach obsługowo-eksploatacyjnych, naprawczych i utrzymaniowych pojazdów dostarczonych na podstawie umowy ramowej (§ 5 ust. 6 załącznika nr 10 do SIWZ);

17. ustaleniu okresu obowiązywania umowy ramowej przez okres 8 lat bez jakiegokolwiek gwarancji w zakresie ilości i terminów zamówienia pojazdów z jednoczesnym zaniechaniem wprowadzenia indeksacji zaoferowanych cen za dostawę pojazdów (§ 12 ust. 11 w związku z § 1 ust. 3 i 5 i § 22 ust. 1 załącznika nr 10 do SIWZ);

18. zobowiązaniu wykonawcy do dostarczania tożsamych w zakresie typu i modelu pojazdów przez cały okres 8 lat obowiązywania umowy ramowej, z jednoczesnym zaniechaniem wprowadzenia uprawnienia dla wykonawcy do zmiany typu 1 modelu dostarczanych pojazdów na skutek wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy, takich jak w szczególności zmiany przepisów prawa, norm i obowiązujących standardów, przy zachowaniu zgodności wymagań technicznych określonych w umowie ramowej (§ 1 ust. 3 i 5 i § 22 ust. 1 załącznika nr 10 do SIWZ);

19. zdefiniowaniu w umowie ramowej wady systemowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu umowy ramowej (§ 2 załącznika nr 10 do SIWZ);

20. niewskazaniu zasad i norm, według których będzie przeprowadzona procedura weryfikacji masy eksploatacyjnej pojazdu (§ 6 ust. 9 pkt 1) załącznika nr 10 do SIWZ).

Odwolujący wniosk o nakazanie Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert, formularza ofertowego, formularza cenowego i wzoru umowy ramowej poprzez:

1. określenie w kryteriach oceny ofert maksymalnej dopuszczalnej wartości oferowanego parametru trwałości kół monoblokowych;

2. sprecyzowanie we wzorze umowy ramowej definicji awarii, w szczególności poprzez dookreślenie, iż za awarię uważa się usterkę/uszkodzenie skutkujące wyłączeniem pojazdu z eksploatacji;

3. wskazanie we wzorze umowy ramowej, iż jeżeli ostatni cykl eksploatacyjny będzie krótszy

niż 12 miesięcy, Zamawiający dokona obliczeń współczynnika niezawodności i gotowości za okres 12 miesięcy z uwzględnieniem miesięcy z cyklu poprzedniego, z zastrzeżeniem, iż zdarzenia mające miejsce w cyklu poprzednim nie mogą stanowić podstawy do obciążenia wykonawcy jakąkolwiek podwójną sankcją, w szczególności karą umowną lub odszkodowaniem, w stosunku do już nałożonej na wykonawcę;

4. usunięcie ze wzoru umowy ramowej kary umownej za obniżenie współczynnika niezawodności poniżej 0,88 i zobowiązania do dostarczenia nowego pojazdu oraz wskazanie, iż w takim przypadku zastosowanie znajdują postanowienia umowy ramowej w zakresie wady systemowej;

5. zastąpienie we wzorze umowy ramowej terminu „opóźnienie” terminem „zwłoka” w postanowieniach dotyczących kar umownych oraz obniżenie kar umownych, w szczególności poprzez zastrzeżenie kar umownych za zakończony tydzień zwłoki;

6. wskazanie we wzorze umowy ramowej, iż jazdę obserwowaną przerywa wyłącznie ujawnienie wady wyłączającej pojazd z eksploatacji oraz wskazanie, iż zamawiający ponosi odpowiedzialność za przypadkową utratę lub uszkodzenie pojazdu w czasie jazdy obserwowanej;

7. określenie we wzorze umowy ramowej maksymalnej ilości wymaganych odbiorów w miesiącu;

8. jednoznaczne wskazanie we wzorze umowy ramowej, iż gwarancja na usługę serwisową danego rodzaju obejmuje uszkodzenia/usterki pojazdu wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania usługi danego rodzaju;

9. wydłużenie we wzorze umowy ramowej terminów usuwania wad w ramach gwarancji do 7 dni roboczych (z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy i sobót) dla usuwania wad oraz 30 dni roboczych na wymianę elementów na nowe w razie nieusunięcia uszkodzenia pomimo trzykrotnej naprawy;

10. przedłużenie we wzorze umowy ramowej terminów reakcji serwisowej do 2 dni roboczych, usuwania usterek/uszkodzeń systemu I urządzeń symulatora do 7 dni roboczych oraz terminu wymiany symulatora na nowy do 60 dni;

11. jednoznaczne zdefiniowanie we wzorze umowy ramowej zakresu usług utrzymaniowych objętych przedmiotem umowy, w szczególności poprzez usunięcie sformułowania „inne czynności niezbędne do utrzymania pełnej sprawności pojazdów w okresie świadczenia usług serwisowych”;

12. usunięcie ze wzoru umowy ramowej zobowiązania wykonawcy do utrzymywania części zamiennych w celu wykonania czynności wyłączonych z przedmiotu zamówienia w terminie 30 dni (§ 10 ust. 5 załącznika nr 10 do SIWZ);

13. usunięcie ze wzoru umowy ramowej zobowiązania do wykonywania dodatkowych czynności nieobjętych zakresem przeglądu P4 bez odrębnego wynagrodzenia;

14. wskazanie we wzorze umowy ramowej wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca będzie zobowiązany zapłacić zamawiającemu za udostępnienie pracowników oraz zaplecza do wykonywania czynności utrzymaniowych;

15. wyjaśnienie we wzorze umowy ramowej, czy wykonawca może zaoferować różne ceny tożsamy rodzajowo pojazdów w ramach poszczególnych zamówień objętych umową ramową i dostosowanie formularza ofertowego t cenowego do treści wzoru umowy ramowej;

16. wskazanie we wzorze umowy ramowej, iż licencja uprawnia zamawiającego do korzystania z dokumentacji i oprogramowania wyłącznie w celach obsługowo-eksploatacyjnych, naprawczych i utrzymaniowych pojazdów dostarczonych na podstawie umowy ramowej;

17. wprowadzenie we wzorze umowy ramowej instytucji indeksacji zaoferowanych cen za dostawę pojazdów odnośnie zamówień złożonych po upływie roku od zawarcia umowy ramowej;

18. prowadzenie we wzorze umowy ramowej uprawnienia dla wykonawcy do zmiany typu i modelu dostarczanych pojazdów na skutek wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy, takich jak w szczególności zmiany przepisów prawa, norm i obowiązujących standardów, przy zachowaniu zgodności wymagań technicznych określonych w umowie ramowej;

19. zmianę we wzorze umowy ramowej definicji wady systemowej poprzez wskazanie, iż za wadę systemową uznaje się co najmniej 2 uszkodzenia o tym samym charakterze stwierdzone w przynajmniej 10 % pojazdów danego typu dostarczonych na podstawie umowy ramowej, nie mniej jednak niż w dwóch pojazdach danego typu, w okresie kolejnych

12 miesięcy;

20. sprecyzowanie we wzorze umowy ramowej zasad i norm, według których będzie przeprowadzona procedura weryfikacji masy eksploatacyjnej pojazdu.

Odwolujący wskazał:

Ad. 1) Zamawiający w postępowaniach na dostawę taboru szynowego często jako kryterium oceny ofert wskazują długość zaoferowanej gwarancji jakości lub trwałość określonych rozwiązań. Jednakże w takim przypadku zamawiający zastrzegają maksymalny limit wartości danego parametru, co ma na celu zapobieganie oferowaniu wygórowanych i niemożliwych do osiągnięcia parametrów. W niniejszym przypadku Zamawiający zaniechał wskazania dopuszczalnego limitu parametru trwałości kół monoblokowych. Z tego powodu może dojść

do zaoferowania przez któregoś z wykonawców wysokości tego parametru na poziomie obiektywnie niemożliwym do osiągnięcia, wyłącznie w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w zakresie tego kryterium, co stanowiłoby działanie sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji w postępowaniu, a ponadto groziłoby nieważnością umowy w tym zakresie.

Ad. 2) W § 2 wzoru umowy ramowej Zamawiający wprowadził dwie definicje:

„Uszkodzenie/usterka” oraz „Awaria”. Jeżeli Zamawiający wprowadził dwie odrębne definicje dotyczące *de facto* wad przedmiotu świadczenia, to powinien jednoznacznie i precyzyjnie określić stosunek logiczny tych dwóch pojęć względem siebie. W szczególności, w takim przypadku należy jednoznacznie sprecyzować, czy pojęcie „Awaria” zawiera się w pojęciu „Uszkodzenie/usterka”. Zwykle w tego przypadkach, zamawiający precyzują, że awaria stanowi takie uszkodzenie, które wyłącza przedmiot świadczenia z eksploatacji.

Zawarte we wzorze umowy definicje „Awarii i „Uszkodzenie/usterka” owego warunku precyzyjności nie spełniają. Z ich literalnej treści wynika, iż w zasadzie są one zakresowo tożsame, co jednak przeczyłoby racjonalności wprowadzenia do umowy dwóch różnych pojęć. We wzorze umowy ramowej w większości przypadków Zamawiający posługuje się terminem „Uszkodzenia” (§ 8 wzoru umowy ramowej). Jednak np. w § 6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający posługuje się pojęciem „Awarii”. Sprecyzowania wymaga zatem, czy Zamawiający traktuje te pojęcia jako synonimy, czy jednak za „Awarie” uznaje tylko takie uszkodzenia, które powodują wyłączenie pojazdu z eksploatacji, a pojęcie „Uszkodzenia” odnosi do wszelkich wad.

Ad. 3) W § 4 wzoru umowy Zamawiający wprowadził współczynniki niezawodności i gotowości technicznej, do zachowania której zobowiązany jest wykonawca. Zamawiający podał, iż będą one obliczane w cyklach 12-miesięcznych, a obniżenie współczynników poniżej minimalnych wartości skutkować będzie powstaniem roszczenia o zapłatę kar umownych określonych w ust. 4 i 5. Jednocześnie Zamawiający wskazał w ust. 3, iż jeżeli ostatni cykl eksploatacyjny będzie krótszy od 12 miesięcy, to należy go niejako uzupełnić miesiącami z poprzedniego cyklu.

Zamawiający przeoczył jednak, iż tego typu konstrukcja może prowadzić do obciążenia wykonawcy sankcjami dwukrotnie za to tożsame zdarzenie. Albowiem, w przypadku gdy np. pojazd będzie wyłączony ze względu na wadę w ostatnich miesiącach przedostatniego cyklu eksploatacyjnego, to dojdzie do obniżenia współczynnika za przedostatni cykl i obciążenia wykonawcy karą umowną oraz do obniżenia współczynnika za ostatni okres na skutek tego samego wyłączenia i obciążenia wykonawcy karą umowną za obniżenie współczynnika w ostatnim cyklu, które wynika z tożsamego zdarzenia (tożsamego wyłączenia pojazdu). Tego typu sytuacja w sposób oczywisty naruszałaby istotę stosunku zobowiązaniowego umowy dostawy i prowadziłaby *de facto* do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy.

Ad. 4) W § 4 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający wskazał, iż obniżenie współczynnika niezawodności poniżej wartości 0,88 będzie prowadziło do zapłaty kary umownej w wysokości 5 % ceny pojazdu. Zamawiający nie wyłączył stosowania ust. 4, który przewiduje karę umowną za każde 0,01 obniżenia współczynnika poniżej wartości 0,98. Tym samym, w razie obniżenia współczynnika poniżej 0,88, wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej określonej w ust. 4, która i tak jest bardzo wysoka, oraz dodatkowo kary umownej w wysokości 5 % ceny pojazdu. Tego typu karę umowną zapłaci wykonawca niezależnie od tego, czy współczynnik został obniżony do 0,87 czy też np. do 0,70. Zatem nawet za obniżenie o 0,01 wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty 5 % wartości pojazdu,

co jest wartością rażąco wygórowaną i w żaden sposób nie przystającą do potencjalnej nawet szkody, którą mógłby ponieść Zamawiający na skutek tego naruszenia, choć kara umowna powinna przede wszystkim pełnić funkcję zryczałtowanego odszkodowania. Niezależnie od powyższego Zamawiający zastrzegł, iż w razie drugiego obniżenia współczynnika poniżej poziomu 0,88 wykonawca dostarczy nowy pojazd o identycznych parametrach i konstrukcji. Taka konstrukcja jest ze swojej istoty wadliwa. Powtórne obniżenie współczynnika wskazuje na wadę systemową, a dostarczanie Zamawiającemu nowego pojazdu o „identycznych parametrach i konstrukcji” w żaden sposób nie przyczyni się do osiągnięcia wymaganego współczynnika. Zamawiający nie sprecyzował również, czy używany dotychczas pojazd odda wykonawcy, czy też oczekuje dostarczenia niejako dodatkowego pojazdu.

Ad. 5) Zamawiający zastrzegł w umowie kary umowne w razie „opóźnienia” w wykonywaniu zobowiązań. W ocenie Odwołującego tego rodzaju sformułowanie może prowadzić do wątpliwości Interpretacyjnych, albowiem kara umowna, zgodnie z art. 484 Kodeksu cywilnego, jest formą zryczałtowanego odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Natomiast z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązaniem mamy do czynienia w razie winy dłużnika. Z tego względu właściwym określeniem dla kary umownej jest „zwłoka”, a zastrzeżenie kary umownej za „opóźnienie” może prowadzić do sporów i wątpliwości interpretacyjnych co do ważności i skutków prawnych przedmiotowych klauzul umownych.

Ponadto, na kanwie innych zbieżnych rodzajowo postępowań przetargowych można stwierdzić, iż zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne są rażąco wygórowane i nie przystają do charakteru naruszeń, odośnie których je przewidziano. W szczególności, na rażąco wygórowanie kar umownych wpływa sposób obliczania wysokości niektórych z nich. Kary umowne za opóźnienie określone w pkt 1) i 5) obliczane są bowiem za każdy rozpoczęty tydzień, co sprawia, iż w razie opóźnienia trwającego nawet jeden dzień wykonawca zapłaci karę umowną skalkulowaną za cały tydzień.

Zamawiający nie sprecyzował, czy jazdę obserwowaną po wstępnym odbiorze technicznym przerywa ujawnienie się każdej wady, czy też tylko wady wyłączającej pojazd z eksploatacji.

Kwestia ma ta również związek z brakiem precyzyjnej definicji awarii (zarzut nr 2). W ocenie Odwołującego za zgodne z funkcją tej regulacji można uznać jedynie przerwanie okresu jazdy obserwowanej na skutek takich wad, który wyłączają pojazd z eksploatacji.

W przeciwnym bowiem razie nawet błahe i nieistotne wady mogłyby przerywać okres jazdy obserwowanej, co pozbawione byłoby jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego.

Zamawiający zaniechał również wskazania, iż to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za pojazd w czasie jego eksploatacji (w tym odpowiada za jego ubezpieczenie), co mogłoby prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych w tym zakresie. W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw do obciążania taką odpowiedzialnością wykonawcy, ponieważ pojazd będzie eksploatowany przez Zamawiającego w warunkach rzeczywistej eksploatacji (jazda z pasażerami na szlaku).

Ad. 7) W § 6 ust. 2 pkt 8) załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przeprowadzania odbiorów komisarycznych. Jednakże Zamawiający nie określił maksymalnej ilości odbiorów w danym miesiącu. Przedmiotowy brak ma istotne znaczenie dla wykonawców, ponieważ koszty odbiorów komisarycznych ponosi wykonawca. Z tego względu określenie maksymalnej dopuszczalnej liczby odbiorów w miesiącu, których może żądać Zamawiający, jest niezbędne dla oszacowania kosztów w celu złożenia oferty w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego.

Ad. 8) W § 8 ust. 4 załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zobowiązał wykonawcę do udzielenia gwarancji jakości na każdą ze świadczonych usług utrzymania (od P1 do P3). Poniżej jednak Zamawiający podał: „Gwarancja obejmuje wszystkie wykryte podczas eksploatacji pojazdów usterki/uszkodzenia”. Otóż tego typu postanowienie może wprowadzać w błąd co do zakresu gwarancji na świadczone usługi. Jego literalna treść sugeruje bowiem, iż wykonawca będzie zobowiązany do usuwania wszelkich usterek/uszkodzeń pojazdu, co stanowi istotę gwarancji na pojazd, a nie na usługę serwisową. Należy przy tym zauważyć, iż w § 8 ust. 1 wykonawca udziela gwarancji jakości na cały pojazd na okres 48 miesięcy i w tym zakresie jak najbardziej racjonalne i uzasadnione jest usuwanie wszelkich usterek/uszkodzeń. Natomiast odrębnym świadczeniem jest gwarancja na poszczególne usługi serwisowe, które będą

wykonywane przez okres 18 lat. Gdyby zrównać zakres tych gwarancji, oznaczałoby to, iż w zasadzie Zamawiający otrzyma gwarancję na cały pojazd (wszelkie uszkodzenia), nie na okres 48 miesięcy, ale na okres 18 lat, co byłoby absurdalne, a ponadto sprzeczne z samą treścią § 8 ust. 1 wzoru umowy ramowej.

Co więcej, zobowiązanie wykonawcy do usuwania wszelkich usterek/uszkodzeń pojazdu w ramach gwarancji jedynie na usługę serwisową narusze istotę tego typu zobowiązania. Gwarancja, jako świadczenie uboczne, w stosunku do samej usługi nie może bowiem być szersza zakresowo niż sama usługa, a do takiej sytuacji by doszło. Przykładowo, zgodnie

z załącznikiem nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych w zakresie przeglądu P1 mieszczą się: „2. Ocena stanu zasadniczych zespołów, podzespołów i układów pojazdu kolejowego, mających wpływ na bezpieczeństwo ruchu pojazdu. 2. Zaopatrzenie pojazdu kolejowego w materiały eksploatacyjne. 3. Ewentualna wymiana zużytych w trakcie eksploatacji elementów szybko zużywających się”.

Usługa serwisowa przeglądu P1 obejmuje zatem wyłącznie podstawowe prace weryfikacyjne niektórych podzespołów pojazdu i na owe prace wykonawca może udzielić Zamawiający gwarancji. Brak jest jakichkolwiek racjonalnych podstaw dla żądania od wykonawcy dla usuwania w ramach tej gwarancji uszkodzeń innych niż wynikające z nienależytego wykonania przedmiotowych prac, np. naprawy uszkodzeń podzespołów, które nie mieszczą się w zakresie P1. Tego typu żądanie wykracza zatem poza przedmiot świadczenia, a ponadto wykonawca nie otrzyma z tego tytułu żadnego dodatkowego wynagrodzenia, co narusza podstawą zasadę odpłatności zamówienia publicznego. Z tego względu Odwołujący domaga się usunięcia lub zmiany wskazanego wyżej wprowadzającego w błąd i bezprawnego postanowienia.

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do usuwania wszelkie usterek pojazdu w ramach udzielonej gwarancji na pojazd w terminie 2 dni kalendarzowych. Ze względu na stopień zaawansowania technicznego pojazdu jest to termin niemożliwy do zachowania, nawet przy posiadaniu stosownych części zamiennych. Należy bowiem zauważyć, iż usuwanie części usterek wymaga wyłączenia pojazdu z eksploatacji lub nawet częściowego demontażu elementów przy użyciu wyspecjalizowanych narzędzi i zaplecza. Nierealny i nieprzystający do przedmiotu zamówienia jest również termin 7 dni na wymianę części na nowe. W tym zakresie wypada zauważyć, iż żaden z producentów pojazdów nie posiada na stanie magazynowym wszystkich części zamiennych, np. zespołu napędowego, a okres oczekiwania na części zamienne od producenta to minimum 30 dni. Z tego względu Odwołujący wnosi o nakazie Zamawiającemu zmiany przedmiotowych terminów, tak, aby były one możliwe do zachowania.

Ad. 10) W rozdziale nr III ust. 7 załącznika nr 10 do wzoru umowy ramowej – załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) Zamawiający wprowadził wymagane terminy usuwania wad symulatora. Wskazane terminy są jeszcze krótsze niż terminy usuwania wad pojazdów (które są obiektywnie niemożliwe do zachowania). Należy w szczególności zwrócić uwagę na termin 2 godzin na reakcję serwisową oraz 8 godzin na usuwanie usterek. Nawet zakładając, iż wykonawca będzie dysponował zespołem serwisowym w miejscu posiadania symulatora, przedmiotowe terminy są zbyt krótkie, aby było możliwe ich dotrzymanie.

Ad. 11) W § 10 ust. 1 załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zdefiniował zakres wymaganych usług serwisowych. W pkt 1) - 5) Zamawiający

zawarł opis czynności jakich oczekuje do wykonania w ramach usług serwisowych. Jednakże w pkt 6) zawarł postanowienie o treści: „inne czynności niezbędne do utrzymania pełnej sprawności pojazdów w okresie świadczenia usług serwisowych”, które w zasadzie niweczy jakąkolwiek precyzyjność zakresu usług serwisowych i uniemożliwia ich wycenę w celu sporządzenia oferty.

Jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia jest podstawowym obowiązkiem zamawiającego w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może posługiwać się blankietowymi i ogólnikowymi stwierdzeniami. Należy zauważyć, iż usługi serwisowe określone w §10 ust. 1 wzoru umowy ramowej stanowią utrzymanie pojazdów kolejowych w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów

kolejowych. Nie można tych usług zrównywać z instytucją gwarancji jakości uregulowaną w § 8 wzoru umowy ramowej. Jeżeli Zamawiający oczekuje od wykonawcy jakiś usług niezbędnych w jego ocenie do utrzymania sprawności pojazdu, to powinien je wskazać, tak jak to zrobił w pkt 1) - 5), a nie posługiwać się blankietowym stwierdzeniem „inne czynności”. Wypada przy tym zauważyć, iż przy brzmieniu wzoru umowy, wykonawca *de facto* nie wie, jaki jest oczekiwany zakres usługi, co sprawia, że nie jest w stanie jej wycenić.

Ad. 12) W § 10 ust. 5 załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia § 30 ust. 1 Zamawiający postanowił, iż usuwanie uszkodzeń w określonych przypadkach jest wyłączone z zakresu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w ust. 5 Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek utrzymywania części zamiennych, tak, aby było możliwe usunięcie owych wyłączonych usterek/awarii było możliwe w terminie 30 dni. W pierwszej kolejności wypada wskazać, iż jeżeli jakieś usługi są wyłączone z przedmiotu zamówienia, to brak jest podstaw do nakładania na wykonawcę obowiązku spełnienia świadczeń związanych z owymi usługami. We wzorze umowy Zamawiający ma bowiem prawo wskazywać wyłącznie takie obowiązki, którego są związane z przedmiotem zamówienia i są objęte wynagrodzeniem umownym. Co więcej, Zamawiający nie sprecyzował, jakie to części zamienne miałby utrzymywać wykonawca i czy zobowiąże się je odkupić po wygaśnięciu umowy. Jeżeli bowiem wykonawca miałby składować wszelkie części zamienne, to musiałby ponieść koszt materiałowy podwójnej ilości pojazdów w stosunku do zamówionych przez Zamawiającego, co byłoby z oczywistych względów absurdalne. Wypada przy tym podkreślić, iż zgodnie z ust. 3 Zamawiający jedynie może zamówić owe części, a nie jest to tego zobowiązany. Z tego względu żądanie utrzymania stanu magazynowego nakłada na wykonawcę nieodpłatne świadczenie; co narusza zasadę ekwiwalentności umów i odpłatności zamówienia publicznego.

Podobną konstatację jak w zakresie zarzutu nr 11) i 12) należy poczynić w stosunku do zobowiązania zawartego w § 11 ust. 6 załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby wykonywał niezidentyfikowane

prace dodatkowe dotyczące przeglądu P4 bez odrębnego wynagrodzenia. Należy zauważyć, iż przedmiotem zamówienia, objęte są usługi serwisowe, w tym w ramach opcji przegląd P4 w zakresie zdefiniowanym w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych oraz Dokumentacji Systemu Utrzymania. Prace dodatkowe, jak sama nazwa wskazuje, stanowią prace nieobjęte przedmiotem zamówienia. Aby zapewnić jakąkolwiek ekwiwalentność świadczenia, za owe prace dodatkowe wykonawcy powinno przysługiwać odrębne wynagrodzenie, tym bardziej, że Zamawiający nie precyzuje w umowie ramowej zakresu owych prac dodatkowych, co sprawia, iż wykonawca nie jest w stanie skalkulować ich kosztów i wliczyć w cenę ofertową.

Ad. 14) Zamawiający wskazał § 10 ust. 4 załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż wykonawca jest uprawniony do korzystania z zaplecza technicznego posiadanego przez Zamawiającego; a usługi serwisowe pojazdów dwuczłonowych od 2020 r. będzie zobowiązany do wykonywania z wykorzystaniem zaplecza posiadanego przez Zamawiającego oraz jego pracowników. Zamawiający nie podał jednak wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca będzie zobowiązany zapłacić za korzystanie z zaplecza i pracowników. Wobec takiego stanu rzeczy, wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów korzystania z zaplecza i pracowników, ponieważ nie wie jakiego wynagrodzenia zażąda Zamawiający, a należy mieć na uwadze, iż w zakresie pojazdów dwuczłonowych Wykonawca jest zobowiązany do korzystania z zaplecza i pracowników Zamawiającego, co *de facto* wykluczy jakiegokolwiek negocjacje cenowe w stosunku do żądania cenowego Zamawiającego. Tego typu sformułowanie może również doprowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i. równego traktowania wykonawców, ponieważ umożliwia Zamawiającemu żądanie różnej wysokości wynagrodzenia w zależności od tego, który wykonawca uzyska zamówienie.

Ad. 15) Umowa ramowa przewiduje możliwość udzielenia kilku zdefiniowanych ilościowo i zakresowo zamówień, które dotyczą dwóch rodzajów pojazdów: pięcioczłonowych i dwuczłonowych. Ze struktury formularza cenowego wynika, że pomimo takiego podziału wykonawca nie może zaoferować różnych cen jednostkowych pojazdów w ramach różnych zamówień. Jednakże, wzór umowy ramowej prowadzi do wniosku, iż różne ceny jednostkowe w ramach różnych zamówień są akceptowalne przez Zamawiającego. Wskazana niejednoznaczność może doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców

i nieporównywalności ofert.

Ad. 16) Zamawiający zobowiązał wykonawcę we wzorze umowy ramowej do udzielenia licencji na korzystanie z dokumentacji i oprogramowania w celach eksploatacyjnych, utrzymaniowych i naprawczych. Jest to żądanie zupełnie zrozumiałe i merytorycznie uzasadnione, z zastrzeżeniem, iż licencja powinna odnosić się wyłącznie do pojazdów dostarczonych na podstawie umowy ramowej. Wobec braku takiego precyzującego

zastrzeżenia, postanowienia licencyjne mogłyby być interpretowane w ten sposób, że Zamawiający będzie uprawniony do korzystania z dokumentacji w celach eksploatacyjnych, utrzymaniowych i naprawczych wszelkich pojazdów, również nieobjętych przedmiotem umowy ramowej, co wykraczałoby poza przedmiot zamówienia i czyniłoby owe postanowienia niezwiązanymi z istotą zobowiązania głównego.

Posiadany przez producentów *know-how*, w tym dokumentacja i oprogramowanie, posiada wysoką wartość rynkową, a w przypadku gdyby Zamawiający zamierzał uzyskać prawo do wykorzystania dokumentacji i oprogramowania także do obsługi innych pojazdów niż objęte przedmiotem umowy ramowej, to powinien ogłosić odrębne zamówienie na nabycie praw do dokumentacji technicznej i oprogramowania. Z tego względu, obecna treść postanowień licencyjnych wymaga i doprecyzowania celem zapewnienia pełnej precyzności wymagań Zamawiającego.

Ad. 17) i 18) Zamawiający w niniejszym postępowaniu odstąpił od ogólnej reguły określonej w art. 100 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą umowę ramową zawiera się na okres nie dłuższy niż 4 lata. Zamawiający podkreślił przy tym w treści wzoru umowy ramowej, iż jest jedynie uprawniony, a nie zobowiązany do składania zamówień objętych zakresem umowy ramowej. Podkreślenia wymaga przy tym, iż zawierania umowy ramowej na tak długi okres w przypadku taboru szynowego jest rzadko spotykane, a pojazdy szynowe są projektowane i produkowane pod konkretne zamówienie. Zamawiający powinien zatem zadbać, aby w umowie ramowej znalazły się odpowiednie postanowienia, które zapewniałyby ekwiwalentność świadczeń oraz zapobiegały powstaniu świadczeń niemożliwych. W pierwszej kolejności należy wskazać na brak jakiegokolwiek mechanizmu indeksacji cen pojazdów. O ile w stosunkowo krótkim okresie, tj. np. rok, można uznać za akceptowalne, aby ryzyko związane ze wzrostem cen np. materiałów i zmian kursów walut, przyjął na siebie w całości wykonawca, to przy zawieraniu umowy ramowej na 8 lat i niesprecyzowaniu wiążących dat składania poszczególnych zamówień (Zamawiający wskazał, iż prognozowane terminy składania zamówień nie mają dla niego charakteru wiążącego), konieczne staje się wprowadzenie jakiegoś mechanizmu indeksacji cen pojazdów. Oczywistym jest bowiem, iż wynagrodzenie za świadczenie usług serwisowych i przeglądu P4 będą indeksowane w oparciu o wskaźnik „Produkcja sprzedana przemysłu ogółem”. Skoro zatem Zamawiający dostrzega potrzebę waloryzacji wynagrodzenia za te świadczenia uboczne, to brak jest racjonalnych powodów dla zaniechania wprowadzenia mechanizmu waloryzacji w stosunku do wynagrodzenia za dostawę pojazdów. Odwołujący podnosi również, iż Zamawiający w umowie ramowej domaga się, aby wszystkie pojazdy w ramach trwającej 8 lat umowy ramowej były pojazdami tego samego typu i modelu. Otóż przedmiotowy wymóg, ze względów powyższych, będzie prowadził do świadczenia niemożliwego. Jeżeli bowiem dojdzie np. do zmian prawnych, to z dużym prawdopodobieństwem można powiedzieć, iż aby uzyskać zezwolenie na dopuszczenie do

eksploatacji konieczna będzie zmiana typu pojazdu. Przedmiotowy wymóg nie ma również uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego. Wystarczające byłoby bowiem sprecyzowanie, iż każdy z dostarczanych w ramach umowy ramowej pojazdów powinien spełniać tożsame wymagania techniczne określone w umowie ramowej.

Ad. 19) We wzorze umowy ramowej Zamawiający zamieścił definicję wady systemowej, która jest nieproporcjonalna do przedmiotu umowy ramowej. Przedmiotem umowy ramowej jest dostawa 71 pojazdów, w tym 61 pojazdów pięciocłonowych. Ze względu na wskazany wolumen uznawanie za wadę systemową uszkodzenia występującego w zaledwie dwóch pojazdach narusza istotę tej instytucji umownej. Z tego względu konieczne jest dokonanie zmiany i wskazanie, że za wadę systemową uznaje się wadę występującą w co najmniej 10% pojazdów, nie mniej jednak niż dwóch, co w dostateczny sposób zabezpiecza interesy stron i będzie zgodna z powszechną praktyką dla tego typu umów.

Ad. 20) Zamawiający wskazał we wzorze umowy ramowej, iż będzie uprawniony do

weryfikacji zadeklarowanej przez wykonawcę masy eksploatacyjnej pojazdu w ramach odbiorów technicznych. Zamawiający nie wskazał jednak norm i zasad owej weryfikacji. W szczególności Zamawiający nie sprecyzował, czy w zakresie weryfikacji znajdzie zastosowanie norma EN15654-2 oraz nie zdefiniował krotności pomiaru do wyliczenia średniej i niepewności pomiarowej. Powyższa niejednoznaczność może prowadzić do przyjęcia przez wykonawców różnych założeń i w konsekwencji do nieporównywalności ofert i nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1208/17

Odwołujący – P.S.P.B. S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 w związku z art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez rozróżnienie w pkt XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia ppkt 1, tabela, wiersz 8, 9, 10, 11 wymogu trwałości kół monoblokowych pojazdów dwuczłonowych i pięcioczłonowych na koła monoblokowe napędne oraz koła monoblokowe toczne co stanowi nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 7 oraz art. w związku z art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie w pkt. XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia ppkt 5, 3) dla potrzeb obliczenia energii trakcyjnej, której wartość stanowi kryterium oceny ofert, odcinka referencyjnego W. Wschodnia – S. – W. Wschodnia, w sposób powodujący nierówne traktowanie wykonawców,
3. art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia określonego w załączniku nr 2.1 do Umowy Ramowej, Rozdział I – Wymagania techniczne dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, pkt. 3.7, tabela, wiersz pierwszy, kolumna pierwsza oraz w załączniku nr 2 do Umowy Ramowej, Rozdział I – Wymagania techniczne pięcioczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, pkt. 3.7,

tabela, wiersz pierwszy, kolumna pierwsza w sposób niejednoznaczny i niedostatecznie wyczerpujący, tj. poprzez żądanie, aby pojazd miał być wyposażony w urządzenia ETCS systemu zarządzania ruchem kolejowym ERTMS; poziom 2, baseline w wersji co najmniej 3.4.0.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści:

1. pkt XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia ppkt 1, tabela, wiersz 8, 9, 10, 11 poprzez usunięcie rozróżnienia wymogu trwałości kół monoblokowych w pojazdach dwuczłonowych i pięcioczłonowych na koła monoblokowe toczne i napędne oraz ujednolicenie wymogu trwałości kół monoblokowych do kół monoblokowych ujętych zbiorczo, zsumowanie punktacji i w związku z tym nadanie niniejszemu postanowieniu następującego brzmienia: „8. TkmnS – Trwałość kół monoblokowych w pięcioczłonowych elektrycznych zespołach trakcyjnych – 10%, 9. Tkmn2 – Trwałość kół monoblokowych w dwuczłonowych elektrycznych zespołach trakcyjnych – 4%”
2. pkt XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia ppkt 5, 3) poprzez nadanie mu brzmienia: „Dla potrzeb obliczenia energii trakcyjnej (bez rekuperacji) zużywanej przez pojazdy do obliczeń teoretycznych należy przyjąć jeden z odcinków referencyjnych tożsamy z trasą, na której będą obsługiwane połączenia przez pojazdy, których dostawa stanowi przedmiot niniejszego zamówienia: R. – W. – W. – W. – R..”
3. załącznika nr 2.1 do Umowy Ramowej, Rozdział I – Wymagania techniczne dwuczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, pkt. 3.7, tabela, wiersz pierwszy, kolumna pierwsza oraz załącznika nr 2 do Umowy Ramowej, Rozdział I – Wymagania techniczne pięcioczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, pkt. 3.7, tabela, wiersz pierwszy, kolumna pierwsza poprzez nadanie mu brzmienia: „Pojazd ma być wyposażony w urządzenia ETCS systemu zarządzania ruchem kolejowym ERTMS: poziom 2, baseline w wersji co najmniej 2.3.0.”

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał:

Ad. 1) Rozróżnienie kryterium oceny ofert w zakresie trwałości kół monoblokowych na koła monoblokowe napędne oraz toczne wskazuje na preferowanie jednego wykonawcy, tj. spółki S.P., która jest producentem elektrycznego zespołu trakcyjnego o nazwie handlowej Flirt 3, który jako jedyny na rynku posiada koła monoblokowe napędowe o innej średnicy niż koła monoblokowe toczne. Pozostali producenci pojazdów szynowych stosują jednakowy wymiar średnicy kół tocznych i napędowych. Wytrzymałość kół napędowych i tocznych będzie różnić się ze względu na ich średnicę, co powoduje, że producent z kołami

monoblokowymi napędnymi i tocznymi o takiej samej średnicy będzie miał podobne zużycia kół, więc zadeklaruje w ofercie takie same wartości dla tych dwóch parametrów. Spółka S.P. ze względu na stosowane różnice w średnicach kół monoblokowych może podać różne wartości, dzięki czemu na jednym ze wskazanych kryteriów może zyskać więcej punktów niż

konkurencja. W przypadku ujednolicenia kryterium w postaci wyłączenia rozróżnienia na koła monoblokowe napędne oraz toczne, S. musiałby podać wartość najniższą tj. wartość dla kół najszybciej zużywających analogicznie jak inni wykonawcy. Takie rozwiązanie zapewniłoby równe traktowanie wykonawców i doprowadziłoby do wyeliminowania naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w związku z art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które to naruszenie w obecnej sytuacji niewątpliwie ma miejsce.

Ad. 2) Trasa referencyjna na odcinku W. – S. – W. to trasa, na której pojazdy na co dzień eksploatuje tylko jeden producent pojazdów szynowych, tj. spółka S.P., między innymi dlatego, że spółka ta ma siedzibę w S.. Wybór trasy referencyjnej, na której codziennie pojazdy eksploatuje tylko jeden z producentów pojazdów szynowych i która obejmuje swoim zasięgiem siedzibę tego producenta jest przejawem nierównego traktowania wykonawców chcących wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, albowiem spółka S.P. ma dokładne dane na temat zużycia energii na tym odcinku, które na bieżąco weryfikuje i aktualizuje w przeciwieństwie do innych potencjalnych wykonawców, więc jako jedyny z potencjalnych wykonawców nie musi ponosić dodatkowych kosztów związanych z przeprowadzeniem obliczeń energii trakcyjnej na tym odcinku, co powoduje, że może zaoferować korzystniejszą cenę w przeciwieństwie do innych potencjalnych wykonawców, którzy koszty te będą ujmować w cenie oferty. Trasa referencyjna zgodnie ze swoim przeznaczeniem powinna odnosić się do rzeczywistości i stanowić swoisty punkt odniesienia, tak, aby być jak najbardziej zbliżona do trasy, po której w warunkach normalnej eksploatacji porusza się pojazd. Tylko taka weryfikacja parametrów ma odniesienie do rzeczywistych wartości zużycia energii trakcyjnej w warunkach normalnego użytkowania na trasach, po których zgodnie z rozkładem jazdy porusza się pojazd.

Ad. 3) Na chwilę obecną żadna firma produkująca systemy ETCS, nie posiada certyfikatu TSI CCS 2016 i co się z tym wiąże, również potwierdzenia spełnienia dla systemu zarządzania ruchem kolejowym ERTMS na poziomie 2 baseline w wersji co najmniej 3.4.0. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia nie został sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, albowiem nie można uznać, że wymóg zainstalowania na pojeździe systemu, który nie uzyskał certyfikacji przez jakiegokolwiek producenta, został określony za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, które uwzględniają wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający wniósł o oddalenie obu odwołań w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wykonawcy P.S.P.B. S.A. Zamawiający wskazał:

Ad. 1) Koła toczne i koła napędne podlegają różnemu zużyciu. Wolniejsze zużywanie się kół tocznych aniżeli napędnych jest zjawiskiem naturalnym. Wynika ono między innymi z faktu, że koła napędne obracają się z większym poślizgiem przy rozruchu niż koła toczne, gdzie

takie zjawisko podczas ruszania nie występuje. Powyższe potwierdzają rzeczywiste dane z eksploatacji pojazdów, np. pojazdów typu 45WE, gdzie zastosowano koła toczne i napędne o takiej samej średnicy. W związku z powyższym istotne jest dla Zamawiającego rozróżnienie zużycia kół tocznych od napędnych, gdyż wartości te mogą być diametralnie różne. Zatem nie jest zasadnym żądanie usunięcia rozróżnienia wymogu trwałości poszczególnych rodzajów kół, bowiem ich trwałość ma różne wartości i nie należy oceniać ich trwałości w sposób jednolity. Zamawiający nie precyzuje wymogu w zakresie takiego samego lub różnego rozmiaru kół napędnych i tocznych, w związku z czym wykonawca może zastosować dowolną konstrukcję, która w jego ocenie będzie najbardziej korzystna.

Ad. 2) Zamawiający wyznaczając jako odcinek referencyjny odcinek W. Wschodnia – S. – W. Wschodnia, kierował się obiektywnymi przesłankami. Jest to odcinek zmodernizowany i dostosowany do obowiązujących przepisów w zakresie konstrukcji i budowy toru i sieci trakcyjnej. Nie będzie on też w najbliższym czasie poddawany żadnym gruntownym remontom i przebudowom. Ponadto jest to odcinek, na którym odnotowuje się najmniej zakłóceń ruchowych (opóźnień, nieplanowych zatrzymań pociągów itp.). Umożliwi

to Zamawiającemu poprawną weryfikację zadeklarowanego zużycia energii trakcyjnej w warunkach rzeczywistych. Zaproponowany przez Odwołującego odcinek R. – W. – W. – W. – R. znajduje się obecnie w przebudowie, w związku z czym niemożliwe jest przeprowadzenie dla niego obliczeń teoretycznych, czy też weryfikacja rzeczywistego zużycia energii.

Dane pochodzące z systemu pomiarowego zużycia energii elektrycznej przez pojazdy służą do rozliczania się z dostawcą energii, a producent pojazdu nie ma do nich dostępu. W związku z tym niezrozumiały jest zarzut, że jeden z wykonawców może znajdować się w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych producentów. Zamawiający planuje zawrzeć umowę ramową na dostawę pojazdów o zupełnie nowej i odmiennej konstrukcji (np. inna długość, masa i wyposażenie), niż dotychczas eksploatowane pojazdy, zatem obliczenia dotyczące zużycia energii muszą być przeprowadzone dla pojazdów

warunki w istotnych zamówienia spełniających określone specyfikacji warunków w niniejszym postępowaniu, nie zaś dla pojazdów obecnie eksploatowanych przez Zamawiającego. Ponadto w związku z faktem, że na odcinku W. Wschodnia – S. – W. Wschodnia eksploatowane są również pojazdy innych producentów, w tym pojazdy Odwołującego, podniesiony zarzut jest całkowicie bezzasadny.

Ad. 3) Zgodnie z punktem 7.4.2.1 „Nowe pojazdy” ust. 3 Rozporządzenia Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie” systemu kolei w Unii Europejskiej, „od dnia 1 stycznia 2019 r. zestaw specyfikacji nr 1 wymieniony w tabeli 2.1 załącznika A do niniejszej TSI nie ma zastosowania do nowych pojazdów dopuszczonych do eksploatacji po raz pierwszy.” Wskazany zestaw specyfikacji nr 1 (baseline 2) nie będzie mógł być zatem stosowany po

1 stycznia 2019 r., a wykonawca będzie miał obowiązek stosowania zestawu specyfikacji nr 2 (baseline 3). Wymóg postawiony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest zatem w pełni uzasadniony. Ponadto brak jest podstaw do uznania, iż opis w tym zakresie nie został sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

Odnosnie wszystkich powyższych zarzutów – to Odwołującego obciąża ciężar udowodnienia okoliczności wskazywanych w treści odwołania. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. Zamawiający zaprzeczył sugestiom Odwołującego dotyczącym rzekomego preferowania jednego wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wykonawcy N. S.A.

Ad. 1) Zamawiający zmienił treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzając maksymalne limity dotyczące trwałości kół monoblokowych napędnych i tocznych.

Ad. 2) Zamawiający zmienił treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzając nowe definicje awarii, usterki i naprawy awaryjnej.

Ad. 3) Zamawiający zmienił treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanego w odwołaniu ryzyka o dwukrotnym naliczeniu kary, którego dotyczy zarzut odwołania.

Ad. 4) Zamawiający zmodyfikował treść § 4 ust. 5 i 6 załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzoru umowy ramowej przez podwyższenie łącznego limitu kar umownych z tytułu niedotrzymania wymaganej wartości współczynnika niezawodności dla danego pojazdu z 5 % do 10 %, usunął postanowienie o karze dodatkowej oraz zmienił treść postanowienia dotyczącego obowiązku dostarczenia przez wykonawcę nowego pojazdu o identycznych parametrach i konstrukcji w przypadku, gdy współczynnik niezawodności pojazdu będzie niższy niż od 0,88 w co najmniej dwóch cyklach.

Ad. 5) Zamawiający zmienił postanowienia wzoru umowy ramowej. Termin „opóźnienie” został zastąpiony terminem „zwłoka”. Ponadto Zamawiający zmienił postanowienia dotyczące niektórych kar umownych określonych w § 15 wzoru umowy ramowej, obniżając wysokość niektórych z nich.

Ad. 6) Zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazując przyczyny mogące spowodować przerwanie jazdy obserwowanych.

Ad. 7) Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu. Zamawiający wyjaśnił, że zakres odbiorów komisarycznych przeprowadzanych przez Zamawiającego wynika z Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru pojazdu, czyli dokumentacji technicznej, którą opracuje producent pojazdu. W związku z powyższym to wykonawca będzie posiadał pełną wiedzę o zapotrzebowaniu na pracę komisarzy odbiorczych Zamawiającego niezbędną do

skalkulowania oferty. Zamawiający przewiduje, że komisarz odbiorczy będzie dostępny dla wykonawcy przez okres realizacji umowy, w dni robocze, przez 8 godzin dziennie.

Ad. 8) Zamawiający dokonał zmiany treści załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Wzór umowy ramowej w ten sposób, że w § 8 w ust. 4 ostatnie zdanie otrzymało brzmienie: „Gwarancją objęte są wszystkie czynności, które są wykonywane podczas konkretnego poziomu utrzymania.”

Ad. 9) Zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. wprowadzając dłuższe terminy usunięcia uszkodzenia, wprowadzając termin 3 dni roboczych od powiadomienia dla awarii oraz termin 7 dni roboczych od powiadomienia dla usterki.

Ad. 10) Zamawiający dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. wprowadzając dłuższy czas reakcji Wykonawcy/Gwaranta na zgłoszenie usterki symulatora i podjęcie działań oraz dłuższy czas usunięcia usterki systemu.

Ad. 11) Zamawiający doprecyzował postanowienia wzoru umowy ramowej o innych czynnościach wykonywanych w ramach serwisu pojazdów.

Ad. 12) Zamawiający usunął postanowienie § 10 ust. 5 wzoru umowy ramowej.

Ad. 13) Zamawiający wyjaśnił, że w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych jednoznacznie określono, że poziom utrzymania P4 obejmuje także naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach. Na podstawie posiadanej wiedzy o pojeździe wykonawca może zatem z minimalnym ryzykiem oszacować prawdopodobieństwo wystąpienia konieczności wykonania określonych napraw. Jest to tym bardziej możliwe mając na względzie fakt, że wykonawca będzie odpowiadał za utrzymanie pojazdu w całym okresie jego użytkowania. Ponadto za opracowanie całego systemu utrzymania odpowiada producent pojazdu. Niemniej jednak Zamawiający zmodyfikował treść § 11 ust. 6 wzoru umowy ramowej.

Ad. 14) Zamawiający zmodyfikował postanowienia wzoru umowy ramowej wskazując dodatkowe dane niezbędne do przygotowania oferty.

Ad. 15) Zamawiający doprecyzował treść załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Formularza Oferty.

Ad. 16) Zamawiający doprecyzował wzór umowy ramowej.

Ad. 17) Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu. W ocenie Zamawiającego cena pojazdów powinna być stała i brak podstaw do wprowadzenia mechanizmu jej indeksacji. Należy mieć przy tym na uwadze treść art. 2 ust. 9a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym ilekroć w ustawie jest mowa o umowie ramowej, należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym, a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Art. 134 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający może zawrzeć umowę ramową na okres nie dłuższy niż 8 lat, chyba że zachodzą wyjątkowe

sytuacje uzasadnione przedmiotem umowy. W niniejszym postępowaniu umowa ramowa ma być zawarta na okres 8 lat. Odnosnie zarzutu dotyczącego braku „gwarancji w zakresie ilości i terminów zamówienia pojazdów” należy również odwołać się do definicji umowy ramowej, która została określona w art. 2 ust. 9a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Zawarcie umowy ramowej nie jest równoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. Udzieleniem zamówień będzie dopiero zawarcie poszczególnych umów realizacyjnych. Istotą umowy ramowej jest istnienie uprawnienia, a nie obowiązku Zamawiającego, do zawarcia umów realizacyjnych na jej podstawie.

Ad. 18) Zamawiający nie uwzględnił tego zarzutu. W § 22 ust. 3 pkt 7 wzoru umowy ramowej Zamawiający wskazał, że zmiany umowy wykonawczej mogą być dokonane za zgodą stron umowy wykonawczej, jeżeli konieczność ich wprowadzenia wyniknie z aktualizacji rozwiązań projektowych z uwagi na postęp technologiczny lub dostosowania do aktualnie obowiązujących przepisów. Jeżeli wskutek zmian przepisów prawa powstanie konieczność zmiany typu pojazdu kolejowego aby uzyskać zezwolenie na dopuszczenie go do

eksploatacji, strony zawarą stosowny aneks do umowy uwzględniający zmianę okoliczności w tym zakresie.

Ad. 19) Zamawiający zmienił definicję wady systemowej pojazdów kolejowych.

Ad. 20) Zamawiający zmienił postanowienia wzoru umowy ramowej odstępując od weryfikacji przez Zamawiającego masy pojazdu, jednocześnie zastrzegając sobie prawo do udziału w weryfikacji masy pojazdu u Wykonawcy.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz zaprezentowaną argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający nie uwzględnił żadnego z odwołań, ale 26 czerwca 2017 r. dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w podniesionych zarzutach.

W konsekwencji odwołujący N. S.A. wycofał zarzuty nr 1, 2, 3, 7, 8, 12, 14, 15, 16, 19. Zarzuty te zatem nie były przez Izbę rozpoznawane.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania wykonawcy N. S.A. (sygn. KIO 1206/17) Izba stwierdziła, że postawione zarzuty odnoszą się do załącznika nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli do wzoru umowy ramowej.

Jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Tym samym zakres kontroli Izby w postępowaniu odwoławczym skupiony jest wokół legalności działania zamawiającego.

Podstawową zasadą prawa cywilnego w zakresie zobowiązań jest zasada swobody umów. Zgodnie z art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

W ramach zamówień publicznych zasada ta doznaje pewnych ograniczeń, polegających m.in. na tym, że co do zasady to zamawiający określa postanowienia umowne (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych), najczęściej w postaci wzoru umowy. Tak też jest w niniejszym przypadku.

Z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przepis ten można odnieść także do innych części specyfikacji istotnych warunków zamówienia niż jedynie opisana jako „opis przedmiotu zamówienia”, określających przedmiot i sposób wykonania zamówienia, np. do warunków realizacji umowy. Z przepisu tego nie można jednak wywodzić, że, aby opis wymagań był wyczerpujący i dostatecznie dokładny, należy go uszczegóławiać aż do etapu omówienia najmniejszego szczegółu.

Oczywiste jest, iż analizując każdy przygotowany wzór umowy da się stwierdzić, iż do projektowanej umowy można by wprowadzić rozwiązania inne, lepsze, bardziej szczegółowe, korzystniejsze dla którejś ze stron itd., co jednak nie oznacza, że już istniejące rozwiązania naruszają przepisy prawa lub są nieakceptowalne ze względu na ich jakość.

Podobnie każde postanowienie umowy można uszczegóławiać wręcz w nieskończoność, jednak nie oznacza to, że jest to postępowanie racjonalne. W obiegu prawnym bowiem nie bez przyczyny, czy to w przepisach, czy postanowieniach umownych, istnieją całe klauzule, jak i poszczególne pojęcia i frazy zachowujące duży stopień generalności, niedookreśloności, przykładowości czy otwartości. Podobnie przyjęte jest w zobowiązaniach, że mogą one powstawać również na zasadzie ryzyka, także w zakresie przyjęcia na siebie

pewnych ryzyk umownych – zatem na gruncie zamówień publicznych wykonawca musi w cenie oferty takie ryzyko umowne wycenić.

Dodatkowo każda umowa tego typu umieszczona jest w pewnym kontekście związanym z istniejącymi przepisami, używanym językiem branżowym, wiedzą profesjonalną, przyjętymi rozwiązaniami, zwyczajami itd., które wypełniają pewne, ewentualne luki pojęciowe umów.

Podobnie dzieje się w tym przypadku.

Również przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie przyczyn wprowadzenia poszczególnych postanowień umownych i ich interpretacja dokonana przez Zamawiającego wskazują, że nie zostały one wprowadzone bezpodstawnie lub że są nieracjonalne.

Tym samym Izba uznała, że kwestionowane postanowienia umowne nie naruszają prawa.

Odnosząc się do poszczególnych postanowień należy stwierdzić, że:

Co do zarzutu 4.: Zamawiający zmodyfikował częściowo kwestionowane postanowienia.

Sporny pozostał zakres odnoszący się do wady w konstrukcji pojazdu. Jak wskazał Zamawiający, w postanowieniu tym nie chodzi jednak o wadę systemową, do której odnosił się Odwołujący, lecz o usterkowość konkretnych pojazdów nie wynikającą z wady systemowej. Zamawiający zwrócił też uwagę (co odnosi się również do innych zarzutów), że wszelkie opóźnienia, wady pojazdów itd. wpływają na prowadzoną przez niego działalność gospodarczą, zatem ponosi wymierną stratę.

Co do zarzutu 5.: Ustalone kary umowne kwotowo mogą wydawać się wysokie, jednak w porównaniu z wartością przedmiotu umowy, jest to jedynie niewielki ułamek procent.

Według oświadczenia Zamawiającego, które nie było kwestionowane, to ok. 0,0006% dziennie, zatem stawka ta nie przewyższa powszechnie funkcjonującej w obrocie.

Dodatkowo kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą, ale nie jest to jej jedyna funkcja – funkcja mobilizująca kontrahenta często jest dla zamawiających nawet bardziej istotna.

Co do zarzutu 6.: Zamawiający wyjaśnił, że odpowiedzialność za utratę lub uszkodzenie pojazdu oraz jego odpowiednie ubezpieczenie na czas jazdy obserwowanej ponosi wykonawca.

Co do wskazania w § 6 ust. 1 wzoru umowy, że „jazdy obserwowane danego pojazdu może przerwać wyłącznie wystąpienie awarii uniemożliwiającej bezpieczną eksploatację pojazdu...”, które to określenie zostało uznane przez Odwołującego za zbyt niedookreślone, to Izba wskazuje, że w dalszej części postanowienia Zamawiający wymienił siedem rodzajów zdarzeń (brak możliwości samodzielnej jazdy oraz sześć rodzajów usterek), zatem nie można stwierdzić, że Zamawiający nie opisał tego pojęcia. Poza tym pojęcia typu:

„bezpieczna eksploatacja pojazdu” czy „bezpieczna jazda” to pojęcia, do których odnoszą się liczne regulacje dotyczące pojazdów torowych, w tym przepisów prawa, dokumentacji

technicznych, wiedzy zawodowej, zatem wskazanie to nie pozostaje w próżni pojęciowej, lecz jest uzupełniane pojęciami systemowymi.

Z drugiej strony wiadome jest też, że liczba i rodzaj potencjalnych usterek powodują, że co najmniej nadmiernie trudne, jeśli w ogóle możliwe, jest wymienienie *a priori* wszystkich z nich.

Co do zarzutu 9. i 10.: Zamawiający zmodyfikował specyfikację istotnych warunków zamówienia przedłużając wskazane terminy. Dodatkowo oświadczył, że obecnie umowy realizowane są w analogicznych terminach, a nawet krótszych i są to terminy realne. Żaden z wykonawców nie zaprzeczył tej okoliczności.

Co do zarzutu 11.: Zamawiający zmodyfikował kwestionowane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 10 ust. 1). Zamawiający doprecyzował też punkt 6 tego ustępu, z którego wynika, że usługi serwisowe obejmują również „inne czynności niezbędne do utrzymania pełnej sprawności pojazdów w zakresie świadczenia usług serwisowych”. Zamawiający dodał kolejne zdanie: „Zamawiający rozumie czynności wynikające z DTR urzędzeń narzuconych przez ich producentów, które nie zawierają się w przyjętym przez Wykonawcę cyklu przeglądowo-naprawczym pojazdu, a także ewentualne przeglądy sezonowe pojazdu i urzędzeń.”

Zdaniem Izby Zamawiający dokładnie opisał, co rozumie pod wskazanym pojęciem.

Dodatkowo, jak Izba zauważyła już powyżej, dopuszczalne jest przyjęcie/żądanie przyjęcia przez stronę umowy pewnych zobowiązań na zasadzie ryzyka. Należy przyznać rację

Zamawiającemu, że jest to zakres zobowiązania podobny do zobowiązania z gwarancji jakości czy rękojmi za wady.

Również użyte pojęcia należy interpretować z uwzględnieniem wiedzy branżowej. Rację ma też Zamawiający, że nie wiedząc, jakiego konkretnie pojazdu będzie dotyczyła przyszła umowa, nie jest w stanie wskazać tak daleko idących szczegółów, jak oczekiwałby Odwołujący.

Co do zarzutu 13.: Podobnie w zakresie § 11 ust. 6 wzoru umowy – modyfikując specyfikację istotnych warunków zamówienia Zamawiający opisał, co rozumie pod pojęciem „prace dodatkowe” wskazując, że to „naprawy wszystkich elementów, podzespołów, zespołów, które w procesie weryfikacji podczas przyjęcia pojazdu do naprawy zostaną uznane za uszkodzone, o ile ich uszkodzenie nie jest skutkiem dewastacji lub działania osób trzecich. Ewentualne braki usuwane są na koszt Zamawiającego po złożeniu przez niego stosownego zamówienia.”

Zdaniem Izby również w tym wypadku Zamawiający, dokładnie na tyle, ile mógł, opisał, co rozumie pod wskazanym pojęciem. Przypuszczenia Odwołującego, że Zamawiający będzie

dostarczał do przeglądu pojazdy niekompletne i niesprawne nie tyle związane jest z samymi postanowieniami umownymi, co nieprawidłową realizacją umowy. Poza tym należy zwrócić uwagę, że wybrany wykonawca będzie nie tylko świadczył usługi serwisowe, ale też będzie dostawcą, a prawdopodobnie i producentem pojazdów, pojazdy będzie serwisował stale i od ich nowości. Oczywiście jest zatem, że prowadząc najpierw sprzedaż, a potem obsługę pojazdów, Odwołujący powinien prowadzić ewidencję poszczególnych elementów tego pojazdu włącznie z numerami seryjnymi urządzeń w każdym z nich.

Jak Izba wskazywała wcześniej, dopuszczalne jest też żądanie przez Zamawiającego przyjęcia przez wykonawcę pewnych zobowiązań na zasadzie ryzyka. Rację ma też Zamawiający, że nie wiedząc, jakiego konkretnie pojazdu będzie dotyczyła przyszła umowa, nie jest w stanie wskazać tak daleko idących szczegółów, jak oczekiwałby Odwołujący.

Co do zarzutu 17. i 18.: Przewidywany okres trwania umowy ramowej rzeczywiście jest dość długi, gdyż, w zakresie dostaw, wynosi 8 lat. Zrozumiałe jest więc dążenie wykonawców do wprowadzenia postanowień umożliwiających zwiększenie wartości umowy oraz Zamawiającego, by takie zwiększenie nie nastąpiło. Prawdopodobnie bardziej korzystne dla Zamawiającego byłoby też przyjęcie rozwiązań bardziej elastycznych. Jednak przyjęta opcja również nie jest niezgodna z przepisami prawa lub zasadami racjonalności.

Istotne jest też to, że omawiana umowa jest umową ramową, zatem w przypadku takiej zmiany sytuacji, w której realizacja zamówienia na warunkach cenowych określonych w umowie ramowej byłaby krzywdząca dla którejś ze stron, strona ta po prostu nie zawrze umowy wykonawczej.

Zrozumiałe jest także stanowisko Zamawiającego, który nie dopuszcza modyfikacji przedmiotu umowy (pojazdów) poprzez działania strony, bez wprowadzenia stosownego aneksu do umowy.

Co do zarzutu 20.: Jeżeli Zamawiający nie wprowadził opisu sposobu wyliczenia masy eksploatacyjnej pojazdu, czy też nie wskazał, którą z dwóch metod pomiarowych ma przyjąć wykonawca, każdy wykonawca ma prawo skorzystać z tej metody wskazanej normą, która jest dla niego korzystniejsza. Wykonawcy zatem działają na równych prawach.

Należy też zauważyć, że zarzut dotyczy postanowienia umownego, czyli etapu, w którym występują tylko dwa podmioty. Ocena z założenia byłaby odmienna, gdyby zarzut dotyczył kryterium oceny ofert, w takim przypadku bowiem rzeczywiście konieczne jest przyłożenie szczególnej wagi do opisu kryterium dla uzyskania porównywalnych ofert.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wykonawcy P.S.P.B. S.A. (sygn. KIO 1208/17) Izba stwierdziła:

W zakresie zarzutu 1. Izba ustaliła, że Zamawiający wprowadził cztery kryteria oceny ofert odnoszące się do kół: kryterium 8. Tk_{mn} – trwałość kół monoblokowych napędnych w pięcioczęłonowych elektrycznych zespołach trakcyjnych – waga 5%, kryterium 9. Tk_{mt} – trwałość kół monoblokowych tocznych w pięcioczęłonowych elektrycznych zespołach trakcyjnych – waga 5%, kryterium 10. Tk_{mn} – trwałość kół monoblokowych napędnych

w dwuczłonowych elektrycznych zespołach trakcyjnych – waga 2%, Tkmt – trwałość kół monoblokowych tocznych w dwuczłonowych elektrycznych zespołach trakcyjnych – waga 2% (rozdział XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Nie było sporne podczas rozprawy, że koła toczne i koła napędne co do zasady ulegają różnemu zużyciu, przy czym koła toczne są trwalsze. Tym samym Zamawiający, jak wskazał, będzie mógł rzadziej wymieniać koła toczne niż napędne, co wpłynie na niższy koszt nowych kół ponoszony w trakcie eksploatacji pojazdów.

Tym samym Zamawiający, jako uzasadnienie zastosowania tak ustalonego kryterium, wskazał wymierny walor ekonomiczny odnoszący się do kosztu eksploatacji pojazdu.

Jak wynika z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych kryteria oceny ofert służą wyborowi oferty najkorzystniejszej. Kryteria takie mogą odnosić się m.in. do ceny i kosztu czy jakości przedmiotu zamówienia.

Zastosowane kryteria, do których odnosi się zarzut, są więc dozwolone z prawnego punktu widzenia. Nie ma też zakazu, aby zamawiający dodatkowo punktował dane rozwiązanie, jeśli jest ono dla niego wymiennie korzystne i lepsze od innych rozwiązań, nawet jeśli potencjalnie jest ono cechą charakterystyczną tylko danego produktu – na tym polega rozróżnienie i wartościowanie produktów poprzez kryteria oceny ofert. Tym samym zastosowane przez Zamawiającego kryteria odnoszące się do trwałości kół tocznych i napędnych same w sobie są zgodne z przepisami.

Inną kwestią jest, czy ustalona przez Zamawiającego waga kwestionowanych kryteriów jest prawidłowa. Jeśli bowiem, jak w tym przypadku, uzasadnieniem wprowadzenia takich kryteriów są przyczyny ekonomiczne, to wpływ tego kryterium na całokształt oceny oferty – stosunek tego kryterium do kryterium ceny oferty, musi być dla Zamawiającego dodatni ekonomicznie. Nie może być bowiem tak, że na skutek uzyskania dodatkowych punktów w kryterium trwałości kół, Zamawiający poniesie w ramach ceny oferty wyższe koszty niż oczekiwane oszczędności na rzadszej wymianie kół. Podobnie, jeśli inne koszty wymiany (np. koszty dwukrotnego serwisowania, koszty samej usługi wymiany) dodane do kosztów zakupu kół będą wyższe niż koszty jednoczesnej wymiany wszystkich kół.

Jednak ani Odwołujący, ani Zamawiający nie przedstawili Izbie żadnego konkretnego i wiarygodnego obliczenia kosztów wymiany kół ani potencjalnych oszczędności lub strat na przyjęciu tego typu kryterium. Tym samym Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że sporne kryterium zostało błędnie określone.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu 2. Izba stwierdziła, że argumentacja Zamawiającego uzasadniająca wybór odcinka referencyjnego do jazd testowych na trasie W. – S. – W., jest przekonująca. Zamawiający wskazał, że jest to odcinek zmodernizowany i dostosowany do obowiązujących przepisów oraz w najbliższych latach nie jest planowany jego gruntowny remont czy przebudowa, na którym odnotowuje się najmniej zakłóceń ruchowych pociągów, co umożliwi Zamawiającemu poprawną weryfikację zadeklarowanego zużycia energii trakcyjnej. Jest to również odcinek, po którym poruszają się pojazdy różnych producentów, natomiast standardowy odcinek testowy pojazdów firmy S. obejmuje nieco inną trasę.

Wybór tego odcinka, zdaniem Izby, jest bardziej uzasadniony, niż wybór jednego z odcinków wskazywanych przez Odwołującego, które – jak można odnieść wrażenie – były wybierane raczej przypadkowo. Wybory te nie uwzględniały też, w ocenie Izby, uwarunkowań technicznych torów oraz prowadzonych i planowanych na nich remontów – na co zwrócił uwagę Zamawiający.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu 3. Izba ustaliła, że nie jest sporne, iż zostały już wprowadzone przywołane przez Zamawiającego przepisy Rozporządzenia Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. Zatem już na obecnym etapie wiadome jest, że w chwili odbioru pojazdów będących przedmiotem przyszłej umowy (odbior pierwszej partii przewidziany jest najwcześniej na IV kwartał 2018 r.) będą już obowiązywały nowe typy urządzeń, a Zamawiający będzie musiał dostosować wyposażenie pojazdów do przepisów. Tym samym wymóg Zamawiającego jest uzasadniony.

Nawet jednak jeśli ze względu na fakt, że dostarczonych pojazdów nie trzeba będzie kwalifikować jako pojazdy dopuszczone do eksploatacji po raz pierwszy po 1 stycznia 2019 r., to również uzasadniony jest wymóg Zamawiającego otrzymania sprzętu najnowocześniejszego, dostosowanego do nowych przepisów (nawet jeśli nie jest to

obowiązkowe), który można tym samym uznać za lepszy. A dodatkowo sprzętu, który potencjalnie będzie podlegał wymianie później niż sprzęt starszy, analogicznie później wymagał aktualizacji oprogramowania itd., co wiąże się dla Zamawiającego z dodatkowymi kosztami czy też koniecznością czasowego wyłączenia pojazdów z eksploatacji. Zrozumiałe jest, że z punktu widzenia Odwołującego, wolałby on odnieść się do sprzętu eksploatowanego obecnie, którego koszt jest łatwiejszy do ustalenia, jednak ryzyko takiego typu kalkulacji, jak wymagana w zakresie wskazanym w niniejszym zarzucie, jest zwykłym ryzykiem biznesowym, które będzie musiał ponieść wykonawca przygotowując ofertę. Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

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. 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

.....

.....