Sygn. akt: KIO 211/20

WYROK

z dnia 17 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2020 r. przez wykonawcę: NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31 - 156 Kraków,

przy udziale wykonawcy: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie; w zakresie zarzutów cofniętych (pkt 1-6 odwołania) - umarza postępowanie odwoławcze,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 629 zł 00 gr (słownie: sześćset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) od wykonawcy: NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz na rzecz zamawiającego: Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31 - 156 Kraków stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 211/20

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zakup taboru kolejowego do obsługi połączeń aglomeracyjnych". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 016-033028 w dniu 23 stycznia 2020 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego dnia 23 stycznia 2020 r.

Wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp":

1. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Pzp, poprzez opisanie w Załączniku nr 5 do SIWZ - wzór umowy § 1 Definicje - wymogu, zgodnie z którym Pojazdy muszą posiadać zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego, wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego w postaci dostarczenia zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego wydanego przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej, co utrudnia uczciwą konkurencję;

2. art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13, art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez postanowienie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 1.3, iż pojazdy muszą spełniać obowiązujące w momencie wprowadzania do eksploatacji wymagania TSI, PN- EN i kart UIC, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

3. art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego

w związku z art. 2 pkt 13, art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez postanowienie w pkt. 3.13 Załącznika nr 2 (zawartość dokumentacji technicznej) do Załącznika nr 5 do SIWZ, że Zamawiający wymaga dostarczenia „wszelkiej niezbędnej dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej Operatorowi i kolejnemu właścicielowi EZT wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) co najmniej w zakresie niezbędnym do wykonywania przeglądów na poziomach utrzymania 1-5", co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

4. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 57 tabeli ppkt. 2, iż falowniki muszą posiadać chłodzenie cieczowe, co pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, co stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję;

5. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1, iż prześwit drzwi ma być nie mniejszy niż 1400 mm, co pozbawione jest uzasadnienia merytorycznego i stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję;

6. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1, iż Zamawiający dopuszcza zwężenie prześwitu drzwi w przedsionkach, w których zamontowane będą windy do wartości nie mniejszej niż 1300

mm, co stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję;

7. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 107 tabeli ppkt. 5 zapewnienia przez wykonawcę dwustronnej komunikacji z oprogramowaniem zainstalowanym we wszystkich posiadanych przez Zamawiającego pojazdach bez zobowiązania się Zamawiającego do udostępnienia kompletnej dokumentacji technicznej protokołów transmisyjnych, interfejsów komunikacyjnych itp. informacji, koniecznych do pełnej, kompleksowej integracji przedmiotowych systemów zabudowanych w dostarczanych pojazdach z pozostałymi pojazdami Zamawiającego. Brak takiego zobowiązania prowadzi do wskazania jednego producenta, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji;

8. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605

Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13, art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, polegający na określeniu w punkcie D.I SIWZ zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania zamówienia, obiektywnie niemożliwych do dotrzymania;

9. art. 91 ust. 1 i 2 pkt 6 oraz art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie w punkcie P.2 SIWZ kryteriów oceny ofert „termin dostawy" i opisanie sposobu dokonywania oceny ww. kryteriów w sposób niezgodny z ustawą i naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności zasadę proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ, poprzez:

1. zmianę w Załączniku nr 5 do SIWZ - wzór umowy § 1 Definicje, a także we wszystkich miejscach, gdzie pojawia się odniesienie do tej definicji, poprzez postanowienie, że pojazdy muszą posiadać zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego lub zezwolenie na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego lub Agencję Kolejową Unii Europejskiej;

2. zmianę treści w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia punkt 1.3, poprzez wprowadzenie postanowienia, że pojazdy muszą spełniać wymagania obowiązujące na dzień złożenia oferty;

3. zmianę pkt. 3.13 Załącznika nr 2 (zawartość dokumentacji technicznej) do Załącznika nr 5 do SIWZ, poprzez sprecyzowanie zawartości dokumentacji konstrukcyjnej oraz ograniczenie jej zakresu do zakresu zgodnego z przedmiotem zamówienia, tj. do przeglądów poziomu od 1 do 4;

4. zmianę treści w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 57 tabeli ppkt. 2, na następującą: „2. Zabudowa na dachu lub wewnątrz pojazdu, chłodzenie cieczowe lub powietrzem";

5. zmianę treści w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2

PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1, na następującą; „1. Drzwi automatyczne dwupłatowe, odskokowo - przesuwne o prześwicie nie mniejszym niż 1300 mm. Zamawiający dopuszcza zwężenie prześwitu drzwi w przedsionkach, w których zamontowane będą windy umożliwiające dostęp do EZT dla osób korzystających z wózków inwalidzkich - do wartości nie mniejszej niż 1000 mm.";

6. zmianę treści w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 107 tabeli ppkt. 5, poprzez zobowiązanie Zamawiającego do

nieodpłatnego udostępnienia wszelkich protokołów i interfejsów komunikacyjnych z istniejącymi pojazdami wraz ze złożeniem przez Zamawiającego oświadczenia o ich kompletności, a w przypadku braku takiej możliwości - usunięcie przedmiotowego wymagania w całości;

7. zmianę terminów wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w punkcie D.I SIWZ na następujące:

„1. Termin wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie dostawy EZT:

1) 2 EZT w terminie do 24 m-cy od zawarcia umowy,

2) 2 EZT w terminie do 26 m-cy od zawarcia umowy,

3) 2 EZT w terminie do 28 m-cy od zawarcia umowy,

4) 1 EZT w terminie do 30 m-cy od zawarcia umowy";

8. wykreślenie kryteriów oceny ofert określonych w punkcie P.2 SIWZ ewentualnie nakazanie Zamawiającemu ustanowienia kryteriów dotyczących czasu wykonania zamówienia w sposób uwzględniający realne terminy jego wykonania z zachowaniem zasady proporcjonalności.

Odwołujący wyjaśnił, że jest producentem taboru szynowego oraz podmiotem świadczącym usługi napraw i modernizacji taboru szynowego. W ramach swej działalności Odwołujący dostarcza pojazdy szynowe, w tym elektryczne i spalinowe zespoły trakcyjne. Odwołujący spełnia warunki w postępowaniu i zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu ubiegając się o uzyskanie zamówienia, jednakże postanowienia SIWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty i przystąpienie do udziału w postępowaniu.

Ad pkt 1) zarzutów

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ograniczył możliwość dostarczenia wyłącznie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

W ramach tzw. IV pakietu kolejowego, który zacznie obowiązywać w Polsce od 16.06.2020 r. obowiązują następujące akty prawne Unii Europejskiej:

- Rozporządzenie nr 2016/796
- Dyrektywa nr 2016/797
- Dyrektywa nr 2016/798
- Rozporządzenie nr 2018/545

Rozporządzenie nr 2018/545 wprowadza pojęcie „zezwolenia na wprowadzenie pojazdu do obrotu" jako dokumentu dopuszczającego pojazd do eksploatacji, a dyrektywa 2016/797 w artykule 24 - „Dopuszczenie typu pojazdu", wymienia, oprócz krajowych organów ds. bezpieczeństwa, Agencję Kolejową Unii Europejskiej (ERA) jako podmiot, który może przyznać dopuszczenie typu pojazdu do eksploatacji. Decyzja o wyborze krajowego organu bezpieczeństwa leży w gestii wnioskodawcy wnioskującego o wydanie zezwolenia.

Dostarczane pojazdy mogą być dopuszczone do eksploatacji zarówno przez krajowy organ ds. bezpieczeństwa -Urząd Transportu Kolejowego, jak i przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej, w związku z czym wnioskowana przez Odwołującego zmiana jest w pełni zasadna.

Ad pkt 2) zarzutów

Odwołujący podniósł, że żaden z wykonawców nie jest w stanie przewidzieć i nie posiada wiedzy co do uwarunkowań prawnych, norm i wymagań, które będą obowiązywać w momencie wprowadzenia pojazdów do eksploatacji. Wprowadzenie przez Zamawiającego tego postanowienia stanowi zaprzeczenie podstawowej zasady obowiązku precyzyjnego i wyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia. Zamawiający może opisywać przedmiot zamówienia poprzez odniesienie do obowiązujących aktów prawnych i norm, jednak nie jest uprawniony do odsyłania do aktów prawnych i norm, które jeszcze nie istnieją. Tego rodzaju działanie, niezależnie od braku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, stanowi de facto zobowiązania do świadczenia niemożliwego, a ponadto narusza istotę umowy dostawy, ponieważ wykonawca właściwie nie wie, co będzie zobowiązany dostarczyć.

Ponadto, zgodnie z punktem 1.1 Załącznika nr 1 do SIWZ wszystkie EZT winny, posiadać analogiczne rozwiązania techniczne i funkcjonalne. Spełnienie przedmiotowego wymogu będzie możliwe wyłącznie w przypadku, gdy wiążąca dla wykonawcy będzie treść norm i przepisów prawnych obowiązujących na dzień złożenia oferty.

Ad pkt 3) zarzutów

W pkt. 3.13 Załącznika nr 2 (zawartość dokumentacji technicznej) do Załącznika nr 5 do SIWZ, Zamawiający wymaga dostarczenia „wszelkiej niezbędnej dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej wykonanie Operatorowi i kolejnemu właścicielowi EZT wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) co najmniej w zakresie niezbędnym do wykonywania przeglądów na poziomach utrzymania 1-5”.

Ponadto w §10 ust. 2 Załącznika nr 5 do SIWZ Zamawiający wskazał, że „Poza uprawnieniami, o których mowa w ust. 1, Licencja na Dokumentację obejmuje również prawo do korzystania z Dokumentacji w celu wykonania przez Zamawiającego lub wybraną przez niego osobę trzecią dokumentacji modernizacyjnej lub naprawczej EZT oraz wykorzystania Dokumentacji do wykonania na jej podstawie dokumentacji uwzględniającej korekcyjne zmiany podczas eksploatacji EZT w przypadku, gdyby Obsługa na poziomach od P1 do P5 nie była świadczona przez Wykonawcę."

Odwołujący podkreślił, że dokumentacja techniczna, w szczególności dokumentacja konstrukcyjna, stanowi know-how producenta o znacznej wartości. Zamawiający ma merytoryczne podstawy do żądania udostępnienia mu części owego know-how wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to związane z przedmiotem zamówienia. W niniejszym przypadku Zamawiający może żądać dokumentacji, która jest niezbędna do eksploatacji i utrzymania dostarczonych pojazdów, a nie jest uprawniony do żądania „wszelkiej" dokumentacji konstrukcyjnej.

Ponadto, obowiązek precyzyjnego określenia zakresu wymaganej dokumentacji konstrukcyjnej został nałożony na Zamawiającego w § 11 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Jeżeli Zamawiający chciałby nabyć know-how dotyczący produkcji, napraw i modernizacji pojazdów szynowych, to powinien ogłosić w tym zakresie odrębne postępowanie, a nie próbować uzyskać dodatkowe korzyści bez wynagrodzenia w ramach postępowania na dostawę pojazdów. Tego rodzaju działanie stanowi sprzeczność z naturą umowy dostawy i prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy.

Dodatkowo, przekazanie „wszelkiej" dokumentacji konstrukcyjnej, w szczególności dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej modernizacje lub istotne naprawy pojazdu, jest niedopuszczalne na gruncie Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiającego uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797 (art. 5 ust. 1 ww. rozporządzenia). Na gruncie obecnie obowiązującego prawa nie jest dopuszczalne przekazanie przez posiadacza zezwolenia - producenta pojazdu innej dokumentacji konstrukcyjnej, niż jest to konieczne do eksploatacji i utrzymania pojazdu, ponieważ przekazanie innej dokumentacji konstrukcyjnej uniemożliwiałoby zarządzanie konfiguracją pojazdu, do czego producent jest zobowiązany na gruncie wskazanego rozporządzenia i za co producent ponosi odpowiedzialność jako posiadacz zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji.

Ponadto, skoro przedmiotem zamówienia jest dostawa pojazdów szynowych wraz z utrzymaniem wyłącznie w zakresie przeglądów na poziomach od P1 do P4, to żądanie dokumentacji konstrukcyjnej niezbędnej do wykonania przeglądu na poziomie P5 wykracza poza przedmiot zamówienia, co czyni je bezpodstawnym. Należy zauważyć, iż przegląd P5, zgodnie załącznikiem nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, obejmuje: „Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta". Z tego względu wykonawca byłby de facto zobowiązany do przekazania Zamawiającemu całego posiadanego know-how dotyczącego budowy pojazdów szynowych, co - jak wykazano szczegółowo wyżej - narusza naturę stosunku zobowiązaniowego umowy dostawy oraz zasadę odpłatności zamówienia publicznego. Odwołujący podniósł również, że w innych postępowaniach na dostawę taboru szynowego wymagania zamawiających w zakresie dokumentacji technicznej oraz licencji ograniczają się zakresowo do przeglądów P1-P4, co potwierdza zasadność niniejszego zarzutu oraz przedstawionej powyżej argumentacji.

Ad pkt 4) zarzutów

Zamawiający dopuścił możliwość zabudowania falowników tylko z chłodzeniem cieczowym, tymczasem w pojazdach oferowanych na rynku polskim, które spełniają pozostałe wymagania SIWZ, falowniki są chłodzone cieczą lub powietrzem. Są to rozwiązania zamienne (równoważne) pomiędzy którymi nie występują różnice w funkcjonalności falownika. Zamawiający bezzasadnie wykluczył udział wykonawców, których pojazdy posiadają falownik chłodzony powietrzem.

Ad pkt 5) 6) zarzutów

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1 wymaga, aby prześwit drzwi wynosił co najmniej 1400 mm. Tymczasem w pojazdach oferowanych na rynku polskim, które spełniają pozostałe

wymagania SIWZ, prześwit drzwi wynosi 1300 mm. Obydwa te rozwiązania są zgodne z obowiązującymi normami i przepisami, a z doświadczenia Odwołującego (wyprodukowanych ponad 150 elektrycznych zespołów trakcyjnych) wynika, że różnica w prześwicie drzwi wynosząca 100 mm nie wpływa na szybkość wymiany pasażerów, co sprawia iż funkcjonalnie są to rozwiązania w pełni równoważne. Przy obecnej treści SIWZ Zamawiający bezzasadnie wykluczył udział wykonawców, których pojazdy posiadają drzwi o prześwicie 1300 mm.

W kolejnym zdaniu ww. punktu Zamawiający dopuszcza zwężenie prześwitu drzwi w przedsionkach, w których zamontowane będą windy do wartości nie mniejszej niż 1300 mm. Z uwagi na znacznie ograniczony rynek dostawców tych urządzeń, według najlepszej wiedzy Odwołującego, wymaganie Zamawiającego nie jest obiektywnie możliwe do spełnienia, w związku z czym zmiana wnioskowana przez Odwołującego jest w pełni uzasadniona.

Ad pkt 7) zarzutów

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2

PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 107 tabeli (dot. aplikacji dyspozytorskiej) ppkt. 5 zapisał iż „Wykonawca zapewni dwustronną komunikację dostarczonego oprogramowania z oprogramowaniem zainstalowanym we wszystkich pojazdach posiadanych przez Zamawiającego serii/typu

22WEh, EN63A, EN64, EN78, EN79 i EN99.” Pojazdy te były dostarczane do Zamawiającego przez dwóch producentów na przestrzeni kilku lat i występują pomiędzy nimi istotne różnice, w tym w oprogramowaniu.

Stwierdzenie Zamawiającego zawarte w zdaniu drugim przedmiotowego punktu, iż „Zamawiający przekaże Wykonawcy posiadane informacje/dokumentację dot. aktualnie wykorzystywanego oprogramowania.” nie zapewnia wykonawcy możliwości spełnienia wymagania opisanego w zdaniu pierwszym, gdyż Zamawiający zobowiązuje się tylko do przekazania posiadanych przez niego informacji/dokumentacji, zatem bez gwarancji ich kompletności.

Odwołujący podniósł, że przedmiotowa komunikacja wymaga udostępnienia przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji technicznej protokołów transmisyjnych, interfejsów komunikacyjnych itp. informacji koniecznych do pełnej, kompleksowej funkcjonalnie integracji przedmiotowych systemów zabudowanych w dostarczanych pojazdach z systemami zabudowanymi w pojazdach posiadanych przez Zamawiającego. Stosowne zobowiązanie Zamawiającego w tym zakresie ze wskazaniem wynagrodzenia za udostępnienie wymienionej wyżej dokumentacji powinno znajdować w dokumentacji postępowania. Dokumentacja powinna zawierać oświadczenie o jej kompletności w odniesieniu do celu któremu ma służyć. Brak ww. zobowiązania uniemożliwia Odwołującemu prawidłowe przygotowanie oferty na aplikację dyspozytorską zintegrowaną z posiadanymi już pojazdami Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił dodatkowo, że Zamawiający wymaga komunikacji z pojazdem typu 22WEh, który to pojazd dopiero zostanie dostarczony przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Wymaganie komunikacji z pojazdem, który fizycznie nie istnieje, jest możliwe do spełnienia tylko przez wykonawcę PESA, który ten pojazd dopiero zaprojektuje i zbuduje, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Ad pkt 8) zarzutów

Zamawiający w punkcie D.I SIWZ określił termin wykonania zamówienia poprzez wymóg dostarczenia:

1) 2 EZT w terminie do 18 m-cy od zawarcia umowy,

2) 2 EZT w terminie do 20 m-cy od zawarcia umowy,

3) 2 EZT w terminie do 22 m-cy od zawarcia umowy,

4) 1 EZT w terminie do 24 m-cy od zawarcia umowy.

Przygotowując postępowanie Zamawiający powinien kierować się zasadami wynikającymi z ustawy prawo zamówień publicznych, w szczególności w taki sposób dokonać opisu przedmiotu zamówienia, aby uwzględnić wszelkie okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty oraz na możliwość dostarczenia przedmiotu zamówienia w wymaganych terminach.

Proces projektowania, uzgodnień technicznych oraz budowy pojazdu szynowego, jest

procesem złożonym, uzależnionym od wielu czynników, z których nie wszystkie zależne są od wykonawcy, np. oczekiwanie na dostawę komponentów od poddostawców czy uzgodnienia z Zamawiającym. Czas oczekiwania na strategiczne komponenty, takie jak silniki trakcyjne, przekładnie, koła czy elementy układu hamulcowego wynosi nawet 12 miesięcy. Odwołujący zaznaczył, że dostawa elektrycznych zespołów trakcyjnych charakteryzuje się taką specyfiką, że szereg komponentów można zamówić dopiero po dokonaniu uzgodnień technicznych z Zamawiającym, które odbywają się po zawarciu umowy. Procesem najistotniejszym, a jednocześnie takim, na którego czas trwania wykonawca nie ma w ogóle wpływu, jest proces administracyjny zmierzający do wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego. Okoliczności związanych z tym procesem oraz czasem jego trwania po wejściu w życie nowych przepisów Zamawiający nie wziął pod uwagę. W ramach tzw. IV pakietu kolejowego, który zacznie obowiązywać w Polsce od 16.06.2020 r. obowiązują następujące akty prawne Unii Europejskiej: Rozporządzenie nr 2016/796, Dyrektywa nr 2016/797, Dyrektywa nr 2016/798, Rozporządzenie nr 2018/545. Pojazdy dostarczane w ramach niniejszego zamówienia będą dostarczone po wejściu w życie przedmiotowych zmian, w związku z czym przygotowując ofertę wykonawca musi wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności, w tym przepisy prawa, które będą obowiązywały w okresie dostawy pojazdów, czego nie uwzględnił Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, a co Odwołujący wykazał w uzasadnieniu zarzutu nr 1.

Przedmiotem poprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania była dostawa czterech czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych o dokładnie takich samych parametrach i wymaganiach (postępowanie IS-1.272.5.2019). Postępowanie to zostało zakończone podpisaniem w dniu 28.10.2019 umowy z wykonawcą PESA. W ww. postępowaniu Zamawiający wymagał dostawy pierwszych dwóch pojazdów w terminie 20 miesięcy, a kolejnych dwóch w 22 miesiące, a zatem w terminach dłuższych niż obecnie.

Wobec tego, że pojazdy z przedmiotowego zamówienia z całą pewnością zostaną objęte nową, wydłużoną procedurą dopuszczenia do eksploatacji nie sposób uznać, że wyznaczając krótszy niż w poprzednim postępowaniu termin, Zamawiający uwzględnił istotną okoliczność zmiany przepisów prawa kolejowego w opisie przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Ponadto, ustanowienie krótszego niż w poprzednim postępowaniu terminu dostawy stanowi naruszenie uczciwej konkurencji, stawiając w korzystniejszej sytuacji wykonawcę PESA, który realizuje już umowę na dostawę takich samych pojazdów dla Zamawiającego,

co narusza art. 29 ust. 2 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że wszelkie wymagania postawione w SIWZ powinny znajdować odzwierciedlenie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego oraz zapewniać zachowanie uczciwej konkurencji. Powinny być brane pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego, czego w przedmiotowym przypadku Zamawiający nie uwzględnił. Wymagany przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia nie spełnia tych wymogów, w związku z czym powinien zostać zmieniony zgodnie z żądaniem Odwołującego, które w sposób odpowiedni uwzględnia zarówno termin produkcji pojazdu, jak i czas niezbędny do przeprowadzenia procedury uzyskania dopuszczenia do eksploatacji z uwzględnieniem właściwych przepisów oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Ad pkt 9) zarzutów

Zamawiający w punkcie P.2 SIWZ wprowadził kryterium oceny ofert „termin dostawy" z wagą aż 40%. Odwołujący podkreślił, że sposób oceny kryterium daje wykonawcom dwie możliwości:

1. skrócenie terminu dostawy każdego pojazdu o 1 miesiąc - wykonawca otrzyma 20 pkt,

2. skrócenie terminu dostawy każdego pojazdu o 2 miesiące - wykonawca otrzyma maksymalną ilość 40 pkt.

Taki sposób punktacji prowadzi do sytuacji, w której wykonawca oferując przyspieszenie dostaw o jeden miesiąc może zaoferować cenę wyższą o 50% od wykonawcy, który tego terminu nie skróci. W przypadku przyspieszenia dostaw o 2 miesiące - różnica w cenie może być aż trzykrotna. Przy obecnych kryteriach i punktacji można stwierdzić, że skrócenie dostaw o tylko jeden miesiąc jest warte dla Zamawiającego ponad 123 mln zł, a o dwa miesiące - ponad 740 mln zł, co pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego.

Nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że kwestionowane w ramach poprzedniego zarzutu terminy dostaw wymagane przez Zamawiającego są realne, to wobec braku innych

kryteriów oceny ofert, tak istotne (aż 40%) preferowanie skrócenia terminu dostawy prowadzi do sytuacji, w której wykonawca, który tego terminu nie skróci z pewnością postępowanie przegra, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) również z uwagi na faworyzowanie potencjalnych wykonawców, którzy dysponują pojazdem gotowym lub zaawansowanym w toku produkcji, uniemożliwiając pozostałym wykonawcom dostęp do efektywnego udziału w postępowaniu, co stanowi bezpodstawne ograniczenie uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Pismem z dnia 6 lutego 2020 r. wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w części zarzutów, tj. naruszenia:

a) art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2

PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 57 tabeli ppkt. 2, iż falowniki muszą posiadać chłodzenie cieczowe, co pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, co stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję;

b) art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1, iż prześwit drzwi ma być nie mniejszy niż 1400 mm, co pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego i stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję;

c) art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1, iż Zamawiający dopuszcza zwężenie prześwitu drzwi w przedsionkach, w których zamontowane będą windy do wartości nie mniejszej niż 1300 mm co stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję

d) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 107 tabeli ppkt. 5 zapewnienia przez wykonawcę dwustronnej komunikacji z oprogramowaniem zainstalowanym we wszystkich posiadanych przez Zamawiającego pojazdach bez zobowiązania się Zamawiającego do udostępnienia kompletnej dokumentacji technicznej protokołów transmisyjnych, interfejsów komunikacyjnych itp. informacji, koniecznych do pełnej, kompleksowej integracji przedmiotowych systemów zabudowanych w dostarczanych pojazdach z pozostałymi pojazdami Zamawiającego. Brak takiego zobowiązania prowadzi do wskazania jednego producenta, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji;

e) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13, art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, polegający na określeniu w punkcie D.I SIWZ zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania zamówienia, obiektywnie niemożliwych do dotrzymania;

f) art. 91 ust. 1 i 2 pkt 6 oraz art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, po przez określenie w punkcie P.2 SIWZ kryteriów oceny ofert „termin dostawy" i opisanie sposobu dokonywania oceny ww. kryteriów w sposób niezgodny z ustawą i naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności zasadę proporcjonalności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w zakresie ww. zarzutów wymienionych w punktach 4, 5, 6, 7, 8, 9 odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 12 lutego 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie.

Zarzut nr 1 - Zamawiający uwzględnił w całości żądanie Odwołującego. Zamawiający

dokonał zmiany Załącznika nr 5 do SIWZ - wzór umowy § 1 Definicje, a także we wszystkich miejscach, gdzie pojawia się odniesienie do tej definicji, poprzez wprowadzenie

postanowienia, że Pojazdy muszą posiadać Zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji

pojazdu kolejowego lub Zezwolenie na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego wydane

przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego lub Agencję Kolejową Unii Europejskiej.

Zarzut nr 2 - Zamawiający uwzględnił w części żądanie Odwołującego. Zamawiający dokonał zmiany treści Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia w punkcie 1.3. nadając następujące brzmienie: „Konstrukcja i parametry EZT muszą spełniać wymogi obowiązujących norm i przepisów prawa, a także wymagania pozostałych obowiązujących norm PN-EN, kart UIC oraz TSI (lub równoważne). Zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadkach, w których zapisy OPZ przywołują normy, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy odniesienia, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, zapewniające uzyskanie dokumentów uprawniających do użytkowania pojazdów zgodnych z TSI lub równoważnymi."

Zarzut nr 3 - Zamawiający częściowo uwzględnił żądanie Odwołującego. Zamawiający zmienił zapisy SIWZ w ten sposób, iż pkt 3.13) Załącznika nr 2 (zawartość dokumentacji technicznej) do Załącznika nr 5 do SIWZ Umowa otrzymuje brzmienie: 3.13 „Niezbędną dokumentację konstrukcyjną umożliwiającą wykonanie Operatorowi j kolejnemu właścicielowi EZT wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) w zakresie niezbędnym do wykonywania przeglądów na poziomach utrzymania 1-5, z zastrzeżeniem zapisów § 10 ust. 2 Umowy”.

Zamawiający wskazał, iż w ramach przedmiotowego postępowania wymaga dostarczenia łącznie z pojazdami kompletnej dokumentacji, która umożliwi w trakcie ich eksploatacji zlecenie przeglądów w otwartej procedurze konkurencyjnej. W przeciwnym wypadku Zamawiający nie dysponując dokumentacją pojazdów uzależniony będzie od wykonawcy oraz od cen usług utrzymania dyktowanych przez niego. Ponadto, Zamawiający podniósł, że Odwołujący w ramach postępowania z 2015 r., nr referencyjny: IS.I.272.1.2015 przekazał Zamawiającemu kompletną dokumentację umożliwiającą wykonywanie przeglądów na poziomach utrzymania 1-5. Odwołujący uczynił zatem zadość takim samym warunkom jak w niniejszym postępowaniu w związku z realizacją umowy z dnia 30 marca 2016 r. nr IXN203/IS/16.

Nadto, kompletna dokumentacja w zakresie przeglądu P5 jest niezbędna do prawidłowej eksploatacji pojazdu przez cały okres cyklu życia pojazdu, który w wypadku Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych wynosi 30 lat. W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający określa wymagania dla wszystkich poziomów utrzymania, tj. P1-P5 m.in. poprzez wskazanie zasad wykonywania przeglądów (w tym przeglądu P5). Ponadto, w treści SIWZ Zamawiający wskazał, iż EZT muszą posiadać opracowaną dokumentację systemu utrzymania (DSU) zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. (Dz. U. Nr 212 poz. 1771 z późn. zm.). W związku z tym wykonawca zobowiązany będzie do opracowania dokumentacji również w zakresie przeglądu P5. W tym kontekście okoliczność, że Zamawiający zamawia w ramach prowadzonego postępowania świadczenie usług utrzymania wyłącznie w zakresie przeglądów na poziomach od P1 do P4 pozostaje bez znaczenia. Ponadto, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do dostawy EZT oraz do świadczenie usług serwisowo - utrzymaniowo -naprawczych przez okres 5 lat, co oznacza że umowa wiążąca strony zakończy się po około 7 latach. W tak długim okresie rozwiązania techniczne stosowane w EZT zmienią się i wprowadzone zostaną nowe, nie ma więc ryzyka, że po upływie tak długiego czasu wykonawca straci kluczowe know - how.

Zarzut nr 4 — Zamawiający w całości uwzględnił żądanie Odwołującego. Zamawiający zmienił zapisy w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 57 tabeli ppkt 2, w ten sposób, iż wykreślił ppkt 2 w punkcie 57 w rozdziale 2 Załącznika nr 1 do SIWZ — OPZ. W wyniku zmiany treści SIWZ we wskazanym wyżej zakresie miejsce zabudowy oraz sposób chłodzenia falowników pozostaje w gestii wykonawcy.

Zarzut nr 5, Zarzut nr 6 — Zamawiający w części uwzględnił żądanie Odwołującego. Zamawiający zmienił zapisy w treści Załącznika nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1 na następującą: „1. Drzwi automatyczne dwupłatowe, odskokowo - przesuwne o prześwicie nie mniejszym niż 1300 mm. Zamawiający dopuszcza zwężenie prześwitu drzwi w przedsionkach, w których zamontowane będą windy umożliwiające dostęp do EZT dla osób korzystających z wózków inwalidzkich - do wartości nie mniejszej niż 1200 mm.”

Ponadto, Zamawiający zmienił zapisy w treści Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis

Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 90 tabeli:

- ppkt. 6 na następującą: „Złożone urządzenie nie powinno blokować swobodnego przejścia przez boczne drzwi pociągu i powinno rozkładać się tak, aby umożliwić wyjście przez otwór w Świetle drzwi"

- ppkt. 11 na następującą: „Złożone urządzenie powinno być jak najmniejsze, aby nie

zajmowało miejsca w pociągu."

- ppkt 12 usunięto.

Zarzut nr 7 - Zamawiający w części uwzględnił żądanie Odwołującego. Zamawiający zmienił zapisy w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2

PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 107 tabeli ppkt. 5 na następującą treść „Wykonawca zapewni dwustronną komunikację dostarczonego oprogramowania z oprogramowaniem zainstalowanym w pojazdach posiadanych przez Zamawiającego, dla których Zamawiający udostępni posiadaną w tym zakresie dokumentację."

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż nie przewiduje składania dodatkowych oświadczeń w przedmiocie kompletności udostępnionych protokołów i interfejsów komunikacyjnych. Zarzut nr 8, Zarzut nr 9 - Zamawiający wniósł o oddalenie żądań Odwołującego. Podniósł, że wskazane w przedmiotowym postępowaniu terminy dostaw EZT uwzględniają wymagania wynikające z przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 797/2016 z 11 maja 2016 r., w szczególności art. 21. Zasadniczym celem wprowadzenia nowych przepisów dotyczących dopuszczania do eksploatacji przyjętych w ramach IV pakietu kolejowego była konieczność uproszczenia istniejących procedur i przyspieszenia procesu dopuszczania (zob. motyw 4 preambuły do dyrektywy797/2016). W tym stanie rzeczy trudno zakładać, że procedury ulegną wydłużeniu. Ponadto, Zamawiający podkreślił, że w odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie uznał niemal wszystkie zarzuty Odwołującego, dotyczące szczególnych rozwiązań technicznych (prześwit drzwi, rodzaj falowników), co stanowi o tym, że Zamawiający dąży do standaryzacji przedmiotu zamówienia, jak również - o braku stawiania wymagań w zakresie ponownego przeprowadzenia certyfikacji większości podsystemów pojazdów, zgodnych z uprzednio dopuszczonym typem. Powyższe uzasadnia wskazane przez Zamawiającego terminy wykonania przedmiotu zamówienia, bez konieczności ich wydłużania.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że Odwołujący w postępowaniu z 2015 r. o nr ref. IS.I.272.1.2015, polegającym na dostawie 13 sztuk fabrycznie nowych EZT (w ramach zamówienia podstawowego i opcji) w okresie 8 miesięcy dostarczył pierwsze 6 pojazdów, zatem zarzut, jakoby terminy w przedmiotowym postępowaniu były zbyt krótkie, nierealne i obiektywnie niemożliwe do dotrzymania, jest w pełni chybiony. W wypadku pojawienia się konieczności pozyskania zezwolenia wydanego przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej (ERA) zgodnie z dyrektywą 2016/797 ww. organ wydaje to zezwolenie w terminie 4 miesięcy.

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe postępowanie planowane jest do dofinansowania ze środków unijnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014 - 2020, stąd należy je sfinalizować do końca 2022 r., bowiem przekroczenie tej daty spowoduje brak możliwości przedstawienia do rozliczenia wydatków w ramach środków unijnych.

Reasumując Zamawiający podkreślił, że określenie terminów wykonania przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert pozostaje w gestii Zamawiającego, jako gospodarza postępowania i jest uzasadnione jego realnymi potrzebami, stąd też Zamawiający pozostawił zapisy SIWZ w przedmiotowym zakresie bez zmian.

Odwołujący na etapie posiedzenia cofnął zarzuty zawarte w pkt od 1 do 6 odwołania. W pozostałym zakresie strony podtrzymały swoje stanowiska w toku rozprawy.

Zamawiający złożył na rozprawie w poczet materiału dowodowego dokument - Harmonogram napraw taboru kolejowego Województwa Małopolskiego na okoliczność, że na przełomie roku 2021 i 2022 jest planowany remont 13 pojazdów kolejowych w zakresie poziomu P-4 oraz wydruk korespondencji elektronicznej z dnia 20 listopada 2019 r. w sprawie zmiany RPO i kwalifikowalności wydatków na zakup pociągów na okoliczność braku zwłoki Zamawiającego w staraniach o pozyskanie środków finansowych z RPO WM 2014-2020 na dofinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp w zakresie określonym w zgłoszeniu przystąpienia.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu i podtrzymanych przez Odwołującego na rozprawie, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7

Pzp oraz z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą one skutki prawne. Nie podlegały rozpoznaniu zarzuty, które z uwagi na ich uwzględnienie w części przez Zamawiającego zostały cofnięte przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy, tj. zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Pzp, poprzez opisanie

w Załączniku nr 5 do SIWZ - wzór umowy § 1. Definicje, wymogu, zgodnie z którym Pojazdy muszą posiadać zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego, wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego w postaci dostarczenia zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego wydanego przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej, co utrudnia uczciwą konkurencję;

- art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13, art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez postanowienie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 1.3, iż pojazdy muszą spełniać obowiązujące w momencie wprowadzania do eksploatacji wymagania TSI, PN- EN i kart UIC, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

- art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13, art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez postanowienie w pkt. 3.13 Załącznika nr 2 (zawartość dokumentacji technicznej) do Załącznika nr 5 do SIWZ, że Zamawiający wymaga dostarczenia „wszelkiej niezbędnej dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej wykonanie Operatorowi i kolejnemu właścicielowi EZT wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) co najmniej w

zakresie niezbędnym do wykonywania przeglądów na poziomach utrzymania 1-5”, co

stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

- art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2

PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW

TRAKCYJNYCH pkt. 57 tabeli ppkt. 2, iż falowniki muszą posiadać chłodzenie cieczowe, co

pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, co stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję;

- art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2

PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1, iż prześwit drzwi ma być nie mniejszy niż 1400 mm, co pozbawione jest jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego i stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję,

- art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wymaganie w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2

PODSTAWOWE PARAMETRY TECHNICZNE ELEKTRYCZNYCH ZESPOŁÓW TRAKCYJNYCH pkt. 71 tabeli ppkt. 1, iż Zamawiający dopuszcza zwężenie prześwitu drzwi w przedsionkach, w których zamontowane będą windy do wartości nie mniejszej niż 1300 mm co stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku bez możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję.

W zakresie zarzutów, które podlegały rozpoznaniu na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej:

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, na skutek wprowadzenia w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia rozdział 2 Podstawowe parametry techniczne Elektrycznych Zespołów

Trakcyjnych pkt 107 tabeli ppkt. 5 wymagania „Wykonawca zapewni dwustronną komunikację dostarczonego oprogramowania z oprogramowaniem zainstalowanym we wszystkich pojazdach posiadanych przez Zamawiającego serii/typu 22WEh, EN63A, EN64, EN78, EN79 i EN99. Zamawiający przekaże Wykonawcy posiadane informacje/dokumentację dot. aktualnie wykorzystywanego oprogramowania.” (zarzut zawarty w pkt 7 odwołania).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien zobowiązać się w tym punkcie do udostępnienia wykonawcy „kompletnej dokumentacji technicznej protokołów transmisyjnych, interfejsów komunikacyjnych itp. informacji, koniecznych do pełnej, kompleksowej integracji przedmiotowych systemów zabudowanych w dostarczanych pojazdach z pozostałymi pojazdami Zamawiającego”, a brak takiego zobowiązania należy traktować jako wskazanie jednego producenta, co stanowi naruszenie uczciwej konkurencji.

W ramach uwzględnienia w części tego zarzutu w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dokonał zmiany powyższego postanowienia na następującą treść „Wykonawca zapewni dwustronną komunikację dostarczonego oprogramowania z oprogramowaniem zainstalowanym w pojazdach posiadanych przez Zamawiającego, dla których Zamawiający udostępni posiadaną w tym zakresie dokumentację."

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ustęp 3 tego artykułu zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Przepis art. 30 ust. 4 Pzp wskazuje dodatkowo, że opisując przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

Oceniając argumentację przedstawioną przez Odwołującego w zakresie tego zarzutu Izba doszła do przekonania, że kluczową do rozstrzygnięcia jest tu kwestia naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przy opisaniu wymagania dotyczącego zapewnienia dwustronnej komunikacji dostarczonego oprogramowania z oprogramowaniem zainstalowanym w pojazdach posiadanych przez Zamawiającego.

Jak wyjaśnił sam Odwołujący, pojazdy wskazane przez Zamawiającego w omawianym postanowieniu były dostarczane do Zamawiającego przez dwóch producentów (Odwołującego i wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. na przestrzeni kilku lat, co potwierdził także Zamawiający, wskazując, że posiada pojazdy w ilości 29 sztuk, z których 19 zostało wyprodukowanych przez Odwołującego (NEWAG S.A.), a 10 sztuk - przez wykonawcę Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że zapewnienie wymaganej dwustronnej komunikacji oprogramowania w pojazdach wymaga udostępnienia przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji technicznej protokołów transmisyjnych, interfejsów komunikacyjnych, itp. informacji koniecznych do pełnej, kompleksowej funkcjonalnie integracji systemów zabudowanych w dostarczanych pojazdach z systemami zabudowanymi w pojazdach posiadanych przez Zamawiającego.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, dysponuje on dokumentacją techniczną posiadanych pojazdów, w tym oprogramowaniem - w takim zakresie, w jakim została mu ona przekazana przez dostawców pojazdów (w tym Odwołującego i PESA) na potrzeby komunikacji z innymi pojazdami, na podstawie zawieranych umów. Identyczne postanowienie umowne zawiera również wzór umowy w przedmiotowym postępowaniu (§11 Wzoru umowy). Zgodnie z treścią § 11 ust. 4 wzoru umowy, „W zakresie oprogramowania do analizy danych Wykonawca przekaże Zamawiającemu protokoły komunikacyjne lub udostępni inne rozwiązanie techniczne (np. odrębny interfejs) oraz przekaże inne niezbędne informacje/dokumentację (w zależności od budowy systemu) w celu:

a) umożliwienia dwustronnego komunikowania się z tym oprogramowaniem innego oprogramowania, które jest/będzie instalowane w innych pojazdach wskazanych przez Zamawiającego i umożliwi identyfikację tych pojazdów oraz skorzystanie z wszystkich funkcjonalności oprogramowania do analizy danych,

b) umożliwienia pobierania, eksportu, analizowania i ponownego wykorzystania danych na zasadach otwartości przez inne oprogramowanie, w szczególności dostosowania danych do potrzeb różnych grup odbiorców i konwertowania do innych formatów, np. w celu publicznego dostępu i prezentacji.”

Zamawiający w treści SIWZ zobowiązał się do przekazania wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu dokumentacji, którą dostarczyli mu uprzednio wykonawcy jako kompletną i wystarczającą do zrealizowania rzeczonego wymagania w zakresie komunikacji, którą Zamawiający nabył od ww. wykonawców wraz z dostawą pojazdów. Wyłącznie w takim zakresie Zamawiający może przyjąć na siebie zobowiązanie do udostępnienia ww. dokumentacji w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego też w ocenie Izby, zobowiązanie przyjęte przez Zamawiającego w powyższym zakresie w przedmiotowym postępowaniu jest jednoznaczne i nie wymaga złożenia dodatkowego oświadczenia o kompletności ww. dokumentacji w odniesieniu do celu, jakim jest zapewnienie prawidłowej komunikacji pojazdów. Wskazać należy także, że Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób brak ww. dodatkowego zobowiązania Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu prawidłowe przygotowanie oferty na „aplikację dyspozytorską zintegrowaną z pojazdami posiadanymi przez Zamawiającego”.

Odwołujący nie wyjaśnił także, w jaki sposób omawiane postanowienie może preferować jakiegokolwiek potencjalnego wykonawcę. W ocenie Izby, nie potwierdza naruszenia uczciwej konkurencji okoliczność, że Zamawiający wymaga zapewnienia komunikacji z pojazdem typu 22WEh, który dopiero zostanie dostarczony do Zamawiającego przez wykonawcę Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A. Fakt ten nie wyklucza możliwości skomunikowania tego pojazdu z innymi pojazdami w oparciu o dokumentację techniczną, która zostanie dostarczona Zamawiającemu wraz z tym pojazdem. Jednocześnie należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, że do wyceny oferty w zakresie tego wymagania jest konieczne dysponowanie przez wykonawców stosowną dokumentacją na etapie składania ofert. Podkreślić należy przy tym, że Odwołujący takiego żądania w odwołaniu nie sformułował.

Izba wzięła także pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego, którym Odwołujący nie zaprzeczył, że obaj krajowi wykonawcy dostarczający Zamawiającemu pojazdy szynowe posiadają wiedzę w zakresie systemów komunikacji dostarczanych pojazdów, która umożliwia wycenę oferty, zważywszy w szczególności dotychczas zrealizowane przez nich na rzecz Zamawiającego dostawy, w ramach których formułowane było wymaganie dotyczące wzajemnej komunikacji pojazdów. Podkreślić należy, że w świetle brzmienia art. 29 ust 1 Pzp, opis przedmiotu zamówienia powinien pozwalać na dokładną i nie budzącą wątpliwości identyfikację przedmiotu zamówienia, biorąc jednak pod uwagę, że opis przedmiotu zamówienia adresowany jest do profesjonalistów na danym rynku, co niewątpliwie znajduje odzwierciedlenie w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Pzp należało uznać za nieuzasadniony wobec nieprzedstawienia przez Odwołującego jakiejkolwiek argumentacji faktycznej i prawnej w powyższym zakresie.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13, art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, przez określenie w punkcie D.I SIWZ zbyt krótkich, nierealnych terminów wykonania zamówienia, obiektywnie niemożliwych do dotrzymania (zarzut zawarty w pkt 8 odwołania).

Zamawiający w punkcie D.I SIWZ określił terminy wykonania zamówienia, poprzez sformułowanie wymogu dostarczenia: 2 EZT w terminie do 18 m-cy od zawarcia umowy, 2 EZT w terminie do 20 m-cy od zawarcia umowy, 2 EZT w terminie do 22 m-cy od zawarcia umowy, 1 EZT w terminie do 24 m-cy od zawarcia umowy.

Oczywisty w ocenie Izby jest fakt, że proces projektowania, uzgodnień technicznych oraz budowy pojazdu szynowego jest procesem złożonym i nie wszystkie czynniki tego procesu są zależne od wykonawcy. Podkreślić jednak należy, że Odwołujący, wskazując na powyższe w kontekście ww. zarzutu, nie przedstawił żadnych dowodów, choćby tylko uprawdopodabniających np. czas oczekiwania wykonawcy na dostawę komponentów od poddostawców, nie poparł żadnymi dowodami twierdzenia, że czas oczekiwania na takie komponenty, jak silniki trakcyjne, przekładnie, koła czy elementy układu hamulcowego wynosi aż 12 miesięcy.

Odwołujący wskazywał także na długotrwały - 8 miesięczny proces administracyjny prowadzący do wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego. Odwołujący w powyższym zakresie również nie przedstawił żadnych konkretnych danych potwierdzających, w jaki sposób czas trwania tych procedur zmieni się po wejściu w życie przepisów tzw. IV pakietu kolejowego, które będą obowiązywały w Polsce od 16.06.2020 r. (Rozporządzenie nr 2016/796, Dyrektywa nr 2016/797, Dyrektywa nr 2016/798, Rozporządzenie nr 2018/545). Odwołujący nie przedstawił argumentacji lub dowodów odnośnie wpływu wprowadzonych zmian ww. przepisów na terminy realizacji zamówienia, w szczególności na fakt, że „pojazdy dostarczane w ramach przedmiotowego zamówienia zostaną objęte wydłużoną nową procedurą dopuszczenia do eksploatacji". Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, wskazane w przedmiotowym postępowaniu terminy dostaw EZT uwzględniają wymagania wynikające z przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 797/2016 11 maja 2016 r., w szczególności art. 21, który określa termin 4-miesięczny na wydanie zezwolenia dopuszczającego pojazd do obrotu. Jak wynika z treści motywu 4 preambuły do dyrektywy 797/2016 „W celu przyczynienia się do urzeczywistnienia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego, obniżenia kosztów i skrócenia czasu trwania procedur udzielania zezwoleń oraz poprawy bezpieczeństwa kolei należy usprawnić procedury udzielania zezwoleń oraz zharmonizować je na szczeblu Unii.", a procedura pozyskania zezwolenia wydanego przez Agencję Kolejową Unii Europejskiej (ERA) zgodnie z dyrektywą 2016/797 trwa 4 miesiące, który to termin jest o połowę krótszy niż wskazywany przez Odwołującego. Izba nie stwierdziła w tych okolicznościach naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez nieuwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia istotnej okoliczności dotyczącej zmiany przepisów prawa kolejowego.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, który podnosił zarzut naruszenia uczciwej konkurencji w kontekście określenia krótszych terminów dostaw pojazdów w porównaniu do poprzednio prowadzonego przez Zamawiającego postępowania - dostawy czterech czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych o dokładnie takich samych parametrach i wymaganiach (postępowanie IS-1.272.5.2019 zakończone podpisaniem w dniu 28.10.2019 umowy z wykonawcą PESA), w którym termin dostawy dla pierwszych dwóch pojazdów wynosił 20 miesięcy, a dla kolejnych dwóch - 22 miesiące. W ocenie Izby, nie stanowi naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp samo w sobie ustanowienie w danym postępowaniu krótszego terminu dostaw niż w poprzednio prowadzonym postępowaniu. Zarzut taki należy odnosić bowiem do warunków danego postępowania z uwzględnieniem konkretnych okoliczności i obiektywnych potrzeb Zamawiającego w określeniu ww. terminów.

Nie budzi wątpliwości Izby fakt, że w zależności od celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności od uzasadnionych obiektywnych potrzeb Zamawiającego, wymagane terminy dostaw mogą być ustalane w sposób odmienny w różnych postępowaniach, o ile oczywiście terminy takie są realne i możliwe do realizacji. W świetle materiału dowodowego zebranego w niniejszej sprawie nie można uznać, że Odwołujący choćby uprawdopodobnił, że określone przez Zamawiającego terminy dostaw są nierealne, niemożliwe do dotrzymania. Nie został przeprowadzony przez Odwołującego żaden dowód na okoliczność istnienia obiektywnych czynników uniemożliwiających wykonanie dostaw pojazdów kolejowych w terminach określonych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego, sformułował on ten zarzut w sposób subiektywny, tj. w oparciu o warunki dostępne temu wykonawcy. Zamawiający nie może jednak, wbrew swoim uzasadnionym potrzebom, dostosowywać opisu przedmiotu zamówienia do potrzeb któregokolwiek potencjalnego wykonawcy. Takie działanie wprost prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, że oceniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp należy wziąć pod uwagę, że przepis ten zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, przy czym ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisania przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Wobec braku uprawdopodobnienia przez Odwołującego okoliczności dyskryminujących tego wykonawcę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastosował obiektywnych terminów dostaw, które wpływają w sposób nieuzasadniony na ograniczenie konkurencyjności postępowania. Fakt, że określone terminy mogą być dla jednego wykonawcy bardziej realne, a dla innego mniej, nie przesądza o wadliwości tych postanowień. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III CPP 52/02) odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia: „Można uznać, iż ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny". W ocenie Izby, w tym postępowaniu nie ma dowodów na to, że określając terminy dostaw pojazdów, Zamawiający dążył do wyłączenia Odwołującego jako potencjalnego wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Postanowienia SIWZ dotyczące terminów dostaw nie wskazują ani bezpośrednio, ani pośrednio jednego konkretnego wykonawcy, który byłby preferowany w przedmiotowym postępowaniu oraz nie eliminują z udziału w postępowaniu innych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty.

Należy podkreślić, że Zamawiający wykazał, iż kwestionowane przez Odwołującego terminy dostaw określone w SIWZ znajdują odzwierciedlenie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. W szczególności istotne znaczenie ma fakt, że postępowanie jest finansowane w części ze środków unijnych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014 - 2020 Podziałanie 4.5.3. Regionalny niskoemisyjny transport aglomeracyjny. Termin zakończenia postępowania nie może przekroczyć 2022 r., bowiem przekroczenie tej daty spowoduje brak możliwości przedstawienia do rozliczenia wydatków w ramach środków unijnych. Dodatkowo

Zamawiający wyjaśnił, że na przełomie roku 2021 i 2022 planowany jest przegląd techniczny 13 sztuk pojazdów na poziomie P4, a zatem pojazdy te na czas wyłączenia z użytkowania muszą być zastąpione innymi pojazdami aby zapewnić ciągłość świadczenia usług transportu, co potwierdza przedstawiony przez Zamawiającego Harmonogram napraw taboru kolejowego Województwa Małopolskiego. Są to obiektywne okoliczności, które wpływają na sposób określenia terminów dostaw w przedmiotowym postępowaniu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 i 2 pkt 6 oraz art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie w punkcie P.2 SIWZ kryterium oceny ofert „termin dostawy” i opisanie sposobu dokonywania oceny tego kryterium w sposób niezgodny z ustawą i naruszający uczciwą konkurencję, w szczególności zasadę proporcjonalności (zarzut zawarty w pkt 9 odwołania).

W punkcie P.2 SIWZ Zamawiający określił kryterium oceny ofert „termin dostawy" z wagą 40%, przy czym skrócenie terminu dostawy każdego pojazdu o 1 miesiąc - skutkuje przyznaniem wykonawcy 20 punktów, a skrócenie terminu dostawy każdego pojazdu o 2 miesiące - 40 punktów.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustęp 2 wskazuje, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji

zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Zgodnie z ust. 2d, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Jak wynika zatem z treści ww. przepisów ustawy Pzp, termin dostawy może stanowić kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest to kryterium ściśle związane z przedmiotem zamówienia. Zauważyć należy, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają zamawiającego co do określenia sposobu oceny ofert w ramach danego kryterium. Co do zasady kryteria oceny ofert mają służyć wyborowi oferty najkorzystniejszej biorąc pod uwagę cel danego postępowania.

Oceniając materiał dowodowy w tej sprawie należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, że obiektywnie nie jest możliwe skrócenie terminów dostaw. Nie został też przeprowadzony przez Odwołującego żaden dowód na okoliczność faworyzowania przez Zamawiającego wykonawcy PESA, poprzez określenie ww. kryterium oceny ofert. Przeczą powyższym twierdzeniom okoliczności, iż Odwołujący realizował podobne dostawy w terminach krótszych niż określone w przedmiotowym postępowaniu (nr ref. IS.I.272.1.2015) - dostawa 13 sztuk fabrycznie nowych EZT (w ramach zamówienia podstawowego i opcji), w ramach których w okresie 8 miesięcy Odwołujący dostarczył pierwsze 6 pojazdów. Co prawda dostawy te dotyczyły innego typu pojazdów niż objęte przedmiotem tego zamówienia, to jednak, jak przyznał sam Odwołujący, produkcja tych pojazdów trwała 8 miesięcy, a kolejne 8 miesięcy trwało uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie pojazdów do obrotu, tj. łącznie 16 miesięcy.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....

Członkowie: