Sygn. akt: KIO 1320/21

WYROK
z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2021 r. przez odwołującego: **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim ogonie (**ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi ogon) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** (ul. Raciborska 58 40-074 Katowice),

- przy udziale wykonawców:

A.**Public Transport Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** (Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa),

B.Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki" SA z siedzibą w Mińsku Mazowieckim(ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki),

C.**Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA z siedzibą w Bydgoszczy,** (ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz)

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Lisim ogonie (**ul. Szczecińska 15-19 86-065 Lisi ogon) i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** kwotę 3.767 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, opłaty skarbowej w kwocie 17 zł oraz koszty dojazdu w kwocie 150 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……...……..

Sygn. akt: KIO 1320/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawcę: **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o, Sp. k. z siedzibą w Lisi ogon** (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (zamówienie sektorowe) na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego:**Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**, którego przedmiotem jest: „Usługa naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych". Nr KS/ZP/2/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 22 kwietnia 2021 r. nr 2021/S 078 - 199065-2021-PL. Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie pozostających w związku z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przepisów, a mianowicie:

1.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w Postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz naruszającego równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w sekcji IX ust. 9.2. pkt 4) tiret nr jeden SWZ oraz w sekcji Ili pkt 111.1,3) tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez postawienie wymogu dysponowania doświadczeniem polegającym na zrealizowaniu w ramach jednej umowy co najmniej pięć usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjna 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto),

2.art. 106 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na ustanowieniu w ramach opisu przedmiotu zamówienia (w sekcji V punkt 5.5 SWZ) wymogu, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163) oraz (zgodnie z sekcją X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ) przedstawienie na potwierdzenie powyższego przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS) podczas, gdy wymóg posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163) odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy, a nie realizowanego przez niego przedmiotu zamówienia, zatem stanowi wymóg podmiotowy (w ramach warunków udziału w Postępowaniu), a nie jak określił w dokumentacji Zamawiający wymóg przedmiotowy, ewentualnie naruszenie

3.art. 99 ust. 4 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na ustanowieniu w ramach opisu przedmiotu zamówienia (w sekcji V punkt 5.5 SWZ) wymogu, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163), który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia (mogący utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców), ponieważ Zamawiający nie określił w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia (zawartego w SWZ i Projekcie umowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ), żadnych wymogów jakościowych dotyczących przebiegu procesu przeprowadzania czynności, których rezultat został objęty przedmiotem zamówienia, ani nie dopuścił jednocześnie legitymowania się wdrożeniem innych, równoważnych do IRIS standardów lub norm zarządzania jakością (w szczególności ISO 9001 czy MMS - Maintenance Management System),

4.art. 99 ust. 5 w zw. z ust. 4 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na ustanowieniu w ramach opisu przedmiotu zamówienia (w sekcji V punkt 5.5 SWZ) wymogu, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163), który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia oraz jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Zamawiający nie dopuścił legitymowania się wdrożeniem innych, równoważnych do IRIS standardów lub norm zarządzania jakością (w szczególności ISO 9001 czy MMS - Maintenance Management System),

5.art. 106 ust. 2 oraz ust. 3 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na ustanowieniu wymogu (zgodnie z sekcją X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ) przedstawienie przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS), który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia oraz jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ponieważ Zamawiający nie określił w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia (zawartego w SWZ i Projekcie umowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ), żadnych wymogów jakościowych dotyczących przebiegu przeprowadzonych czynności, których rezultat został objęty przedmiotem zamówienia, ani nie dopuścił legitymowania się wdrożeniem innych, równoważnych do IRIS standardów lub norm zarządzania jakością (w szczególności ISO 9001 czy MMS - Maintenance Management System),

6.art. 83 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na nieprawidłowym, niezgodny z przepisami Pzp przeprowadzeniu analizy własnych potrzeb i wymagań związanych z przeprowadzanym Postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego postawienia wymogów sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ w ramach wymogów przedmiotowych zamówienia, podczas gdy ich charakter oraz treść wskazuje, że stanowią one wymogi podmiotowe dotyczące wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia będą miały istotny wpływ na wynik Postępowania, i konsekwencji wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1.dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w sekcji IX ust. 9.2. pkt 4^ tiret nr jeden SWZ oraz w sekcji III pkt 111,1.31 tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób:

„*W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał:*

- *w ramach nie mniej niż jednej umowy co najmniej trzy usługi obejmujące swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym o wartości łącznej nie mniejszej ni z 1000.000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100) oraz*
- *w ramach jednej umowy co najmniej jedną usługę obejmującej swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania pasażerskiego pojazdu kolejowego (elektryczny zespół trakcyjny z napędem asynchronicznym lub spalinowy zespół trakcyjny)) o wartości nie mniejszej niż 1000.000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100).*" - z uwzględnieniem dalszych konsekwencji powyższych zmian,

2.dokonania usunięcia wymogów określonych w sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ, a w konsekwencji:

1)usunięcie treści postanowienia sekcji V punkt 5.5 SWZ:

„5.5. *Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163). Przedmiot zamówienia winien być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS*.",

2)usunięcie treści postanowienia sekcji X pkt 10.1.1. SWZ:

„10.1.1 *Zamawiający wskazuje, iż wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez Wykonawcę z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS. Wykonawca zgodnie z art. 106 i 107 ustawy PZP składa określony przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy w postaci:*

1)*dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS). Dokument należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem*",

3)usunięcie z treści XIII pkt 13.10 SWZ postanowienia pkt 6):

„6) *Dokument potwierdzający wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS)*":.

4)usunięcie z treści § 2 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektu umowy następującego zwrotu:

„..., *wdrożony systemem zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (IRIS)...*" -

- z uwzględnieniem dalszych konsekwencji powyższych zmian,

ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania)

3.dokonanie modyfikacji wymogu określonego sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz sekcji X pkt 10,1.1, pkt 1 SWZ poprzez dopuszczenie wykazania wdrożenia przez wykonawców innego standardu zarządzania jakością w szczególności ISO 9001 lub MMS - Maintenance Management System), a w konsekwencji:

1)zmianę treści postanowienia sekcji V punkt 5.5 SWZ:

„5.5. *Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163) lub innego równoważnego standardu zarządzania jakością potwierdzonego odpowiednim certyfikatem (np. ISO 9001 lub MMS - Maintenance Management System). Przedmiot zamówienia winien być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS lub innymi równoważnymi standardami zarządzania jakością (np. ISO 9001 lub MMS - Maintenance Management Systemy*",

2) zmianę treści postanowienia sekcji X pkt 10.1.1. SWZ:

„10.1.1 *Zamawiający wskazuje, iż wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez Wykonawcę z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS lub innymi równoważnymi standardami zarządzania jakością (np. ISO 9001 lub MMS - Maintenance Management System). Wykonawca zgodnie z art. 106 i 107 ustawy PIP składa określony przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy w postaci:*

1)*dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat*

IRIS) lub innego równoważnego standardu zarządzania jakością (np. certyfikatu ISO 9001 lub certyfikatu MMS - Maintenance Management System). Dokument należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem",
3)zmianę treści postanowienia XIII pkt 13.10 pkt 6) SWZ:
„6) *Dokument potwierdzający wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS) lub inny równoważny standard zarządzania jakością (np. certyfikatu ISO 9001 lub certyfikatu MMS - Maintenance Management System*).".
4)zmianę treści postanowienia § 2 ust. 1 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektu umowy:
„*wdrożony systemem zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (IRIS) lub inny równoważny standard zarządzania jakością (np. ISO 9001 lub MMS - Maintenance Management System*)..." z uwzględnieniem dalszych konsekwencji powyższych zmian.

Odwołujący wskazał, że (…) *ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż wymogi stawiane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ zostały sformułowane w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, a ponadto ograniczają w sposób bezpodstawny możliwość Odwołującego złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylenia czynności i zaniechać Zamawiającego poprzez zmianę treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, Odwołujący ma szansę złożyć ofertę w Postępowaniu i potencjalnie je wygrać, uzyskując przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w obecnym brzmieniu wymogów, nie ma on szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Szkodą po stronie wykonawców oraz Odwołującego jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uniemożliwienie złożenia oferty, co prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia*."

W uzasadnieniu zarzutów wskazał, że przedmiotem zamówienia w Postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Odwołujący, podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego czynności, wskazując:
1. Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp.
W celu spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w sekcji IX ust. 9.2. pkt 4) tiret nr jeden SWZ oraz w sekcji III pkt III. 1.3) tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej: „4) *zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:*
• W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał:
- w ramach jednej umowy co najmniej pięć usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjna 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto) oraz
- w ramach jednej umowy co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie czwartym lub piątym poziomem utrzymania pasażerskiego pojazdu kolejowego (elektryczny zespół trakcyjny z napędem asynchronicznym lub spalinowy zespół trakcyjny) o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto)".
Zamawiający – zdaniem wykonawcy - formułując warunek udziału w Postępowaniu w powyższym zakresie ustanowił warunek doświadczenia (zdolności zawodowej) wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ustanowił powyższy warunek w sposób uniemożliwiający złożenie oferty wykonawcom posiadającym doświadczenie odpowiednie do realizacji przedmiotowego zamówienia (co doprowadziło do opisania przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców w Postępowania). Przede wszystkim pierwsza część warunku w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg potencjalnych wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie, a posiadających doświadczenie odpowiednie do realizacji zamówienia. Podkreślił, że (…) *rynek podmiotów świadczących usługi naprawy i utrzymania pojazdów szynowych, a w szczególności elektrycznych zespołów trakcyjnych, stanowi rynek bardzo wąski. Ponadto, elektryczne zespoły trakcyjne tego typu dopiero stosunkowo niedawno zaczęły wypierać ich spalinowe odpowiedniki, przez co doświadczenie podmiotów trudniących się naprawą elektrycznych zespołów jest stosunkowo niewielkie. Ponadto, pierwsze pojazdy tego typu były objęte długą gwarancją producenta, co uniemożliwiało wejście na rynek i zdobycie odpowiedniego doświadczenia przez innych wykonawców realizujących naprawy pojazdów szynowych. Z uwagi na powyższe nieuzasadniony jest wymaganie od wykonawców legitymowania się doświadczeniem przy wykonywaniu czynności przeglądowych utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną 160 km/h wyłącznie w ramach jednej umowy, a ponadto w ilości pięciu usług. Wskazania wymaga, że w przypadku większości tego rodzaju zamówień dotyczą one. jednorazowej (w ramach jednej umowy) naprawy niewielkiej ilości elektrycznych zespołów trakcyjnych. W związku z powyższym wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie odpowiednie do realizacji napraw objętych przedmiotem zamówienia nie mogą wziąć udział w postępowaniu, mimo posiadania odpowiednich możliwości do realizacji tego typu napraw i w ilości objętej przedmiotem zamówienia*" . Zdaniem Odwołującego (…) również wymóg aby doświadczenie obejmowało elektryczne zespoły trakcyjne dotyczyło zespołów osiągających prędkość eksploatacyjną 160 km/h, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Czynności przeglądowe zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania dotyczą wielu elementów elektrycznego zespołu trakcyjnego, jednakże osiągana przez zespoły prędkość nie ma większego wpływu na zakres prac objętych przedmiotem zamówienia, przez co powyższy element warunku udziału nie ma odniesienia dla posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Podkreślenia wymaga bowiem, że zgodnie z DSU najważniejsze podzespoły (np. silniki elektryczne, przetwornice falowniki), mające wpływ na osiąganą prędkość, wykonawcy są zobowiązani oddać do wykonania przeglądu i naprawy przez producenta lub ich autoryzowanych przedstawicieli. Z uwagi na powyższe warunek udziału dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w treści określonej przez Zamawiającego, nie dopuszczający do realizacji zamówienia wykonawców posiadających wiedze i doświadczenie przy realizacji mniejszej ilości napraw w ramach więcej niż jednej umowy przy uwzględnieniu wąskiego rynku podmiotów świadczących naprawy objęte przedmiotem zamówienia), stanowi warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ograniczający konkurencie i równe traktowanie wykonawców w

Postępowaniu. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r. o sygnaturze IIGSK 2633/15, „prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych

W myśl art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe na wykazanie ww. warunków, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez Zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez Zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmie jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania. Powyższe podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku KIO 2219/17; KIO 2228/17; KIO 2232/17; KIO 2234/17. Z kolei zgodnie z wyrokiem KIO 1081/17; KI 1084/17; KIO 1091/17): „ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji". Ponadto za wyrokiem KIO 632/11 wskazać należy, że „zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania, Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, a tym samym na bardziej efektywne wydatkowanie publicznych środków finansowych". W wyroku KIO 327/16, Izba wskazał, że: „Nadmierne podmiotowe wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Adekwatność opisu do przedmiotu zamówienia musi polegać na dostosowaniu kryteriów oceny do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Wymóg proporcjonalności nakazuje ustalenie, w jakim stosunku poziom warunku udziału musi pozostawać wobec przedmiotu zamówienia, aby zapewnić prawidłowy wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. (...) Nieproporcjonalność warunku udziału w postępowaniu zachodzi wówczas, gdy warunek zostanie ustalony w sposób nadmierny lub niewystarczający w stosunku do konieczności zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, uwzględniając stopień skomplikowania, specyfikę, charakter, zakres i wartość przedmiotu zamówienia".

Reasumując, zdaniem wykonawcy, obecna treść warunku udziału w Postępowaniu określona w sekcji IX ust. 9.2, pkt 4) tiret nr jeden SWZ oraz w sekcji III pkt 111.1.31 tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu w sposób nieuzasadniony narusza przepisy art. 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust, 4 Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w Postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia. W związku z powyższym zasadny będzie wniosek Odwołującego o dokonanie zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w sekcji IX ust. 9.2. pkt 4) tiret nr jeden SWZ oraz w sekcji lll pkt 111,1,3) tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu w sposób sformułowany w żądaniu.

2. Zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 Pzp.

W sekcji V punkt 5.5 SWZ, w ramach opisu przedmiotu zamówienia, postawił następujący wymóg: *„5.5 Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163). Przedmiot zamówienia winien być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS*.",

Na potwierdzenie powyższego wymogu Zamawiający w sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą następującego dokumentu:

„10.1.1 *Zamawiający wskazuje, iż wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez Wykonawcę z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS. Wykonawca zgodnie z art. 106 i 107 ustawy PZP składa określony przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy w postaci:*

1) *dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS). Dokument należy złożyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem*".

Zgodnie z treścią art. 7 pkt 28) Pzp przez usługi w rozumieniu Prawa zamówień publicznych należy rozumieć wszelkie świadczenia, które nie są robotami budowlanymi lub dostawami. Z powyższego wynika, że w odróżnieniu od definicji usług wynikającej z Kodeksu cywilnego, w ramach Pzp umowy o świadczenie usług mogą stanowić zarówno umowy starannego działania, jak i umowy rezultatu. Z tym ostatnim przypadkiem mamy do czynienia w okolicznościach sprawy. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych. W okolicznościach sprawy przedmiotem umowy będzie zatem osiągnięcie konkretnego rezultatu w postaci naprawionych zgodnie z 4 poziomem utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych, zatem efekt w postaci odnowionych, w pełni sprawnych zespołów. Tegu typu umowę w reżimie Pzp należy odróżnić od świadczenia usług starannego działania, jak chociażby świadczenia usług sprzątania, których celem nie jest otrzymanie na sam koniec umowy (np. po 2 latach) czystych pomieszczeń przez Zamawiającego, ale staranne działanie wykonawcy w celu utrzymania czystości pomieszczeń przez cały okres obowiązywania umowy. W okolicznościach przedmiotowego Postępowania fakt prawidłowego procesu świadczenia czynności przez wykonawcę nie będzie miał znaczenia, jeżeli na koniec nie otrzyma w pełni odnowionych i sprawnych zespołów trakcyjnych. Z powyższego wynika zatem, że przedmiotem umowy w

ramach Postępowania jest uzyskanie określonego rezultatu. IRIS (International Railway Industry Standard) to międzynarodowy standard zarządzania jakością w przemyśle kolejowym. Certyfikaty IRIS (ISO/TS 22163) przyznawane są firmom i instytucjom działającym na rynku kolejowym, w tym m.in. operatorom sieci kolejowych, producentom i dostawcom pojazdów szynowych. Wdrażanie standardu IRIS przez organizacje działające w branży kolejowej może stanowić sposób na doskonalenie dotychczasowego systemu zarządzania opartego o wymagania ISO 9001. Wdrożenie powyższego standardu zarządzania jakością wiąże się zatem z wymaganiami dokumentacji dotyczącymi kwalifikacji Wykonawcy w prowadzeniu podobnych prac utrzymaniowych. Jednocześnie, realizacja usługi w systemie zarządzania nie oznacza wprost spełnienia wymagań przez tę usługę lub przedmiot tej usługi (w tym przypadku pojazd kolejowy), bowiem nie zastępuje kontroli jakości. Podkreślił, że zgodnie z postawionym przez Zamawiającego wymogiem przedmiotowym zawartym w opisie przedmiotu zamówienia (w sekcji V punkt 5.5 SWZ), przedmiot zamówienia ma być świadczony przez wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością. Pomijając fakt, że przedmiotem zamówienia jest osiągnięcie określonego rezultatu (a nie starannego działania przez cały okres umowy), już sama treść wymogu postawionego przez Zamawiającego wskazuje, że mamy do czynienia z wymogiem podmiotowym, odnoszącym się do kwalifikacji czy uprawnień wykonawcy. Wbrew ustaleniom Zamawiającego wymóg określony w sekcji V punkt 5.5 SIWZ nie będzie związany bezpośrednio z przedmiotem zamówienia (nie będzie wiązał się z uzyskaniem odpowiedniego certyfikatu na potrzeby procesu świadczenia usług w ramach tej konkretnej umowy), ale z uprzednim wdrążeniem odpowiednich standardów zarządzania jakością przez samego wykonawcę. Nie sposób zatem uznać, aby wymóg postawiony w sekcji V punkt 5.5 SWZ stanowił wymóg przedmiotowy, a certyfikat potwierdzający wdrożenie konkretnego systemu zarządzania jakości w przedsiębiorstwie wykonawcy stanowił przedmiotowy środek dowodowy. Wymagany w ramach sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ dokument nie potwierdza bowiem cech materiałów czy maszyn używanych do wykonania czynności objętych umową ale odnosi się bezpośrednio do kwalifikacji i uprawnień wykonawcy, który przed realizacją zamówienia musi wdrożyć system zarządzania jakością w ramach swojego przedsiębiorstwa. W konsekwencji wymóg wdrożenia system zarządzania jakością może stanowić wyłącznie warunek udziału w Postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (warunek podmiotowy), natomiast dokument potwierdzający wdrożenie system zarządzania jakością u takiego wykonawcy może stanowić wyłącznie dokument podmiotowy, składany na potwierdzenie warunków udziału w Postępowaniu. Mając na uwadze powyższe za błędne – zdaniem Odwołującego - należy uznać działanie polegające na stawianiu wymogów wdrożenia systemu zarządzania jakością np. w standardzie IRIS oraz wymagania potwierdzenia wdrożenia takiego sytemu odpowiednim certyfikatem w ramach wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia. Postawiony wymóg nie dotyczy bowiem samego procesu realizacji konkretnego zamówienia, ale posiadanych przez wykonawcę kwalifikacji (wdrożonego systemu zarządzania jakością), przez co stanowi wymóg podmiotowy, a nie jak wskazał Zamawiający przedmiotowy. Za błędną uznać należy ustalanie ww. wymogów w ramach opisu przedmiotu zamówienia czy przedmiotowych środków dowodowych. Wskazał na wyrok KIO 434/18) podnosząc, że: *„Na uwagę zasługuje również fakt, że zasadą jest, że warunek udziału w postępowaniu winien abstrahować od okoliczności, które są następstwem przypadku, a powinien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia”*. Ponadto, na wyrok KIO 1219/19), w którym Izba podkreśliła, że: *„Warunek ma służyć ocenie zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś spełnieniu przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego*."

Reasumując, w okolicznościach sprawy Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 106 ust. 1 Pzp poprzez ustanowienie w ramach opisu przedmiotu zamówienia w sekcji V punkt 5.5 SWZ) wymogu, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISOfTS 22163) oraz (zgodnie z sekcją X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ) przedstawienie na potwierdzenie powyższego przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS) podczas, gdy wymóg posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS flSO/TS 22163) stanowi wymóg podmiotowy w ramach warunków udziału w Postępowaniu), a nie wymóg przedmiotowy.

3.Ewentualne naruszenie art. 99 ust. 4 i ust. 5 Pzp oraz art. 106 ust. 2 oraz ust. 3 Pzp.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że ze względu na określenie wymogów zgodnie z treścią sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ mogło dojść również do naruszenia art. 99 ust. 4 i ust. 5 Pzp oraz art. 106 ust. 2 oraz ust. 3 Pzp, ponieważ powyższe wymogi byłoby nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a ponadto w okolicznościach sprawy nie dopuszczono zastosowania rozwiązań równoważnych z oczekiwanymi przez Zamawiającego, podczas gdy na rynku napraw pojazdów szynowych istnieją inne normy i standardy wdrażane w ramach systemu zarządzania jakości, gwarantujące należytą realizację zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie czynności naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych 9 szt. pojazdów 22WE (EN76) wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Zakres prac objętych przedmiotowym zamówieniem został określony w ramach sekcji III SWZ i Projektu umowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ. Zamawiający w treści żadnego z ww. dokumentów nie odnosi się do wymagań dotyczących jakości procesu wykonywanych prac, mających bezpośrednie odzwierciedlenie w IRIS, zatem nie postawił żadnych konkretnych wymagań dotyczących sposobu przeprowadzenia procesu wykonywania czynności objętych przedmiotem zamówienia. Jedynie na marginesie należy wskazać, że to wykonane prace (a nie sposób/proces i jakość ich wykonywania) miały być zgodne z dokumentami załączonymi do SWZ. Co zostało podkreślone przy okazji uzasadnienia poprzedniego zarzutu odwołania, przedmiotem zamówienia jest osiągnięcie konkretnego rezultatu w postaci dostarczenia Zamawiającemu w pełni sprawnych elektrycznych zespołów trakcyjnych, a nie starannego działania przy procesie realizacji przedmiotowych usług. Mając na uwadze, że skoro w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił wyłącznie oczekiwania co do rezultatu przeprowadzonych prac, stawianie wymogów dotyczących jakości procesu przeprowadzania tych prac należy uznać za nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w celu zagwarantowania sobie wysokiej jakości procesu przeprowadzonych w ramach zamówienia czynności mógł wyłącznie sprecyzować wymagania dotyczące oczekiwanego skutku takich prac tj. rezultatu wykonanej umowy. Zamawiający nie może przy tym formułować wymogów nie odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Na marginesie podkreślił, że (…) *w przypadku, gdy Zamawiający oczekiwał wykonywania zadań na podstawie wymagań dotyczących jakości przebiegu prac, powinien takie wymagania wprost określić w opisie przedmiotu zamówienia w formie konkretnych postanowień, nie zaś odwoływać się ogólnie do bardzo rozbudowanego standardu, nie wyszczególniając z niego konkretnych treści/wymagań. Powyższe jest o tyle istotne, że IRIS zawiera bardzo szeroki zakres wymagań (zwłaszcza fakultatywnych) odnoszących się do podmiotów o różnym charakterze (operatorów sieci kolejowej, producentów i dostawców pojazdów szynowych czy podmiotów świadczących naprawy ww. pojazdów) podczas, gdy Zamawiający nie sprecyzował jakich konkretnych wymagań na podstawie certyfikatu oczekuje, z jakiego powodu oczekuje spełnienia takich wymogów oraz w jaki sposób jest to podyktowane treścią opisu przedmiotu zamówienia czy*

Projektu umowy”.
Odwołujący wskazał również, że Zamawiający stawiając wymóg wdrożenia standardu IRIS, powinien dopuścić możliwość legitymowania się wdrożeniem przez wykonawców innymi równoważnymi względem IRIS normami lub standardami dotyczącymi jakości procesu realizacji czynności objętych przedmiotem Zamówienia. Wskazał również, że na rynku istnieją i funkcjonują inne normy oraz standardy jakości zapewniające możliwość przeprowadzenia procesu realizacji zamówienia z zachowaniem wymogów jakościowych adekwatnych do przedmiotu zamówienia (takich jak ISO 9001 czy MMS - Maintenance Management System). Standard IRIS zawiera bowiem w sobie wszystkie wymagania ISO 9001 i bazuje na tej samej strukturze wymagań. Jednocześnie tam, gdzie uznano to za stosowne uzupełniono te wymagania o dodatkowe, głównie związane z zarządzaniem projektami, zwiększonymi wymogami w zakresie dokumentowania działań, nadzorowaniem wyposażenia kontrolno-pomiarowego, uwzględnieniem zasad zarządzania ryzykiem itp. Wymagania te można traktować jako bardziej szczegółowe rozpisanie wymagań zawartych dotychczas w podstawowym standardzie ISO 9001. Dzięki takiemu uszczegółowieniu podkreślono wagę zarządzania projektami, ryzykiem, uwzględnienia aspektów bezpieczeństwa itd. Równoważność standardów wynikających z IRIS z innymi normami lub standardami dotyczącymi zarządzaniem jakością procesu realizacji czynności objętych przedmiotem zamówienia została potwierdzona w opinii prawnej sporządzonej na potrzeby innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o bardzo zbliżonym przedmiocie zamówienia (pn. „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) i prac dodatkowych dla pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) typu 32WE serii EN77 o numerach inwentarzowych 001,002, 003, 004 i 005"). Dowód: opinia prawna z 09.12.2020 r.
Z uwagi na powyższe postawienie przez Zamawiającego wymogu dotyczącego legitymowania się tylko jednym rodzajem standardu istniejącego na rynku (do tego opierającego się na innej powszechnie obowiązującej normie dotyczącej jakości) świadczy o bezzasadnym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu. Powyższe twierdzenia potwierdza opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań jakościowych, jakich może żądać zamawiający w treści której wskazano, iż: „Pragnę także zwrócić uwagę, iż rozporządzenie nie wskazuje na konkretny dokument, który miałby potwierdzać, że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że zamawiający nie może ograniczać zaświadczenia, o którym mowa w § 1 ust 2 pkt 6 iub 7 rozporządzenia do jednego rodzaju (np. certyfikatu ISO 9001:2004) w sytuacji, gdy na rynku istnieje wiele rodzajów uznawanych certyfikatów potwierdzających jakość produktów lub usług będących przedmiotem zamówienia, wydawanych przez odpowiednie podmioty uprawnione do kontroli jakości. Zamawiający może przykładowo wskazać konkretny certyfikat, niemniej z jednoczesnym dopuszczeniem możliwości składania dokumentów równoważnych. czyli wydawanych przez podmiot uprawniony do kontroli jakości w zakresie usługi lub dostawy będącej przedmiotem zamówienia. Odmienna interpretacja prowadziłaby do naruszenia fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych takich jak zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy <aktualnie art. 16 ust. 1- 3 Pzp>, gdyż eliminowałby z postępowania wykonawców, którzy dysponują uznawanymi na rynku zaświadczeniami podmiotu uprawnionego do kontroli jakości w zakresie spełniania określonych wymogów jakościowych świadczonych przez nich usług lub dostarczanych produktów, a tym samym posiadają odpowiedni dokument potwierdzający spełnianie przez nich warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.”.
W podsumowaniu powyższej opinii prawnej wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych wskazano, że: *„W opinii Departamentu Prawnego nie ma przeszkód, aby zamawiający postawił w postępowaniu żądanie posiadania przez wykonawców określonego systemu zarządzania jakością. Jednakże przy formułowaniu takiego typu wymagań zamawiający musi pamiętać, iż stawiane przez niego kryteria oceny spełniania warunków powinny być sformułowane w sposób obiektywy, podyktowany np. zakresem czy też zaawansowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy posiadania odpowiedniego doświadczenia, wiedzy, czy też potencjału ekonomicznego, technicznego lub finansowego. Określone przez zamawiającego kryteria powinny zatem być odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie mogą prowadzić do naruszenia zasad określonych w Prawie zamówień publicznych, m.in. zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu. Wskazane zasady, uregulowane w art. 7 ustawy, zakazują zamawiającym faworyzowania oferentów i nakazują jednakowo traktować wszystkich (również potencjalnych) uczestników postępowania na każdym jego etapie, tak by mieli oni jednakowe szanse uzyskania zamówienia*.”. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien dokonać go z uwzględnieniem swoich obiektywnie uzasadnionych potrzeb, w sposób nie ograniczający dostępu do zamówienia wykonawcom mogącym zrealizować przedmiotowe zamówienie. A contrario dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób subiektywny, z użyciem wymogów nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego będzie stanowiło dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zgodnie z wyrokiem KIO 2506/17): „Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby. Zamawiający musi jednak każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach poszczególnych postanowień, to w toku weryfikacji jego decyzji, no. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Równocześnie powinien dbać o racjonalne wydatkowanie środków, a przede wszystkim o zapewnienie należytego wykonania przyszłej umowy”. Podobnie, w wyroku KIO 2367/15: „postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejsza sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami. Dla przyjęcia naruszenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia jest już sama możliwość wystąpienia potencjalnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wszystkich wykonawców mogących to zamówienie wykonać, a który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, jednoznacznie narusza prawo. Z art. 99 ust. 4 Pzp należy wywieść zatem zasadę neutralności opisu przedmiotu zamówienia, który powinien być dokonany w taki sposób, że charakterystyka wymagań Zamawiającego jest tak samo czytelna i zrozumiała dla wszystkich wykonawców i nie pozycjonuje ich szans na uzyskanie zamówienia (tak:w uchwale z dnia 03.07.2017 r., KIO/KD 36/17). Podobny pogląd wyraża się w orzecznictwie sądów powszechnych m. in. w wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt: II Ca 693/05): „Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji”.Ponadto, zgodnie z art. 99 ust. 5 Pzp przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia) źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

W okolicznościach sprawy Zamawiający wymaga realizacji zamówienia przez podmiot posiadający wdrożony system zarządzania jakością zgodnie z konkretnym standardem (IRIS), a więc przy uwzględnieniu szczególnego procesu, który charakteryzuje usługi wykonawców posiadających ten konkretny system zarządzania jakością podczas gdy jednocześnie nie dopuszczono do udziału wykonawców posiadających wdrożone inne, równoważne systemy zarządzania jakością. Z uwagi na powyższe również doszło do naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Przechodząc do kwestii przedmiotowego środka dowodowego wymaganego zgodnie z postanowieniem sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią art. 106 ust. 2 i ust. 3 Pzp Zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia. Ponadto, żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Jak wskazano w dotychczasowej argumentacji odwołania, zarówno wymóg przedmiotowy określony w sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz wymagany na jego potwierdzenie przedmiotowy środek dowodowy określony w sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ należy uznać za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jak również niedopuszczające innych, równoważnych systemów zarządzania jakością odpowiednich do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia, co powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 106 ust. 2 i ust. 3 Pzp. Podkreślił, że podobnie jak w przypadku ustanawiania warunków udziału w Postępowaniu fart. 112 ust. 112 ust. 1 PZP) również w przypadku ustalenia przedmiotowych środków dowodowych (a przy tym wymogów na podstawie których ww. przedmiotowe środki dowodowe są wymagane) ustawodawca w art. 106 ust. 2 Pzp wymaga aby przedmiotowe środki dowodowe były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane z przedmiotem zamówienia, w związku z czym w zakresie podnoszonych ewentualnie naruszeń odpowiednie zastosowanie będzie miała argumentacja prawna wskazana w treści uzasadnienia zarzutu nr 2 odwołania.

Reasumując, treść wymogów określonych w sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ w sposób nieuzasadniony narusza przepisy art. 99 ust. 4 i ust. 5 Pzp oraz art. 106 ust. 2 oraz ust. 3 PZP poprzez ustanowienie wymogów i przedmiotowych środków dowodowych nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, które niezasadnie uniemożliwiają udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, lak również poprzez ustanowienie wymogów bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych zapewniających prawidłowa realizację zamówienia. Wskazał na sformułowane powyżej żądania.

4. Zarzut naruszenia art. 83 ust. 1 Pzp

Odwołujący podkreślił, że naruszenie uprzednio wskazanych przepisów Pzp stanowiło konsekwencję naruszenia art. 83 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe, niezgodne z przepisami Pzp przeprowadzeniu analizy własnych potrzeb i wymagań związanych z przeprowadzanym Postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego postawienia wymogów sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ w ramach wymogów przedmiotowych zamówienia, podczas gdy ich charakter oraz treść wskazuje, że stanowią one wymogi podmiotowe dotyczące wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14/06/2021) wniósł oddalenie odwołania w całości. Ponadto wniósł o dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie. Także o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

W ocenie Zamawiającego odwołanie jest bezpodstawne oraz nie znajduje podstaw do jego uznania, tym samym zarzuty Odwołującego jako bezzasadne nie powinny zostać uwzględnione, a w konsekwencji jego odwołanie powinno być w całości oddalone. Podał:

(…)

2. Uzasadnione potrzeby zamawiającego

2.1. Wprowadzenie

(1) W pierwszej kolejności Zamawiający przedstawi założenia, które stanowiły podstawę do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zaskarżonym przez Odwołującego. W szczególności w tej części pisma poruszona zostanie kwestia wymagań odnośnie zdolności technicznej wykonawcy oraz wykonania usługi w oparciu o Certyfikat IRIS.

2.2. Zdolność techniczna

Wskazując na warunek wg Sekcji IX ust. 9.2. pkt 4) tiret 1 SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu podał, że (…)

(3) jedynie takie łączne określenie wymagań, które muszą być spełnione łącznie, daje gwarancję prawidłowej realizacji usługi przez wykonawcę. Zamówienie ogłoszone przez Koleje Śląskie dotyczy wykonania usługi naprawy 4 poziomu utrzymania na 9 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych (dalej również: EZT) wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Już sam charakter naprawy na poziomie P4 jest czynnością bardzo złożoną. Obejmuje on swoim zakresem szereg czynności utrzymaniowych, zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania pojazdu (dalej również: DSU), która w szczegółowy sposób określa wymagania odnośnie zakresu i standardu przeprowadzanych czynności. Wykonanie naprawy wymaga specjalistycznego zaplecza technicznego - zarówno kadrowego jak i technicznego - wyposażonego w szereg specjalistycznych urządzeń – w tym urządzeń pomiarowych, stanowisk kontrolnych, itp. Naprawa na tym poziomie obejmuje naprawę podzespołów lub planową ich wymianę. Zakres przeglądu P4 jest tak duży, że jego prawidłowe przeprowadzenie wymaga posiadania przez wykonawcę stosownych procedur wewnętrznych, zapewnienia łańcucha potrzebnych dostaw, koordynacji działań, kontroli jakości na wszystkich poszczególnych etapach realizacji usługi i szeregu działań pobocznych.

(4) Wykonanie usługi objętej niniejszym postępowaniem będzie tym bardziej złożone, że obejmuje wykonanie usługi na aż 9 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Tym samym nie tylko do wykonania będzie zakres podstawowy wynikający wprost z dokumentacji DSU – w zakresie dotyczącym P4, lecz również szerszy zakres obejmujący prace dodatkowe. Prace dodatkowe określone w załącznikach do SWZ obejmują m.in. instalację dodatkowych systemów (np. System Zliczania Pasażerów wraz z jego integracją z pozostałymi systemami w pojeździe), wymianę niektórych komponentów (np. opończe przejść między wagonowych, foteli maszynisty), instalację nowych urządzeń (np. gniazdka 230V), czy wykonanie zmiany funkcjonalności i wprowadzenie nowych funkcjonalności do systemów w pojeździe (np. zmiana sposobu sterowania klimatyzacją, wprowadzenie przeniesienia napięć 24V i 3x400V przez sprzęg czołowy, centralne sterowanie drzwiami, zmiana funkcjonalności parking).

(5) Harmonogram postępowania przewiduje wykonywanie powyższej usługi w sposób ciągły w niektórych okresach czasu nawet na 3 szt. EZT jednocześnie. Podkreślić należy również,że w przypadku zaistnienia okoliczności prowadzących do zachwiania „wychodzenia" EZT z napraw P4 – jak przykładowo z uwagi wadliwość wykonania usługi, opóźnienie w dostawach itp. - może zaistnieć również większa kumulacja EZT będących w trakcie wykonywania usługi.

(6) Dodatkowo wymaga podkreślenia, że naprawy P4 na poszczególnych EZT będą prowadzone równolegle lub będą

następować bezpośrednio po sobie, co stanowić będzie znaczne obciążenie dla wykonawcy realizującego taką usługę.
(7) Zamawiający wprowadzając wymóg wykazania się zdolnością techniczną lub zawodową poprzez należyte wykonanie „w ramach jednej umowy co najmniej pięć usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania" w rzeczywistości określił ten warunek w przystępny sposób, a mianowicie wymagał doświadczenia w wykonaniu znacznie mniejszej ilości usług niż w odniesieniu do planowanych 9 sztuk EZT. Dodatkowo wymaga podkreślenia, że Zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem technicznym w ramach przeglądu P3 – czyli przeglądu (naprawy) niższego rzędu, który swoim zakresem obejmuje znacznie mniej czynności i jest mniej „wymagający" (mniej obciążający wykonawcę). Takie określenie warunku – poprzez dopuszczenie wykazania się usługami niższego rzędu – w rzeczywistości znacznie otwiera dostęp do postępowania potencjalnych oferentów. Z drugiej jednak strony daje gwarancję Zamawiającemu, że przy znacznej ilości pojazdów „przebywających" na przeglądzie P4, wykonawca będzie jednak w stanie usługę wykonać należycie.
(8) Kolejnym elementem w/w wymogu jest wykonanie usługi w odniesieniu do „elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną 160 km/h". Przedmiotowy warunek dotyczący prędkości eksploatacyjnej 160 km/h określa wymóg posiadania przez Wykonawcę doświadczenia w wykonywaniu czynności przeglądowo-naprawczych dla porównywalnych konstrukcji EZT jakie są przedmiotem zamówienia.
(9) EZT wyposażone w napęd asynchroniczny, ale nie spełniające warunku prędkości eksploatacyjnej 160 km/h, są zupełnie odmienną konstrukcją pojazdów od EZT projektowanych pod prędkość eksploatacyjną 160 km/h, których to właśnie dotyczy usługa objęta zamówieniem. EZT z napędem asynchronicznym charakteryzujące się prędkością eksploatacyjną poniżej 160km/h dostępne na polskim rynku i podlegające obsłudze utrzymaniowej są to EZT wywodzące się z rodziny EN57/EN71. Odpowiednio pojazdy EN57 były trójczłonowymi EZT produkowanymi w latach1962-1993, przy czym konstrukcja bazowa tych jednostek sięga lat 50/60 ubiegłego wieku. Z kolei pojazd EN71 był pojazdem czteroczłonowym opartym konstrukcyjnie na pojazdach typu EN57. Przedmiotowe pojazdy nie były ani projektowane, ani dostosowane do prędkości eksploatacyjnej 160 km/h. Pojazdy te nie były również pierwotnie wyposażone w napęd asynchroniczny. Dopiero na skutek przeprowadzonych modernizacji zamontowano w nich napęd asynchroniczny, co jednak nie oznacza, że pojazdy te – ze względu na swój wiek i konstrukcję – nie są w stanie osiągnąć wymaganych prędkości eksploatacyjnych 160 km/h, jakie są powszechne w nowych EZT.
(10) Różnice konstrukcyjne dotyczą w dużej mierze podzespołów związanych z bezpieczeństwem. Są to między innymi: odmienna konstrukcja wózków jezdnych oraz sposób ich połączenia z konstrukcją pudła jak również sposób połączenia poszczególnych członów EZT między sobą, różne rozwiązania w zakresie 2-go stopnia usprężynowania wózków (w ramach przedmiotowego postępowania w zakresie wymagań DTR wymianie podlegają poduszki pneumatyczne którew pojazdach o niższych prędkościach nie występowały), różne rozwiązania w zakresie układów hamulcowych w tym przede wszystkim zupełnie inne rozwiązania dotyczące elementów odpowiedzialnych za realizację procesu hamowania.
(11) Konstrukcja EZT, które przeszły modernizację na napęd asynchroniczny pozwala im osiągać jedynie prędkość 120 km/h (pierwotnie pojazdy były przystosowane do prędkości 110 km/h). Zatem postawione przez Zamawiającego wymaganie dotyczące posiadania doświadczenia przez Wykonawcę w zakresie wykonywania czynności przeglądowo-naprawczych na EZT charakteryzujących się taką samą konstrukcją co EZT będące przedmiotem zamówieniaw opinii Zamawiającego jest wymaganiem jak najbardziej uzasadnionym.
2.3. Certyfikat IRIS (ISO/TS 22163) – warunek przedmiotowy
Wskazał na wymaganie w Sekcji V punkt 5.5 SWZ oraz w Sekcji X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ) odnoszące się do przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS) i stwierdził (…).
(13) Międzynarodowy Standard Przemysłu Kolejowego IRIS (International Railway Industry Standard) jest światowym systemem oceny i certyfikacji podmiotów działających na rynku kolejowym, w celu wykazania zachowania odpowiednich standardów i wymagań odnośnie jakości i bezpieczeństwa realizowanych usług, czy produkowanych elementów (w tym również kompletnych pojazdów kolejowych). Aktualnie na świecie aktywnych jest 2173 certyfikatów IRIS poświadczających prawidłowe i aktualne wdrożenie tego standardu w przedsiębiorstwie. W Polsce, na dzień dzisiejszy, aktywnych jest 66 certyfikatów IRIS.
(14) System certyfikacji IRIS wg normy ISO/TS 22163:2017 ustanawia standard w zakresie wzrostu jakości w sektorze kolejnictwa, zwiększając wydajność przy jednoczesnej redukcji kosztów. IRIS określany jest jako narzędzie będące odpowiedzią na wyzwania z którymi mierzą się przedsiębiorstwa kolejowe w związku ze wzrostem konkurencyjności na tym rynku. Wspomaga on przedsiębiorstwa kolejowe w podążaniu za najlepszymi praktykami wypracowanymi przez największe światowe firmy z branży kolejnictwa. Zgodnie z informacjami podawanymi przez Komitet Sterujący IRIS zdobycie przez przedsiębiorstwo kolejowe certyfikatu IRIS tworzy sytuację korzystną dla całego rynku kolejowego, tj. zarówno dla producentów taboru kolejowego i jego elementów, dostawców czy w końcu docelowych użytkowników jakimi są przewoźnicy kolejowi.
(15) Spełnienie wymogów IRIS, w celu uzyskania certyfikatu nie jest zadaniem prostym. Wymagania niezbędne do spełnienia nakładają na przedsiębiorstwo obowiązek wdrożenia szeregu systemów i narzędzi w obszarze podnoszenia jakości i bezpieczeństwa realizowanych usług, czy produkowanych towarów. Sam proces certyfikacji jest również uznawany za bardzo wymagający i trudny do spełnienia, aby mógł zostać zakończony sukcesem. Można więc przyjąć, że certyfikat ten posiadają jedynie podmioty realizujące usługi na najwyższym możliwym poziomie bezpieczeństwa i jakości.
(16) W obliczu powyższego, analizując zasadność wymagania przez użytkownika pojazdu kolejowego (przewoźnika), posiadania certyfikatu IRIS przez wykonawcę czynności utrzymaniowychna eksploatowanym taborze należy stwierdzić, że niewątpliwie wymaganie takie przyczyni się do podniesienia jakości i bezpieczeństwa efektów zleconych czynności przeglądowych i naprawczych. Specyficzne wymagania normy ISO/TS 22163:2017 (IRIS) takie jak wdrożenie wskaźników RAMS dotyczących niezawodności, dostępności, podatności na utrzymanie i bezpieczeństwa,czy konieczność prowadzenia analiz dotyczących cyklu życia produktu (LCC) powodują, że podmiot posiadający certyfikat IRIS zobowiązany jest do dogłębnej analizy i oceny produkowanych elementów i realizowanych usług, a w konsekwencji ciągłego podnoszenia ich jakości i bezpieczeństwa.
(17) Zgodnie z rozdziałem 8.8 normy organizacja posiadająca certyfikat IRIS zobowiązana jest do wdrożenia i zarządzania dokumentacją pozwalającą na zarządzanie procesami RAMS i LCC w całym łańcuchu produkcji lub dostaw usług. Wyznaczanie wskaźników niezawodnościowych ma na celu między innymi porównywanie wykonanych usług i wyprodukowanych elementów, a także udoskonalenia projektów np. w zakresie podatności na późniejsze utrzymanie (co jest szczególnie istotne przy wykonywaniu napraw i przeglądów pojazdów kolejowych, których cykl życia jest długi). Dodatkowo, jeżeli organizacja posiadająca certyfikat IRIS wykonuje usługi lub wytwarza produkty związane z

bezpieczeństwem w zakresie elektroniki, elektryki czy programowania (co niewątpliwie ma miejsce przy wykonywaniu napraw nowoczesnych elektrycznych zespołów trakcyjnych) zmuszona jest do identyfikowania i określania poziomów nienaruszalności bezpieczeństwa (SIL) zgodnie z normą IEC 61508 i IEC 62425. Dodatkowo oprócz wymagań związanych z RAMS i LCCw normie ISO/TS 22163:2017 zaimplementowano szereg innych elementów odpowiedzialnych za poprawę bezpieczeństwa. Są to m.in.:
- procedura „FAI" czyli kontrola pierwszej sztuki, wskazująca na konieczność testowania gotowego elementu lub procesu dla zapewnienia jego bezpieczeństwa;
- procedura zarządzania ryzykiem i możliwościami, która jest rozszerzona nie tylko na ryzyko utraty zdrowia i życia człowieka, ale również na ryzyko nie dotrzymania wymagań technicznych klienta, terminów dostaw czy kosztów realizacji, co w konsekwencji wpływa również na zwiększenie bezpieczeństwa realizowanego procesu utrzymania i naprawy;
- procedura nadzoru nad procesami realizowanymi przez jednostki zewnętrzne (podzlecenia);
- procedura pozwalająca na identyfikację i identyfikowalność zarówno wszystkich podzespołów stosowanych w produkcji i naprawie jaki procesów oraz osób je realizujących;
- dodatkowy nadzór nad procesami specjalnymi, które mają szczególnie wysoki wpływ na bezpieczeństwo a możliwość późniejszej weryfikacji jest utrudniona lub niemożliwa;
- obligatoryjne wyznaczanie oraz cykliczny przegląd wymagań wynikających z realizowanych funkcji wytwarzania i utrzymania.
(18) Podkreślił, że są to wymagania specyficzne wyłącznie dla systemów zarządzania zgodnych z IRIS, a podobne kryteria i obowiązki nakładane na przedsiębiorstwa nie występują w jakimkolwiek innym systemie zarządzania stosowanym w kolejnictwie.
(19) Dodatkowo, sposób zarządzania przedsiębiorstwem i realizowanymi przez niego procesami, które mają bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo, jest audytowany przez niezależne międzynarodowe jednostki, których audytorzy muszą posiadać wiedzę i udokumentowane doświadczenie w jednym z 20 zakresów, który audytują. Bardzo wysoki poziom wymagań, w tym związanych z bezpieczeństwem, jest obiektywnie weryfikowany przez audytorów poprzez dedykowane oprogramowanie, które zawiera kilkaset precyzyjnych pytań oraz punktowanych odpowiedzi. Tak złożona i wymagająca procedura audytowania nie jest spotykana przy potwierdzaniu spełnienia wymagań normy ISO 9001, czy dla potwierdzenia wymagań stawianych podmiotom odpowiedzialnym za utrzymanie z systemem MMS.
(20) Analizując podobieństwa pomiędzy wymaganiami IRIS wg normy ISO/TS 22163:2017, a innymi systemami zarządzania funkcjonującymi w kolejnictwie (przede wszystkim system zarządzania wg ISO 9001 oraz System Zarządzania Utrzymaniem – MMS) należy zauważyć, że podwaliny tych systemów są ze sobą zbieżne. Główne kryteria, które spełnić musi podmiot ubiegający się o certyfikat któregoś z tych systemów są do siebie zbliżone, a wymagania wszystkich z nich opierają się na podejściu procesowym do realizowanych przez podmiot czynności. Należy jednak zauważyć, że o ile podstawy tych trzech systemów są ze sobą zbieżne, o tyle różnią się one znacząco w szczegółach.
(21) System Zarządzania wg normy ISO 9001 charakteryzuje się dużą uniwersalnością powodując,że może zostać wdrożony w niemal każdym rodzaju przedsiębiorstwa, niezależnie od sektora, w którym działa oraz procesów, które realizuje – nie jest systemem dedykowanym branży kolejowej. Jest to zrozumiałe, ponieważ głównym celem wdrożenia przedmiotowego systemu jest podnoszenie jakości realizowanych procesów, co z natury rzeczy jest celem uniwersalnym, niezależnym od branży.
(22) System Zarządzania Utrzymaniem (MMS), którego kryteria określane są w przepisach prawa (rozporządzenie Komisji (UE) 2019/779), odmiennie od dwóch pozostałych, które określone sąw normach, nakłada na podmiot obowiązki w zakresie zarządzania procesem utrzymaniowym w przedsiębiorstwie, nie zawiera natomiast konkretnych wytycznych, wskaźników czy narzędzi, z których dany podmiot ma korzystać podczas realizacji tego procesu. Co więcej, kryteria Systemu Zarządzania Utrzymaniem (MMS) pozwalają na dużą dowolność interpretacji co sprawia,że spełnienie tych samych wymogów może być realizowane w bardzo odmienny sposób. Dowodem na tę tezę może być fakt, że certyfikat potwierdzający wdrożenie tego systemu posiadają zarówno podmioty będące bardzo niewielkimi przedsiębiorstwami (nie dysponujące jakimkolwiek zapleczem utrzymaniowym i naprawczym – które w odniesieniu do usługi P4 objętej niniejszym postępowaniem jest kluczowe dla realizacji usługi), jak i podmioty będące wiodącymi zakładami naprawczymi taboru kolejowego na świecie. Fakt ten staje się zrozumiały, jeżeli zastanowimy się nad głównym celem wprowadzenia Systemu Zarządzania Utrzymaniem, którym jest certyfikacja Podmiotu Odpowiedzialnego za Utrzymanie, czyli podmiotu, który zapewnić ma eksploatację pojazdu kolejowego w bezpieczny sposób. Co znamienne, zapewnienie to nie musi odbywać się własnymi pracownikami, czy własnym zapleczem, a podmiot taki jest określany jako zarządzający tym procesem, co nie oznacza, że musi być również jego wykonawcą.
(23) Jedynie norma ISO/TS 22163:2017 (IRIS) zawiera bardzo szczegółowe wymagania i wytyczne w zakresie kolejnictwa, których spełnienie jest równoznaczne z posiadaniem odpowiedniego zaplecza zarówno kadrowego jak i technicznego. Spełnienie jej wymagań, prowadzące do certyfikacji systemu zarządzania zgodnie z IRIS oznacza, że podmiot dysponuje odpowiednim potencjałem, aby realizowane usługi stały na możliwie wysokim poziomie w zakresie jakości i bezpieczeństwa. Posiadanie tego certyfikatu pozwala, z dużą dozą pewności założyć zlecającemu - Zamawiającemu, że czynności naprawcze wykonywane na użytkowanym taborze kolejowym zostaną przeprowadzone w sposób gwarantujący najwyższą jakość i bezpieczeństwo.
(24) W oparciu o powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, że standardy ISO 9001 i MMS nie są standardami równoważnymi dla standardu ISO/TS 22163 (IRIS). Zamawiający pozyskał opinię Wydziału Transportu i Inżynierii Lotniczej Politechniki Śląskiej – Katedry Transportu Kolejowe pn.: „Opinia w przedmiocie zasadności wymagania od kontrahentów Kolei Śląskich wykonujących naprawy poziomu P4 i P5 posiadania wdrożonego branżowego systemu zarządzania jakością zgodnie z ISO/TS 22163:2017 potwierdzonego certyfikatem IRIS" (dalej również: Opinia)Z pozyskanej opinii wynika, że system zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163:2017 (IRIS) co do zasady zawiera wszystkie wymagania normy ISO 9001:2015 oraz dodaje dodatkowe wymagania wynikające ze specyfiki branży kolejowej. Wprowadzenie takich wymagań jakościowych funkcjonujących w branży kolejowej wynika również ze stopnia złożoności technicznej czynności utrzymania zawartych na poziomie P4 i P5, które stanowią proces naprawy pojazdu w bardzo szerokim zakresie (dla P5 najszerszym z możliwych), który wymaga najwyższych kompetencji nie tylko przy demontażu i montażu, ale przede wszystkim przy czynnościach oceny stanu technicznego popartych badaniami i pomiarami, których wynik i prawidłowa interpretacja będzie wskazaniem do naprawy, wymiany lub dalszej wieloletniej eksploatacji poszczególnych krytycznych dla bezpieczeństwa komponentów.
(25) Szacuje się, iż wymagania ISO 9001:2015 stanowią zaledwie 30% całkowitych wymagań ISO/TS 22163:2017, co obrazuje jaki nacisk w tym standardzie jest stawiany na specyficzne wymagania dotyczące branży kolejowej.

(26) Jeśli chodzi o system MMS dla podmiotów ECMnależy wskazać, że wymagania te koncentrowały się na transporcie towarowym (wagony towarowe) a więc nie dotyczyły Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych i nie zapewniały specyficznych wymagań dla pojazdów w transporcie osobowym (transport pasażerski). Wobec powyższego zagwarantowanie przez Wykonawcę, któremu Zamawiający zleca wykonanie usługi naprawy 4 poziomu utrzymania EZT, spełnienia wymagań normy ISO/TS 22163:2017, która w szerszy sposób podchodzi do procesu zarządzania jakością w trakcie naprawy dla wszystkich pojazdów kolejowych w tym pojazdów dla ruchu osobowego (transport pasażerski) jest wymaganiem uzasadnionym i niezbędnym. Podmiot realizujący tak złożone operacje techniczne jakie wchodzą w zakres naprawy poziomu P4, musi posiadać najwyższe możliwe kwalifikacje do jego realizacji. Aktualnie w branży kolejowej wskaźnikiem spełnienia najwyższych wymagań branżowych jest posiadanie wdrożonego standardu IRIS.
(27) W podsumowaniu Opinii wskazano: (…) wymaganie posiadania wdrożonego systemu ISO/TS22163:2017 (IRIS) czyli najbardziej wymagającego w branży systemu zarządzania, stawiane przez przewoźnika kolejowego względem podmiotu świadczącego usługi utrzymania jest zasadne, niezbędne i adekwatne dla należytego wykonania poziomu utrzymania P4 – tj. naprawy rewizyjnej dla pojazdów kolejowych do ruchu pasażerskiego nowej generacji z silnikami asynchronicznymi. Należy zaznaczyć, że realizacja usługi utrzymania dla pojazdu na poziomie P4 i P5 w szczególności względem układu biegowego i hamulcowego ma bezsprzecznie bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo znacznej liczby pasażerów i może być przyczyną katastrofy w ruchu lądowym.
(28) Reasumując, należy stwierdzić, że wymaganie stawiane przez przewoźnika kolejowego – Zamawiającego, odnośnie posiadania przez potencjalnego dostawcę usług utrzymania w zakresie naprawy P4 wdrożonego i certyfikowanego systemu zarządzania wg ISO/TS 22163:2017z pewnością wpłynie korzystnie na poziom realizowanych usług. Należy również ocenić, że przewoźnik decydujący się na takie wymaganie wobec swoich świadczeniodawców ma na celu przeprowadzenie zleconych napraw w oparciu o najwyższe standardy jakości, co niewątpliwie ocenić należy pozytywnie.
(29) W tym miejscu podkreślenia wymaga, że Koleje Śląskie są przewoźnikiem świadczącym usługi publicznego transportu zbiorowego, a co za tym idzie zobowiązane są do szczególnej dbałości o zapewnienie bezpieczeństwa podróżnym. Ponadto Koleje Śląskie związane są umowąz Województwem Śląskim w zakresie świadczenia usług o charakterze publicznym. Z tych względów, Zamawiający musi mieć pewność, że wybrany wykonawca nie tylko zrealizuje usługę, ale że zrealizuje ją w sposób należyty, tj. terminowy, wyczerpujący i przede wszystkim bezusterkowy (co oznacza, że nie będzie konieczne ponowne kierowanie EZT do naprawy na skutek wadliwie przeprowadzonego przeglądu). Dodatkowo, w odniesieniu do argumentacji wskazanej w punkcie 14 powyżej odnośnie redukcji kosztów, również ten aspekt przemawia za wprowadzeniem omawianego wymogu ze względu na wydatkowanie przez Koleje Śląskie środków publicznych.
(30) Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający działając jako przedsiębiorstwo kolejowe musi posiadać Certyfikat Bezpieczeństwa wydawany przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego,co zobowiązuje go między innymi do takiego zlecania prac, które również zapewnią oczekiwany poziom bezpieczeństwa kolejowego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji m.in. podał, że: (…)

(32) Zamawiający w bardzo szczegółowy sposób przeanalizował każdy z elementów tego warunku – jednostkowo i sumarycznie. W ocenie Zamawiającego przedstawiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, a dokonana przez Zamawiającego czynność polegająca na opisaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych została opisana w sposób przystający do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z uwzględnieniem interesu potencjalnych wykonawców.
(33) W pierwszej kolejności należy zaprzeczyć twierdzeniom Odwołującego, jakoby elektryczne zespoły trakcyjne były nowym rozwiązaniem na rynku polskim, a w konsekwencji nie było możliwe pozyskanie stosownego doświadczenia przez Odwołującego. Na podstawie powszechnie dostępnych źródeł można ustalić, że od około roku 2004 poszczególni przewoźnicy w Polsce powszechnie wykorzystują tego rodzaju pojazdy i wobec coraz większej elektryfikacji sieci odeszli od stosowania pojazdów spalinowych, które są obecnie wyjątkiem. Przykładowo na stronach Wikipedii dostępna jest informacja, że: „Elektryczne zespoły trakcyjne nowych producentów zaczęły pojawiać się na polskich torach w 2004. Od tego czasu przetargi na dostawę EZT wygrywały trzy firmy: Pesa Bydgoszcz (dawne ZNTK Bydgoszcz), Newag (dawne ZNTK Nowy Sącz) oraz Stadler Polska. W polskich przetargach brali udział również: ZNTK „Mińsk Mazowiecki", niemiecki Siemens, kanadyjski Bombardier oraz hiszpański CAF, jednakże bez powodzenia." Dalej czytamy: „Budowy pierwszych EZT podjęto się w 2004 roku." [dot. pojazdów realizowanych przez Pesa] oraz „Newag (do 2005 roku ZNTK Nowy Sącz), bazując na doświadczeniach z modernizowania EZT serii EN57 i EN71, w 2005 roku podjął się budowy pierwszego EZT własnej produkcji – 14WE, do którego produkcji wykorzystano części ze skasowanych EN57. 8 sztuk zostało zakupionych przez nowo powstałą SKM Warszawa, a 1 sztuka została wykorzystana jako Pociąg Papieski."
(34) W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że nawet przy przyjęciu, że nabywany tabor był objęty gwarancją producenta, to biorąc pod uwagę, że taka gwarancja wynosi maksymalnie 10 lat, upłynęły już terminy jej obowiązywania. Tym samym poszczególne procedury przeglądowe nie są już realizowane przez dostawców (producentów), lecz przez szereg podmiotów obecnych na rynku. Niewątpliwie zatem żądanie przez Zamawiającego wykazania wykonania dwóch usług w odniesieniu do przeglądów na poziome P3, P4 lub P5 nie jest wygórowane.
(35) Określenie przedmiotowego wymogu przez Zamawiającego – przede wszystkim w zakresie objęcia wykonania pięciu usług w ramach jednej umowy – jest kluczowe dla zabezpieczenia jego interesów ze względu na objęcie Postępowaniem aż 9 szt. pojazdów EZT wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Dodatkowo biorąc pod uwagę harmonogram napraw, wprowadzenie wymogu w zakresie realizacji usług na 5 pojazdach w ramach jednej umowy jest w szczególności uzasadnione ryzykiem dalszej kumulacji ilości pojazdów przebywających na naprawie, w przypadku jakichkolwiek opóźnień czy trudności w realizacji usługi przez wykonawcę. Tym bardziej ważne dla Zamawiającego było właśnie takie określenie warunku.
(36) Ponownie podkreślenia wymaga, że w ramach tej części warunku możliwe jest również wykazanie się wykonaniem usługi na niższym poziomie utrzymania P3, co zdaniem Zamawiającego znacznie rozszerza grono potencjalnych oferentów, albowiem wykonywanie tego rodzaju usług na rynku jest znacznie powszechniejsze (ze względu na częściej przypadające przeglądy na tym poziomie).
(37) Nie stanowi również w ocenie Zamawiającego ograniczenia konkurencyjności wymaganie wykazania jeszcze jednej usługi w ramach odrębnej umowy – w tym wypadku w odniesieniu do poziomu utrzymana P4 lub P5. Tak skonstruowane łącznie warunki faktycznie znacznie poszerzają grono potencjalnych oferentów, albowiem warunki są ustalone w bardziej elastyczny sposób, a dodatkowo nie stawiają przed oferentami wykazania się doświadczeniem wyłącznie w odniesieniu do naprawy na poziomie P4.
(38) Zmniejszenie wymagań przez Zamawiającego do wykazania się przez potencjalnych wykonawców pojedynczą usługą, czy nawet dwoma usługami w ramach jednak różnych - odrębnych umów, nie gwarantuje potwierdzenia, że dany

wykonawca ma wymagane doświadczenie i zdolność wykonania zamówienia dla tak dużej ilości pojazdów i przy wykonywaniu jej równocześnie na kilku z nich. Stąd zdaniem Zamawiającego na gruncie niniejszego Postępowania, w odniesieniu do postawionego wymogu, brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia art. 16 pkt. 1-3 p.z.p.
(39) Drugi z warunków dotyczący EZT z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną 160 km/h, co jest wymogiem czysto technicznym i wynika z konstrukcji samych EZT które mają być objęte przeglądem P4. Jak już wskazano powyżej w punktach 8-11 niniejszego pisma, różnice w budowie starych - a jedynie zmodernizowanych – pojazdów, w odniesieniu do użytkowanych przez Zamawiającego EZT które mają być objęte przeglądem, są tak duże, że doświadczenie nabyte na pojazdach starego typu nie znajduje żadnego przełożenia do potrzeb Zamawiającego i standardu obecnego taboru.
(40) W orzecznictwie KIO, wydanym co prawda na gruncie starego p.z.p., niemniej znajdującego odpowiednie zastosowanie do obecnie prowadzonych postępowań, podkreśla się, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. (obecnie art. 16 p.z.p.). Jak wskazuje się, w zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej - zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje. Natomiast właśnie jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności owego stopnia danego ograniczenia konkurencji, jest właśnie kwalifikacja powyższego w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego". Kategoria ta umożliwia, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia i zamawiającego, przeprowadzenie pełnej oceny względów, którymi zamawiający kierował się przyjmując określony kształt i zakres przedmiotu zamówienia.
(41) W orzecznictwie podkreśla się, że to właśnie potrzeby zamawiającego stanowią jak najbardziej racjonalną kategorię, służącą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z zastanego opisu przedmiotu zamówienia. Jak podkreśla się, z konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji nie wynika, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć .
(42) W orzecznictwie podkreśla się, że nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów p.z.p. uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisania czy zapewnienia ich realizacji w SWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia, zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutków dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.
(43)Jednocześnie, w przypadku podniesienia przez wykonawcę zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji przez niezgodne z tą zasadą opisanie przedmiotu zamówienia, to na Wykonawcy zgodnie z ogólną zasada płynącą z art. 6 k.c. spoczywa ciężar dowodu, iż naruszenie zasady uczciwej konkurencji nastąpiło.
(44) Zamawiający ma świadomość, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 16 pkt. 1 - 3 p.z.p. oraz art. 99 ust. 1 pkt. 4 p.z.p., są zarzutami poważnymi, gdyż naruszenie zasad w nich zawartych czyni w zasadzie wadliwym całe późniejsze postępowanie. Dla potwierdzenia tych zarzutów i uznania ich w postępowaniu odwoławczym, w świetle powołanego orzecznictwa, konieczne jest wykazanie ich zasadności w sposób rzeczowy i przekonujący. Wykonawca decydując się na postawienie tych zarzutów ma w szczególności obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń, a ponadto uprawdopodobnienia możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji.
(45) Przenosząc powyższe, na grunt rozpatrywanej sprawy w ocenie Zamawiającego, z treści odwołania wynika wyłącznie, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, Wykonawca - Odwołujący według swojej oceny nie jest w stanie złożyć oferty, gdyż Opis Przedmiotu Zamówienia nie odpowiada jego możliwościom w zakresie wykazania się wymaganym doświadczeniem. Wykonawca wskazuje jedynie na ograniczenia w możliwości zdobycia wymaganego doświadczenia, do którego to zarzutu Zamawiający odniósł się już powyżej (punkt 32 i 33 pisma). Wykonawca jednocześnie nie wykazał, że nie funkcjonują na rynku inne podmioty, które są w stanie taką ofertę złożyć. Tym samym Wykonawca nie wykazał, że kwestionowany przez niego OPZ w istocie narusza zasadę uczciwej konkurencji poprzez uniemożliwienie złożenia ofert w Postępowaniu przez innych oferentów.
(46) Dodatkowo, biorąc pod uwagę żądania Odwołującego dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w sekcji IX ust. 9.2. pkt 4) tiret nr jeden SWZ orazw sekcji III pkt III.1.3) tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że tak sformułowane żądania nie dają Zamawiającemu gwarancji doświadczenia Wykonawcy – w tym przede wszystkim w zakresie realizacji usług na szeregu pojazdów równolegle oraz nie gwarantują należytego jej wykonania. Należy również wskazać, że żądanie powoduje ograniczenie potencjalnego grona wykonawców, gdyż ogranicza dopuszczone przez Zamawiającego doświadczenie w wykonaniu napraw na poziomach P3, P4 i P5 tylko do usług na poziomie P4 i P5. Dodatkowo wykreślenie wymogu odnośnie prędkości eksploatacyjnej 160 km/h ma służyć wyłącznie zaspokojeniu interesu Odwołującego, aby mógł wykazywać doświadczenie zdobyte na pojazdach starego typu – po modernizacji.
(47) Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że za brakiem twierdzeń Odwołującego odnośnie ograniczenia zasady konkurencyjności na gruncie niniejszego postępowania jest okoliczność, że do niniejszego postepowania – po stronie Zamawiającego – przystąpiło aż trzech potencjalnych wykonawców, co wskazuje, że są na rynku inni wykonawcy, którzy są zainteresowani złożeniem oferty w Postępowaniu. Ponadto przystąpienie po stronie Zamawiającego również pośrednio potwierdza, że wymagania Zamawiającego nie były wygórowane i opisane w sposób prawidłowy. (…)
(48) Drugi z zarzutów Odwołującego, również dotyczący naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dotyczy wymogu określonego w sekcji V. pkt. 5.5 SWZ, tj. aby przedmiot zamówienia był świadczony przez wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163) oraz w sekcji X pkt. 10.1.1. pkt. 1 SWZ poprzez żądanie na potwierdzenie powyższego przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w postaci certyfikatu IRIS.
(49) W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu Odwołującego, jakoby Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez żądanie świadczenia usługi w oparciu posiadany certyfikat IRIS, gdy „wymóg wdrożenia systemu zarządzania jakością może stanowić wyłącznie warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (warunek podmiotowy), natomiast dokument potwierdzający wdrożenie systemu zarządzania jakością u takiego wykonawcy może stanowić wyłącznie dokument

przedmiotowy, składany na potwierdzenie warunków udziału w Postępowaniu". W ocenie Zamawiającego przedmiotowy zarzut jest również chybiony.
(50) Odnosząc się do argumentacji przedstawionej w odwołaniu, Zamawiający przyznaje, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług w rozumieniu art. 7 pkt. 28) p.z.p. i kluczowe jest osiągnięcie określonego rezultatu, czyli przeprowadzenie przeglądu na EZT w zakresie naprawy P4. Podkreślenia jednak wymaga, że aby ten rezultat osiągnąć i co ważne, aby miał on trwały charakter, kluczowe jest jej wykonanie przy zachowaniu odpowiednio wysokich standardów wykonania, co z kolei ma gwarantować posiadanie przez wykonawcę stosownego certyfikatu IRIS – czyli poprzez wykonanie usługi właśnie przy wykorzystaniu procedur wynikających z tej certyfikacji.
(51) Zgodnie z art. 106 ust. 1 p.z.p. zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania cechy lub kryteria, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Mogą one przybrać postać różnego rodzaju wymagań, w tym w szczególności: oznakowań (etykiet), certyfikatów, dokumentów bądź też innych środków.
(52) Przedmiotowe środki dowodowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnią dwie role. Mogą one służyć ocenie zgodności zaoferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty, jak również potwierdzaniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (art. 105 ust. 1 p.z.p.). Dokumenty wymienione w p.z.p. nie są katalogiem zamkniętym i wyczerpującym, co jednoznacznie wskazuje, że zamawiający są uprawnieni do żądania również innego rodzaju dokumentów.
(53) Zamawiający w sekcji V punkt 5.5 SWZ w szczególności wskazał: *„Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS(ISO/TS22163). Przedmiot zamówienia winien być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS*."
(54) Z tak dokonanego opisu jednoznacznie wynika, że intencją Zamawiającego nie było, aby Wykonawca posiadał określony certyfikat jako kryterium podmiotowe zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt. 4) p.z.p. w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, jak również intencją Zamawiającego nie było wymaganie określonego Certyfikatu IRIS dla określenia zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 112 ust. 1 p.z.p. Przedmiotowy wymóg został wprost odniesiony do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, który powinien być zrealizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnie z IRIS (czyli warunek przedmiotowy). Samo żądanie przedłożenia dokumentu certyfikatu IRIS, określone w sekcji X punkt 10.1.1. ppkt. 1) SWZ, przystaje do określonego przez Zamawiającego wymogu odnośnie sposobu realizacji usługi, aby przedmiot zamówienia był realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS, a ponadto jest dopuszczalne –w zakresie jego żądania – w oparciu o art. 106 ust. 1 p.z.p.
(55) Stąd brak jest zupełnie podstaw do przyjęcia, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 112 ust. 1 p.z.p. albowiem to Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia i swoich potrzeb.
(56) Właściwość działań Zamawiającego w zakresie odniesienia wymogu posiadania certyfikatu IRIS wprost do usługi i sposobu jej wykonania potwierdza również treść uzyskanej Opinii: „Wymóg posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością w branży kolejowej - IRIS (ISO/TS 22163:2017) odnosi się bezpośrednio do właściwości realizowanego przedmiotu (wymogi przedmiotowe a nie podmiotowe) zamówienia, gdyż wymusza obligatoryjne stosowanie sprecyzowanych zasad realizacji przedmiotowych zadań utrzymania co ma bezpośredni wpływ m. in. na: • jakość wykonania usługi; • terminowość wykonanej usługi; • bezpieczeństwo eksploatacji pojazdu w tym bezpieczeństwo znacznej liczby pasażerów (zagrożenie katastrofą w ruchu lądowym). Wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu posiadania przez Wykonawcę certyfikatu IRIS stanowi wyłącznie uzasadniony wymóg jakościowy w stosunku do zamawianych usług utrzymania."
(57) W Opinii uwypuklono również ryzyko, jakie może się wiązać z wykonaniem usługi z pominięciem wymogu analizowanego certyfikatu. W Opinii w bardzo wyrazisty sposób wskazano (str. 5 Opinii): *„Zaniechanie możliwości skorzystania przez zamawiającego z najwyższej uznanej i potwierdzonej w branży kolejowej jakości realizacji usług zgodnie z wymaganiami IRIS (ISO/TS 22163:2017) dla poziomów utrzymania P4 i P5 względem nowej generacji pojazdów kolejowych do ruchu pasażerskiego o silniku asynchronicznym, mających najwyższy możliwy wpływ na bezpieczeństwo znacznej liczby osób/pasażerów, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia a ponadto może wskazywać na zaniechanie przez zamawiającego możliwej redukcji uzasadnionego zagrożenia wystąpienia katastrofy w ruchu lądowym"*.
(58) Zamawiający jako podmiot świadczący usługi publicznego przewozu pasażerskiego niewątpliwie nie może przyjmować na siebie ryzyka w zakresie dopuszczenia świadczenia usług na poziome P4 z pominięciem procedury przewidzianych w IRIS, co wprost może skutkować katastrofą w ruchu lądowym.
(59) Chybiony jest również zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 p.z.p. odnoszący się do przedmiotowych środków dowodów, jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Jak już zostało wskazane powyżej Zamawiający określił, że przedmiot zamówienia ma być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS. Jestto standard obowiązujący od wielu lat i dotyczy wprost branży kolejowej, a nie ogólnie poziomu świadczenia usług. Żądanie stosownego certyfikatu było dopuszczalne w oparciu o art. 106 ust. 1 p.z.p., co zostało już omówione powyżej (punkt 51 i n. pisma).
(60) Zamawiający pragnie również wskazać, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia kierował się również ostatnio wydanym przez KIO orzeczeniem w sprawie o sygnaturze KIO 3104/20.W przedmiotowym postępowaniu oceniana była dopuszczalność i poprawność określenia przez zamawiającego jako warunku przedmiotowego wymagania wdrożenia certyfikatu IRIS.W przedmiotowym orzeczeniu czytamy: *„Na kanwie przedstawionych rozważań Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 Pzp w zw. z art 38 ust. 4 ustawy Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie, polegające na wprowadzenie wymogu wykazania wdrożenie międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industry Standard ISO/TS 22163) w zakresie potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji, gdy Zamawiający w ogóle nie*

sprecyzował treści warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, na potwierdzenie, którego wymagane· by/oby wykazanie wdrożenie międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (…) Izba zwraca uwagę, że co prawda w zakresie wymagań podmiotowych nakazała Zamawiającemu wykreślenie z treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówienia wszystkich postanowień dotyczących wymogu wdrożenie międzynarodowego standardu zarządzania jakością w przemyśle kolejowym IRIS (International Railway Industry Standard ISO/TS 22163) z uwagi na to że nie postawił on i nie skonkretyzował warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Jednak wydaje się, że powyższy wymóg, z racji jego charakteru nie powinien być rozważany w aspekcie wymagań podmiotowych, co jednak nie przesądza o tym, że nie może być on przez Zamawiającego rozpatrywany i brany pod uwagę w aspekcie OPZ, czy też wymagań przedmiotowych, tj. okoliczności, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego."

(61) Zamawiający dążąc do sprostania wykładni dokonanej przez KIO, zgodnie z wyrokiem, nie określił wymogu wdrożenia certyfikatu IRIS jako wymagania podmiotowego, lecz skorzystał z możliwości określenia w swoim OPZ warunku przedmiotowego – czyli odnoszącego się wprost do usługi. Dodatkowo Zamawiający doprecyzował, dlaczego przedmiotowy certyfikat IRIS jest konieczny, albowiem odniósł dysponowanie nim wprost do jakości usługi, a nie cech wykonawcy. Za całkowicie niezasługujący na uwzględnienie należy zatem uznać zarzut naruszenia art. 16 pkt. 1 -3 p.z.p. w związku z art. 112 ust. 1, art. 106 ust. 1 - 3 oraz art. 99 ust. 4 i 5 p.z.p.

(62) W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że opis Zamawiającego polegający na żądaniu wykonania usługi w standardzie certyfikatu IRIS – w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego – jest jednoznaczny i wyczerpujący. Ponadto wprost przystaje do charakteru zamówienia, albowiem usługa ma być wykonana na elektrycznym zespole trakcyjnym w zakresie czwartego poziomu utrzymania. dowód: Opinia z dnia 22.06.2021 r. sporządzona przez Wydział Transportu i Inżynierii Lotniczej Politechniki Śląskiej – Katedra Transportu Kolejowego

(63) W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 83 ust. 1 p.z.p. to Zamawiający wskazuje, że przedmiotowe Postępowanie jest prowadzone w trybie zamówienia sektorowego zgodnie z Działem V p.z.p. Zgodniez art. 362 p.z.p. do udzielania zamówień sektorowych stosuje się przepisy działu II,z wyjątkiem m.in. art. 83. Zamawiający – jako zamawiający sektorowy – nie miał tym samym obowiązku przeprowadzenia analizy potrzeb w rozumieniu art.t 83 ust. 1 p.z.p. Niezależnie Zamawiający wskazuje, że na potrzeby postępowania dokonał stosownej analizy i jak wynika z całego stanowiska przedstawionego w niniejszym piśmie dokonał opisu zamówienia w sposób rzetelny i dający realną możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przynajmniej kilku wykonawcom.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie trzech wykonawców: (1) Public Transport Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki" SA z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, oraz (3) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA z siedzibą w Bydgoszczy – wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący na rozprawie podtrzymał podnoszony w odwołaniu zarzut (1) naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp z uwagi na ustanowienie nieproporcjonalnego – zdaniem wykonawcy - do przedmiotu zamówienia oraz naruszającego równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w sekcji IX ust. 9.2. pkt 4) tiret nr jeden SWZ oraz w sekcji Iii pkt 111.1,3) tiret 1 Ogłoszenia o zamówieniu, który dotyczy *wykonania w okresie ostatnich 3 lat:*

„- w ramach jednej umowy co najmniej pięć usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjna 160 km/h o wartości łącznej nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN netto (…) oraz

- w ramach jednej umowy co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie czwartym lub piątym poziomem utrzymania pasażerskiego pojazdu kolejowego (elektryczny zespół trakcyjny z napędem asynchronicznym lub spalinowy zespół trakcyjny) o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN netto (…).

Także podtrzymał zarzut (2) naruszenia art. 106 ust. 1 Pzp oraz (3) zarzut ewentualny (3) naruszenia art. 99 ust. 4 i ust. 5 Pzp oraz art. 106 ust. 2 oraz ust. 3 Pzp dotyczące ustanowienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia (w sekcji V punkt 5.5 SWZ) wymogu, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163) oraz (zgodnie z sekcją X pkt 10.1.1. pkt 1 SWZ) przedstawienie na potwierdzenie powyższego wymagania przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego wdrożenie systemu zarządzania jakością w oparciu o ISO/TS 22163 (certyfikat IRIS).

Zarzut naruszenia art. 83 ust. 1 Pzp nie został przez wykonawcy podtrzymany. Tym samym zostały rozpoznane przez Izbę zarzuty tylko w zakresie popieranym przez Odwołującego.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu podlegają uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 PZP, Odwołujący zobowiązany jest wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

W zakresie pierwszego z zarzutów, okoliczności powoływane przez Odwołującego nie pozwoliły uznać, że doświadczenie wykonawcy przy realizacji napraw elektrycznych zespołów trakcyjnych o niższej prędkości jest proporcjonalne do realizacji przedmiotu zamówienia, obejmującego jego zakresem czynności przeglądowe zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjna 160 km/h. Należało zgodzić się z Zamawiającym i wykonawcami przystępującymi po jego stronie (strona zamawiająca)**,** że żądana przez Odwołującego zmiana warunku, co do doświadczenia nie odnosi się rodzajowo do zakresu prac określonych w przedmiotowym postępowaniu, dotyczy innych pojazdów niż te, których naprawa stanowi ten przedmiot zamówienia. Nie uwzględnia także liczby pojazdów, których dotyczy naprawa oraz poziomu naprawy.

Odnośnie wymaganego certyfikatu IRIS (drugiego z zarzutów) nie zostało wykazane, że wnioskowane o dopuszczenie certyfikaty są równoważne do spornego certyfikatu.

Tak jak wskazywał Zamawiający (a co potwierdza dokumentacja dla tego przetargu) zamówienie dotyczy wykonania usługi naprawy 4 poziomu utrzymania na 9 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) wraz z wykonaniem prac dodatkowych. Niewątpliwie charakter naprawy na poziomie P4 jest czynnością złożoną i obejmuje zakresem szereg czynności utrzymaniowych, zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania pojazdu (DSU), która w szczegółowy sposób określa wymagania odnośnie zakresu i standardu przeprowadzanych czynności. Wykonanie naprawy wymaga specjalistycznego zaplecza technicznego - zarówno kadrowego jak i technicznego - wyposażonego w szereg specjalistycznych urządzeń – w tym urządzeń pomiarowych, stanowisk kontrolnych, itp. Naprawa na tym poziomie obejmuje naprawę podzespołów lub planową ich wymianę. Niewątpliwie zakres przeglądu P4, jego prawidłowe

przeprowadzenie, wymaga posiadania przez wykonawcę stosownych procedur wewnętrznych, zapewnienia łańcucha potrzebnych dostaw, koordynacji działań, kontroli jakości na wszystkich poszczególnych etapach realizacji usługi i szeregu działań pobocznych.

Tak jak wskazywała strona zamawiająca – i co wynika z dokumentacji - wykonanie usługi na 9 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych będzie wymagało także wykonania prac dodatkowych opisanych w załączniku nr 3 do Wzoru umowy (załącznik nr 2 SWZ). Tym samym wykonanie obejmuje nie tylko zakres podstawowy wynikający wprostz dokumentacji DSU – w zakresie dotyczącym P4 - lecz szerszy - obejmujący prace dodatkowe. Prace dodatkowe określone w załącznikach do SWZ obejmują m.in. instalację dodatkowych systemów (np. System Zliczania Pasażerów wraz z jego integracją z pozostałymi systemami w pojeździe), wymianę niektórych komponentów (np. opończe przejść między wagonowych, foteli maszynisty), instalację nowych urządzeń (np. gniazdka 230V), czy wykonanie zmiany funkcjonalności i wprowadzenie nowych funkcjonalności do systemów w pojeździe (np. zmiana sposobu sterowania klimatyzacją, wprowadzenie przeniesienia napięć 24V i 3x400V przez sprzęg czołowy, centralne sterowanie drzwiami, zmiana funkcjonalności parking). Harmonogram przekazywania pojazdów do naprawy (załącznik nr 4 do wzoru umowy) przewiduje wykonywanie usługi w sposób ciągły w niektórych okresach czasu nawet na 3 szt. EZT jednocześnie. Niewątpliwie, w przypadku zaistnienia okoliczności prowadzących do zachwiania „wychodzenia" EZT z napraw P4 – jak przykładowo, z uwagi wadliwość wykonania usługi czy opóźnienie w dostawach - może zaistnieć również większa kumulacja EZT będących w trakcie wykonywania usługi. Także okoliczność, że naprawy P4 na poszczególnych EZT będą prowadzone równolegle lub będą następować bezpośrednio po sobie, stanowią niewątpliwie znaczne obciążenie dla wykonawcy realizującego taką usługę. Izba zatem, zgodziła się z Zamawiającym, że ten wprowadzając wymóg wykazania się zdolnością techniczną lub zawodową należytego wykonania „w ramach jednej umowy co najmniej pięć usług obejmujących swoim zakresem czynności przeglądowe zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania" określił ten warunek w przystępny sposób. Wymaga bowiem doświadczenia w wykonaniu mniejszej liczby – 5 - usług niż w odniesieniu do planowanych w ramach też jednej umowy 9 usług EZT. Zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem technicznym w ramach przeglądu P3 i takie określenie warunku – dopuszczenie wykazania się usługami niższego rzędu – w rzeczywistości otwiera dostęp do postępowania potencjalnych oferentów, a jednocześnie – jak ocenił Zamawiający - daje mu gwarancję, że przy znacznej ilości pojazdów „przebywających" na przeglądzie P4, wykonawca będzie w stanie usługę wykonać należycie.

Także nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołania, co do wymagania wykonania usługi w odniesieniu do „elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną 160 km/h". Ten przedmiotowy warunek dotyczący prędkości eksploatacyjnej 160 km/h odnosi się do posiadania przez wykonawcę doświadczenia w wykonywaniu czynności przeglądowo-naprawczych dla porównywalnych konstrukcji EZT jakie są przedmiotem zamówienia. Zdaniem Izby, wykonawca kwestionując to wymaganie nie przedstawił dowodu przeciwnego, że EZT wyposażone w napęd asynchroniczny, (nie spełniające warunku prędkości eksploatacyjnej 160 km/h) są zupełnie odmienną konstrukcją pojazdów od EZT projektowanych pod prędkość eksploatacyjną 160 km/h, których to pojazdów dotyczy usługa objęta tym zamówieniem. Izba zwraca uwagę, że nie został nawet uprawdopodobniony brak – według twierdzeń Odwołującego - różnic konstrukcyjnych, które dotyczą w dużej mierze – według zgodnych oświadczeń i opinii zamawiającego i przystępującego - podzespołów związanych z bezpieczeństwem. Wskazywane różnice między innymi dotyczą: odmiennej konstrukcji wózków jezdnych oraz sposobu ich połączenia z konstrukcją pudła jak również sposobu połączenia między sobą poszczególnych członów EZT. Także wskazywano na różne rozwiązania w zakresie: 2-go stopnia usprężynowania wózków (w ramach przedmiotowego postępowania w zakresie wymagań DTR wymianie podlegają poduszki pneumatyczne które w pojazdach o niższych prędkościach nie występowały), układów hamulcowych w tym przede wszystkim zupełnie inne rozwiązania dotyczące elementów odpowiedzialnych za realizację procesu hamowania. Tym samym, w ocenie Izby, wymaganie dotyczące posiadania doświadczenia przez wykonawcę w zakresie wykonywania czynności przeglądowo-naprawczych na EZT charakteryzujących się taką samą konstrukcją co EZT będące przedmiotem zamówienia z uwagi na liczbę pojazdów, zakres prac objętych usługą oraz czas jej wykonania - w przypadku tego przetargu – jest wymaganiem uzasadnionym. Zamawiający oczekując doświadczenia w utrzymaniu pojazdów o prędkości 160 km/h wymaga doświadczenia w wykonaniu usług podobnych do tych, które są przedmiotem zamówienia. Doświadczenie w wykonywaniu napraw elektrycznych zespołów trakcyjnych o niższej prędkości – co w praktyce oznacza pojazdy innego typu o przestarzałej konstrukcji – nie jest adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, bowiem pojazdy te – wbrew twierdzeniom Odwołującego - zasadniczo różnią się między sobą. Różnice między tymi typami pojazdów - głównie konstrukcji wózków - są znaczące zarówno na poziomie parametrów technicznych, jak i w procesie utrzymania. Jak już zasygnalizowano powyżej, z różnic w zakresie parametrów i elektrycznych zespołów trakcyjnych różnych typów wynikają również zasadnicze odrębności w procesie utrzymania tych pojazdów i dotyczą one mocy napędu, który jest poddawany przeglądowi, wymagają przeglądu szeregu bardziej zaawansowanych rozwiązań konstrukcyjnych pozwalających przede wszystkim na spełnienie wymagań w zakresie spokojności biegu hamowania oraz przeniesienia napędu.

Zdaniem Izby żądane przez Odwołującego zmiany wymagania prowadzą z jednej strony do umożliwienia temu wykonawcy udział w tym przetargu, a z drugiej – wobec żądanego wykreślenia doświadczenia z poziomu P3 – ograniczenia tej możliwości innym wykonawcom, jak wynikało z ustaleń na rozprawie wykonawcy zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Public Transport Service. Tym samym nie są to również obiektywne okoliczności, które by przemawiały za słusznością zarzutów i żądań odwołania.

W odniesieniu do zarzutów związanych z certyfikatem IRIS,nie uwzględniając tych zarzutów, Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wymóg wdrożenia systemu zarządzania jakością może stanowić wyłącznie warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (warunek podmiotowy). W tym postępowaniu Zamawiający wykazał, że intencją Zamawiającego nie było, aby wykonawca posiadał określony certyfikat jako kryterium podmiotowe zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt. 4) Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, jak również intencją Zamawiającego nie było wymaganie określonego Certyfikatu IRIS dla określenia zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 112 ust. 1 Pzp. Zamawiający w sekcji V punkt 5.5 SWZ jednoznacznie podał, że (…) *wymaga, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS(ISO/TS 22163). Przedmiot zamówienia winien być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS*." Zatem sporne wymaganie wprost odniesiono do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, który powinien być zrealizowany z zachowaniem standardów

w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnie z IRIS, a zatem jako warunek przedmiotowy. Tak jak wskazywał Zamawiający przedmiotem zamówienia jest wykonanie usług w rozumieniu art. 7 pkt. 28) Pzp i kluczowe jest osiągnięcie określonego rezultatu, czyli przeprowadzenie przeglądu na EZT w zakresie naprawy P4. Podkreślał, że aby ten rezultat osiągnąć i co ważne, aby miał on trwały charakter, kluczowe jest jej wykonanie przy zachowaniu odpowiednio wysokich standardów wykonania, co z kolei ma gwarantować posiadanie przez wykonawcę stosownego certyfikatu IRIS – czyli poprzez wykonanie usługi właśnie przy wykorzystaniu procedur wynikających z tej certyfikacji. Prawidłowo wskazał w odpowiedzi na odwołanie (w jej pkt 51), że zgodnie z art. 106 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania cechy lub kryteria, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Mogą one przybrać postać różnego rodzaju wymagań, w tym w szczególności: oznakowań (etykiet), certyfikatów, dokumentów bądź też innych środków. Niewątpliwie przedmiotowe środki dowodowe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnią dwie role. Mogą one służyć ocenie zgodności zaoferowanego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, stanowiąc podstawę weryfikacji poprawności merytorycznej oferty, jak również potwierdzaniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert (art. 105 ust. 1 Pzp.). Dokumenty wymienione w Pzp nie są katalogiem zamkniętym, co jednoznacznie wskazuje,że zamawiający są uprawnieni do żądania również innego rodzaju dokumentów. Właściwość działań Zamawiającego w zakresie odniesienia wymogu posiadania certyfikatu IRIS wprost do usługi i sposobu jej wykonania potwierdza również treść uzyskanej Opinii: „Wymóg posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością w branży kolejowej - IRIS (ISO/TS 22163:2017) odnosi się bezpośrednio do właściwości realizowanego przedmiotu (wymogi przedmiotowe a nie podmiotowe) zamówienia, gdyż wymusza obligatoryjne stosowanie sprecyzowanych zasad realizacji przedmiotowych zadań utrzymania co ma bezpośredni wpływ m. in. na: • jakość wykonania usługi; • terminowość wykonanej usługi; • bezpieczeństwo eksploatacji pojazdu w tym bezpieczeństwo znacznej liczby pasażerów (zagrożenie katastrofą w ruchu lądowym). Wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu posiadania przez Wykonawcę certyfikatu IRIS stanowi wyłącznie uzasadniony wymóg jakościowy w stosunku do zamawianych usług utrzymania."
Zamawiający - jak wskazano powyżej - podał, że przedmiot zamówienia ma być realizowany z zachowaniem standardów w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego zgodnymi ze standardami IRIS. Jestto standard dotyczący branży kolejowej, a nie ogólnie poziomu świadczenia usług. Przedmiotowy certyfikat IRIS odniósł do jakości usługi, a nie cech wykonawcy, żądając wykonania usługi w standardzie certyfikatu IRIS – w zakresie jakości, niezawodności i bezpieczeństwa technicznego. Takie wymaganie przystaje do charakteru zamówienia, albowiem usługa ma być wykonana na elektrycznym zespole trakcyjnym w zakresie czwartego poziomu utrzymania. Powyższe potwierdza przedłożona przez zamawiającego opinia z dnia 22.06.2021 r. sporządzona przez Wydział Transportu i Inżynierii Lotniczej Politechniki Śląskiej – Katedra Transportu Kolejowego.

Tym samym podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 106 ust. 1 jak również ust.2 i 3 Pzp nie podlegają uwzględnieniu.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 oraz art. 99 ust. 5 w zw. z ust. 4 Pzp, albowiem Zamawiający zdaniem Izby, miał prawo ustanowić w ramach opisu przedmiotu zamówienia (w sekcji V punkt 5.5 SWZ) wymóg, aby przedmiot zamówienia był świadczony przez Wykonawcę posiadającego wdrożony system zarządzania jakością w odniesieniu do branży kolejowej potwierdzony certyfikatem IRIS (ISO/TS 22163). Izba zwraca uwagę, że w powołanej opinii Politechniki Śląskiej zwrócono uwagę na ryzyko, jakie może się wiązać z wykonaniem usługi z pominięciem wymogu analizowanego certyfikatu. Na stronie 5 wskazano: *„Zaniechanie możliwości skorzystania przez zamawiającego z najwyższej uznanej i potwierdzonej w branży kolejowej jakości realizacji usług zgodnie z wymaganiami IRIS (ISO/TS 22163:2017) dla poziomów utrzymania P4 i P5 względem nowej generacji pojazdów kolejowych do ruchu pasażerskiego o silniku asynchronicznym, mających najwyższy możliwy wpływ na bezpieczeństwo znacznej liczby osób/pasażerów, nie znajduje racjonalnego uzasadnienia a ponadto może wskazywać na zaniechanie przez zamawiającego możliwej redukcji uzasadnionego zagrożenia wystąpienia katastrofy w ruchu lądowym"*. Niewątpliwie Zamawiający jako podmiot świadczący usługi publicznego przewozu pasażerskiego niewątpliwie nie może przyjmować na siebie ryzyka w zakresie dopuszczenia świadczenia usług na poziome P4 z pominięciem procedury przewidzianych w IRIS, co wprost może skutkować katastrofą w ruchu lądowym. Tym samym przy kształtowaniu wymagań przetargowych wyznacznikiem kluczowym nie może być liczba podmiotów posiadających dany rodzaj certyfikatu (o czym w opinii jak poniżej Politechniki Warszawskiej).

Wykonawca oczywiście na gruncie ustawy Pzp - ma prawo domagać się aby mógł się legitymować wdrożeniem innych, równoważnych do IRIS standardów lub norm zarządzania jakością (w tym ISO 9001 czy MMS - Maintenance Management System). Jednakże Odwołujący powołując się na ich równoważność nie wykazał równoważności między tym systemem zarządzania jakością a systemami wskazanymi jako równoważne do IRIS.Przedłożone opinie przez Zamawiającego i Przystępujących dowodzą braku takiej równoważności. Jak w nich wskazano System IRIS, w przeciwieństwie do normy ISO 9001, jest normą branżową. Norma ISO 9001, ze względu na ogólność wymagań i nieuwzględnienie specyfiki, nie jest wystarczająca dla specyficznych branż. Z kolei drugi ze wskazanych jako równoważny standard zarządzania jakością - (MMS) nie jest systemem zarządzania jakością. Jest to system certyfikacji podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie pojazdów kolejowych, wynikający nie z dobrowolnie stosowanej normy, ale z przepisów powszechnie obowiązujących, Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2019/779 z dnia 16 maja 2019 r., które zastąpiło Rozporządzenie Komisji (UE) nr 445/2011 z dnia 10 maja 2011 r. Rozporządzenie określa 167 wymagań w zakresie zarządzania utrzymaniem, podczas gdy norma ISO/TS 22163 zawiera ich aż 316. W związku z tym Rozporządzenie obejmuje jedynie 51 % wymagań, jakie stawia ISO/TS 22163. To może przesądzać o braku równoważności między tymi standardami. Zdaniem Izby nie zostały obalone twierdzenia strony zamawiającej, że ze względu na zakres oraz specyfikę wymagań normy ISO/TS 22163, nie można uznać normy ISO 9001 za równoważny standard. Zestawienie połączonych wymagań normy ISO 9001 wraz z wymaganiami systemu certyfikacji podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie pojazdów (ustanowionego Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji (UE) 2019/779) nie odpowiada wszystkim wymaganiom standardu ISO/TS 22163, którego zakres jest szerszy o blisko 60%. Według Raportu z maja 2021 r. przedłożonego przez wykonawcę PESA Norma ISO 0001:2015 spełnia wyłącznie 38,3% wymagań jakie stawia ISO/TS 22163.

W opinii - sporządzonej w grudniu 2020 r. i jak zaznaczył wykonawca dla innego przetargu - Ośrodka Certyfikacji Transportu na Wydziale Transportu Politechniki Warszawskiej – załączonej do odwołania jako dowód w przedmiotowym postępowaniu - odniesiono się do warunków obowiązujących w opiniowanym przetargu – formułując de facto ogólne wnioski, co do przetargu, na potrzeby którego została opracowana. W treści tej opinii przyznano jednocześnie (str 9), że (…) *Przedstawiona analiza obszarów wymagań poszczególnych standardów dla systemów zarządzania stosowanych w branży kolejowej, wykazała, iż standard IRIS posiada najbardziej rozbudowane i uszczegółowione wymagania specyficzne dla branży kolejowej, w szczególności w sferze produkcji*." Jednocześnie zwracając uwagę na powszechność certyfikatu ISO 9001 w odniesieniu do opiniowanego przetargu stwierdzono, że: (…)*przy kształtowaniu wymagań przetargowych ważne jest również określenie możliwości spełnienia wymagań przez potencjalnych wykonawców. Wiąże się to między innymi z liczbą podmiotów posiadających dany rodzaj certyfikatu*", wyprowadzając wniosek, że (…) *zarówno certyfikat ISO 9001 dotyczący działalności związanej z utrzymaniem taboru kolejowego, jak i certyfikat IRIS wg ISO/TS 22163 wydany dla organizacji w kategorii Tabor kolejowy dla czynności utrzymania, czy certyfikat potwierdzający wdrożenie wymagań rozporządzenia dotyczącego ECM w zakresie utrzymania są adekwatne do zapewnienia należytego wykonania przedmiotu przetargu i w tym kontekście mogą być traktowane jako standardy równoważne*". Izba stwierdza, że te wnioski dotyczą konkretnego przetargu, który dotyczy co prawda przeglądu P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), jednakże nie wynika z tej opinii, że przeglądy dotyczą pojazdów nowej generacji – tak jak w tym przypadku - o silniku asynchronicznym na co zwracano uwagę w opinii Politechniki Śląskiej dla tego przetargu przedłożonej przez Zamawiającego z odpowiedzią na odwołanie. Dodatkowo Izba zauważa, że twierdzenie wykonawcy Public Transport Service – powołującego się na pismo Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 14 czerwca 2021 r. - o braku posiadania certyfikatu zgodności w zakresie funkcji utrzymania ani tez certyfikatu zgodności podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie przez wnoszącego odwołanie wykonawcę Serwis Pojazdów Szynowych – nie zostało zakwestionowane w toku rozprawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 Pzp oraz § 8 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

……