Sygn. akt: KIO 1280/22
KIO 1283/22
KIO 1284/22

WYROK

z dnia 1 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Anna Packo

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 i 30 maja 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2022 r. przez:

A) Wykonawcę SKODA Transportation a.s., Emila Skody 2922/1, Jiźni Prdemesti, 301 00 Plzen, Repulika Czeska (sygn. akt KIO 1280/22);

B) Wykonawcę NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 1283/22);

C) Wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt KIO 1284/22);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego POLREGIO Spółka Akcyjna, ul.

Kolejowa 1, 01-217 Warszawa
przy udziale

Wykonawcy Stadler Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22 po stronie Odwołujących

Wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1283/22 po stronie Odwołującego

Wykonawcy NEWAG Spółka Akcyjna, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1284/22 po stronie Odwołującego

Wykonawcy H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 28 czerwca 1956 r., 61-485 Poznań zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1283/22, KIO 1284/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Uwzględnia w całości odwołanie wniesione przez SKODA Transportation a.s. i nakazuje Zamawiającemu zmianę w załączniku III do załącznika nr 8 do SWZ -

wytyczne dotyczące specyfikacji taboru, wymagania dotyczące konstrukcji nadwozia w zakresie lp. 1 opisu parametru dotyczącego „wytrzymałość konstrukcji" w sposób dopuszczający również konstrukcję aluminiową (sygn.

akt KIO 1280/22);

B. Uwzględnia w całości odwołanie wniesione przez Newag S.A. i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z § 9 załącznika nr 7 do SWZ (wzór umowy ramowej) obowiązku dostarczenia „rysunków wykonawczych" wraz z katalogiem części zamiennych, wydłużenie terminów dostaw pojazdów odpowiednio do 20 miesięcy (dla pojazdu homologowanego) oraz do 36 miesięcy (dla pojazdu niehomologowanego) od dnia zawarcia umowy wykonawczej oraz zmianę załącznika nr III do załącznika nr 8 do SWZ -

wytyczne dotyczące specyfikacji taboru, charakterystyka ogólna i parametry techniczne pojazdów w zakresie lp. 5 punkt 1 w obu kolumnach poprzez usunięcie słów „po dwa na każdy człon pojazdu" oraz w zakresie lp. 10 poprzez zmianę długości EZT w wersji pierwszej na „do 60 m", a w wersji drugiej na „do 85 m", alternatywnie poprzez wprowadzenie w obu kolumnach postanowienia o treści: długość pojazdu według projektu wykonawcy" (sygn. akt KIO 1283/22);

C. Uwzględnia w zakresie zarzutu nr 2 odwołanie wniesione przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. i nakazuje Zamawiającemu wydłużenie terminów dostawy pojazdów odpowiednio do 20 miesięcy (dla pojazdu homologowanego) oraz do 36 miesięcy (dla pojazdu niehomologowanego) od dnia zawarcia umowy wykonawczej. W pozostałym zakresie odwołanie oddala (sygn. akt KIO 1284/22).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża: Zamawiającego oraz Odwołującego

Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. w sprawie o sygn. akt KIO 1824/22 - stosownie do wyniku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45.000 zł 00 gr. (słownie:

czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców: SKODA

Transportation a.s., (sygn. akt KIO 1280/22), NEWAG S.A. (sygn. akt KIO 1283/22), Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (sygn. akt KIO 1284/22), tytułem wpisów od odwołań oraz kwotę: 19 391 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem wynagrodzeń pełnomocników Odwołujących i Zamawiającego;

2.2 Zasądza:

2.2.1 od Zamawiającego na rzecz Odwołującego SKODA Transportation a.s. (sygn. akt KIO 1280/22) kwotę 18.600 zł 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika;

2.2.2 od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Newag S.A. (sygn. akt KIO 1283/22) kwotę 19.991 zł 00 gr. (słownie: dziewiętnaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika

oraz kosztami dojazdu;

2.2.3 od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (sygn. akt KIO 1284/22) kwotę 2.600 zł 00 gr. (słownie: dwa tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu 1/3 kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze 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.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 1280/22
KIO 1283/22
KIO 1284/22

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - POLREGIO S.A, w trybie przetargu

nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich (nr

postępowania: PZP1.240.51.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2022/S 085-231191 w dniu 2 maja 2022 r., wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zostały wniesione w dniu 12 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: SKODA Transportation a.s., (sygn. akt KIO 1280/22), NEWAG S.A. (sygn. akt KIO 1283/22), Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (sygn. akt KIO 1284/22).

Zamawiający udostępnił dokumenty stanowiące podstawę wniesionych odwołań na platformie zakupowej 2 maja 2022 r.

I. Sygn. akt KIO 1280/22

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 w zw. z ust. 2 Pzp, poprzez ustanowienie wymagań w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do swz załącznik III Wytyczne dotyczące specyfiki taboru), które preferują szczególny proces wykonania pojazdów, które charakteryzują konkretnych wykonawców (innych niż odwołujący) bez uzasadnienia oraz utrudniają uczciwą konkurencję i nie są proporcjonalne do celów zamówienia;

2) art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do swz załącznik III Wytyczne dotyczące specyfiki taboru), w sposób który narusza równe traktowanie wykonawców, powoduje znaczące utrudnienia w

zaistnieniu uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz jest nieproporcjonalne do celów zamówienia;

3) art. 17 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do swz załącznik III Wytyczne dotyczące specyfiki taboru), który nie zapewnia najlepszej jakości dostaw oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień swz polegające na obowiązku dopuszczenia konstrukcji aluminiowych.

Zamawiający złożył w piśmie z 26.05.2022 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego

oddalenie w całości.

II. Sygn. akt KIO 1283/22

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 97 ust. 1 i 2 Ustawy, art. 99 ust. 1 Ustawy oraz art. 312 ust. 2 Ustawy poprzez zawarcie w § 9 ust. 1 i § 10 ust. 5 SWZ oraz Sekcji III.1.6) Ogłoszenia wzajemnie wykluczających się postanowień dotyczących wniesienia wadium przez wykonawców, jednocześnie bez określenia wysokości żądanego wadium, co sprawia, że nie jest możliwe ustalenie, czy Zamawiający wymaga wniesienia wadium w przypadku niniejszego postępowania oraz postępowań w przedmiocie zawarcia umów wykonawczych, a także nie jest możliwe ustalenie, w jakiej wysokości ewentualne wadium powinno zostać wniesione;

2. art. 99 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 11 ust 3 pkt 6) SWZ złożenia wraz z ofertą wykazu towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, przy jednoczesnym złożeniu oświadczenia, że ich udział przekracza 50%, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia;

3. art. 433 pkt 3) Ustawy oraz art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 7 ust. 11 i 12 załącznika nr 7 do SWZ (wzór umowy ramowej), aby Wykonawca wyraził Zamawiającemu zgodę na zakup Części, Zespołów, Podzespołów do Pojazdów, w tym Części złącznych niezbędnych do montażu tych Elementów bezpośrednio u producentów lub jakichkolwiek dostawców oferujących takie Zespoły, Podzespoły i Części oraz wymaganie utrzymania gwarancji jakości w przypadku montażu wskazanych części zamiennych niezależnie od okoliczności, tj. nawet w razie zaniechań ze strony Zamawiającego, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

4. art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 7 ust. 17 załącznika nr 7 do SWZ dostarczenia w terminie do 30 dni od dnia zawarcia umowy ramowej do akceptacji przez

Zamawiającego dokumentacji poglądowej pojazdów, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

5. art. 99 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 9 ust. 1, pkt 15 i 18, ust. 5 lit. k, § 13 ust. 9 lit. c załącznika nr 7 do SWZ dostarczenia rysunków wykonawczych każdej części pojazdu szynowego oraz dokumentacji umożliwiającej modernizację pojazdów, bez sprecyzowania zakresu owej modernizacji, co stanowi

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

6. art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 12 ust. 1 załącznika nr 7 do SWZ umożliwienia Zamawiającemu fotografowania i rejestrowania całego procesu produkcyjnego pojazdów, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

7. art. 433 pkt 3) Ustawy oraz art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez próbę przeniesienia na wykonawcę w § 12 ust. 1 załącznika nr 7 do SWZ ryzyk i odpowiedzialności związanej z czynnościami, które będzie wykonywał Zamawiający, tj. utrzymania pojazdu kolejowego po upływie 6 miesięcy od daty dostawy, bez zapłaty wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia z tego tytułu, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy wraz z utrzymaniem oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

8. art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 16 ust. 11 załącznika nr 7 do SWZ przedłożenia na etapie zawarcia umowy ramowej zestawienia części zamiennych, podczas gdy tworzenie dokumentacji technicznej pojazdu, w zestawienia części zamiennych, rozpoczyna się dopiero po zawarciu umowy wykonawczej, co stanowi świadczenie obiektywnie niemożliwe do spełnienia;

9. art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 21 ust. 18 załącznika nr 7 do SWZ udzielenia nowej gwarancji na każdą wymienioną część składową pojazdu, niezależnie od charakteru oraz istotności owej części składowej, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego gwarancji jakości na pojazd szynowy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

10. art. 99 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu

Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez dopuszczenie w § 31 ust. 9 załącznika nr 7 do SWZ „samoistnej zmiany terminów płatności", co prowadzi do niejednoznaczności wymagań Zamawiającego i w konsekwencji obiektywnej niemożliwości ich spełnienia przez wykonawcę;

11. art. 16 pkt 1) Ustawy, art. 99 ust. 4 Ustawy, art. 311 ust. 4 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 4 ust. 1 pkt 1) załącznika nr 3 do załącznika nr 7 do SWZ dostarczenia pojazdu zgodnego z typem, dla którego wydano już zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, w terminie 10 miesięcy od zawarcia umowy wykonawczej, co stanowi wymóg obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji;

12. art. 16 pkt 1) Ustawy, art. 99 ust. 4 Ustawy, art. 311 ust. 4 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 4 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 3 do załącznika nr 7 do SWZ dostarczenia pojazdu zgodnego z typem, dla którego nie wydano zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, w terminie 24 miesięcy od zawarcia umowy wykonawczej, co stanowi wymóg obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji, prowadzący do ograniczenia uczciwej konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców do jednego podmiotu, powiązanego kapitałowo z Zamawiającym;

13. art. 16 pkt 1) Ustawy, art. 99 ust. 4 Ustawy oraz art. 311 ust. 4 Ustawy poprzez wymaganie w załączniku nr III do załącznika nr 8 do SWZ (Opis Przedmiotu

Zamówienia) - wytyczne dotyczące specyfikacji taboru, charakterystyka ogólna i parametry techniczne pojazdów lp. 5 oraz lp. 10, aby w pojazdach obu typów zastosować wózki 2-osiowe w ilości po dwa na każdy człon pojazdu oraz ograniczeni całkowitej długości pojazdu z elementami skrajnymi do 55 m dla wersji pierwszej oraz do 80 m dla wersji drugiej, co stanowi opis przedmiotu zamówienia utrudniający

uczciwą konkurencję w postaci bezpodstawnego uprzywilejowania jednego z wykonawców, powiązanego kapitałowo z Zamawiającym.

Wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany Ogłoszenia i SWZ poprzez:

1. ujednolicenie wymagań dotyczących złożenia wadium w SWZ i Ogłoszeniu poprzez jednoznacznie wskazanie, że wykonawcy nie będą zobowiązani do wniesienia wadium;

2. rezygnację z wymogu złożenia wykazu towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE;

3. rezygnację z wymogu udzielenia zgody na zakup Części, Zespołów, Podzespołów do Pojazdów, w tym Części złącznych niezbędnych do montażu tych Elementów bezpośrednio u producentów lub jakichkolwiek dostawców oferujących takie Zespoły, Podzespoły i Części;

4. zmianę treści załącznika nr 7 do SWZ § 7 ust. 17 - zdanie pierwsze na następującą: „Wykonawca w terminie do 180 dni od dnia zawarcia Umowy Wykonawczej dostarczy do akceptacji przez Zamawiającego niżej wymienioną dokumentację poglądową, odrębnie dla każdej z Wersji Pojazdów:";

5. rezygnację z wymogu dostarczenia rysunków wykonawczych wraz z katalogiem części zamiennych oraz rezygnację z wymogu dostarczenia dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej wykonanie modernizacji pojazdów;

6. zmianę treści załącznika nr 7 do SWZ § 12 ust. 1 na następującą: „Zamawiającemu przysługuje za pośrednictwem jego upoważnionych przedstawicieli prawo do nadzorowania całego procesu produkcyjnego Pojazdów u Wykonawcy.";

7. wykreślenie w całości treści załącznika nr 7 do SWZ § 16 ust. 16 i wprowadzenie postanowienia potwierdzającego, że Zamawiający będzie pełnił funkcję ECM dla dostarczonych pojazdów;

8. wykreślenie w całości treści § 16 ust. 11załącznika nr 7 do SWZ;

9. wykreślenie w całości treści § 21 ust. 18 załącznika nr 7 do SWZ;

10. wykreślenie w całości treści § 31 ust. 9 załącznika nr 7 do SWZ do SWZ;

11. zmianę § 4 ust. 1 pkt 1) załącznika nr 3 do załącznika nr 7 do SWZ poprzez zmianę wymaganego terminu dostawy pierwszych pięciu pojazdów na 18 miesięcy od zawarcia umowy wykonawczej i odpowiednie dostosowanie terminów dostaw kolejnych pojazdów;

12. zmianę § 4 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 3 do załącznika nr 7 do SWZ poprzez zmianę wymaganego terminu dostawy pierwszego pojazdu na 36 miesięcy od daty zawarcia umowy wykonawczej i odpowiednie dostosowanie terminów dostaw kolejnych pojazdów;

13. zmianę załącznika nr III do załącznika nr 8 do SWZ - wytyczne dotyczące specyfikacji taboru, charakterystyka ogólna i parametry techniczne pojazdów w zakresie lp. 5 punkt 1 w obu kolumnach poprzez usunięcie słów „po dwa na każdy człon pojazdu" oraz w zakresie lp. 10 poprzez zmianę długości EZT w wersji pierwszej na „do 60 m", a w wersji drugiej na „do 85 m", alternatywnie poprzez wprowadzenie w obu kolumnach postanowienia o treści: długość pojazdu według projektu wykonawcy".

<u>Zamawiający złożył w piśmie z 26.05.2022 r. odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w części zarzuty, tj. z pkt 1,2, 6, 9.</u>

Zamawiający w odniesieniu do zarzutu nr 3 wprowadził zmianę w postanowieniu dotyczącym prawa zakupu Części, Zespołów i Podzespołów do Pojazdów u producentów lub dostawców takich elementów (§ 7 ust. 12 wzoru umowy) w celu rozwiania wątpliwości co do zobowiązań wynikających z gwarancji.

W odniesieniu do zarzutów nr 5, 6, 7, 10, których Zamawiający nie uwzględnił - dokonał zmiany postanowień wzoru umowy.

Odwołujący w związku z wprowadzonymi zmianami cofnął na posiedzeniu zarzuty z pkt 3, 4, 6, 7, 8 i 10 odwołania, podtrzymując zarzuty 5, 11, 12 i 13.

III. Sygn. akt KIO 1284/22

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny, na zbyt niskim poziomie, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

2. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 8 PZP poprzez określenie niemożliwych do spełnienia terminów realizacji zamówienia w zakresie dostawy pojazdów, nieuwzględniających istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia;

3. art. 393 ust. 1 pkt 4) PZP w zw. z art. 99 PZP poprzez żądanie złożenia wraz z ofertą wykazu towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskie, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE;

4. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 pkt 26) PZP w zw. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez zaniechanie wskazania minimalnego zakresu zamówienia w ramach postępowania wykonawczego, co uniemożliwia wykonawcy uwzględnienie wszystkich istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i prawidłowe oszacowanie ceny;

5. art. 240 ust. 1 i 2 PZP, art. 241 ust. 1 PZP oraz art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16

pkt 1, 2, i 3 PZP poprzez ograniczenie możliwości zaoferowania przez wykonawcę w postępowaniu wykonawczym ceny wyższej niż w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej, co ogranicza możliwość uwzględnienia przez wykonawcę wszystkich okoliczności i kosztów mających wpływ na sporządzenie oferty w postępowaniu wykonawczym, przy jednoczesnym braku waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy;

6. art. 439 ust. 1-5 PZP poprzez brak wskazania w umowie ramowej zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w odniesieniu do usług wymienionych w punktach 3-14 we wzorze formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty;

7. art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez żądanie złożenia przez Wykonawcę w terminie 30 dni od dnia zawarcia Umowy Ramowej dokumentacji technicznej pojazdów, podczas gdy wskutek zawarcia Umowy Ramowej Wykonawca nie będzie jeszcze zobowiązany do wykonywania prac projektowych;

8. art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez wymaganie zapewnienia zgodności pojazdów z przepisami prawa, normami i przepisami technicznymi obowiązującymi na dzień odbioru każdego z Pojazdów, podczas gdy konfiguracja i rozwiązania techniczne zastosowane w Pojazdach mają być zgodne z zamówioną wersją pojazdu, a wykonawca nie jest w stanie przewidzieć zmian przepisów prawa i norm, które mogą wejść w życie w całym okresie obowiązywania umowy ramowej;

9. art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez wymaganie przekazania dokumentacji konstrukcyjnej i oprogramowania umożliwiających zamawiającemu wykonanie modernizacji pojazdów, co jest żądaniem nieprecyzyjnym i nieuzasadnionym, nie uwzględniającym wszystkich istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i prawidłowe oszacowanie ceny;

10. art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez ustanowienie uprawnienia Zamawiającego do dokumentowania całego procesu produkcyjnego u wykonawcy i jego podwykonawców za pomocą fotografii lub materiałów audiowizualnych, urządzeń rejestrujących, co jest żądaniem nieuzasadnionym,

nadmiernym i naruszającym tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, nie uwzględniającym wszystkich istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i prawidłowe oszacowanie ceny;

11. art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez wymaganie, aby wykonawca był Podmiotem Odpowiedzialnym za Utrzymanie Pojazdów (ECM) w całym okresie gwarancji, podczas gdy wykonawca wykonuje jedynie wąski i

ograniczony w czasie zakres usług utrzymania, co jest żądaniem nieuzasadnionym i nadmiernym, nie uwzględniającym wszystkich istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i prawidłowe oszacowanie ceny;

12. art. 436 pkt 3) PZP w zw. z art. 3531 kc w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP

poprzez określenie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający, w oderwaniu od wartości rzeczywiście udzielonego zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do braku ustanowienia realnego limitu kar umownych oraz ułożenia stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego oraz naruszający równowagę stron;

13. art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353 1 kc oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP i art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez zapisanie kar umownych za zwłokę w przekazaniu pojedynczych dokumentów, podczas gdy kara umowna powinna dotyczyć co najwyżej zwłoki w przekazaniu kompletnej dokumentacji, co w konsekwencji prowadzi do ułożenia stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego oraz naruszający równowagę stron.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w SWZ:

1. Zmianę § 6 ust. 2 SWZ na: „Wykonawca musi spełniać następujące warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej: Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich pięciu (5) lat prze upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych o wersjach zapewniających co najmniej 130 stałych miejsc siedzących do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich, o łącznej wartości nie mniejszej niż 200 000 000,00 PLN brutto (słownie: dwieście milionów złotych).”

2. Zmianę § 4 ust. 1 wzoru umowy wykonawczej (załącznik nr 3 do umowy ramowej) na: „1. Terminy dostaw wynoszą:

1) w przypadku Pojazdów homologowanych tj. Pojazdów zgodnych z typem, dla którego przed dniem zawarcia Umowy wykonawczej wydano już ważne bezterminowo, bezwarunkowo i bez ograniczeń Zezwolenie:

- pierwsze 5 (pięć) Pojazdów - zostanie dostarczonych nie później niż w terminie 20 miesięcy od dnia zawarcia Umowy wykonawczej;

- następnie co miesiąc, tj. odpowiednio nie później niż w terminie 21 (dwudziestu jeden), 22 (dwudziestu dwóch), 23 (dwudziestu trzech) i następnych kolejnych miesięcy od dnia zawarcia Umowy wykonawczej - zostanie dostarczonych w każdym miesiącu po 5 (pięć) kolejnych Pojazdów, aż do wyczerpania całkowitej puli Pojazdów składających się na Umowę wykonawczą;

2) w przypadku Pojazdów niehomologowanych, tj. Pojazdów innych niż w pkt 1) powyżej:

- pierwszy (jeden) Pojazd - zostanie dostarczony nie później niż w terminie 36 (trzydziestu sześciu) miesięcy od dnia zawarcia Umowy wykonawczej;

- następnie co miesiąc, tj. odpowiednio nie później niż w terminie 37 (trzydziestu siedmiu), 38 (trzydziestu ośmiu), 39 (trzydziestu dziewięciu) i następnych kolejnych miesięcy od dnia zawarcia Umowy wykonawczej - zostanie dostarczonych w każdym miesiącu po 5 (pięć) kolejnych Pojazdów, aż do wyczerpania całkowitej puli Pojazdów składających się na Umowę wykonawczą.”

3. Usunięcie § 3 ust. 3 pkt 6) SWZ oraz z pkt 3) wzoru formularza ofertowego zdania:

„Wykaz towarów spełniających warunki określone w zdaniu poprzedzającym stanowi załącznik nr ..... do Oferty.”

4. Zmianę § 28 ust. 2 wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ) na:
„W ramach jednego Postępowania wykonawczego, przedmiotem zamówienia wykonawczego i Umowy wykonawczej może być minimalnie 10 Pojazdów w Wersji I lub 15 Pojazdów w Wersji II oraz maksymalnie 50 (pięćdziesiąt) sztuk Pojazdów, jednej z lub obu Wersji.”

5. Usunięcie § 14 ust. 11 SWZ oraz § 3 ust. 6 wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ), ewentualnie zmianę tych postanowień na: § 14 ust. 11 SWZ:
„Niezależnie od wartości maksymalnej (ceny przyjętej oferty, zgodnie z ust. 9, złożonej w Postępowaniu) przeznaczonej na sfinansowanie realizacji Umowy ramowej i zamówień wykonawczych Wykonawca nie może zaproponować mniej korzystnych cen jednostkowych w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert, w celu wyłonienia Wykonawcy niż w ofercie złożonej w postępowaniu, w celu zawarcia Umowy ramowej, zwaloryzowanych o miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych do analogicznego miesiąca roku poprzedniego, opublikowany w miesiącu bezpośrednio poprzedzającym skierowanie do wykonawcy zaproszenia do składania ofert w postępowaniu wykonawczym. Oferta zawierająca mniej korzystne ceny jednostkowe niż zaoferowane w Postępowaniu na zawarcie Umowy ramowej po waloryzacji będzie podlegać odrzuceniu.”

§ 3 ust. 6 wzoru umowy ramowej: „Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie zamówienia wykonawczego nie może być wyższe od wynagrodzenia określonego na podstawie cen jednostkowych zawartych w Ofercie zwaloryzowanego o miesięczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych do analogicznego miesiąca roku poprzedniego, opublikowany w miesiącu bezpośrednio poprzedzającym skierowanie do wykonawcy zaproszenia do składania ofert w postępowaniu wykonawczym”.

6. Uwzględnienie we wzorze umowy ramowej mechanizmu wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w odniesieniu do usług utrzymania, wymienionych w punktach 3-14 we wzorze formularza cenowego stanowiącego załącznik do oferty.

7. Zmianę § 7 ust. 17 zdanie pierwsze wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ) na:

„Wykonawca w terminie do 180 dni od dnia zawarcia Umowy wykonawczej dostarczy do uzgodnienia z Zamawiającym niżej wymienioną dokumentację poglądową, odrębnie dla każdej z Wersji Pojazdów, z zastrzeżeniem, że przedmiotowa dokumentacja uzgodniona przez Strony pozostaje wiążąca dla danej Wersji Pojazdu przy kolejnych Umowach wykonawczych”.

8. Zmianę § 7 ust. 3 zdanie pierwsze wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ) na:

„Pojazdy zostaną wyprodukowane zgodnie z warunkami określonymi w OPZ, SWZ, Umowie ramowej, Umowie wykonawczej oraz Ofercie i będą zgodne ze wszystkimi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz normami i przepisami technicznymi na dzień złożenia oferty w Postępowaniu wykonawczym, w szczególności w sposób zapewniający bezpieczeństwo ruchu kolejowego, bezpieczeństwo przewozu osób i rzeczy, a także z uwzględnieniem zasad wymaganej wiedzy technicznej i oczekiwanych przez Zamawiającego standardów jakościowych.”

9. Wykreślenie słowa „modernizacji” z § 10 ust. 2 i 11, § 11 ust. 2 oraz § 13 ust. 9 lit. c) wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ).

10. Zmianę § 12 ust. 1 zdanie pierwsze wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ) poprzez usunięcie słów „w tym w szczególności obejmujące prawo do dokumentowania za pomocą fotografii lub materiałów audiowizualnych, urządzeń rejestrujących, całego procesu produkcyjnego Pojazdów u Wykonawcy i jego podwykonawców.”

11. Usunięcie § 16 ust. 16 z wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ).

12. Zmianę § 24 ust. 6 wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ) na:
„Łączna wysokość kar umownych naliczonych w związku z realizacją danej Umowy wykonawczej nie przekroczy 15 % wynagrodzenia netto określonego w § 3 ust. 1 tej Umowy wykonawczej.”

13. Usunięcie § 24 ust. 1 pkt 1-6 wzoru umowy ramowej (załącznik nr 7 do SWZ).

Zamawiający złożył w piśmie z 26.05.2022 r. odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w części zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. z pkt: 3, 5, 6, 9 (w części), 10.

W zakresie zarzutów z pkt: 4, 7, 8, 11, 12 i 13, których nie uwzględnił, Zamawiający wprowadził zmiany w dokumentacji - postanowieniach wzoru umowy ramowej w celu rozwiania wątpliwości, jakie wynikać miały z zarzutów.

Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzuty nr 4, 6, 7, 9, 11, 12 i 13 podtrzymał zarzuty z pkt 1, 2 i 8 odwołania.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Żadne z odwołań nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy. Wszystkie odwołania skierowane zostały do rozpoznania na rozprawie w zakresie zarzutów podtrzymanych przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia (swz) wraz z załącznikami oraz przeprowadzonych dowodów.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej, na podstawie której zostaną zawarte umowy wykonawcze na dostawy fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich, stanowiące element projektu realizowanego przez CPK Sp. z o.o. i finansowanego z KPO. Zamawiający przewiduje alternatywnie dostawę pojazdu homologowanego (już istniejącego) lub nie homologowanego (nowo projektowanego). Maksymalna liczba pojazdów dostarczanych na podstawie umów wykonawczych nie przekroczy 60 szt. (pojazd w wersji I) oraz 140 szt. (pojazd w wersji II). Zamawiający przewidział zawarcie umów ramowych z maksymalnie 7 wykonawcami.

Postępowanie to poprzedzały przeprowadzone w grudniu 2021 r. wstępne konsultacje rynkowe w sprawie zamówienia na dostawę nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w wersji 4-członowej i 3-członowej. Zamawiający skierował zaproszenie wraz z pytaniami dotyczącymi aspektów technicznych produkcji pojazdów, jak i organizacji dostawy.

Zamawiający w § 6 ust. 2 swz opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wymagając od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych w wersjach zapewniających co najmniej 130 stałych miejsc siedzących do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich, o łącznej ich wartości nie mniejszej niż 60 000 000,00 PLN brutto (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, warunek ten spełnić winien co najmniej jeden z Wykonawców w całości.

Zamawiający w załączniku nr 8 do swz zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w tym wymagania dotyczące specyfikacji taboru (załącznik nr III).

Izba zważyła.

I. Odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 1280/22.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 w zw. z ust. 2 Pzp, poprzez ustanowienie wymagań w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do swz załącznik III Wytyczne dotyczące specyfiki taboru), które preferują szczególny proces wykonania pojazdów, które charakteryzują konkretnych wykonawców (innych niż odwołujący) bez uzasadnienia oraz utrudniają uczciwą konkurencję i nie są proporcjonalne do celów zamówienia;

2) art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do swz załącznik III Wytyczne dotyczące specyfiki taboru), w sposób który narusza równe traktowanie wykonawców, powoduje znaczące utrudnienia w zaistnieniu uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz jest nieproporcjonalne do celów zamówienia;

3) art. 17 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 8 do swz załącznik III Wytyczne dotyczące specyfiki taboru), który nie zapewnia najlepszej jakości dostaw oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą wymagania, aby konstrukcja nadwozia została wykonana ze stali, podczas gdy w powszechnym użytku od wielu lat są również konstrukcje wykonywane z aluminium. Zamawiający w załączniku III tabeli Wymagania dotyczące konstrukcji nadwozia (str. 56) wskazał - „Wytrzymałość konstrukcji - konstrukcja stalowa" wraz ze wskazaniem norm/TSI.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający odniósł się do norm europejskich oraz przyjętych w UE specyfikacji technicznych, co wskazuje na przyjęty standard rozwiązań. Zarówno Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu „Tabor - lokomotywy i tabor pasażerski" systemu kolej i Unii Europejskiej (pkt 4.2.2.4), jak i w dodatku J indeks 7 i indeks 102, oraz norma PN-EN 12663, nie wskazują na rodzaj materiału, z jakiego zbudowana ma być konstrukcja. Zawierają szereg wymagań, które dotyczą wytrzymałości statycznej i dynamicznej, obciążeń, odporności na ściskanie. Zamawiający nie może zawężać dostępu do rynku poprzez niedopuszczenie konstrukcji z materiału, którego zastosowanie pozwala na spełnienie takich wymagań.

Producenci polscy, jak PESA czy NEWAG stosują powszechnie w pojazdach ramy stalowe, podczas gdy inni producenci (z siedzibą w innych krajach lub należący do międzynarodowych koncernów) stosują rozwiązania nowocześniejsze, w tym ramy aluminiowe. Odwołujący przygotował zestawienie producentów pojazdów wraz z informacjami o stosowanych materiałach.

Wymaganie wykonania konstrukcji ze stali, zdaniem Odwołującego, jest nieproporcjonalne do celu jaki zamierza osiągnąć Zamawiający - skoro przepisy dotyczące specyfikacji technicznych UE oraz zharmonizowane normy dopuszczają możliwość zastosowania różnych materiałów, a nauka wykazuje, że są one odpowiednie do uzyskania bezpiecznych i podlegających właściwej eksploatacji pojazdów, to ograniczenie w zakresie stosowanego materiału nie może korzystać z ochrony. Stopy aluminium są materiałem, który posiada zalety w postaci możliwości uzyskania oszczędności eksploatacyjnych (zużycie energii, konserwacja, recykling). Zamawiający nie dąży do osiągnięcia najlepszego efektu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzuty odniósł się do potrzeb związanych z eksploatacją pojazdów przeznaczonych do obsługi przewozów pasażerskich, mających uzasadniać narzuconą konstrukcję stalową pojazdu, niezależnie od ustalenia, czy konstrukcja aluminiowa spełnia wymagania mające oparcie w przepisach prawa oraz normach europejskich wskazujących na standard, jaki powinien być dochowany, aby uznać pojazdy za bezpieczne i dopuszczone do eksploatacji.

Wpływ na dostępność usługi publicznego transportu zbiorowego ma mieć optymalizacja kosztów jej zapewnienia, na którą składają się, m.in. koszty oraz czas nabycia, utrzymania i

naprawy taboru. Jako uzasadnienie dla zastosowania konstrukcji stalowej Zamawiający wskazał na odmienne właściwości materiałów (stali i aluminium) oraz specyfikę prowadzonej działalności (liczba połączeń, ryzyko uszkodzeń pojazdów w związku ze zdarzeniami o charakterze kolizji i wypadków). W przypadku wystąpienia poważnego uszkodzenia pojazdu (uszkodzenie czoła i/lub ramy) naprawa konstrukcji stalowej jest niewspółmiernie krótsza pod względem niezbędnego na jej wykonanie czasu, prostrza technologicznie, tańsza i możliwa, w wielu przypadkach do wykonania w punkcie utrzymania taboru (PUT) Polregio S.A., wobec konstrukcji aluminiowej. W ocenie Zamawiającego, przy konstrukcji aluminiowej występuje ryzyko utraty członu pojazdu lub całego pojazdu w przypadku poważnego uszkodzenia ze względu na brak możliwości jego naprawy lub wykonania naprawy, której koszt będzie nieuzasadniony ekonomicznie.

Zamawiający w swz, jako optymalny przyjął model utrzymania pojazdów, w którym po półrocznym okresie wdrożenia (szkoleń) przewiduje utrzymanie w ramach całego cyklu życia pojazdów we własnym zakresie (30 lat), co uzasadnia posiadaną szeroko rozwiniętą siatką PUT (17 punktów). W jego ocenie pozwoli to na optymalizację kosztów wobec stosowanego na rynku rozwiązania polegającego na zakupie pojazdów wraz z usługą utrzymania. W chwili obecnej Zamawiający nie dysponuje zasobami w postaci technologii, urządzeń i kadry pracowniczej posiadającej potencjał i umiejętności utrzymania, konserwacji i naprawy elementów aluminiowych. Zamawiający nie przewiduje rozwoju swoich PUT w kierunku wyspecjalizowania się w utrzymaniu pojazdów opartych o konstrukcję aluminiową. Zamawiający wskazał na posiadane 63 pojazdy, z których żaden nie jest wyprodukowany z wykorzystaniem konstrukcji aluminiowej.

Wykonanie konstrukcji ostoi pojazdów z aluminium, wobec bardzo ograniczonego kręgu podmiotów posiadających realne możliwości wykonywania napraw ostoi z zastosowaniem technologii spawalniczych (w istocie może to być wyłącznie producent pojazdu, który posiada wyłączny dostęp do dokumentacji konstrukcyjnej, technologicznej i oprzyrządowania spawalniczego oraz do wytwórców specjalistycznych kształtowników aluminiowych, dedykowanych do danej konstrukcji) stanowi realne zagrożenie skutkujące bądź to nieakceptowalnie długim procesem naprawy pojazdu, bądź też jego kasacją w przypadku braku ekonomicznego uzasadnienia naprawy. Zamawiający przedstawił dane za lata 2018-2022 prezentujące ilość poważnych naprawa powypadkowych pojazdów.

Nabycie pojazdów o konstrukcji aluminiowej i ich utrzymanie (w warunkach w jakich aktualnie funkcjonuje Zamawiający) spowodowałoby, że niemożliwe byłoby konkurencyjne dokonanie wyceny usługi z uwzględnieniem optymalizacji kosztów, co jest niekorzystne dla Zamawiającego, jako operatora, ponieważ uniemożliwia sporządzenie konkurencyjnej oferty i powoduje naruszenie przepisów rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 określających zasady kalkulacji kosztów wykonania usługi i rekompensaty.

Zamawiający w oparciu o powyższe uznał, iż obiektywne przesłanki podyktowane potrzebami jego uzasadniają wymóg dotyczący konstrukcji stalowej pojazdu, co może powodować ograniczenie do złożenia oferty niektórym wykonawcom, to jednak nie narusza równego traktowania wykonawców, a także nie powoduje znaczącego utrudnienia w zaistnieniu uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wymóg ten pozwoli osiągnąć najlepszą jakość dostaw oraz efekty zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów z zachowaniem zasad udzielania zamówień określonych w art. 17 Ustawy.

Zgodnie z oświadczeniami stron złożonymi na rozprawie oraz treścią dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż Zamawiający w OPZ, załącznik 3 do SWZ pkt 6 i 7 dopuszcza wykorzystanie w elementach poszycia oraz czoła pojazdu elementów stalowych, jak i aluminiowych. Po stronie Zamawiającego spoczywać będzie utrzymanie pojazdów po upływie podstawowego okresu utrzymania (6 miesięcy) i po tym czasie sam będzie musiał zabezpieczyć dostępność pojazdów i ich sprawność, w szczególności realizując przeglądy na poziomie od P1 do P5, które są w sposób konkretny opisane zarówno co do przebiegu pojazdów, terminów, częstotliwości i jest to regulowane przepisami prawa (wyjaśnienia Zamawiającego). Zgodnie z § 16 wzoru umowy ramowej, wykonawca zobowiązany będzie do przeszkolenia pracowników Zamawiającego w celu przygotowania do wykonywania czynności utrzymaniowych na poziomie P1 i P2, a także nadzorowania nad przeglądami P1 do P3. Na podstawie zgodnych oświadczeń stron Izba przyjęła, iż przeglądy na poziomie P1-P3 nie są uzależnione od rodzaju konstrukcji i dotyczą wykonania tego samego rodzaju czynności na komponentach pojazdu. W przypadku przeglądu P4 może wystąpić potrzeba naprawy konstrukcji - usunięcia korozji, która pojawia się w konstrukcjach stalowych (nie ma takiej potrzeby dla konstrukcji aluminiowej). Zamawiający przyznał, iż przy dużych uszkodzeniach naprawa pojazdu w konstrukcji stalowej również może wymagać przekazania pojazdu do podmiotu zewnętrznego (producenta, innego zakładu). Zamawiający ocenił, iż ryzyko wystąpienia poważnych zdarzeń (wypadków) jest wyższe w przewozach regionalnych, co oznaczać może większą ilość wyłączeń pojazdów na czas ich naprawy.

Zamawiający wyjaśniał, iż w przypadku lekkich napraw może w ramach własnego zaplecza usunąć usterkę i doprowadzić pojazd w konstrukcji stalowej do sprawności, natomiast przy większych naprawach istnieją w kraju podmioty, które mogą takie naprawy dokonać. W przypadku konstrukcji aluminiowej w zasadzie doszłoby do sytuacji, w której Zamawiający uzależniłby się faktycznie od producenta pojazdów, a czas oczekiwania na naprawę pojazdów znacząco wydłużyłby się. Zamawiający podał przykład pojazdu Pendolino, który jako pociąg szybkich prędkości został wykonany w konstrukcji stalowej, a jego naprawa, która odbywa się we Włoszech trwała 3 lat. Jak wyjaśniał Przystępujący, sam proces naprawy pojazdu faktycznie wyniósł 1 rok, a pozostały czas wyłączenia pojazdu wynikał z braku zgody co odpowiedzialności ubezpieczyciela za naprawę pojazdu.

Przystępujący Stadler wyjaśniał, że jako producent pojazdów od 2007 produkuje w Siedlcach pojazdy szynowe wyłącznie w konstrukcji aluminiowej i dostarcza te pojazdy dla różnych krajów, w tym dla polskich przewoźników dostarczył łącznie 127 takich pojazdów. Dotyczy to PKP Intercity, Łódzka Kolej Aglomeracyjna, Koleje Śląskie i Koleje Mazowieckie.

Izba uwzględniła odwołanie w całości, przyjmując jako wspólny dla podniesionych zarzutów warunek dotyczący wymaganej konstrukcji stalowej, jako parametru wytrzymałościowego pojazdu.

Po pierwsze należy zauważyć, iż wskazując konstrukcję stalową Zamawiający narzucił rozwiązanie konstrukcyjne, co powodowało, iż konstrukcja aluminiowa - powszechnie wykorzystywana w produkcji pojazdów szynowych, nie spełniała warunku technicznego opisanego jako „wytrzymałość konstrukcji", chociaż spełnia wymagania norm przywołanych przez Zamawiającego. Tym samym Zamawiający w ogóle nie dopuścił innych konstrukcji, które z punktu widzenia wytrzymałości spełniają normy i są powszechnie stosowane przez producentów pojazdów, w tym co najmniej przez Odwołującego oraz Przystępującego po jego stronie.

Chociaż w ten sposób Zamawiający nie wskazał konkretnego pojazdu, to wprowadzone ograniczenie w zakresie konstrukcji faktycznie może ograniczać dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do dostarczenia pojazdu spełniającego obowiązujące normy dopuszczenia do użytkowania. Możliwość zaoferowania pojazdu, który nie uzyskał jeszcze homologacji nie zmienia tej oceny, gdyż należałoby przyjąć, jako wystarczającą dla wykazania braku ograniczenia dostępu do zamówienia, już samą możliwość zaprojektowania nowego pojazdu. W ocenie składu orzekającego przyjęcie, że producenci, którzy swoją produkcję opierają na konstrukcjach aluminiowych - mając przygotowany park maszynowy, przeszkolony personel, wyłącznie na potrzeby tego Zamawiającego, mieliby całkowicie zmienić proces produkcji, jest faktycznie fikcyjnym i niemożliwym do spełnienia. Zmiana profilu ważnego elementu konstrukcyjnego pojazdu nie może odbyć się bez koniecznych nakładów i nie ma uzasadnienia w ograniczeniach wprowadzonych przepisami prawa. Bilans kosztów, z jakimi wiązałoby się wprowadzenie zmian w konstrukcji pojazdu, z dużym prawdopodobieństwem oznaczałby dużo wyższą cenę oferty, pozbawiającą faktycznej konkurencyjności pojazdów, które są obecnie rozwijane, jako myśl technologiczna. W tym miejscu należy zauważyć, iż Przystępujący po stronie Zamawiającego wskazał na proces, jaki poprzedzał przygotowanie prototypu nowego pojazdu, który mógłby spełnić wymagania

Zamawiającego. Stanowił on efekt decyzji biznesowej, obserwacji rynku i możliwych rozwiązań, które pozwoliły stworzyć nowy rodzaj pojazdu. Rozwój technologii, a co za tym idzie zmiana profilu produkcji nie jest efektem działań podejmowanych z dnia na dzień. Stanowi natomiast założony w dłuższej perspektywie proces rozwoju firmy i profilu działalności. Zamawiający z jednej strony upatruje w możliwości zaprojektowania pojazdu w konstrukcji stalowej - uzasadnienia dla uznania braku ograniczeń w dostępie do zamówienie dla każdego producenta, a sam jednocześnie wskazuje na własne zaplecze techniczne (jego ograniczenia), jako uzasadniające narzuconą konstrukcję pojazdu. Przyjmując pewną proporcję należałoby zatem uznać, że również Zamawiający może swoje zaplecze rozbudować i przeszkolić pracowników do obsługi pojazdów w konstrukcji aluminiowej.

W świetle powyższego Izba przyjęła, iż dla przedmiotowego zamówienia, narzucenie konstrukcji pojazdu w sposób zasadniczy wpływa na dostępność tego zamówienia dla części producentów, którzy funkcjonują na rynku i dostarczają (produkują) pojazdy kolejowe na potrzeby przewoźników krajowych i nie tylko. Tym samym, Odwołujący uprawdopodobnił skutek, jaki dla zamówienia ma ograniczenie rozwiązania konstrukcyjnego do konstrukcji stalowych, jakim jest wyłączenie z postępowania części producentów pojazdów. W tej sytuacji, to na Zamawiającym spoczywał ciężar wykazania istnienia uzasadnienia dla tego wyłączenia, tj. istnienia obiektywnych potrzeb Zamawiającego, które mogłyby uzasadniać narzucenie wykonawcom konstrukcji pojazdu.

W świetle powyższego decydującym było odniesienie się do okoliczności podniesionych przez Zamawiającego, jako mających uzasadniać istnienie obiektywnych potrzeb tego Zamawiającego dla wprowadzenia ograniczenia w zakresie wykonania konstrukcji pojazdu.

Przede wszystkim Zamawiający wskazywał na potrzeby związane z utrzymaniem pojazdów w całym okresie cyklu życia (30 lat) po upływie pierwszych 6 miesięcy, kiedy to utrzymanie pojazdu spoczywać będzie na wykonawcy. Jak sam wskazał, ten model utrzymania Zamawiający uznał, jako najbardziej efektywny i odpowiadający jego potrzebom. Zasadniczo utrzymanie pojazdu wymaga wykonywania obowiązkowych przeglądów według harmonogramu i zakresu czynności opisanych w dokumentacji, co jest przypisane w ramach kategorii przeglądów od P1 do P5, które Zamawiający zamierza wykonywać we własnych PUT. Zamawiający w zasadzie nie skomentował wyjaśnień Przystępującego Stadler, o tym iż konstrukcja w żaden sposób nie wpływa na sposób wykonywania czynności w ramach przeglądów P1-P3 (które dotyczą komponentów), co Izba uznała za fakt przyznany. Podobnie należało uznać, iż konieczność naprawy konstrukcji stalowej w zakładach naprawczych Zamawiającego w ramach przeglądu P4 wynika zasadniczo z właściwości korozyjnych stali. Również jako okoliczność przyznaną Izba przyjęła, iż Zamawiający może dokonać drobnych napraw konstrukcji stalowych, a przy większych szkodach spowodowanych wypadkiem, kolizją Zamawiający samodzielnie nie wykonuje naprawy konstrukcji, a pojazd może wymagać przekazania do naprawy podmiotom zewnętrznym (np. producenta). Na rozprawie Zamawiający przyznał, iż eksploatując pojazdy w zależności od potrzeb organizuje również przetargi w celu dokonania czynności utrzymania pojazdu. Dane historyczne przez Zamawiającego wskazują na poziom szkód, przy których zachodziła konieczność wyłączenia pojazdu na czas naprawy, który nie jest możliwy do określenia z góry i nie zależy od rodzaju konstrukcji pojazdu. Zamawiający nie prowadził wywodu w kierunku wykazania różnic w użytkowaniu pojazdów w zależności od rodzaju konstrukcji.

Uwzględniając specyfikę tego Zamawiającego, wynikająca z utrzymywania własnych PUT w celu zabezpieczenia technicznego pojazdów, Izba uznała, iż typ konstrukcji pojazdu nie wpływa w sposób istotny na wykonywanie czynności przeglądów technicznych, co jest zasadniczą formą działalności zakładów naprawczych. Jak wynika z wzoru umowy obowiązkiem każdego wykonawcy jest przeszkolenie pracowników Zamawiającego do wykonywania przeglądów P1 i P2 oraz nadzór nad przeglądem P3. Co istotne w ramach tych przeglądów, to nie konstrukcja pojazdu, lecz jego komponenty są przedmiotem ewentualnych czynności, co może dotyczyć również poszycia, czy też czoła pociągu, a te zgodnie z swz mogą zawierać elementy aluminiowe. W zasadzie konieczność naprawy konstrukcji pojazdu w zakładach Zamawiającego może wynikać z uszkodzeń, a te w największym stopniu są udziałem zdarzeń losowych. Jak wskazał Zamawiający, również przy konstrukcji stalowej nie ma pewności, że będzie on w stanie samodzielnie wykonać naprawę, a przykłady podane na rozprawie wskazują, że pojazdy te kierowane są do zakładów producenta pojazdu (Pendolino). Powyższe okoliczności wskazują na podobne ryzyka, jakie mogą wystąpić na etapie eksploatacji pojazdu, niezależnie od rodzaju konstrukcji pojazdu. Co ważne, Zamawiający nie próbował wykazywać wyższości technologicznej konstrukcji stalowej nad aluminiową. Zatem to nie walory technologiczne samego pojazdu, ale kwestia organizacji zaplecza Zamawiającego miałyby uzasadniać ograniczenie konkurencji tylko do tych producentów, którzy oferują pojazdy w konstrukcji stalowej. Zamawiający wprawdzie stwierdził, iż przyjęty przez niego model utrzymania pojazdów przez cykl życia (po pierwszych 6 miesiącach przechodzi w całości na Zamawiającego) jest korzystniejszy, to nie przedstawił w tym zakresie żadnych analiz. Samo wskazanie na posiadane zaplecze PUT, nie wyklucza możliwości jego rozwoju w kierunku utrzymania pojazdów w konstrukcji aluminiowej, czemu również służą szkolenia przewidziane w ramach zamówionej dostawy pojazdów.

Zamawiający wskazywał również na aspekt ekonomiczny związany ze zmianą zasad na jakich będzie mógł świadczyć w niedalekiej przyszłości (po zakończeniu umów na SUP) usługę transportu i potrzebę zapewnienia konkurencyjności swojej oferty względem pozostałych przewoźników. Drogą do osiągnięcia tego celu miałoby być zapewnienie możliwości napraw i utrzymania pojazdów we własnych zakładach. W ocenie składu orzekającego, argument ten nie ma znaczenia, gdyż z punktu widzenia rynku świadczenia usługi przewozu regionalnego, pozostali przewoźnicy rozwijając swoje zaplecza techniczne i personel tak aby móc świadczyć usługi najtaniej, na co wpływ przede wszystkim mogą mieć koszty eksploatacji pojazdów. Co najmniej do czterech innych przewoźników dostarczane były już pojazdy w konstrukcji aluminiowej (pojazdy Stadlera). Ponieważ nie ma na ten temat żadnych analiz, Zamawiający w zasadzie nie wykazał, iż z punku widzenia ekonomicznego pojazdy w konstrukcji stalowej w okresie całego cyklu życia pojazdu przynoszą korzyści względem lżejszych konstrukcji z aluminium. Jednocześnie przykłady z rynku przewoźników, którzy posiadają tabór wykonany w konstrukcji aluminiowej (Łódzka Kolej Aglomeracyjna, Koleje Mazowieckie, Koleje Śląskie) wskazują na różne formy zabezpieczenia usługi

utrzymania pojazdów kolejowych, co może odbywać się albo poprzez zlecenie usługi utrzymaniowej lub jej wykonywanie we własnych zakładach, które mogą wymagać rozbudowania. Uwzględniając różne czynniki ekonomiczne Zamawiający może ustalić kryteria oceny ofert, które pozwolą na wybór oferty najkorzystniejszej nie tylko pod względem ceny, ale również kosztów utrzymania w całym cyklu życia pojazdu, bez ograniczenia dostępu do zamówienia dla części producentów pojazdów. Przyjmując jednak model bazujący na posiadanym zapleczu (którego Zamawiający nie zamierza rozwijać w celu wyspecjalizowania się w konstrukcji aluminiowej) ograniczenie dostępu do zamówienia części producentów nie wynika z potrzeby zabezpieczenia konkurencyjności oferty w przyszłych przetargach, ale braku gotowości na zmiany, jakie są dyktowane przez producentów pojazdów. W ocenie składu orzekającego aspekt ekonomiczny jest dużo bardziej złożony i wymaga uwzględnienia nie tylko kosztów przeglądów i napraw, ale również kosztów eksploatacji, co pozwoliłoby ewentualnie przyjąć argumentację Zamawiającego. Ponieważ nie jest możliwe przeprowadzenie takiego dowodu - Zamawiający wskazał, iż nie ma szczegółowych analiz, to element ekonomiczny w zasadzie pozostawał obojętny dla wyniku sprawy.

Ponieważ Zamawiający nie wykazał istnienia rzeczywistych przyczyn mogących uzasadniać ograniczenie dostępu do zamówienia części podmiotom działającym na rynku dostaw pojazdów kolejowych, Izba uwzględniła odwołanie.

II. Odwołanie Newag S.A. (sygn. akt KIO 1283/22).

W związku ze wprowadzonymi zmianami Odwołujący cofnął zarzuty z pkt 3, 4, 6, 7, 8 i 10 odwołania i podtrzymał zarzuty z pkt 5, 11, 12 i 13.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie podtrzymanych zarzutów naruszenia:

1. art. 99 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 9 ust. 1, pkt 15 i 18, ust. 5 lit. k, § 13 ust. 9 lit. c załącznika nr 7 do SWZ dostarczenia rysunków wykonawczych każdej części pojazdu szynowego oraz dokumentacji umożliwiającej modernizację pojazdów, bez sprecyzowania zakresu owej modernizacji, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego (pkt 5 odwołania);

2. art. 16 pkt 1) Ustawy, art. 99 ust. 4 Ustawy, art. 311 ust. 4 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 4 ust. 1 pkt 1) załącznika nr 3 do załącznika nr 7 do SWZ dostarczenia pojazdu zgodnego z typem, dla którego wydano już zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, w terminie 10 miesięcy od zawarcia umowy wykonawczej, co stanowi wymóg obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji (pkt 11 odwołania);

3. art. 16 pkt 1) Ustawy, art. 99 ust. 4 Ustawy, art. 311 ust. 4 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w § 4 ust. 1 pkt 2) załącznika nr 3 do załącznika nr 7 do SWZ dostarczenia pojazdu zgodnego z typem, dla którego nie wydano zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, w terminie 24 miesięcy od zawarcia umowy wykonawczej, co stanowi wymóg obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji, prowadzący do ograniczenia uczciwej konkurencji poprzez zawężenie kręgu wykonawców do jednego podmiotu, powiązanego kapitałowo z Zamawiającym (pkt 12 odwołania);

4. art. 16 pkt 1) Ustawy, art. 99 ust. 4 Ustawy oraz art. 311 ust. 4 Ustawy poprzez

wymaganie w załączniku nr III do załącznika nr 8 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) - wytyczne dotyczące specyfikacji taboru, charakterystyka ogólna i parametry techniczne pojazdów lp. 5 oraz lp. 10, aby w pojazdach obu typów zastosować wózki 2-osiowe w ilości po dwa na każdy człon pojazdu oraz ograniczeni całkowitej długości pojazdu z

elementami skrajnymi do 55 m dla wersji pierwszej oraz do 80 m dla wersji drugiej, co

stanowi opis przedmiotu zamówienia utrudniający uczciwą konkurencję w postaci bezpodstawnego uprzywilejowania jednego z wykonawców, powiązanego kapitałowo z Zamawiającym (pkt 13 odwołania).

W odniesieniu do zarzutu z pkt 5 odwołania, zmiana wprowadzona przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania jedynie częściowo odnosiła się do brzmienia kwestionowanego postanowienia § 13 wzoru umowy ramowej. Zamawiający wykreślił konieczność dostarczenia dokumentacji konstrukcyjnej dla „modernizacji". Odwołujący nadal podtrzymał odwołanie w odniesieniu do żądania dostarczenia rysunków wykonawczych wraz z katalogiem części zamiennych. Na rozprawie Zamawiający zapowiedział wprowadzenie zmiany w żądaniu dotyczącym rysunków wykonawczych i praw autorskich, jednak w innym zakresie, niż żąda Odwołujący. W świetle powyższego Izba rozpoznała odwołanie mając na uwadze brzmienie postanowienia swz, które nie zostało zmienione na moment wydania orzeczenia w sprawie.

W ramach wynagrodzenia za dostawę Wykonawca zobowiązany jest sporządzić i przekazać Zamawiającemu dokumentację - odrębnie dla każdej z wersji zamówionych pojazdów, wymieniona w 18 ppkt. W pkt 15 Zamawiający wskazał Katalog Części zamiennych,

zawierający niezbędne dane do składania zamówień na Części (rysunki wykonawcze, nr

katalogowe, rysunki poglądowe z wymiarami montażowymi producentów) - w ilości 3 egzemplarzy (załącznik nr 7 do swz - wzór umowy ramowej).

Zamawiający w § 9 ust. 1 pkt 15 umowy ramowej wskazał, że Katalog Części zamiennych ma obejmować niezbędne dane do składania zamówienia na takie Części. Rysunki wykonawcze są jednymi z takich danych. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dodatkowo wskazał, iż nabyte w ramach dostawy prawa autorskie pozwolić mają na następcze zlecanie napraw w okresie życia pojazdów na rzecz podmiotów trzecich. W tym celu konieczne jest dysponowanie nośnikiem utworu w postaci rysunku. Na rozprawie Zamawiający potwierdził, iż na podstawie § 10 wzoru umowy ramowej - zidentyfikowane pola praw autorskich mają pozwolić między innymi na wykonanie części zamiennych przez inny podmiot, niż producent lub jego podwykonawca (producent części). Zamawiający chce tym samym zabezpieczyć się przed sytuacją, w której byłby uzależniony od wykonawców i ich podwykonawców, gdyż w praktyce zdarzają się sytuacje, w których można mieć zastrzeżenia co do jakości i dostępności części. Rysunki wykonawcze (oryginalne) są niezbędne Zamawiającemu do tego, aby przygotować dokumentację niezbędną dla wykonania i zastosowania równoważników.

Izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie, gdyż kwestionowany zapis w § 9 ust. 1 pkt 15 umowy ramowej odnosił się do obowiązków związanych ze składaniem zamówień na Części zamienne dla pojazdów. Zamawiający opisał ten obowiązek jako sporządzenie i przekazanie dokumentacji - Katalog Części zamiennych, zawierający niezbędne dane do składania zamówień na Części (rysunki wykonawcze, nr katalogowe, rysunki poglądowe z wymiarami montażowymi producentów).

Zamawiający odpierając zarzut podnosił, iż żaden z wykonawców nie kwestionował kolejnych postanowień umowy ramowej opisujących zasady dotyczące przeniesienia praw autorskich, w tym zidentyfikowanych pól. W ocenie składu orzekającego, wykonawcy mogli nie podejrzewać jakie intencje rzeczywiście przyświecały przy wprowadzaniu zapisu związanego z zamawianiem części zamiennych do pojazdów, a te zostały dopiero wyartykułowane na rozprawie. Zamawiający przyznał, iż zakłada możliwość wykonywania części zamiennych u innych podmiotów w oparciu o rysunki wykonawcze, które będąc oryginalnymi dokumentami producenta części umożliwiają wytworzenie dokumentacji do zatwierdzenia zamienników części oryginalnych.

Analizując wyłącznie paragraf 9 ust. 1 pkt 15 wzoru umowy ramowej wykonawcy mogli rozumieć opisany tam obowiązek w kontekście potrzeby złożenia zamówienia na części, a nie ich wykonania zastępczego poza producentem lub podwykonawcami oryginalnych części pojazdu. Przyjmując taką optykę, żądanie złożenia rysunków wykonawczych, które oprócz wskazania elementów danej części również zawierają opis ich wykonania, nie jest niezbędne do tego aby część zamówić, czego nie należy rozumieć, jako wyprodukować. Do zamówienia części wystarcza wskazanie numeru katalogowego nadanego przez producenta. Jeżeli części są dostępne również jako zamienniki, Zamawiający na tej podstawie również będzie mógł złożyć zamówienie. Próba odtworzenia elementu na podstawie rysunku wykonawczego prowadziłaby do ryzyka uzyskania części, która nie została zintegrowana przez producenta i jest innym procesem, niż opisany w § 9 ust. 1 pkt 15 - składania zamówień na części.

Ponadto, należy mieć na uwadze, iż zobowiązanie wykonawcy do przekazania rysunków wykonawczych Części określonych we wzorze umowy ramowej jako niepodzielny element

(część) wchodzący/ca w skład Podzespołu lub Zespołu, np. oś zestawu kołowego, koło bose, sworzeń, itp., może faktycznie okazać się niewykonalne, co jest powiązane z wykorzystaniem wielu komponentów różnych producentów w pojeździe produkowanym pod nazwą producenta pojazdu. Udział w kosztach produkcji pojazdu, kosztów podzespołów zamawianych u podwykonawców został wskazany przez Stadler na poziomie ok 70%. Oznacza to zatem, że producent pojazdu nigdy nie jest wytwórcą wszystkich podzespołów i nie ma dostępu do rysunków wykonawczych innych producentów. Żądanie od wykonawcy niebędącego producentem części do przedłożenia rysunków wykonawczych, co do których nie dysponuje prawem do ich przekazania wykracza poza granice swobody umów. Żądanie to może być niewykonalnym dla żadnego z producentów pojazdu w zakresie w jakim obecnie zostało to wskazane w odniesieniu do Części.

Zarzuty z pkt 11 i 12 odwołania miały wspólną podstawę wynikającą z ustalenia terminów dostawy dla pojazdów niehomologowanych oraz homologowanych. Zamawiający ustalił terminy na 10 miesięcy (dla pojazdu homologowanego) oraz 24 miesiące (dla pojazdu niehomologowanego) od dnia zawarciu umowy wykonawczej.

Według Odwołującego sam proces homologacji wymaga co najmniej 12 miesięcy na przejście całego procesu dla pojazdu nowo projektowanego. Uwzględniając czas oczekiwania na dostawę komponentów (do 12 miesięcy) oraz czas projektowania i produkcji, według Odwołującego, terminy te powinny zostać wydłużone odpowiednio do 18 i 36 miesięcy.

Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, że na ustalenie terminów wpływ miały zasady finansowania (KPO) i wyznaczone ramy czasowe tego finansowania, tj. III kwartał 2021 do III kwartał 2026, jak również rozpytanie w ramach RFI i uzyskane od wykonawców informacje. Zamawiający liczy się z ryzykiem braku zrealizowania tego zamówienia w związku ze źródłem finansowania i decyzjami jakie mogą pojawić się co do losów projektu. Stąd pewne historyczne założenia i informacje nie do końca miały znaczenie i Zamawiający zdecydował się określić terminy, które nieznacznie odbiegały od średnich terminów podawanych w ramach rozpytania, a te dla pojazdu niehomologowanego były określane w przedziale od 18 do 50 miesięcy. Zamawiający założył, iż przy czasie projektowania wynoszącym 12 miesięcy pozostanie 12 miesięcy na produkcję, co mieściłoby się w terminie 24 miesięcy dla pojazdu niehomologowanego. Termin 10 miesięcy przewidziany dla pojazdów homologowanych w jego ocenie jest terminem realnym, gdyż producenci pojazdów posiadają zabezpieczenie w podzespoły na jakich pojazdy byłyby produkowane. Pojazdy te stanowią pojazdy seryjne. Zamawiający wskazał na przykład dostawy pojazdu Newag na podstawie umowy z lipca 2021. Pojazd uzyskał wszystkie dokumenty w maju 2022, a zatem termin 10 miesięcy wydaje się być terminem realnym dla pojazdu homologowanego.

Na podstawie złożonego zestawienia pytań i odpowiedzi udzielonych w ramach rozeznania rynkowego z grudnia 2021 r. skład orzekający ustalił, iż w pytaniu dotyczącym terminu dostawy Zamawiający nie wymagał wskazania, czy dotyczy on pojazdu homologowanego, czy pojazdu, który będzie wymagał homologacji. Zamawiający ujął to pytanie następująco: „Jaki czas przewiduje oferent na dostarczenie pierwszego pojazdu oraz kolejnych partii (ile pojazdów w każdej z transz dostawy - jaki czas dostawy każdej partii". Jak wyjaśniał Newag - biorący udział w tych konsultacjach, treść pytania dotycząca pojazdów 3 i 4 członowych, rozumiał jako odnoszące się do pojazdów już istniejących, wyprodukowanych, a nie pojazdów jakie miałyby zostać zaprojektowane na potrzeby tego Zamawiającego. Stąd, jego wskazanie na 18 miesięcy dotyczyło dostawy pojazdu już istniejącego. Należy zatem założyć, iż odpowiedzi udzielane przez różnych producentów, którzy deklarowali okresy w wymiarze: 18 m-cy, 29 m-cy, 30 m-cy, 36 m-cy, 40 m-cy i 50 m-cy, były podyktowane istnieniem lub brakiem konieczności zaprojektowania pojazdu 3 i 4 członowego (wykonawcy, którzy nie mieli żadnego pojazdu spełniającego parametry opisane w pytaniach deklarowali czas dla pojazdu niehomologowanego). Nie można zatem w oparciu o takie rozpytanie potwierdzić tezy Zamawiającego, iż termin 18 miesięcy zadeklarowany we wstępnych konsultacjach rynkowych dotyczył pojazdu niehomologowanego. Ponadto, dopiero po wyniku wstępnych konsultacji Zamawiający ostatecznie sprecyzował swoje oczekiwania techniczne dla pojazdu, jaki chce zamówić, co mogłoby wpłynąć na udzielone wcześniej odpowiedzi wykonawców.

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie obu terminów uznając, iż określone przez Zamawiającego terminy nie mają oparcia w warunkach rynkowych, w szczególności nie uwzględniały wyników wstępnego rozeznania. Zamawiający przyjmuje, iż w przypadku pojazdu homologowanego wykonawcy nie będą potrzebowali czasu na pozyskanie (zamówienie) komponentów, co pozwolić miałoby na skrócenie terminu do 10 m-cy na samą

produkcję pojazdu. W ocenie składu orzekającego takie założenie nie może być przyjęte, gdyż żaden podmiot nie ma obowiązku zamawiania podzespołów (często kluczowych i kosztownych) bez pewności, iż zostaną one wykorzystane do produkcji i będą spełniały oczekiwania zamawiającego. Jak sam Zamawiający wielokrotnie podkreślał, może zachodzić potrzeba dostosowania już wyprodukowanych pojazdów do warunków ustalonych w zamówieniu, a tym samym dotychczas posiadane podzespoły mogą okazać się nieprzydatne. Potwierdza to również wypowiedź Przystępującego po stronie Zamawiającego o potrzebie dostosowania jego pojazdu prototypowego, co wymagać będzie zmiany rodzaju napędu (na silnik elektryczny) oraz układu hamulcowego. Ponadto, w zależności od warunków już zrealizowanych dostaw, zgromadzone podzespoły w celu utrzymania pojazdów mogą nie być możliwe do wykorzystania. Termin narzucony przez Zamawiającego faktycznie ingeruje w politykę działalności podmiotu, wymuszając zamrożenie środków bez gwarancji ich zwrotu. Wykonawca do momentu ogłoszenia zamówienia wykonawczego nie wie nawet dla jakiej ilości pojazdów będzie konieczne uruchomienie produkcji. Określając termin dostawy Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić pełen proces, jakiego wymagać będzie dostawa wyprodukowanego dopiero na jego zlecenie pojazdu, a to obejmuje również etap związany z dostawą kluczowych komponentów, których produkcja również uzależniona jest od składanych zamówień. Według szacunków, czas oczekiwania na komponent może wynosić od 11-14 miesięcy.

Również w sposób całkowicie dowolny Zamawiający określił termin 24-miesięczny na dostawę pojazdu niehomologowanego, zakładając wyłącznie czas potrzebny na produkcję i homologację. Nie ma żadnych podstaw do tego, aby założenia te uznać za racjonalne z punktu widzenia procesu projektowania, uzyskania komponentów przyjętych w projekcie, produkcji i uzyskania wszystkich pozwoleń na pojazd nowo projektowany.

Należy podkreślić, iż Zamawiający ma możliwości uzyskania ofert, w których czas dostawy będzie krótszy, niż prezentują to obecnie Odwołujący ustalając, np. kryterium oceny ofert. Na etapie umowy ramowej wydaje się być zasadnym stworzenie takich warunków granicznych, które pozwolą uzyskać najlepszą ofertę dostosowaną do warunków, jakie będą istniały w chwili jej składania. Należy odnotować, na co zwrócił uwagę sam Zamawiający, iż na chwilę wszczęcia postępowania prowadzonego w celu zawarcie umowy ramowej, Zamawiający nie ma pewności co do tego, czy i kiedy mogłyby być udzielone zamówienia wykonawcze, co jest powiązane z finansowaniem dostawy z KPO. Tym samym nie można w bliższej perspektywie czasowej ustalić jak będą wyglądały łańcuchy dostaw, jak również jaka będzie skala zamówienia wykonawczego - ilości pojazdów w wariancie I i II.

Stanowisko Izby w tym zakresie pozostaje aktualne dla zarzutu nr 2 z odwołania PESA (sygn. akt KIO 1284/22). Ponieważ żądania obu Odwołujących w niewielkim stopniu różniły się co do terminu na dostawę pojazdu homologowanego Izba nakazała zmianę postanowień swz uwzględniającą dłuższy o dwa miesiące termin, tj. 20 miesięcy, niż żądany w odwołaniu Newag S.A.

Zarzut z pkt 13 odwołania dotyczy wymagania zastosowania w pojeździe wózków klasycznych oraz narzuconej maksymalnej długości pojazdu typu I i II.

Zamawiający w załączniku nr III do załącznika nr 8 do SWZ - wytyczne dotyczące specyfikacji taboru, charakterystyka ogólna i parametry techniczne pojazdów w pozycji lp. 5 w opisie układu jezdnego dla wózków wskazał: wózki 2-osiowe po dwa na każdy człon pojazdu, a w lp. 10 całkowitą długość pojazdu z elementami skrajnymi opisał do „55m” i do „80m”, dla obu wariantów pojazdu.

Zamieszczony opis wózków identyfikuje jeden z dwóch występujących na rynku rozwiązań, tj. nazywany „klasycznym” (wózki wagonowe), polegającym na tym, że pod każdym członem występują dwa odrębne wózki. Drugim stosowanym rozwiązaniem są wózki Jacobsa, które łączą człony pojazdu, tj. dwa człony pojazdu posiadają jeden wspólny wózek. Zatem przy 3 członach w rozwiązaniu klasycznym wystąpi 6 wózków, a przy rozwiązaniu Jacobsa 4 wózki.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dyskryminuje w sposób nieuzasadniony jedno z rozwiązań, które jest wykorzystywane przez wielu producentów i zostało wprowadzone z jednej strony dla ograniczenia kosztów eksploatacji, ale również w celu zwiększenia bezpieczeństwa. Obecnie producentami, którzy wykorzystują rozwiązanie Jacobsa są: Newag, PESA, Stadler, Alstrom. Przystępujący po stronie Zamawiającego (Cegielski) do swoich pojazdów wykorzystuje wózki wagonowe (klasyczne). Również włoski producent pojazdu Pendolino wykorzystuje wózki klasyczne. Ponadto PESA opracowała i jest w trakcie homologacji pojazdu ezt 654 na wózkach wagonowych, zaprojektowany na potrzeby rynku

czeskiego (zaoferowany i w trakcie dostawy, nie uzyska dopuszczenia w warunkach

krajowych z uwagi na wysokość podłogi). Pierwsze pojazdy kolejowe na wózkach wagonowych zostały wprowadzone przez Newag w latach 60-tych XX w. (19 EW/20 EW - produkowane od 1962 r. do 1993 r.). Obecnie producent ten nie oferuje pojazdów na wózkach wagonowych.

Zamawiający wyjaśniał, że z uwagi na zaplecze techniczne w jakie wyposażone są jego PUT, w jakich następuje przegląd i naprawa pojazdów, rozwiązanie oparte na wózkach Jacobsa jest dla Zamawiającego niekorzystne z uwagi na konieczność doposażenia w specjalne podnośniki pozwalające podnieść cały pojazd wieloczłonowy. Na wózkach klasycznych tego problemu nie ma, jest to zatem z punktu widzenia obsługi pojazdu rozwiązanie dla Zamawiającego korzystne, zakładając konieczność obsługi zakupionych pojazdów przez cały cykl życia pojazdów (30 lat). Zamawiający założył, iż każdy producent może dostosować swoje pojazdy do jego wymagań, a producenci Newag i PESA produkowali już pojazdy na wózkach klasycznych (19WE/20WE - Newag, ezt 654 PESA). W trakcie rozprawy Przystępujący po stronie Zamawiającego wskazywał na ograniczenia dla ruchu pojazdów na wózkach Jacobsa wynikające z jakości infrastruktury torowej (kategorii A i B), na której nie mogą poruszać się pojazdy o większym nacisku na oś. W przypadku wózków klasycznych jest niższy nacisk na oś, a pojazdy kolejowe na tych wózkach mogą wjechać na wszystkie kategorie linii kolejowej A-D.

Ponadto, dodatkowym argumentem przemawiającym na korzyść wózków klasycznych miałaby być specyfikacja punktów utrzymania taboru (PUT). Zamawiający wskazał w załączniku do umowy ramowej 19 takich punktów. Zamawiający na rozprawie sygnalizował, że tylko w 2 punktach może obecnie obsłużyć pojazdy na wózkach Jacobsa (z uwagi na ilość dźwigów). Przystępujący dodatkowo wskazał, że również długość torów technicznych stanowić może przeszkodę do tego, aby rozłączyć pojazd na wózkach Jacobsa. Przy krótszym torze tylko wagony wcześniej rozłączone mogą na ten tor wjechać.

Zamawiający nie przedstawił analizy technicznej PUT pod względem długości torów technologicznych, jak również innych analiz dotyczących ilości pojazdów na wózkach Jacobsa, jakie obecnie są obsługiwane w PUT i kosztów, jakie ewentualnie niosłoby za sobą doposażenie PUT w dźwigi w ilości pozwalającej zwiększyć ilość pojazdów na wózkach Jacobsa. Ponadto, Zamawiający obecnie posiada 200 pojazdów z wózkami Jacobsa, które obsługuje w PUT (pojazdy Newag - Impulse oraz PESA - Elf). Jak wyjaśniał, jest właścicielem 8 z tych pojazdów, a pozostałe zostały mu przekazane do świadczenia usługi transportu pasażerskiego przez Marszałków Województw.

Zamawiający we wstępnych konsultacjach rynkowych zadał pytanie w pozycji 5 tabeli o rodzaj wózków. Pięciu z siedmiu wykonawców, którzy udzielili odpowiedzi wskazali na wózki Jacobsa, jeden na możliwość wykorzystania obu typów wózków i tylko 1 wykonawca wskazał na wózki klasyczne.

W zależności od kategorii linii kolejowej występują różnice w dopuszczalnym nacisku na oś, tj. dla kategorii A do 16 ton, a w kategorii B do 18 ton/oś. W SWZ pkt 6 załącznik 8 Zamawiający parametr ten określił na 18,86 tony (185 kN). Zamawiający opisując parametr związany z naciskiem na oś faktycznie wskazuje na klasę linii C, a na tej mogą poruszać się pojazdy z naciskiem na oś 20 ton.

Izba uwzględniała odwołanie w zakresie obu okoliczności podniesionych w zarzucie,

tj. narzuconym systemie wózków oraz długości pojazdów.

Ponieważ Zamawiający szczegółowo uzasadniał stanowisko w odniesieniu do wózków, Izba uznała, iż podany parametr długości pojazdów nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego i prowadzi jednocześnie do ograniczenia możliwości zaoferowania pojazdów spełniających pozostałe parametry techniczne, w szczególności parametr dotyczący pojemności pojazdów (ilość miejsc).

Odnosząc się natomiast do wymogu technicznego dotyczącego wózków, skład orzekający uznał, iż żadna z okoliczności podniesionych przez Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie nie uzasadnia wyłączenia rozwiązania powszechnie wykorzystywanego w układzie jezdnym pojazdów kolejowych - wózków Jacobsa.

Na podstawie oświadczeń stron skład orzekający ustalił, iż część producentów wcześniej wykorzystujących wózki wagonowe w pojazdach kolejowych zmieniła profil technologiczny układu jezdnego na wykorzystujący wózki Jacobsa (np. Newag). Ponadto, wyniki rozeznania rynku wskazują na przewagę stosowania wózków Jacobsa. Podane przykłady różnych pojazdów i producentów korzystających z wózków klasycznych nie spełniały warunków

zamówienia (np. pociągi piętrowe - z większym naciskiem na oś, pojazdy wąskotorowe, szerokotorowe, szybkich prędkości). Faktycznie spośród obecnie oferowanych pojazdów na rynku krajowym to pojazd Przystępującego po stronie Zamawiającego może spełnić parametry techniczne, które stanowią barierę dla pozostałych producentów, wykorzystujących rozwiązanie Jacobsa, takich jak Newag, PESA, Stadler, Alstrom (dostarczających dotychczas swoje pojazdy).

Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze, iż po stronie Zamawiającego spoczywał ciężar wykazania istnienia uzasadnienia dla wprowadzenia ograniczenia dotyczącego konstrukcji technicznej pojazdu, jakim jest układ jezdny. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, z którego możliwy byłby wniosek o przewadze jednego rozwiązania nad drugim (klasyczne wózki wagonowe/wózki Jacobsa). Strony zgodnie twierdziły, iż każde z tych rozwiązań posiada wady i zalety. Zamawiający nie wykazał również, aby pojazdy na wózkach Jackobsa nie mogły poruszać się pod torach na jakich będzie prowadzony ruch pasażerski. Podany jednocześnie w swz parametr nacisku na oś pozwala na wykorzystanie tego rozwiązania. Zasadniczy argument Zamawiającego dotyczy utrzymania pojazdu w PUT, co wymaga odpowiedniego przygotowania zaplecza w dźwigi do podniesienia całego składu, w celu rozłączenia członów pociągu. Zamawiający nie przedstawił przy tym żadnego zestawienia, analizy potrzeb jakie wiązałyby się z doposażeniem w dodatkowe dźwigi, ponad te które już pozwalają Zamawiającemu na obsługę pociągów na wózkach Jacobsa. Samo stwierdzenie, iż zakup pojazdów na wózkach Jacobsa powodowałby dodatkowe nakłady finansowe po stronie Zamawiającego na doposażenie PUT, nie zostało w żaden sposób wykazane. Jak wynika z twierdzeń prezentowanych na rozprawie rozwiązanie Jacobsa generuje oszczędność na etapie produkcji (mniejsza ilość wózków), co również może mieć przełożenie na cenę pojazdu, koszty eksploatacji, a w konsekwencji pozwoliłoby na wykorzystanie zaoszczędzonych środków na potrzeby doposażenia zaplecza technicznego. Nie można również pominąć okoliczności, która nie budziła wątpliwości, iż Zamawiający już eksploatuje i zabezpiecza właściwe utrzymanie 200 pociągów na wózkach Jacobsa, co potwierdza posiadanie zaplecza pozwalającego na zakup i utrzymanie pojazdów w tej konstrukcji.

Podobnie jak przy zarzucie dotyczącym konstrukcji stalowej (odwołanie sygn. akt KIO 1280/22) skład orzekający uznał, iż parametr wskazujący na konieczność zastosowania wózków klasycznych, prowadził do ograniczenia konkurencji uniemożliwiając złożenie oferty przez dużą część producentów obecnie mogących dostarczyć nowe pojazdy kolejowe. Przy braku wykazania przez Zamawiającego istnienia rzeczywistych potrzeb, które uzasadniałyby wykluczenie dużej grupy dostawców z udziału w postępowaniu, skład orzekający uznał, iż prowadzi to do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji.

III. Odwołanie Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (sygn. akt KIO 1284/22).

W związku ze wprowadzonymi zmianami Odwołujący cofnął zarzuty z pkt 4, 6, 7, 9, 11, 12 odwołania i podtrzymał zarzuty z pkt 1, 2 i 8.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie podtrzymanych zarzutów naruszenia:

1. art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez ustanowienie warunku

   udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny, na zbyt niskim poziomie, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

2. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 8 PZP poprzez określenie niemożliwych do spełnienia terminów realizacji zamówienia w zakresie dostawy pojazdów, nieuwzględniających istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia;

3. art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP poprzez wymaganie zapewnienia

   zgodności pojazdów z przepisami prawa, normami i przepisami technicznymi obowiązującymi na dzień odbioru każdego z Pojazdów, podczas gdy konfiguracja i rozwiązania techniczne zastosowane w Pojazdach mają być zgodne z zamówioną wersją pojazdu, a wykonawca nie jest w stanie przewidzieć zmian przepisów prawa i norm, które mogą wejść w życie w całym okresie obowiązywania umowy ramowej.

Izba uwzględniła zarzut nr 2 - zgodnie z żądaniem Odwołującego nakazała wydłużenie terminu dostawy. Stanowisko w tym zakresie zostało przedstawione powyżej przy tożsamym zarzucie w odwołaniu Newag S.A. (sygn. akt KIO 1283/22).

W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 - Odwołujący dąży w żądaniu do zaostrzenia warunku w ten sposób, aby udział w postępowaniu mogły wziąć jedynie podmioty, które dostarczyły nowy pojazd, a wartość tej dostawy wynosić miałaby co najmniej 200.000.000,00 PLN.

Przystępujący po stronie Zamawiającego kwestionował istnienie interesu w żądaniu zmiany - zaostrzenia warunku przez Odwołującego, który spełnia obecny warunek udziału w postępowaniu. Taki wykonawca nie może ponieść szkody - na obecnym etapie będzie możliwe zawarcie z tym podmiotem umowy ramowej, co umożliwi ubieganie się o zamówienie wykonawcze. Odwołujący na rozprawie odpierając ten zarzut podniósł, iż istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Ustawy przy umowie ramowej jest wynikiem wprowadzenia przez Zamawiającego limitu podmiotów, z którymi podpisze umowy ramowe, tj. 7 podmiotów. Przy obecnym kształcie warunku udział w postępowaniu mogą wziąć nie tylko producenci, a to może powodować, że PESA nie zmieści się w grupie podmiotów, z którymi zostanie zawarta umowa, stąd wnosi o zaostrzenie warunku w sposób wskazany.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, które wymaga wcześniejszego zawarcia umowy ramowej. Ustalenie węższego kręgu podmiotów, w szczególności ograniczenie do tych które mają doświadczenie w dostawie nowych pojazdów (a nie, np. modernizowanych) spowoduje, iż podmioty o podobnym profilu działalności będą następnie konkurowały o uzyskanie zamówienia. W ocenie składu orzekającego nie można pozbawić wykonawcy, który dąży do zaostrzeniu warunku udziału w postępowaniu, prawa do wniesienia odwołania, które może pozwolić na ograniczenie udziału podmiotów w postępowaniu. Jest to działalnie uprawnione w tym znaczeniu, że wykonawca może próbować doprowadzić do zmiany warunków udziału w postępowaniu, które wyznaczać będą kryteria oceny zdolności podmiotu do wykonania dostawy fabrycznie nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego. Kwestią niezależną od ustalenia istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody na skutek decyzji o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu podmiotów, które mogłyby nie mieć doświadczenia w dostawie nowego pojazdu, jest ocena samego warunku udziału w postępowaniu pod kątem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odwołujący kwestionując obecne brzmienie warunku, w którym Zamawiający wymaga doświadczenia w dostawie elektrycznych zespołów trakcyjnych w wersjach zapewniających co najmniej 130 stałych miejsc siedzących do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich, o łącznej ich wartości nie mniejszej niż 60 000 000,00 PLN brutto (słownie: sześćdziesiąt milionów złotych), wskazywał na brak zapewnienia proporcjonalności warunku z zakresem przedmiotu zamówienia i możliwości weryfikacji koniecznego doświadczenia zawodowego. Art. 112 ust. 1 Ustawy wyznaczać ma Zamawiającemu również minimalne warunki konieczne do udzielenia w postępowaniu, które gwarantowałyby możliwość weryfikacji przygotowania zawodowego, co w niniejszym zamówieniu jest dodatkowo uzasadnione krótkimi terminami dostawy, wymaganiami jakie muszą być spełnione w celu uzyskania dopuszczenia do eksploatacji. Brzmienie warunku w zasadzie wskazuje na brak spójności z przedmiotem zamówienia, co czyni warunek nieproporcjonalnym.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż warunek udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu pozwoli na udział podmiotów, które faktycznie zajmują się produkcją pojazdów, ale nie musiały w ostatnich latach dostarczać nowych pojazdów na rynku. Taka sytuacja dotyczy, m.in. Przystępującego po stronie Zamawiającego, który dostarczał pojazdy po modernizacji. Mając na uwadze specyfikę tego zamówienia, w którym dostawa pojazdów często wymaga dostosowania pojazdu na potrzeby konkretnego zamówienia, nie każdy podmiot zdolny do wykonania pojazdu, z uwagi na koszty decyduje się na dostawę nowych pojazdów, ukierunkowując swoje zasoby na modernizację pojazdów, co jak wskazał Odwołujący nie obejmuje procesu projektowania. Nie oznacza to zatem, iż nie ma doświadczenia w produkcji pojazdu. Ponadto, mając na uwadze czas, jaki wymaga wprowadzenie nowego pojazdu spełniającego normy bezpieczeństwa oraz techniczne specyfikacje interoperacyjności, jego homologacji oraz dostawy, znacząco zmienia ocenę warunku udziału w postępowaniu. Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu powinna być rozumiana jako narzędzie pozwalające ocenić przygotowanie zawodowe dostawcy pojazdów, co nie musi obejmować pełnego procesu produkcji, projektowania, jak również pełnej zgodności pojazdu ze specyfikacjami technicznymi. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów Ustawy. Izba uznała za przyznaną okoliczność, iż zmiana do jakiej dąży Odwołujący może faktycznie wyłączyć z udziału w postępowaniu

konkretny podmiot, tj. H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., który obecnie jest na etapie uzyskania dopuszczenia dla nowo zaprojektowanego pojazdu, który może spełniać wymagania Zamawiającego (po dostosowaniu pewnych komponentów, tj. napęd elektryczny i układ hamulcowy).

W odniesieniu do zarzutu z pkt 8 odwołania Odwołujący podtrzymał go pomimo zmiany wprowadzonej przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania wskazując, iż zmiana treści nadal nie rozwiewa wszystkich wątpliwości, które przede wszystkim są powiązane z ustaleniem zakresu odpowiedzialności w okres 5 lat za każdą zmianę przepisu prawa, norm, która mogłaby powodować konieczność wprowadzenia zmiany w konstrukcji, czy też wyposażeniu pojazdu, co jedynie częściowo zostało uwzględnione w umowie w części dotyczycącej zmian, jakie mogą być wprowadzone.

Zamawiający wskazał, iż od początku jego oczekiwaniem jest, aby na dzień odbioru pojazdu spełniał wszystkie normy i przepisy prawa. W jego ocenie nie zachodzi sprzeczność pomiędzy postanowieniami przywoływanymi przez Odwołującego, w których Zamawiający oczekuje, aby pojazd był zgodny z aktualnie wprowadzonymi na dzień odbioru przepisami (1.1.1.2 i 1.1.1.6). Żądania Odwołującego zmierzają do tego, aby Zamawiający odebrał pojazd zgodny na dzień ofertowania, nawet jeżeli pojazd nie uzyskałby dopuszczenia z uwagi na niezgodność z przepisami na dzień odbioru. Taki pojazd nie mógłby być przez Zamawiającego eksploatowany, a po stronie Zamawiającego ponownie zachodziłaby konieczność poniesienia kosztów na dostosowanie pojazdu. Mając na uwadze profesjonalny charakter podmiotów działających na rynku Zamawiający zakłada, że profesjonaliści kalkulując cenę zakładają sytuację, w której pomiędzy czasem od udzielenia zamówienia do odbioru pojazdu wystąpią zmiany wymagające dostosowania pojazdu do tych zmian. Żądania Odwołującego w zasadzie nie odnoszą się do współdzielenia ryzyka, ale zmiany, której Zamawiający nie może zaakceptować.

Izba podzieliła w całości stanowisko Zamawiającego i traktuje je jako własne. Nie wymaga ono uzupełnienia dla wykazania bezzasadności zarzutu.

Izba zgadza się, że ryzyko powinno być podzielone pomiędzy strony, a żądanie Odwołującego zmierzało z kolei do tego, by je w całości przerzucić na Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 2 w zw. z § 6

ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, a także koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołujących oraz Zamawiającego, w wysokości ustalonej na podstawie rachunków złożonych przez zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi odpowiednio Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1280/22, KIO 1283/22, a w sprawie KIO 1824/22 Odwołującego (PESA) i Zamawiającego.

W sprawie o sygn. akt KIO 1280/22 - odwołanie zostało w całości uwzględnione, a do kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis oraz koszty pełnomocników stron. W związku z wynikiem, który obciążał Zamawiającego Izba nakazała zwrot na rzecz strony wygrywającej całość kosztów, jakie poniosła w związku z wpisem oraz wynagrodzeniem pełnomocnika, którego wysokość została ograniczona do kwoty maksymalnej wynikającej z przepisów rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

W sprawie o sygn. akt KIO 1283/22 - odwołanie zostało w całości uwzględnione, a do kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis oraz koszty pełnomocników stron. W związku z wynikiem, który obciążał Zamawiającego Izba nakazała zwrot na rzecz strony wygrywającej całość kosztów, jakie poniosła w związku z wpisem, wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu, ustalonymi na podstawie rachunków przedłożonych przed zamknięciem rozprawy.

W sprawie o sygn. akt KIO 1284/22 - odwołanie w części zostało uwzględnione i do kosztów

postępowania odwoławczego zaliczone zostały koszty obu stron, rozliczone stosownie do wyniku. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 18.600 zł na co składały się koszty wpisu 15.000 zł. (po stronie Odwołującego) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600 zł. Izba uznała, iż Odwołujący wygrał w stosunku 1-2, gdyż uwzględniony został jeden z trzech podtrzymanych zarzutów odwołania. Tym samym Odwołujący i Zamawiający ponieśli koszty w wysokości 12.400 zł/6.200 zł. Zamawiający zobowiązany był pokryć różnicę pomiędzy przypadającymi na niego kosztami postępowania odwoławczego, a kosztami poniesionymi przez Odwołującego z tytułu wniesienia wpisu, tj. w wysokości 2.600,00 zł.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący:.....

Członkowie: