Sygn. akt: KIO 2380/22

WYROK

z dnia 3 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przemysław Dzierzędzki
Przewodniczący Aleksandra Kot
Emil Kuriata
Członkowie:
Protokolant:

Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawcę

H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni

przy udziale wykonawcy Newag S.A. w Nowym Sączu, zgłaszającego przystąpienie po postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr III.2 oraz zarzutu nr III.

3.b) odwołania,

2. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr III.3.a) oraz zarzutu nr

III.3.c) odwołania i nakazuje zamawiającemu:

a) modyfikację nazwy postępowania, rozdziału III pkt 1 i 3 SWZ, pkt 2.1.2 OPZ,

sekcji II.1.1., II.1.4 oraz II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu (a w konsekwencji dostosowanie pozostałych postanowień dokumentacji postępowania) przez wykreślenie wymagania, aby dostarczony pojazd był pojazdem

czteroczłonowym i zastąpienie go wymaganiem, aby pojazd był pojazdem wieloczłonowym bez precyzowania liczby członów;

b) zmianę pkt 2.2.8 OPZ przez wskazanie, że moc pojazdu powinna umożliwiać jazdę pojazdu w pełni obciążonego z zadanymi parametrami eksploatacyjnymi, jednak pozostawać nie wyższa niż 2 MW;

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni w części 2/3 oraz wykonawcę H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu w części 1/3 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni na rzecz wykonawcy H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu kwotę 11.159 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu pięćdziesięciu dziewięciu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 2380/22

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

PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni, zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „dostawa 10 czteroczłonowych fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z dostawą sprzętu przeznaczonego do unowocześnienia zaplecza utrzymania taboru".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 września 2022 r., nr 2022/S 169-480044.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 12 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 13 Pzp oraz

§9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, jak również w sposób nieproporcjonalny i nadmierny, tj.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem:

„(...) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, (a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie), co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie dwóch fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, służących do przewozu pasażerów" bez doprecyzowania co Zamawiający rozumie pod pojęciem fabrycznie nowe oraz ograniczył okres w jakim można wykazywać się doświadczeniem - rozdział V pkt 2.2 SWZ oraz sekcja III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu; (zarzut nr III.1. odwołania)

2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art.

353^1 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenie projektu umowy, w

sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający określił zbyt krótki, nierealny termin realizacji zamówienia określając go sztywną datą - rozdział IV SWZ, sekcja II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu oaz §1 ust. 2 i 3 projektu umowy (zarzut III.2. odwołania);

3) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, w zakresie w jakim:

a) Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia obejmował dostawę czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych nazwa postępowania, rozdział III pkt 1 i 3 SWZ, pkt 2.1.2 OPZ, sekcja II.1.1, II.1.4 oraz II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu (zarzut III.3.a odwołania);

b) parametr skrajni został określony następująco: „Kinematyczny kontur odniesienia, wraz ze związanymi z nim zasadami musi mieścić się w zarysie odniesienia G1 (zgodnie z TSI INF)" - pkt 4.1 OPZ (zarzut III.3.b odwołania);

c) Zamawiający wskazał, że moc ciągła pojazdu powinna być „w zakresie od 1,7 MW do 2 MW" - pkt 2.2.8 OPZ (zarzut III.3.c odwołania).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści SWZ, Ogłoszenia o zamówieniu i wzoru umowy przez:

1) zmianę rozdziału V pkt 2.2 SWZ oraz sekcji III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu (a w konsekwencji dostosowanie pozostałych postanowień dokumentacji postępowania) w następujący sposób:

„(...) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, (a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie), co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie dwóch elektrycznych zespołów trakcyjnych, służących do przewozu pasażerów. Za dostawę w rozumieniu warunku uważa się również modernizację, która obejmuje większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu oraz skutkujące zmianą dokumentacji technicznej dołączonej do deklaracji weryfikacji WE - zgodnie z art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym";

2) zmianę §1 ust. 2 i 3 projektu umowy (a w konsekwencji dostosowanie pozostałych postanowień dokumentacji Postępowania w tym rozdziału IV SWZ, sekcji II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu) w następujący sposób: „2. Elektryczne zespoły trakcyjne oraz Sprzęt, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu, zostaną dostarczone do siedziby Zamawiającego, przez Wykonawcę w terminach określonych w Harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszej umowy. Termin wykonania Umowy w odniesieniu do pierwszego EZT oraz Sprzętu wynosi do 34 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Szczegółowy harmonogram dostawy poszczególnych EZT oraz Sprzętu, Zamawiający i Wykonawca ustalą w terminie do 45 dni po zawarciu Umowy, w formie pisemnego uzgodnienia - Harmonogramu realizacji przedmiotu Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do niniejszej umowy. 3. Zastrzega się, iż w Harmonogramie stanowiącym Załącznik nr 2 termin dostarczenia kolejnych trzech EZT nie może być późniejszy niż 35 miesięcy od dnia podpisania umowy (przy czym termin dostawy Sprzętu nie może być późniejszy niż termin dostawy pierwszego EZT), a termin dostawy trzech kolejnych EZT winien być nie późniejszy niż 36 miesięcy od dnia podpisania umowy, a termin dostawy trzech ostatnich EZT i zarazem wykonania całości zamówienia musi być nie późniejszy niż 37 miesięcy od dnia podpisania umowy. W przypadku braku uzgodnienia harmonogramu stosuje się terminy określone w zdaniu pierwszym niniejszego ustępu.

3) modyfikację nazwy postępowania, rozdziału III pkt 1 i 3 SWZ, pkt 2.1.2 OPZ, sekcji II.1.1., II.1.4 oraz II.2.4 ogłoszenia o zamówieniu (a w konsekwencji dostosowanie pozostałych postanowień dokumentacji postępowania) przez wykreślenie wymagania, aby dostarczy pojazd był pojazdem czteroczłonowym i zastąpienie go wymaganiem, aby pojazd był pojazdem wieloczłonowym bez precyzowania ilości członów;

4) zmianę parametru skrajni w pkt 4.1 OPZ w ten sposób, że dopuszczona zostanie również możliwość zaoferowania pojazdów zaprojektowanych według skrajni G2 w rozumieniu normy PN-EN 15273-2;

5) zmianę pkt 2.2.8 OPZ przez wskazanie, że moc ciągła pojazdu powinna być „w zakresie od 1,6 MW do 2 MW" ewentualnie poprzestanie na wymaganiu, iż „moc pojazdu umożliwiająca jazdę pojazdu w pełni obciążonego z zadanymi parametrami eksploatacyjnymi".

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określony w rozdziale V pkt 2.2 SWZ oraz sekcji III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ogranicza uczciwą konkurencję. Zgodnie z ww. warunkiem zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem: „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, (a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie), co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie dwóch fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, służących do przewozu pasażerów".

Odwołujący wskazał, że zamawiający sformułował warunek ograniczający konkurencję, a wybór wykonawcy w ramach niniejszego postępowania zdolnego wykonać zamówienie nie uzasadnia formułowania takich ograniczeń. Odwołujący argumentował, że w interesie zamawiającego jest, aby konkurencja była jak najszersza przy zachowaniu proporcjonalnego poziomu warunku. Zamawiający nie wziął pod uwagę faktycznych okoliczności rynkowych oraz charakteru przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest złożona dostawa, którą może przeprowadzić kilka podmiotów na rynku, w związku z czym zasadne i konieczne jest takie ukształtowanie wymagań, które nie ograniczy udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy z powodzeniem będą w stanie wykonać zamówienie.

Zdaniem odwołującego, zamawiający bezzasadnie:
a. ogranicza możliwość wskazywania doświadczenia do ostatnich 3 lat;
b. wskazuje, że doświadczenie może dotyczyć dostawy wyłącznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Odwołujący argumentował, że okres ostatnich 3 lat jest terminem najkrótszym, podstawowym, jaki może wyznaczyć zamawiający. Zgodnie z §9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata. Odwołujący argumentował, że przedmiotem zamówienia są szczególne dostawy pojazdów kolejowych i nie są to zamówienia powszechne. Przeciwnie, podmiotów, które posiadają tego typu doświadczenie na rynku jest kilka, natomiast dostawy często realizowane są w ramach kilkuletnich umów. W tym kontekście bezzasadne jest ograniczanie doświadczenia zaledwie do ostatnich 3 lat. Wydłużenie okresu referencyjnego do 5 lat w żaden sposób nie naruszy interesu zamawiającego oraz pozwoli wybrać wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, bowiem realizacja zamówienia w zakresie dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych w okresie ostatnich 3 lat jest analogiczna do tych wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat. Wydłużenie tego okresu nie odbędzie się zatem z uszczerbkiem dla zamawiającego czy jakości wykonania zamówienia, a jednocześnie poszerzy konkurencję. Okoliczność, iż z §9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia wynika, że zamawiający może wydłużyć okres referencyjny nie oznacza całkowitej uznaniowości. Zamawiający powinien bowiem brać pod uwagę specyfikę zamówienia oraz uwarunkowania rynkowe.

Odwołujący argumentował, że zamawiający w treści warunku wskazał, że przedmiotem doświadczenia ma być również dostawa pojazdu fabrycznie nowego. Zdaniem odwołującego także ten element warunku jest nieuzasadniony, ogranicza konkurencję oraz nie bierze pod uwagę realiów rynku i podmiotów zdolnych wykonać zamówienie. Odwołujący wskazał, że warunek w obecnym brzmieniu wyklucza m.in. jego, który jest wykonawcą posiadającym doświadczenie w przeprowadzeniu modernizacji pojazdów. Na rynku kolejowym nie każdy zamawiający decyduje się na zamówienie pojazdów nowych a często przeprowadza modernizacje. Modernizacja elektrycznego zespołu trakcyjnego także jest skomplikowanym przedsięwzięciem, w wyniku przeprowadzenia którego mamy często do czynienia z de facto nowym pojazdem dostosowanym do specyficznych potrzeb zamawiającego. Modernizacja wiąże się bowiem z dostawą niemal całkowicie zmienionego zespołu trakcyjnego, dla którego wykonawca musi uzyskać m.in. zezwolenie uprawniające do poruszania się po liniach PKP PLK.

Odwołujący argumentował, że przez pojęcie „modernizacji" rozumieć należy w szczególności „większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu oraz skutkujące zmianą dokumentacji technicznej dołączonej do deklaracji weryfikacji WE" (zgodnie z art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym). W przypadku zaawansowanej modernizacji wykonawca występuje w takim projekcie jako „producent" w rozumieniu decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/ WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, jako „producent" w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku oraz również jako „producent" w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym, uzyskując zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Projekt kończy się wprowadzeniem do obrotu nowego typu pojazdu kolejowego i obejmuje wszystkie fazy produkcyjne, jakie są wymagane podczas budowy nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego - m.in. fazę projektowania, fazę opracowania dokumentacji konstrukcyjnej i utrzymaniowej, etap badań w certyfikującej Jednostce Notyfikowanej, testów i uzyskiwania niezbędnych dopuszczeń od Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego przed wprowadzeniem do obrotu elektrycznego zespołu trakcyjnego jako nowego typu wyrobu. Modernizacja obejmuje również dokonanie szczegółowych odbiorów wspólnie z Zamawiającym. Głęboka modernizacja jest procesem złożonym wymagającym pozyskania i zmiany komponentów, zespołów, podzespołów, napędów, nowoczesnych silników trakcyjnych i przekładni, energoelektroniki, zmiany wnętrza pojazdu, uruchomieniu pojazdu, w tym uruchomieniu i sprawdzeniu poprawności w działaniu wszystkich zabudowanych zespołów, podzespołów jak i całego pojazdu oraz sprawdzeniu jego wszystkich funkcjonalności wraz z wykonaniem licznych jazd fabrycznych testowych (w tym jazd w trybie wielokrotnym - do 3 szt. połączonych pojazdów.), przeprowadzenia niezbędnych badań homologacyjnych przez akredytowaną i notyfikowaną jednostkę certyfikującą.

Odwołujący wskazał, że zaproponowane przez niego zmiany warunku poszerzą krąg wykonawców zdolnych wykonać zamówienie, ale jednocześnie nie prowadzą do obniżenia wymagań w zakresie doświadczenia. Propozycja zmiany warunku nie wyklucza wykonawców, którzy już teraz go spełniają, a dąży wyłącznie do dopuszczenia do postępowania podmiotów, które posiadają analogiczne doświadczenie w realizacji zamówień podobnych do tego objętego postępowaniem.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących terminu realizacji zamówienia odwołujący podniósł, że w rozdziale IV SWZ wskazano, że:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykonał przedmiot zamówienia w terminie do 21 grudnia 2023 r. Szczegółowy harmonogram dostawy poszczególnych ezt, Zamawiający i Wykonawca ustalą po zawarciu umowy, zgodnie z par. 1 ust. 3 Projektu umowy w formie pisemnego uzgodnienia Harmonogramu stanowiącego Załącznik nr 2 do umowy. W Harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy stanowiącym Załącznik nr 2 termin dostarczenia pierwszych trzech EZT oraz Sprzętu nie może być późniejszy, niż 31 października 2023 r. (przy czym termin dostawy Sprzętu nie może być późniejszy niż termin dostawy pierwszego EZT), a termin dostawy trzech kolejnych EZT winien być nie późniejszy niż 30 listopada 2023 r., a termin dostawy trzech ostatnich EZT i zarazem wykonania całości zamówienia musi być nie późniejszy niż 21 grudnia 2023 r. W przypadku braku uzgodnienia Harmonogramu stosuje się terminy dostawy Sprzętu i poszczególnych EZT opisane powyżej, określone w zdaniu pierwszym par. 1 ust. 3 Projektu umowy. Zamawiający zastrzega, iż są to terminy, które nie podlegają zmianie, w szczególności z uwagi na końcową datę kwalifikowalności wydatków podlegających dofinansowaniu ze środków funduszy unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020, która przypada na dzień 31.12.2023 r. "

Odwołujący wskazał, że termin rozpoczęcia świadczenia usług jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, dlatego zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 99 ust. 1 Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązania wynikające z zawartej umowy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z przepisem art. 436 pkt 1 Pzp zasadą jest określanie terminu w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia. Wskazanie terminu wykonania umowy przez określenie konkretnej daty jest ograniczone tylko do przypadków uzasadnionych obiektywną przyczyną. Odwołujący argumentował, że zbyt późne wszczęcie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego taką obiektywną przyczyną nie jest. Taką przyczyną nie jest też końcowa data rozliczenia wydatków w ramach dofinansowania. Zamawiający miał wiedzę jakie obowiązują go terminy w zawartych umowach o dofinansowanie, co nie może stanowić o skróceniu terminów w ramach umowy o zamówienie publicznego i ustalania nierealnych terminów dostawy. Odwołujący wskazywał, że wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji działań zamawiającego, w tym nie może ponosić ryzyka związanego z tym, że termin realizacji zamówienia jest określony datą sztywną, a tym

samym wykonawca może nie mieć zagwarantowanego minimalnego czasu na wykonanie prac niezbędnych do zrealizowania zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający określił termin realizacji zamówienia w sposób nierealny i nieuwzględniający wszystkich wymagań związanych z przygotowaniem oferty określając, że wykonawca powinien zrealizować dostawę w terminie do 21 grudnia 2023 r. Wskazanie na datę sztywną powoduje, że wykonawca nie ma wiedzy, jaki będzie miał faktyczny czas na realizację zamówienia.

Zdaniem odwołującego przewidziany przez zamawiającego okres na wykonanie dostawy jest okresem zbyt krótkim zważywszy na zakres prac, jakie należy wykonać w celu wykonania zamówienia. Przede wszystkim, wykonawca będzie zobowiązany do zaprojektowania oraz wyprodukowania pojazdu dostosowanego do potrzeb zamawiającego opisanych w OPZ. Proces projektowania, uzyskania odpowiednich komponentów do wyprodukowania pojazdu (obecnie ze względu na skutki pandemii, brak podzespołów oraz wojnę w Ukrainie proces ten jest dodatkowo wydłużony), produkcji, uzyskania odpowiednich zezwoleń wymaga czasu. Odwołujący wskazywał, że sam proces homologacji, tj. uzyskania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu nowego pojazdu kolejowego, trwa średnio od 12 do 15 miesięcy. Proces wydawania zezwoleń na wprowadzenie do obrotu na terenie kraju zespołu trakcyjnego jest realizowany w ramach procedury przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego i składa się z 4 etapów - badań, certyfikacji, testów kompatybilności ESC/ RSC oraz uzyskania zezwolenia Prezesa UTK. Czas trwania ww. procedury jest niezależny od wykonawcy, który jednak będzie należało wziąć pod uwagę oceniając realność terminu przewidzianego w SWZ i umowie.

Zdaniem odwołującego, w obecnym kształcie postanowienia OPZ faworyzują producentów, którzy zamiast pełnego procesu homologacji będą zmuszeni przeprowadzać jedynie badanie zgodności z typem, które jest znacząco krótsze i mniej skomplikowane. Podmioty, które będą musiały znacznie przeprojektować posiadane przez siebie rozwiązania nie będą w stanie wykonać zamówienia tak, aby dostarczyć pierwsze dwa pojazdy w terminie określonym przez zamawiającego. Odwołujący wskazywał, że określenie nierealnego terminu na wykonanie dostawy stanowi barierę uniemożliwiającą złożenie oferty. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe i faktyczny czas niezbędny na wykonanie zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wymagania pojazdów czteroczłonowych odwołujący wskazał, że określanie liczby członów pojazdu jako parametru nie jest zasadne i nie wynika z potrzeb zamawiającego, gdyż to jak zbudowany jest pojazd decyduje producent. Zdaniem odwołującego uzasadnione z punktu widzenia zamawiającego jest definiowanie pojazdu jako wieloczłonowego z podaniem swoich potrzeb związanych ze zdolnością przewozową pojazdu np. minimalnej liczby miejsc siedzących i jednoczesnym określeniem (o ile jest to uzasadnione np. długością krawędzi peronowych, z których operować będą pojazdy) przedziału, w jakim powinna się mieścić długość pojazdu. To są parametry kluczowe dla przewoźnika, ponieważ określają np. jaka ilość pasażerów może zostać nim przewieziona. Położenie nacisku na te elementy powinno mieć znaczenie dla zamawiającego, a nie to jak producent formuje konstrukcję pojazdu w celu ich spełnienia. W przypadku zaproponowanego rozwiązania, tj. określenia tylko, że pojazd ma być wieloczłonowy, liczba członów mogłaby być różna w pojazdach oferowanych przez poszczególnych producentów w zależności od konstrukcji i założeń technicznych danego pojazdu. Odwołujący argumentował, że parametr ilości członów jest zatem wynikową którą to wykonawca sam dostosowuje pod swoją konstrukcję tak, żeby spełnić OPZ. Wymagania aby dostarczane pojazdy były pojazdami czteroczłonowymi dyskwalifikuje obecnie dostępne rozwiązania konstrukcyjne pojazdów na rynku m.in. pojazd jego produkcji - Plus. Według odwołującego zmiana kwestionowanego wymogu pozwoliłoby na dopuszczenie do postępowania podmioty oferujące pojazdy o innej ilości członów niż wskazał zamawiający, a tym samym pozwoliłoby na poszerzenie konkurencji. Z punktu widzenia zamawiającego dostawa pojazdu wieloczłonowego (a nie wyłącznie czteroczłonowego) również pozwoli na realizację celów i potrzeb dostawy pojazdów o określonych parametrach opisanych w OPZ - np. w zakresie ilości miejsc siedzących, która może być osiągnięta w przypadku pojazdu innego niż tylko pojazd czteroczłonowy.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wymagania w zakresie skrajni odwołujący wskazał, że nie można zgodzić się z wymaganiem SWZ dotyczącym zastosowanej skrajni pojazdu kolejowego. Zamawiający w pkt 4.1 OPZ (zał. nr 1 do projektu umowy) wskazał, że:

„Skrajnia kinematyczna i statyczna - zgodnie z wymaganiami TSI LOC&PAS p. 4.2.3. 1 i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (tekst. jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm.). Kinematyczny kontur odniesienia, wraz ze związanymi z nim zasadami musi mieścić się w zarysie odniesienia G1 (zgodnie z TSI INF)". Skrajnia kolejowa to zbiór

przepisów, w tym kontur odniesienia oraz towarzyszące mu zasady obliczeń, umożliwiający określenie zewnętrznych wymiarów pojazdu oraz przestrzeni, jaką należy udostępnić w obrębie infrastruktury.

Odwołujący argumentował, że zawężenie w OPZ możliwej do zastosowania skrajni a zatem niezbędnej przestrzeni (światła) na linii kolejowej umożliwiającej przejazd pojazdu kolejowego powoduje ograniczenie konkurencyjności i nie wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Odwołujący zauważył, że w świetle najlepszej jego wiedzy, w Województwie Pomorskim nie ma ani jednego fragmentu sieci kolejowej, na której nie mogłyby być eksploatowane np. pojazdy ze skrajnią G2. Zdaniem odwołującego zastosowanie wymogu dla pojazdu, aby wpisywał się akurat w skrajnię G1 nie jest poparte żadną uzasadnioną potrzebą zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że w świetle przywołanej Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności „Infrastruktura" Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczące technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura" systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz.UE. L356/1) dla sieci kolejowej przewidzianych jest kilka rodzajów skrajni budowli a zatem skrajni dedykowanej infrastrukturze kolejowej, w tym skrajnia G1, G2, GA czy skrajnia GB.

Odwołujący argumentował, że postanowienia TSI Infrastruktura znajdują odzwierciedlenie w regulacjach wewnętrznych narodowego zarządcy infrastruktury kolejowej tj. PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. tj. w Standardach Technicznych przedstawiających szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości Vmax 200 km/h (dla taboru konwencjonalnego) i 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) - TOM II Skrajnia Budowlana Linii Kolejowych, Wersja 2.0.

Odwołujący przywołał tabelę (Tabela 1 w ww. dokumencie) przedstawiającą typy skrajni w rozumieniu normy PN-EN 15273-2. Skrajnia G1 zostaje w poniższej tabeli wymieniona obok G2 w przypadku progu P2. Odwołujący argumentował, że w warunkach polskich, podstawowymi rodzajami skrajni są G1 i G2 i z tego powodu ograniczenie przez zamawiającego wykorzystania skrajni tylko do skrajni G1 nie znajduje podstaw w uzasadnionych potrzebach zamawiającego. Odwołujący wskazał także, że skrajnia G2 została ponadto wymieniona bezpośrednio w TSI Infrastruktura jako przypadek szczególny (tj. specyficzne krajowe uwarunkowanie) dla polskiej sieci kolejowej.

Odwołujący wskazywał, że z powyższymi postanowieniami TSI Infrastruktura (dedykowanej liniom kolejowym) korespondują również przepisy prawa Unii Europejskiej dedykowane projektowaniu i budowie pojazdów kolejowych tj. przepisy Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności dla lokomotyw i pojazdów pasażerskich (TSI Loc and Pass) zawarte w rozporządzeniu 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 kolei w Unii Europejskiej (Dz.UE. L 356, 12.12.2014, p. 228-393). TSI Loc and Pass odwołuje się w tym zakresie do normy EN 15273-2:2013+A1 : 2016 Kolejnictwo Skrajnie Część 2: Skrajnia pojazdów szynowych. Odwołujący argumentował, że przepisy TSI Loc and Pass (podobnie jak normy PN-EN 15273-2:2013+A1:2016) przewidują różne rodzaje stosowanej skrajni pojazdu kolejowego, a nie tylko jedną z nich - G1.

Odwołujący argumentował, że z jego wiedzy wynika, że polscy producenci pojazdów kolejowych podczas projektowania i budowy np. elektrycznych zespołów trakcyjnych stosują różnorodne rodzaje skrajni wymienionych w TSI Loc and Pass przy czym dominującymi dwoma rodzajami są skrajnie G1 i G2. Dla przykładu odwołujący wskazał, że producent NEWAG S.A. w produkowanym przez siebie pojeździe typu 31 WE - NEWAG IMPULS (wersja czteroczłonowa) - stosuje skrajnię kinematyczną G2 zgodnie z kartą UIC 505-1 / EN 15273-2. Analogicznie, również pojazd produkowany obecnie przez Odwołującego (znajdujący się w fazie certyfikacji nowego typu pojazdu kolejowego) wykorzystuje skrajnię G2 zgodnie z normą PN-EN 15273-2.

Odwołujący wskazał, że część pojazdów kolejowych w swoich rozwiązaniach konstrukcyjnych wykorzystuje skrajnię kinematyczną G1 w rozumieniu normy PN-EN 15273-2. Takimi pojazdami są np. pojazdy produkcji PESA Bydgoszcz S.A. typu 48WE (platforma pojazdów ELF 2).

Odwołujący podkreślał, że niniejsze postępowanie dotyczy dostaw Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych, które posiadają odbierak prądu z sieci trakcyjnej (tzw. pantograf). Już tylko z tego względu EZT wymagają znacznie wyższego przekroju przestrzeni, po której się poruszają, niż skrajnia G1, którą jako jedyną w przetargu dopuszcza zamawiający.

Odwołujący argumentował, że szczegółowe porównanie skrajni G1 i G2 wykorzystywanych przez producentów taboru kolejowego przedstawiają Standardy

Techniczne stosowane przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. przedstawiające szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości Vmax 200 km/h (dla taboru konwencjonalnego) i 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) - TOM II Skrajnia Budowlana Linii Kolejowych, Wersja 2.0. Odwołujący przedstawił graficzne zobrazowanie dwóch rodzajów skrajni stosowanych przez polskich producentów taboru kolejowego do których zaliczyć obecnie należy: NEWAG S.A., Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że kwestionuje arbitralne wskazanie skrajni G1 jako jedynej możliwej do

zastosowania w przypadku zamawianego taboru kolejowego oraz wnosi o dopuszczenie również pojazdów zaprojektowanych według skrajni G2 w rozumieniu normy PN-EN 15273-2.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących parametru mocy odwołujący podniósł, że zamawiający wskazał, że moc ciągła pojazdu powinna być „w zakresie od 1,7 MW do 2 MW" - pkt 2.2.8 OPZ. Zdaniem odwołującego, narzucanie wykonawcom konieczności spełnienia wymagania w zakresie mocy ciągłej silnika jest bezzasadne. Z punktu widzenia przewoźnika istotne jest przyspieszenie, jakie pojazd posiada oraz prędkość maksymalna, jaką pojazd może osiągnąć. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający sformułował wymagania w tym zakresie:

a. Pkt 2.2.2. OPZ - „Wymagana prędkość eksploatacyjna >140 km/h"

b. Pkt 2.2.3. OPZ „Przyśpieszenie rozruchu (przy nominalnym obciążeniu) brutto - średnie, min. 1,0 m/s2 (w zakresie prędkości od 0 do 40 km/h na torze prostym poziomym). Do wyliczeń wskazanego przyspieszenia należy przyjąć następujące założenia: szyny suche (współczynnik przyczepności koto/szyna wynoszący 0,30), obciążenie nominalne (łączna ilość miejsc siedzących x 70 kg)".

Odwołujący argumentował, że osiągnięcie tych parametrów jest możliwe bez narzucania wykonawcom minimalnej mocy ciągłej silnika na poziomie 1,7MW. To producent decyduje, jaką moc powinien mieć silnik, aby przy jego rozwiązaniu konstrukcyjnym osiągnąć np. parametr przyśpieszenia czy maksymalnej prędkości. Odwołujący wskazał, że w przypadku jego rozwiązania silnik nie musi posiadać 1,7 MW, aby spełnić pozostałe wymagania zamawiającego. Zdaniem odwołującego powołane przez zamawiającego wymaganie mocy jest zatem nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i nadmierne.

Przykładowo, w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie (numer postępowania: OR-IV.272.2.1.2022) parametr mocy był określony w ten sposób, że pojazd powinien mieć tak dobraną moc i zabezpieczenia, które umożliwią rozruch pojazdu w pełni

obciążonego na wzniesieniach przy pochyleniu 25 0/00 Zamawiający wskazał, na to jaki efekt chce otrzymać bez określenia w jaki sposób wykonawca ma go osiągnąć. Zdaniem odwołującego to wykonawca jako podmiot, które będzie odpowiedzialny za wyprodukowanie pojazdów powinien decydować jaka moc będzie gwarantowała osiągnięcie parametrów opisanych w OPZ. Zamawiający nie powinien narzucać sposobu osiągnięcia określonych funkcjonalności tylko powinien sformułować to, jaki efekt chce uzyskać. To, w jaki sposób parametr będzie zrealizowany leży po stronie wykonawcy, który - ponownie należy podkreślić jest podmiotem odpowiedzialnym za zaprojektowanie i wyprodukowanie pojazdu.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 27 września 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr III.2 odwołania.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 29 września 2022 r., przed otwarciem rozprawy odwołujący oświadczył, że modyfikuje żądanie zawarte w pkt IV.4 odwołania w ten sposób, że dodane zostanie do SWZ dodatkowe zastrzeżenie, iż pojazd wraz z pracującym pantografem (czynnym odbierakiem prądu) musi mieścić się pod siecią trakcyjną z przewodem jezdnym zawieszonym na wysokości 4,73 m, a ponadto w SWZ znajdzie się dodatkowe postanowienie w pkt. 10.1.3 OPZ, że „minimalna wysokość odbieraka prądu zapewni prawidłową współpracę z siecią trakcyjną z przewodem jezdnym zawieszonym na wysokości 4,73 m".

Po modyfikacji żądania z pkt IV.4 odwołania zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 29 września 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr III.3. b) odwołania. Na posiedzenie Izby nie stawił się, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie, przystępujący Newag. W konsekwencji nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w zakresie

ww. zarzutu.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SWZ, modyfikacje SWZ, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 99 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Stosownie do art. 112 ustawy Pzp:

1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Stosownie do art. 116 ustawy Pzp:

1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 10 czteroczłonowych fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z dostawą sprzętu przeznaczonego do unowocześnienia zaplecza utrzymania taboru.

Ustalono, że w rozdziale V pkt 2.2. specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający zastrzegł, że:

2.2. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, (a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie), co najmniej jedno zamówienie polegające na: dostawie dwóch fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, służących do przewozu pasażerów.

Ustalono również, że w pkt 2.1.2 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ - załącznik nr 1 do umowy) zamawiający zastrzegł, że przedmiotem zamówienia jest „pojazd czteroczłonowy".

Ustalono ponadto, że w pkt 2.2.8. opisu przedmiotu zamówienia (OPZ - załącznik nr 1 do umowy) zamawiający wskazał:

2.2.8. Moc ciągła pojazdu..... w zakresie od 1,7 MW do 2 MW - umożliwiająca jazdę

pojazdu w pełni obciążonego z zadanymi parametrami eksploatacyjnymi.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr III.2 odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 27 września 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr III.3.b) odwołania, związanego z żądaniem IV.4. odwołania.

Zamawiający w trakcie posiedzenia Izby w dniu 29 września 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że uwzględnia ww. zarzut odwołania. Przystępujący Newag, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby, nie stawił się na posiedzenie w dniu 29 września 2022 r. i nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania.

Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie Izby z udziałem stron i uczestników

postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe, co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest wyznaczenie rozprawy. Jest to zatem faza, w której następuje koncentracja środków ochrony prawnej, w związku z czym uczestnicy postępowania odwoławczego stawiając się na posiedzenie winni być gotowi do określenia swoich stanowisk procesowych warunkujących dalsze procedowanie w sprawie. Omawiany etap postępowania odwoławczego następuje po fazie posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Przepis § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 poz. 2453) stanowiący o wzywaniu przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zostało już wyznaczone posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego. Powyższe wynika z sposób jednoznaczny z przepisu § 13 ust. 2 ww. rozporządzenia.

Wobec braku oświadczenia przystępującego o wniesieniu sprzeciwu do czasu zamknięcia posiedzenia, Izba zobowiązana treścią przywołanych niżej przepisów postępowanie umorzyła w części dotyczącej zarzutu nr III. 3.b) odwołania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze, w zakresie ww. zarzutów, podlegało umorzeniu

na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, W

przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522. W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 4 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji, odnośnie umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie omawianego zarzutu odwołania.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu.

Ustalono, że w rozdziale V pkt 2.2. specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający zastrzegł, że:

„2.2. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, (a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie), co najmniej jedno zamówienie polegające na: dostawie dwóch fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, służących do przewozu pasażerów.”.

Ostatecznie, po modyfikacji żądania, jaką odwołujący przedstawił w trakcie posiedzenia w dniu 29 września 2022 r., odwołujący domagał się modyfikacji warunku

udziału w postępowaniu w ten sposób, że miałby on otrzymać brzmienie:

„W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, (a w przypadku świadczeń okresowych lub o charakterze ciągłym również wykonuje należycie), co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie dwóch elektrycznych zespołów trakcyjnych, służących

do przewozu pasażerów. Za dostawę w rozumieniu warunku uważa się również modernizację, która obejmuje większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu oraz skutkujące zmianą dokumentacji technicznej dołączonej do deklaracji weryfikacji WE - zgodnie z art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym oraz prowadzące do uzyskania zezwolenia na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu zgodnie z art. 23 i ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym.”.

Oceniając zasadność zarzutu, zwłaszcza w przypadku zarzutów dotyczących postanowień SWZ, Izba bierze również pod uwagę treść żądania przedstawioną przez odwołującego. Żądanie to zawiera proponowane przez odwołującego postanowienia, które mają zastąpić postanowienia, kwestionowane w odwołaniu. Porównanie treści postanowienia zaskarżonego i proponowanego wyznacza również zakres zarzutów. Z tego powodu odwołujący powinien umieć wyjaśnić i należycie uzasadnić treść wnioskowanej przez siebie modyfikacji. Jednocześnie nie ulegało wątpliwości, że wnioskowane brzmienie warunku udziału w postępowaniu powinno spełniać cele wynikające z art. 112 Pzp. Przypomnienia wymagało zatem, co zresztą sam odwołujący podkreślał w treści odwołania, że celem warunku jest umożliwienie zamawiającemu wyłonienia takiego wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jeśli zatem Izba stwierdziłaby, że odwołujący zamierza poprzez swe żądanie do takiego złagodzenia warunku, które w efekcie doprowadzi to tego, iż do postępowania zostaną dopuszczeni także wykonawcy niedający rękojmi należytego wykonania zamówienia, to taki zarzut nie mógłby zostać uwzględniony.

Zdaniem Izby tak stało się w analizowanej sprawie. W treści proponowanego przez siebie warunku odwołujący odwołał się do definicji modernizacji z art. 4 pkt. 43 ustawy 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t .jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984). Zgodnie z tą definicją przez modernizację rozumie się większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu oraz skutkujące zmianą dokumentacji technicznej dołączonej do deklaracji weryfikacji WE, o ile taka dokumentacja techniczna istnieje. Jak wynikało z ww. definicji, jej znamiona wypełniały nie tylko większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie, ale nawet w jego części. Z kolei podsystemy, na jakie dzieli się system kolei Unii Europejskiej, zostały wymienione w art. 25a ust. 2 ustawy o transporcie kolejowym. Jak wynikało z ww. przepisu, system kolei Unii dzieli się na podsystemy:

1) strukturalne:

a) infrastruktura,

b) energia,

c) sterowanie - urządzenia przytorowe,

d) sterowanie - urządzenia pokładowe,

e) tabor;

2) funkcjonalne:

a) ruch kolejowy,

b) utrzymanie,

c) aplikacje telematyczne dla przewozów pasażerskich i dla przewozów towarowych.

Nie ulegało zatem wątpliwości, że jeśli prace modyfikacyjne polegałyby przykładowo na zamontowaniu systemu ETCS (European Train Control System), to z pewnością takie prace musiałyby zostać uznane za większe prace modernizacyjne w obszarze podsystemu sterowania. System ETCS do wszak kluczowy element podsystemu sterowanie. Jednocześnie taka modyfikacja również wymagałaby uzyskania stosownego zezwolenia na dopuszczenie do obrotu zgodnie z art. 23 i ustawy o transporcie kolejowym.

Dostrzeżenia wymagało przy tym, że tego rodzaju prace modernizacyjne oznaczałyby jednak bardzo niewielkie zmiany w budowie modyfikowanego pojazdu, w znikomym stopni dotycząc jego konstrukcji, silników, systemów drzwiowych, bezpieczeństwa, układów napędowych, systemów informacji pasażerskiej, stanowiska pracy maszynisty, czy oświetlenia, a wiec kluczowych elementów z punktu widzenia dostawy nowych pojazdów EZT, co było przedmiotem zamówienia. Pomimo to, przy wprowadzeniu wnioskowanego przez odwołującego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca posiadający doświadczenie w wykonaniu prac tak znacznie odbiegających od przedmiotu zamówienia, jakim była dostawa fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), musiałby zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu. Stałoby się tak pomimo iż z pewnością nie dawałby zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia, nie posiadając w tym zakresie nawet minimalnego potencjału. W konsekwencji cel, dla którego zamawiający formułowałby warunek, nie zostałby w ogóle osiągnięty.

Zdaniem Izby w tej sytuacji nie mogły prowadzić do uznania zarzutu za zasadny dowody złożone przez odwołującego. Odwołujący złożył w charakterze dowodu opinię techniczną z dnia 26 maja 2022 r. sporządzoną przez Sieć Badawczą Łukasiewicz - Poznański Instytut technologiczny - Centrum Pojazdów Szynowych (dowód nr 1b załączony do pisma odwołującego z dnia 21 września 2022 r.). Z opinii tej wynikało, że odwołujący rzeczywiście posiada doświadczenie w wykonaniu głębokiej modernizacji Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych EN57. Z opinii wynikało także, że zmodernizowane przez odwołującego EZT w większości przypadków osiągały poziom dostępności na poziomie 100%. Ponadto z opinii wynikało, że odwołujący uruchomił prace badawczo-rozwojowe związane z rozwojem elektrycznych zespołów trakcyjnych. Fakt, że wykonana przez odwołującego modernizacja EZT miała charakter głęboki wynikała także z dokumentacji fotograficznej, złożonej przez odwołującego przy piśmie z dnia 21 września 2022 r. Ponadto o głębokości wykonanej przez odwołującego modernizacji EZT świadczył również fakt, że po wykonaniu tej modernizacji zostało wydane zezwolenie przez Urząd Transportu Kolejowego nr PL 51 2017 0015, w którym odwołujący został określony jako „producent" zmodernizowanych pojazdów (por. dowód nr 1c złożony przez odwołującego przy piśmie z dnia 21 września 2022 r.).

Oceniając ww. dowody Izba stwierdziła, że udowodnienie ww. wysokiego potencjału odwołującego i jego niewątpliwego doświadczenia w wykonaniu głębokiej modernizacji EZT

EN57 nie zmieniało faktu, że jednocześnie jego żądanie w zakresie warunku udziału w postępowaniu okazało się zbyt daleko idące, z przyczyn wskazanych wcześniej. Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że warunek udziału w postępowaniu zmodyfikowany zgodnie z żądaniem odwołującego znajdowałby zastosowanie nie tylko wobec odwołującego, ale także i innych potencjalnych wykonawców, a więc również i takich, którzy nie dawaliby zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący podniósł także, że użyte przez zamawiającego w treści warunku pojęcie „fabrycznie nowy" jest pojęciem niejednoznacznym. Zdaniem Izby sporne pojęcie pokazało się dostatecznie precyzyjne, a ponadto jest często stosowane w analogicznych postepowaniach dotyczących tego samego przedmiotu

zamówienia. Ponadto usunięcie ww. wymogu oznaczałoby, że można byłoby uznać warunek za spełniony nawet w sytuacji, gdyby potencjalny wykonawca wykazał się posiadaniem doświadczenia w dostawie nawet dwóch używanych elektrycznych zespołów trakcyjnych. Biorąc pod uwagę szeroką definicję dostawy zawartą w art. 7 pkt 4 Pzp, uwzględnienie takiego żądania także spowodowałoby dopuszczenie do udziału w postępowaniu

wykonawców niedających zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia. Przypomnienia bowiem wymagało, że zgodnie z art. 7 pkt 4 Pzp przez dostawę rozumie się nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Ponadto, przy wyrokowaniu wzięto

pod uwagę fakt, że dowody wykazujące przeprowadzenie przez odwołującego modernizacji

elektrycznych zespołów trakcyjnych (dowody nr 1a - 1c załączone do pisma odwołującego z dnia 21 września 2022 r.), nie korelowały z żądaniem, aby w zakresie doświadczenia wykonawców uwzględnić dostawy również używanych zespołów trakcyjnych. Pojęcie „używany elektryczny zespół trakcyjny" i „zmodernizowany, używany elektryczny zespół trakcyjny" nie są pojęciami tożsamymi.

Za niezasadne Izba uznała także żądanie wydłużenia okresu referencyjnego z trzech do pięciu lat. Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy złożenia wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

- w tym okresie. Jak wynikało z ww. przepisu, zamawiający - co do zasady - ma prawo domagać się od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu dostaw referencyjnych, zdobytym w okresie ostatnich trzech lat. Owszem, zgodnie z przepisem § 9 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata. Dostrzeżenia wymagało, że w drugim z przywołanych przepisów była jedynie mowa o możliwości wydłużenia przez zamawiającego okresu referencyjnego. Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał aby - w okolicznościach danej sprawy - zaniechanie wydłużenia okresu referencyjnego z trzech do pięciu lat, miało prowadzić do naruszenia konkurencyjności postępowania. W szczególności Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił żadnych statystyk, w oparciu o które można byłoby porównać liczbę zamówień na dostawy fabrycznie nowych pojazdów EZT wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, z liczbą analogicznych zamówień wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat. Nie wiadomo było zatem czy, a jeżeli tak to w jakim stopniu, wydłużenie okresu referencyjnego miałoby zapewnić osiągnięcie lepszego poziomu konkurencji w postępowaniu.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut dotyczący wymogu czteroczłonowości oferowanego EZT.

Ustalono, że w pkt 2.1.2 opisu przedmiotu zamówienia (OPZ - załącznik nr 1 do umowy) zamawiający zastrzegł, że przedmiotem zamówienia jest „pojazd czteroczłonowy".

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał, aby wymóg ten był uzasadniony jego potrzebami. W konsekwencji, w okolicznościach danej sprawy, wymóg ten należało uznać za zbyteczny i mogący naruszać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający w pierwszej kolejności wskazał ogólnie, że za ww. wymogiem miały przemawiać „istotne względy eksploatacyjne". Zdaniem Izby jeśli zamawiający oczekiwał, aby pojazdy spełniały jakieś względy eksploatacyjne, to nic nie stało na przeszkodzie, aby takie względy zostały opisane w SWZ.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że pojazdy czteroczłonowe mogą być wykorzystywane w trakcji pojedynczej i podwójnej, w zależności od przewidywanej liczby pasażerów. Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, iż jego pojazdy trzyczłonowe również mogą być wykorzystywane w trakcji pojedynczej i podwójnej. Możliwość wykorzystywania pojazdów EZT w trakcji podwójnej i pojedynczej nie jest wyłączną cechą pojazdów czteroczłonowych, a przynajmniej zamawiający nie wykazał istnienia takiej zależności.

Ponadto dostrzeżenia wymagało, że zamawiający niezależnie od wymogu czteroczłonowości EZT opisał w SWZ wymogi dotyczące liczby miejsc siedzących (pkt 2.1.5 OPZ), liczby miejsc stojących (pkt 2.1.6 OPZ) oraz długości pojazdu (pkt 2.1.3 OPZ). Zostało wykazane, że trójczłonowy pojazd odwołującego FPS Plus spełniał wymogi w zakresie długości pojazdu czy pojemności pasażerskiej. Tak więc spełniał wymóg co do przewidywanej liczby pasażerów i nie mógł być zaoferowany wyłącznie z tego powodu, że nie był pojazdem czteroczłonowym.

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał także zasadności swego twierdzenia, że tylko działający w trakcji podwójnej pociąg czteroczłonowy zmieści się przy wszystkich peronach na liniach, które miałyby być obsługiwane przez zamawiane pojazdy kolejowe. Zdaniem Izby liczba członów pojazdu nie determinowała długości pojazdu. Jak wskazano już wcześniej, długość zamawianego pojazdu była odrębnym parametrem, jaki zamawiający opisał w SWZ. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że w pkt 2.1.3 OPZ zamawiający wymagał aby oferowany pojazd spełniał wymóg opisany jako Długość całkowita pojazdu: 75 m ± 3% (liczone bez sprzęgów). Skoro pojazd odwołującego spełniał odrębny wymóg dotyczący długości pojazdu, to z pewnością mieścić się będzie przy wszystkich peronach, również działając w trakcji podwójnej, pomimo, iż był pojazdem trójczłonowym.

Nietrafny okazał się również argument zamawiającego, jakoby za koniecznością zamówienia pojazdów czteroczłonowych miały przemawiać postanowienia aneksu nr 2 do umowy z dnia 11 grudnia 2020 r. nr 719/U/20 o świadczenie usług publicznych na okres od 12 grudnia 2021 do dnia 12 grudnia 2026 r. w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich wykonywanych na terenie województwa pomorskiego, zawartej między Województwem Pomorskim a zamawiającym (załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie).

Po pierwsze, jak wynikało z ww. aneksu, Województwo Pomorskie już raz wyraziło zgodę na zmianę wymogu w zakresie liczby członów pojazdu, przez zastąpienie pierwotnego wymogu ośmiu członów, wymogiem czterech członów (pkt 1 ww. aneksu).

Ponadto dostrzec należało, że w piśmie z 27 września 2022r. nr DIF-KT.8063.4.2022 (dowód złożony na rozprawie przez odwołującego, w aktach sprawy), Województwo Pomorskie oświadczyło, że „nie widzi przeciwskazań do wprowadzenia zmiany w załączniku nr 2 do umowy nr 719/U/20, po uprzednim uzyskaniu akceptacji przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych (...)". Wprawdzie Województwo Pomorskie jednocześnie w ww. piśmie zastrzegło, że zgoda ta jest warunkowa, gdyż Województwo „nie uczestniczyło bezpośrednio w opracowywaniu Szczegółowych Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania" i wyrażało obawy czy zmiana wymogu czteroczłonowości nie wpłynie na takie parametry pojazdu jak: liczba zewnętrznych drzwi dla pasażerów, liczba miejsc siedzących, długość pojazdów.

Odnosząc się do ww. warunków, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że ewentualna konieczność dostosowania specyfikacji, będącego następstwem usunięcia niekonkurencyjnego wymogu czteroczłonowości pojazdu, nie stanowiła dostatecznego powodu, dla którego wymóg ten miałby zostać utrzymany, a zarzut oddalony. Niezależnie od tego na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający w SWZ opisał wymogi dotyczące liczby drzwi, liczby miejsc siedzących, liczny miejsc stojących, długości pojazdu, które zostały uniezależnione od wymogu czteroczłonowości oferowanego pojazdu. W pkt 7.1.3.1 OPZ zamawiający wskazał, że liczba drzwi ma wynosić „min. 8 drzwi zewnętrznych dla pasażerów z jednej strony pojazdu". W pkt 2.1.5. OPZ wskazano, że Ilość miejsc siedzących w EZT ma wynosić min. 170. Wreszcie z pkt 2.1.6. OPZ wynikało, że liczba miejsc stojących w EZT została sprecyzowana jako „min. 287". Również parametr długości pojazdu został uniezależniony od liczby jego członów. W pkt 2.1.3 OPZ wskazano bowiem, że długość całkowita pojazdu ma wynosić 75 m ± 3% (liczone bez sprzęgów). Wobec powyższego, przynajmniej w ww. obszarach, na które wskazywało Województwo Pomorskie w swym piśmie, nie było jakiejkolwiek potrzeby dostosowywania specyfikacji. Wymogi te uniezależnione były bowiem od liczby członów pojazdu.

Niezależnie od powyższego wzięto pod uwagę, że pełnomocnik zamawiającego w trakcie rozprawy nie wskazał Izbie ani jednego przykładu postanowienia specyfikacji, które musiałoby zostać zmienione w ślad za rezygnacją z wymogu czteroczłonowości pojazdu.

Kolejno wskazać należało, że samo Województwo Pomorskie w prowadzonym przez siebie postępowaniu na dostawę fabrycznie nowych EZT (nr postępowania DAZ-Z. 272.22.2022) dopuściło dostawę pojazdów wieloczłonowych, bez precyzowania wymaganej liczby członów (por. pismo Województwa Pomorskiego z 27 września 2022r. DIF-KT.8063.4.2022 - dowód złożony na rozprawie przez odwołującego, w aktach sprawy). Co więcej, samo Województwo Pomorskie oświadczyło, że w swej SWZ zrezygnowało z opisywania wymaganej liczby członów pojazdu, gdyż komisja przetargowa i Instytucja Zarządzająca zidentyfikowała możliwość wystąpienia ewentualnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Skoro zatem sam organizator, na umowę z którym powoływał się zamawiający, zrezygnował ze spornego wymogu, z uwagi na możliwe naruszenie ustawy Pzp, to powoływanie się na umowę zawartą z tym organizatorem nie znajdowało uzasadnienia.

Ponadto, jak wynikało z opinii technicznej z dnia 20 września 2022 r. sporządzonej przez Sieć Badawczą Łukasiewicz - Poznański Instytut Technologiczny - Centrum Pojazdów Szynowych złożonej przez odwołującego przy piśmie dnia 21 września 2022 r., opiniujący stwierdził, że ze względu na spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego przez pojazd FPS PLUS nie ma potrzeby dodawania dodatkowego członu i tym samym wydłużania pojazdu. W takiej sytuacji długość pojazdu znacząco przekraczałaby dopuszczalna długość wymaganą w pkt 2.1.3 OPZ. Pod względem spełniania wymagań OPZ pojazd 3-członowy FPS Plus jest równoważny z pojazdem 4-członowym na wózkach Jacobsa zarówno pod względem pojemności pasażerskiej, liczby drzwi czy długości pojazdu. Zatem również treść opinii prowadziła do wniosku, iż pomimo niespełnienia wymogu czteroczłonowości pojazdu, trójczłonowy pojazd odwołującego FPS PLUS spełniał wszystkie wymagania eksploatacyjne wskazane przez zamawiającego w SWZ.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut znalazł potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

Zasadny okazał się zarzut dotyczący mocy silnika oferowanego EZT.

Ustalono, że w pkt 2.2.8. opisu przedmiotu zamówienia (OPZ - załącznik nr 1 do umowy) zamawiający wskazał:

2.2.8. Moc ciągła pojazdu..... w zakresie od 1,7 MW do 2 MW - umożliwiająca jazdę

pojazdu w pełni obciążonego z zadanymi parametrami eksploatacyjnymi.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu zmiany pkt 2.2.8 OPZ poprzez wskazanie, że moc ciągła pojazdu powinna mieścić się „w zakresie od 1,6 MW do 2 MW", ewentualnie poprzestanie na wymaganiu: „moc pojazdu umożliwiająca jazdę pojazdu w pełni obciążonego z zadanymi parametrami eksploatacyjnymi".

Jak wynikało z uzasadnienia odwołania i żądania odwołującego górna granica mocy ciągłej pojazdu na poziomie 2 MW nie była kwestionowana przez niego. Wobec powyższego brak było podstaw do nakazywania zamawiającemu rezygnacji z tego wymogu.

Odwołujący kwestionował wyłącznie dolną granicę mocy ciągłej pojazdu wskazując w odwołaniu, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu sformułował wymagania w tym zakresie:

a. Pkt 2.2.2. OPZ - „Wymagana prędkość eksploatacyjna >140 km/h";

b. Pkt 2.2.3. OPZ „Przyśpieszenie rozruchu (przy nominalnym obciążeniu) brutto - średnie, min. 1,0 m/s^2 (w zakresie prędkości od 0 do 40 km/h na torze prostym poziomym). Do wyliczeń wskazanego przyspieszenia należy przyjąć następujące założenia: szyny suche (współczynnik przyczepności koto/szyna wynoszący 0,30), obciążenie nominalne (łączna ilość miejsc siedzących x 70 kg)".

Odwołujący argumentował, że osiągnięcie tych parametrów jest możliwe przez jego pojazd FPS Plus bez narzucania minimalnej mocy ciągłej silnika na poziomie 1,7 MW.

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał, aby sporny wymóg był uzasadniony jego potrzebami. W konsekwencji, w okolicznościach danej sprawy, wymóg ten - jako zbyteczny - naruszał uczciwą konkurencję w postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że dolna granica zakresu na poziomie 1,7 MW jest konieczna, gdyż została ustalona na podstawie jego doświadczeń eksploatacyjnych. W trakcie rozprawy dodał, że wymóg minimalnej mocy silnika na poziomie 1,7 MW jest wynikiem wyliczeń jego działu technicznego.

Izba stwierdziła, że powyższe oświadczenia zamawiającego okazały się nad zwyczaj ogólne. Ponadto oświadczenia zamawiającego należało uznać za gołosłowne, gdyż na ich poparcie nie przedstawiono Izbie żadnego dowodu. W szczególności podkreślenia wymagało, że zamawiający nie złożył w charakterze dowodu nawet wyliczeń własnego działu technicznego, na które się powoływał. Nie złożono w tym zakresie także żadnej opinii technicznej. Wobec powyższego Izba nie miała jakichkolwiek podstaw, aby uznać za ustalone fakty, na jakie powoływał się zamawiający.

W trakcie rozprawy zamawiający dodatkowo podniósł, że pojazdy obecnie przez niego zamawiane będą wykorzystywane przez kilka lat, a następnie wydzierżawione Województwu Pomorskiemu. Wskazał, że z kolei Województwo Pomorskie w swoim postępowaniu wymagało wyższej mocy silnika i dlatego zamawiający podjął decyzję o nieuwzględnieniu zarzutu. Odnosząc się do ww. argumentacji Izba stwierdziła, że zamawiający nie przedstawił dowodu na okoliczność, aby zwrócił się do Województwa Pomorskiego z pytaniem czy rzeczywiście odmówi ono wydzierżawienia za kilka lat od zamawiającego EZT o niższej mocy silnika, lecz spełniających wszystkie inne parametry eksploatacyjne. Zdaniem Izby artykułowane przez zamawiającego obawy były wynikiem jego niczym niepopartych hipotez i nie mogły być uznane za uzasadnioną potrzebę utrzymania kwestionowanego wymogu.

W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśnił ponadto, że potrzeba utrzymania kwestionowanego wymogu wynika z faktu, że zamawiane pojazdy wykorzystywane będą na liniach kolejowych, z których część może być uznana nawet za linie górskie.

Odnosząc się do ww. argumentacji Izba stwierdziła, że jeśli rzeczywiście konieczność wprowadzania wymogu wynikała z takiego przeznaczenia pojazdów, to zamawiający powinien opisać w SWZ parametry funkcjonalne, np. minimalnego przyspieszenia na trasie

górskiej, o określonym nachyleniu. Jednakże w treści SWZ próżno było szukać tego rodzaju postanowień. W pkt 2.2 i 2.3 OPZ zamawiający podał warunki dot. przeprowadzenia próby przyspieszenia pojazdu wskazując, że próba taka prowadzona będzie na torze prostym poziomym w zakresie od 0-40 km/h, a więc nie w warunkach górskich. Co do przyspieszenia w zakresie tras górskich, zamawiający nie postawił żadnych wymagań. Zamawiający poprzestał jedynie na wymaganiu największego wzniesienia, przy którym EZT winien ruszyć z pełnym obciążeniem na poziomie 35%o (pkt 2.2.4 OPZ).

Podkreślenia wymagało, że ww. wymogi eksploatacyjne (wszystkie parametry trakcyjne z pkt 2.2. OPZ), jakie opisano w SWZ, spełniał pojazd odwołującego FPS Plus, pomimo tego, że moc ciągła tego pojazdu wynosiła 1,6 MW, zamiast wymaganego 1,7 MW. Powyższe ustalono na podstawie opinii technicznej z dnia 20 września 2022 r. sporządzonej przez Sieć Badawczą Łukasiewicz - Poznański Instytut Technologiczny - Centrum Pojazdów Szynowych. Na stronie 4 ww. opinii wskazano m.in., że pojazd odwołującego FPS Plus spełnia parametry trakcyjne opisane w pkt 2.2. OPZ. (por. dowód nr 3b złożony przez odwołującego na posiedzeniu Izby w dniu 21 września 2022 r.).

W piśmie procesowym z dnia 27 września 2022 r. zamawiający podniósł, że ww. opina jest nierzetelna. Wskazał, że opis pojazdu FPS PLUS zawarty w opinii różni się istotnie od opisu tego pojazdu ze strony internetowej odwołującego. Argumentował, że w opinii zaliczono ten pojazd do elektrycznych zespołów trakcyjnych oraz stwierdzono, iż spełnia on wymagania zamawiającego określone w OPZ za wyjątkiem członów. Natomiast na stronie internetowej odwołującego pojazd ten został określony jako dwunapędowy zespół trakcyjny (elektryczny i spalinowy). Na tę okoliczność zamawiający załączył do pisma wydruk ze strony internetowej odwołującego.

Odnosząc się do ww. argumentacji i przedstawionych dowodów Izba stwierdziła, że rzeczywiście porównanie zdjęcia pojazdu na stronie drugiej opinii oraz na stronie internetowej odwołującego mogło sugerować, że to ten sam pojazd. Jednakże w trakcie rozprawy w dniu 29 września 2022 r. odwołujący złożył dowód przeciwny w postaci wydruku z prezentacji pojazdu FPS przedstawionej na konferencji wodorowej z 2021r. Z tego ostatniego dowodu wynikało, że FPS Plus jest rodziną pojazdów i występuje też w wersji elektrycznej. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności opinii technicznej z dnia 20 września 2022 r. sporządzonej przez Sieć Badawczą Łukasiewicz - Poznański Instytut Technologiczny - Centrum Pojazdów Szynowych, złożonej przez odwołującego przy piśmie dnia 21 września 2022 r.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła ponadto, że gdyby zamawiającego rzeczywiście interesowało przyspieszenie pojazdu w terenach o określonym pochyleniu, to z pewnością taki parametr zostałby określony w SWZ. Na okoliczność, iż istnieje możliwość opisania parametru funkcjonalnego w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji wskazywało tabelaryczne zestawienie opisów parametrów z kilku innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających. Przedmiotem tych postępowań był również zakup elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), tak jak w analizowanej sprawie, zaś przedstawione zestawienie obejmowało przykłady odpowiednich postanowień SWZ (por. dowód nr 4 złożony przez odwołującego na posiedzeniu Izby w dniu 21 września 2022 r.).

W trakcie rozprawy w dniu 29 września 2022 r. zamawiający dodatkowo argumentował, że nie mógł określić odpowiednich parametrów eksploatacyjnych co do pracy pojazdu w warunkach górskich, gdyż nie mógłby sprawdzić (zweryfikować) deklaracji wykonawcy w tym zakresie. Wskazał, że niektóre linie, na jakich mają być eksploatowane pojazdy, nie zostały jeszcze zelektryfikowane. Na tę okoliczność złożył w trakcie rozprawy wydruk ze strony internetowej Pomorskiej Kolei Metropolitalnej, opisujący przebieg elektryfikacji linii kolejowych PKM oraz linii kolejowych zarządzanych przez PKP PLK. Izba stwierdziła, że z wydruku rzeczywiście wynikało, iż zakończenie elektryfikacji niektórych odcinków linii przewidziane jest na lata 2023 - 2027.

Odnosząc się do tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że brak elektryfikacji linii kolejowej nie stał na przeszkodzie opisaniu odpowiedniego parametru funkcjonalnego w specyfikacji i żądaniu od wykonawcy oświadczenia o jego spełnieniu przez oferowany pojazd. Dostrzeżenia wymagało również, że oświadczenie tego rodzaju jest oświadczeniem o doniosłym charakterze. Powyższe wynika choćby z faktu, że w świetle art. 297 § 1 Kodeksu karnego złożenie nierzetelnego, pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego jest kwalifikowane jako przestępstwo zagrożone karą wymienioną w tym przepisie. Z pewnością zatem składanie tego rodzaju oświadczeń przez wykonawcę musi być dostatecznie przemyślane.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymagało, że dynamikę pojazdu sprawdza się podczas badań homologacyjnych. Zaś nowo zelektryfikowana linia z pewnością nie będzie ograniczała możliwości dynamicznych pojazdu, gdyż odwołujący domagał się

obniżenia zapotrzebowania na energię elektryczną, przy utrzymaniu parametrów eksploatacyjnych obecnie żądanych w SWZ.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, stwierdzone naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 -3 Pzp, polegające na wadliwym opisie przedmiotu zamówienia, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowanie, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w tej części, gdzie takie naruszenia wykazano.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, w sposób opisany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza,

że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za

wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się zasadne w części 2/3 i niezasadne w części 1/3. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części 1/3 i zamawiający w części 2/3. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości 3.600,00 zł, koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.200,00 zł, koszty dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenia Izby w wysokości 507 zł, oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa poniesione przez zamawiającego w wysokości 17 zł. Koszty te zostały ustalone odpowiednio na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy przez odwołującego oraz spisu kosztów, biletów i dowodu uiszczenia opłaty skarbowej złożonych przez zamawiającego. Łącznie wysokość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 22.324,00 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika (15.000+3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości - w zaokrągleniu do pełnych złotych - 7.441,00 zł (22.324,00 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11.159,00 zł (18.600,00 zł - 7.441,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §9 ust. 3 pkt 3 w zw. § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. a, b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: