

Sygn. akt: KIO 75/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 2 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk
Aneta Młacka

Protokolant:

Mikołaj Kraska

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę: H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: „PKP Intercity” S.A., Al. Jerozolimskie 142 A, 02305 Warszawa,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawcy: H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 75/24

Uzasadnienie

Zamawiający – „PKP Intercity” S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa 35 dwunapędowych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług utrzymania”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 00792910-2023, numer wydania Dz.U. S: 250/2023

W dniu 8 stycznia 2024 r. wykonawca: H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, stosownie do przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) i ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, 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:

„Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał:

- i. dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 7 (siedmiu) pojazdów trakcyjnych i
- ii. co najmniej 10 (dziesięć) usług utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujących czynności utrzymaniowe na 2-gim poziomie utrzymania, co najmniej 4 (cztery) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności utrzymaniowe na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 3 (trzy) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności na 4-tym poziomie utrzymania.

Za pojazd trakcyjny w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) i (ii.) powyżej, uznaje się pojazd (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę) posiadający własny układ napędowy zarówno autonomiczny (np. działający w oparciu o silnik spalinowy, wodór, baterie) jak i nieautonomiczny wymagający zastosowania zewnętrznego źródła zasilania (tj. pojazdy elektryczne zasilane z sieci trakcyjnej). Za dostawę w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) fabrycznie nowych pojazdów trakcyjnych.

Za naprawę okresową w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).

(...)

Za usługi utrzymania w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (ii.) powyżej, uznaje się usługi utrzymania odpowiednio na poziomie P2, poziomie P3 i poziomie P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.). (...)

- Rozdział VIII ust. 2 pkt 1 lit. d SWZ oraz pkt 5.1.9 Ogłoszenia o zamówieniu;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia 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:

„Dostawa dwóch pierwszych Pojazdów nastąpi w terminie do 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Dostawa kolejnych Pojazdów nastąpi nie później niż w terminach wskazanych w poniższym harmonogramie ramowym:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia umowy) do końca 30 m-ca do końca 42 m-ca

Dostępność pojazdów do eksploatacji

(narastająco) 4 16

do końca 60 m-ca

35

- Rozdział VI pkt 1 SWZ, §19 ust. 2 umowy, pkt 5.1 Ogłoszenia o zamówieniu;

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu

zamówienia w sposób nieprecyzyjny, 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) parametr skrajni został sformułowany następująco:

- „- Górna od 400 mm powyżej główki szyny G1
- Dolna do 400 mm powyżej główki szyny G1

Zgodnie z PN-EN 15273-2 – pkt 1 OPZ poz. 2 tabeli 1”;

- „Zgodne z wymaganiami TSI LOC&PAS i PN-EN 15273-2 i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z późn. zm.). Kinematyczny kontur odniesienia, wraz ze związanymi z nim zasadami powinien mieścić się w zarysie odniesienia G1 dla części górnej oraz G1 dla części dolnej zgodnie z TSI INF. Zakładany współczynnik kołysania bocznego (lub podatności) do celów obliczeń skrajni należy uzasadnić na podstawie obliczeń lub pomiarów określonych normą PN-EN 15273-2 – pkt 3 OPZ poz. 3.2.1 tabeli 2;

b) wskazano następujący parametr nacisku na osi na tor: „Zgodnie z wymaganiami TSI

LOC&PAS. Nie więcej niż 175 kN” – pkt 1 OPZ poz. 4 tabeli 1;

c) wskazano następujący parametr dotyczący rozmieszczenia drzwi w pojeździe:

„Zgodnie z wymaganiami TSI LOC&PAS, TSI PRM oraz PN-EN 14752. Rozmieszczenie drzwi wejściowych do członów, minimum jedne drzwi dla każdej stron pojedynczego członu, dla członów dłuższych niż 25 m – dwie pary drzwi, zapewniające równomierny dostęp z obszarów pasażerskich (...)” – pkt 5 OPZ poz. 5.2 tabeli;

4. art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 2) lit. b Pzp w zw. z art. 439 ust. 4 Pzp w

zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp w zw. z art. 3531 oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunków realizacji zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz uniemożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim Zamawiający określił, iż waloryzacja cen jednostkowych dostaw Pojazdów będzie realizowana z uwzględnieniem następujących postanowień:

„Ceny jednostkowe pierwszych czterech Pojazdów oraz Pojazdów, których termin dostawy przypada na ten sam rok kalendarzowy, co dostawa któregośkolwiek z pierwszych czterech Pojazdów, nie będą waloryzowane, natomiast ceny kolejnych Pojazdów zostaną zwaloryzowane w przypadku złożenia wniosku o waloryzację, w oparciu o formułę waloryzacyjną określoną w Załączniku Nr 16 do Umowy, tj. przy pierwszej waloryzacji w stosunku do cen jednostkowych z oferty, oraz przy każdej kolejnej waloryzacji względem cen jednostkowych uprzednio zwaloryzowanych”, „Pierwsza waloryzacja może nastąpić od początku roku kalendarzowego po roku, w którym nastąpiła dostawa czterech pierwszych Pojazdów, albo miała nastąpić zgodnie z harmonogramem, a opóźnienie nie jest zawinione przez Wykonawcę. Po pierwszej waloryzacji, dopuszczalna jest waloryzacja cen jednostkowych niż raz na rok”

- §3 ust. 4 pkt 1 i 3 umowy;

5. art. 97 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez ustalenie wadium w rażąco wygórowanej wysokości 13.700.000 zł – Rozdział XVIII ust. 1 SWZ, pkt 5.1.12 Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ, Ogłoszenia o zamówieniu i wzoru umowy poprzez:

1. zmianę Rozdziału VIII ust. 2 pkt 1 lit. d SWZ oraz pkt 5.1.9 Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał:

- i. dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 7 (siedmiu) pasażerskich pojazdów kolejowych
- ii. co najmniej 4 (cztery) usługi utrzymania pasażerskich pojazdów kolejowych obejmujące czynności utrzymaniowe na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 3 (trzy) usługi utrzymania pasażerskich pojazdów kolejowych obejmujące czynności na 4-tym poziomie utrzymania.

Za pasażerski pojazd kolejowy w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) i (ii.) powyżej uznaje się pojazd kolejowy (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę, wagon pasażerski), przeznaczony do przewozu osób i dopuszczony do kursowania po liniach PKP PLK.

Za dostawę w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) fabrycznie nowych pasażerskich pojazdów kolejowych

Za naprawę okresową w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie

ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).

(...)

Za usługi utrzymania w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (ii.) powyżej, uznaje się usługi utrzymania odpowiednio na poziomie P3 i poziomie P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.). (...)"

- pozostała treść warunku zdolności technicznej i zawodowej bez zmian;

2. modyfikację terminu realizacji zamówienia określonego w Rozdziale VI pkt 1 SWZ, §19 ust. 2 umowy, pkt 5.1 Ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, aby:

a) dostawa dwóch pierwszych Pojazdów nastąpiła w terminie do 42 miesięcy od dnia

zawarcia Umowy.

b) dostawa kolejnych Pojazdów nastąpiła nie później niż w terminach wskazanych w

poniższym harmonogramie ramowym:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia umowy) do końca 42 m-ca do końca 51 m-ca do końca 60 m-ca

Dostępność pojazdów do eksploatacji

(narastająco) 2 16 35

3. Zmianę parametru skrajni w pkt 1 OPZ poz. 2 tabeli 1 oraz w pkt3 OPZ poz. 3.2.1 tabeli 2 w ten sposób, że dopuszczona zostanie również możliwość zaoferowania pojazdów zaprojektowanych według skrajni G2 w rozumieniu normy PN-EN 15273-2;

4. Zmianę pkt 1 OPZ poz. 4 tabeli 1 w ten sposób, że maksymalny nacisk osi na tor będzie wynosić ≤ 185 kN;

5. Doprecyzowanie pkt 5 OPZ poz. 5.2 tabeli poprzez wskazanie, że długość członu (w rozumieniu wymagania w zakresie liczby drzwi przypadających na człon) to warunek funkcjonalny określający długość pudła członu dostępną dla pasażerów;

6. Modyfikację §3 ust. 4 pkt 1 i 3 umowy w następujący sposób:

„1) Ceny jednostkowe pierwszych dwóch Pojazdów nie będą waloryzowane, natomiast ceny kolejnych Pojazdów zostaną zwaloryzowane w przypadku złożenia wniosku o waloryzację, w oparciu o formułę waloryzacyjną określoną w Załączniku Nr 16 do Umowy, tj. przy pierwszej waloryzacji w stosunku do cen jednostkowych z oferty, oraz przy każdej kolejnej waloryzacji względem cen jednostkowych uprzednio zwaloryzowanych”,

„3) Pierwsza waloryzacja może nastąpić od początku roku kalendarzowego po roku, w którym nastąpiła dostawa dwóch pierwszych Pojazdów, albo miała nastąpić zgodnie z harmonogramem, a opóźnienie nie jest zawinione przez Wykonawcę. Po pierwszej waloryzacji, dopuszczalna jest waloryzacja cen jednostkowych Pojazdów w każdym roku kalendarzowym realizacji Umowy, jednak nie częściej niż raz na rok”;

7. Zmianę Rozdziału XVIII ust. 1 SWZ, pkt 5.1.12 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez obniżenie wysokości wadium do 6.000.000 zł.

Wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 25 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1.

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich 7 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał:

i. dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z

modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 7 (siedmiu) pasażerskich pojazdów kolejowych

„ii. co najmniej 4 (cztery) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności utrzymaniowe na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 3 (trzy) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności na 4-tym poziomie utrzymania.

Za pojazd trakcyjny w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) i (ii.) powyżej, uznaje się pojazd (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę) posiadający własny układ napędowy zarówno autonomiczny (np. działający w oparciu o silnik spalinowy, wodór, baterie) jak i nieautonomiczny wymagający zastosowania zewnętrznego źródła zasilania (tj. pojazdy elektryczne zasilane z sieci trakcyjnej).

Za dostawę w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) fabrycznie nowych pojazdów trakcyjnych.

Za naprawę okresową w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).

Za modernizację w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się prace modyfikacyjne zgodnie z § 2 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.10.2005 w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych

(Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.).

Za usługi utrzymania w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (ii.) powyżej, uznaje się usługi utrzymania odpowiednio na poziomie P3 i poziomie P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.). (...)” Zamawiający dokonał zmiany opisanego warunku poprzez usunięcie wymogu wykazania się doświadczeniem dotyczącym wykonania co najmniej dziesięciu usług utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujących czynności utrzymaniowe na 2-gim poziomie utrzymania uwzględniając argumentację Odwołującego dotyczącą zakresu poszczególnych poziomów przeglądów wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 226).

Nadto, niezależnie od żądania Odwołującego, Zamawiający wydłużył referencyjny okres doświadczenia, którego dotyczy warunek z 5 do 7 lat.

Jednocześnie Zamawiający nie uwzględnił wniosku Odwołującego w zakresie zastąpienia pojęcia „pojazdu trakcyjnego” zdefiniowanego w SWZ jako „pojazd (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę) posiadający własny układ napędowy zarówno autonomiczny (np. działający w oparciu o silnik spalinowy, wodór, baterie) jak i nieautonomiczny wymagający zastosowania zewnętrznego źródła zasilania (tj. pojazdy elektryczne zasilane z sieci

trakcyjnej)”, pojęciem „pasażerski pojazd kolejowy”, za który, zgodnie z definicją zaproponowaną przez Odwołującego, należy uznać „pojazd kolejowy (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę, wagon pasażerski), przeznaczony do przewozu osób i dopuszczony do kursowania po liniach PKP PLK.”

W zakresie zarzutu nr 2.

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ, załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) oraz Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

„2. Dostawa dwóch pierwszych Pojazdów nastąpi w terminie do 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Dostawa kolejnych Pojazdów nastąpi nie później niż w terminach wskazanych w poniższym harmonogramie ramowym:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia umowy) do końca 36 m-ca	Dostępność pojazdów do eksploatacji (narastająco) 4
do końca 42 m-ca	16
do końca 60 m-ca	35

W wyniku zmiany SWZ, Zamawiający wydłużył termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów z 24 do 30 miesięcy, zaś kolejnych dwóch z 30 do 36 miesięcy. W ocenie Zamawiającego powyższe terminy realizacji zamówienia są terminami realnymi, uwzględniającymi zarówno uzasadnione potrzeby Zamawiającego, jak i wszystkie wymagania mające wpływ na przygotowanie oferty, określonymi w oparciu o rzeczywiste, panujące na rynku uwarunkowania.

W zakresie zarzutu nr 3 lit. a)

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 1 do SWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

„- Górna od 400 mm powyżej główki szyny G1 lub G2

- Dolna do 400 mm powyżej główki szyny GI1 lub GI2

Zgodnie z PN-EN 15273-2"

W konsekwencji, Zamawiający zmienił również brzmienie Załącznika nr 1 do SWZ -Opis przedmiotu zamówienia, 3.2 Oddziaływanie między pojazdem szynowym a torem i skrajnią, Tabela, pkt 3.2.1, Nazwa: Skrajnia, treść w kolumnie Wymagania zdanie drugie w następujący sposób:

„Kinematyczny kontur odniesienia, wraz ze związanymi z nim zasadami powinien mieścić się w zarysie odniesienia G1 lub G2 dla części górnej oraz GI1 lub GI2 dla części dolnej zgodnie z TSI INF.”

W zakresie zarzutu nr 3 lit. b)

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 1 do SWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

„Zgodnie z wymaganiami TSI LOC&PAS. Nie więcej niż 177 kN.”

Zamawiający częściowo przychylił się do wniosku Odwołującego, tj. zwiększył maksymalną wartość nacisku osi na tor z 175 kN na 177 kN.

W zakresie zarzutu nr 3 lit. c)

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 1 do SWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

„Rozmieszczenie drzwi wejściowych do członów:

- minimum jedne drzwi dla każdej stron pojedynczego członu,
- dwie pary drzwi, zapewniające równomierny dostęp z obszarów pasażerskich dla wewnętrznej długości członu większej niż 25 m mierzonej od powierzchni płaskiej ściany działowej przejścia międzyczłonowego do powierzchni płaskiej wyjścia z kabiny maszynisty (do przedziału pasażerskiego) bądź naprzeciwległej powierzchni płaskiej ściany działowej przejścia międzyczłonowego członu.”

W zakresie zarzutu nr 4

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 22 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

„ 1) Ceny jednostkowe pierwszych czterech Pojazdów nie będą waloryzowane, natomiast ceny kolejnych Pojazdów zostaną zwaloryzowane w przypadku złożenia wniosku o waloryzację, w oparciu o formułę waloryzacyjną określoną w Załączniku Nr 16 do Umowy, tj. przy pierwszej waloryzacji w stosunku do cen jednostkowych z oferty, oraz przy każdej kolejnej waloryzacji względem cen jednostkowych uprzednio zwaloryzowanych. [...]

3) Po pierwszej waloryzacji, dopuszczalna jest waloryzacja cen jednostkowych Pojazdów w każdym kolejnym roku kalendarzowym realizacji Umowy, jednak nie częściej niż raz na rok.”

Zamawiający utrzymał postanowienie § 3 ust. 4 pkt 1) projektu umowy, zgodnie z którym pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może mieć miejsce dopiero po dostawie czterech pierwszych pojazdów.

W zakresie zarzutu nr 5

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób. Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

„Wykonawca obowiązany jest do wniesienia wadium w kwocie 6 000 000,00 zł.”

W dniu 26 stycznia 2024 r. wykonawca NEWAG S.A., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania.

Wykonawca NEWAG S.A., pismem z dnia 29 stycznia 2024 r., złożył oświadczenie, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania.

W toku posiedzenia z udziałem stron Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 29 stycznia 2024 r. dokonał kolejnych zmian treści postanowień SWZ dotyczących Rozdziału VIII Kwalifikacja podmiotowa wykonawców ust. 2 pkt 1 lit d zdanie pierwsze, zdanie czwarte, zdanie piąte, zdanie szóste, po zdaniu siódmym – dodane zdanie dodatkowe.

W związku z dokonanymi zmianami postanowień SWZ, Zamawiający zmienił treść Części IV Sekcja C pkt 1b JEDZ.

Ponadto, w dniu 1 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał kolejnych zmian treści postanowień SWZ:

- w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) 1. Opis przedmiotu zamówienia Tabela 1 Zasadnicze parametry techniczne i warunki eksploatacji Pojazdów Lp.4 Parametr: Maksymalny nacisk osi na tor, w kolumnie Wymagania zostały dodane dodatkowe zdania;
- w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) 3.2 Oddziaływanie między pojazdem szynowym a torem i skrajnią, Tabela pkt 3.2.2.1 Nazwa: Parametr: nacisk osi na tor, w kolumnie Wymagania zostały dodane dodatkowe zdania.

Zamawiający w dniu 29 stycznia 2024 r. dokonał również zmiany ogłoszenia o zamówieniu, nie wydłużając terminu składania ofert.

Odwolujący cofnął w toku posiedzenia zarzut nr 1 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego dotyczącej „pojazdu trakcyjnego”, a także zarzut nr 4 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego dotyczącej treści § 3 ust. 4 pkt 1 i 3 wzoru umowy.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie poddało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 i pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 Pzp.

Izba stwierdziła, że w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania oraz wobec braku wniesienia sprzeciwu w tym zakresie przez uczestnika postępowania - wykonawcę NEWAG S.A., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w tej części na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522 ust. 4 Pzp. W zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego powyższe zarzuty zostały cofnięte przez Odwołującego (dotyczy zarzutu nr 1 i 4 odwołania).

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania, których Zamawiający nie uwzględnił, lecz jednocześnie dokonał istotnych zmian treści postanowień SWZ (i w konsekwencji treści ogłoszenia o zamówieniu), które były przedmiotem odwołania, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe, z uwagi na fakt, że treść postanowień SWZ, która stanowiła podstawę do sformułowania zarzutów i wniesienia odwołania przestała istnieć na dzień rozpoznania odwołania. Dokonanie przez Zamawiającego zmian treści SWZ w prowadzonym postępowaniu przed rozpoznaniem wniesionego odwołania przez KIO powoduje, że czynności, stanowiące substrat zaskarżenia – określone postanowienia SWZ -wobec których zostało wniesione odwołanie, przestały istnieć, co powoduje de facto brak substratu zaskarżenia w postępowaniu. Izba stwierdziła w tym stanie rzeczy, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: