**Sygn. akt: KIO 759/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:Elżbieta Dobrenko
Członkowie: Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 18 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 r. przez wykonawcę NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Opolskie – Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego

**postanawia:**

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**,** stanowiącej wpis 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.

Przewodnicząca:……..……
Członkowie: …….
…….

**Sygn. akt: KIO 759/24**

**U Z A S A D N I E N I E**

Zamawiający Województwo Opolskie – Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego, dalej: „*Zamawiający*" prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*", postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zakup Taboru Kolejowego", dalej: „*Postępowanie*".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 120646-2024 z dnia 27 lutego 2024 r.

W dniu 8 marca 2024 r. wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, dalej: „*Odwołujący*", wniósł odwołanie od treści Specyfikacji Warunków Zamówienia i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp oraz art. 387 § 1, art. $353^1$, art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

1. w załączniku do SWZ nr DOA-ZP.272.4.2024 pt. „PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY" oraz załącznikach 1a, 1b oraz 2 do PPU:
   1.1. wymaganie dostarczenia zbyt szerokiego zakresu dokumentacji technicznej, w tym umożliwiającej naprawy i modernizację pojazdów, bez sprecyzowania zakresu rzeczowego owej naprawy i modernizacji,
   1.2. nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia,
   1.3. dostarczenia dokumentacji konstrukcyjnej, która nie jest związana z przedmiotem zamówienia, bez jednoznacznego sprecyzowania jej zakresu rzeczowego,
   co stanowi wymagania niejednoznaczne i obiektywnie niemożliwe do spełnienia, a ponadto
   sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego
   i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez:

1.zmianę brzmienia Załącznika nr 1a do PPU – postanowienia ogólne, punkt 8, zdanie trzecie na następujące: *Dokumentacja eksploatacyjna powinna zawierać rysunki i schematy zestawieniowe, zespołów, podzespołów oraz rysunki i schematy niezbędne do celów eksploatacyjnych i diagnostycznych*.

2.zmianę brzmienia Załącznika nr 1b do PPU – postanowienia ogólne, punkt 8, zdanie trzecie na następujące: *Dokumentacja eksploatacyjna powinna zawierać rysunki i schematy zestawieniowe, zespołów, podzespołów oraz rysunki i schematy niezbędne do celów eksploatacyjnych i diagnostycznych*.

3. zmianę brzmienia Załącznika nr 2 do PPU – punkt 13 na następujące:*Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR), zawierającą opisy budowy, konserwacji, regulacji i naprawy Pojazdów oraz poszczególnych zespołów i elementów Pojazdu uzupełnione rysunkami, schematami ideowymi i montażowymi, kartami pomiarowymi i przykładowymi narzędziami*
   *możliwymi do zastosowania przy wykonywaniu zalecanych czynności.*

4. zmianę brzmienia Załącznika nr 2 do PPU – punkt 24 na następujące:*Dokumentację techniczną umożliwiającą*

*Operatorowi/Użytkownikowi i kolejnemu właścicielowi Pojazdu wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) przeglądów od poziomu P1 do P4 po zakończeniu okresu gwarancji.*

5. usunięcie §3 ust. 8 załącznika do SWZ nr DOA-ZP.272.4.2024 pt. „PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY"

6.zmianę brzmienia §3 ust. 9 załącznika do SWZ nr DOA-ZP.272.4.2024 pt. „PROJEKTOWANE POSTANOWIEN UMOWY" na następującą:

*W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w §6, udzieli Zamawiającemu na cykl życia pojazdu, bez konieczności zawarcia w tym zakresie odrębnych umów, niewyłącznej licencji (zwanej dalej licencją na dokumentację) do korzystania z dokumentacji powstałej*

*w wykonaniu niniejszej umowy, z prawem udzielenia sublicencji w przypadku zlecenia osobom trzecim wykonywania usług utrzymania pojazdów, zbycia pojazdów lub oddania pojazdów do korzystania na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego.*

*Udzielona licencja uprawnia do korzystania z przedmiotowej dokumentacji na następujących polach eksploatacji:*

*1) wykorzystywania dokumentacji do obsługi eksploatacyjnej pojazdów, przeglądów i usług utrzymania, w tym napraw okresowych przez Zamawiającego lub wskazane przez niego podmioty trzecie (z zastrzeżeniem pisemnego zobowiązania tych podmiotów do wykorzystania dokumentacji wyłącznie do wskazanych powyżej celów);*

*2) utrwalania i zwielokrotniania Dokumentacji w dowolnej liczbie egzemplarzy, na wszelkich nośnikach, wszystkimi technikami, w tym drukarskimi, poligraficznymi, reprograficznymi, informatycznymi, cyfrowymi;*

*3) wymiany nośników, na których utrwalono Dokumentację oraz wprowadzanie Dokumentacji do pamięci komputerów i serwerów sieci komputerowych.*

7. usunięcie § 3 ust. 10 załącznika do SWZ nr DOA-ZP.272.4.2024 pt. „PROJEKTOWANE POSTANOWIEN UMOWY".

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Ustalono, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie w piśmie z 15 marca 2024 r. Zamawiający oświadczył, iż przed otwarciem rozprawy, zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp, uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 08.03.2024 r., które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego i wniósł o umorzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym.

Odwołujący w piśmie z 15 marca 2024 r. oświadczył, że popiera wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów od 1 do 3 odwołania wskazał, że uwzględnia je w całości i dokonuje zmiany SWZ z załącznikami zgodnie z wnioskiem Odwołującego, natomiast jeśli chodzi o zarzuty od 4 do 7 odwołaniu, uwzględnił je, dokonując jednocześnie zmian, poprzez wprowadzenie nowych zapisów do SWZ z załącznikami.

W uzasadnieniu pisma z 15 marca 2024 r. Zamawiający odnosząc się do zarzutów od 1 do 3 wskazał, że uwzględnia je w całości i dokonuje zmiany SWZ z załącznikami w sposób następujący:

1.Zmianę dotychczasowego brzmienia zapisu w Załączniku nr 1a do PPU – postanowienia ogólne, punkt 8, zdanie trzecie:

„Dokumentacja eksploatacyjna powinna zawierać wszystkie rysunki i schematy zestawieniowe, zespołów, podzespołów oraz rysunki i schematy niezbędne do celów eksploatacyjnych, diagnostycznych, naprawczych i modernizacyjnych".

Na następujące:

„Dokumentacja eksploatacyjna powinna zawierać rysunki i schematy zestawieniowe, zespołów, podzespołów oraz rysunki i schematy niezbędne do celów eksploatacyjnych i diagnostycznych." - Zamawiający dokonał zmiany SWZ zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

2.Zmianę dotychczasowego brzmienia zapisu w Załączniku nr 1b do PPU – postanowienia ogólne, punkt 8, zdanie trzecie:

„Dokumentacja eksploatacyjna powinna zawierać wszystkie rysunki i schematy zestawieniowe, zespołów, podzespołów oraz rysunki i schematy niezbędne do celów eksploatacyjnych, diagnostycznych, naprawczych i modernizacyjnych."

Na następujące:

„Dokumentacja eksploatacyjna powinna zawierać rysunki i schematy zestawieniowe, zespołów, podzespołów oraz rysunki i schematy niezbędne do celów eksploatacyjnych i diagnostycznych." - Zamawiający dokonał zmiany SWZ zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

3.Zmianę dotychczasowego brzmienia zapisu w Załączniku nr 2 do PPU – punkt 13:

„13. Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR), zawierającą wyczerpujące opisy budowy, konserwacji, regulacji i naprawy Pojazdów oraz poszczególnych zespołów i elementów Pojazdu uzupełnione rysunkami, schematami ideowymi i montażowymi, kartami pomiarowymi i przykładowymi narzędziami możliwymi do zastosowania przy wykonywaniu zalecanych czynności".
Na następujące:
„13) Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR), zawierającą opisy budowy, konserwacji, regulacji i naprawy Pojazdów oraz poszczególnych zespołów i elementów Pojazdu uzupełnione rysunkami, schematami ideowymi i montażowymi, kartami pomiarowymi
i przykładowymi narzędziami możliwymi do zastosowania przy wykonywaniu zalecanych czynności". - Zamawiający dokonał zmiany SWZ zgodnie z wnioskiem Odwołującego.
W odniesieniu do zarzutów od 4 do 7 odwołania, Zamawiający wskazał, że dokonał zmiany SWZ z załącznikami w następujący sposób:
„4. Zmianę dotychczasowego brzmienia zapisu w Załączniku nr 2 do PPU – punkt 24:
„Dokumentację konstrukcyjną umożliwiającą Operatorowi/Użytkownikowi i kolejnemu właścicielowi Pojazdu wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) wszelkich przeglądów i napraw po zakończeniu okresu gwarancji".
Na następujące:
Zmiana SWZ dokonana przez Zamawiającego:
„24. Dokumentację techniczną umożliwiającą Operatorowi/Użytkownikowi i kolejnemu właścicielowi Pojazdu wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) przeglądów od poziomu P1 do P5, w tym napraw okresowych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych) po zakończeniu okresu gwarancji".
Zamawiający wyjaśnił powyższą zmianę w ten sposób, że wymaga on możliwości wykonania każdego z w/w poziomów utrzymania od P1 do P5 (również P5 umożliwiający odnowienie
i przywrócenie parametrów pojazdu). Pojazdy powinny być utrzymywane zgodnie
z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, w tym w oparciu o opracowaną przez Producenta Dokumentację Systemu Utrzymania i Dokumentację Techniczno-Ruchową.
5. Zmianę dotychczasowego brzmienia zapisu § 3 ust. 8 w Załączniku do SWZ nr DOA-ZP.272.4.2024 pt. „PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY":
„8. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przekazał upoważnionym do odbioru ETZ przedstawicielom Zamawiającego dokumentację techniczną i technologiczną (w tym konstrukcyjną, naprawczą) z zastrzeżeniem praw własności intelektualnej oraz tajemnicy handlowej, którą uznają za niezbędną do prawidłowego użytkowania pojazdów".
Na następujące:
„8. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przekazał upoważnionym do odbioru EZT przedstawicielom Zamawiającego dokumentację techniczną wskazaną w Załączniku Nr 2 do PPU, z zastrzeżeniem praw własności intelektualnej oraz tajemnicy handlowej, niezbędną do prawidłowego użytkowania pojazdów".
W uzasadnieniu zmiany Zamawiający wskazał, że dokonał zmiany zapisu, wykreślając sporne określenia wymaganych dokumentów, które zostaną przekazane Zamawiającemu, doprecyzowując jednocześnie poprzez wskazanie załącznika numer 2 do PPU „Zawartość Dokumentacji Technicznej". Dokumentacja jest niezbędna do prawidłowej eksploatacji pojazdu kolejowego.
6. Zmianę dotychczasowego brzmienia § 3 ust. 9 w Załączniku do SWZ nr DOA-ZP.272.4.2024 pt. „PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY":
„9. W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6, udzieli Zamawiającemu na cykl życia pojazdu, bez konieczności zawarcia w tym zakresie odrębnych umów, niewyłącznej licencji (zwanej dalej licencją na dokumentację) do korzystania z dokumentacji powstałej w wykonaniu niniejszej umowy, z prawem udzielenia sublicencji w przypadku zlecenia osobom trzecim wykonywania usług utrzymania pojazdów, zbycia pojazdów lub oddania pojazdów do korzystania na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego.
Udzielona licencja uprawnia do korzystania z przedmiotowej dokumentacji na następujących polach eksploatacji:
1)wykorzystywania dokumentacji do obsługi eksploatacyjnej pojazdów, przeglądów i usług utrzymania oraz napraw, w tym napraw okresowych i modernizacji przez Zamawiającego lub wskazane przez niego podmioty trzecie (ze zastrzeżeniem pisemnego zobowiązania tych podmiotów do wykorzystania dokumentacji wyłącznie do wskazanych powyżej celów);
2)utrwalania i zwielokrotniania Dokumentacji w dowolnej liczbie egzemplarzy, na wszelkich nośnikach, wszystkimi technikami, w tym drukarskimi, poligraficznymi, reprograficznymi, informatycznymi, cyfrowymi;
3)wymiany nośników, na których utrwalono Dokumentację oraz wprowadzenie Dokumentacji do pamięci komputerów i

serwerów sieci komputerowych.

Przeniesienie praw autorskich nastąpi w dniu podpisania protokołu odbioru technicznego, o którym mowa w ust. 26".

Na następujące:

„9. W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 6, Wykonawca udziela Zamawiającemu na cykl życia pojazdu, bez konieczności zawarcia w tym zakresie odrębnych umów, niewyłącznej licencji (zwanej dalej licencją na dokumentację) do korzystania z dokumentacji powstałej w wykonaniu niniejszej umowy, z prawem udzielenia sublicencji w przypadku zlecenia osobom trzecim wykonywania usług utrzymania pojazdów, zbycia pojazdów lub oddania pojazdów do korzystania na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego.

Udzielona licencja uprawnia do korzystania z przedmiotowej dokumentacji na następujących polach eksploatacji:

1)wykorzystywania dokumentacji do obsługi eksploatacyjnej pojazdów, przeglądów i usług utrzymania, w tym napraw okresowych od poziomu P1 do P5 okresowych (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych) przez Zamawiającego lub wskazane przez niego podmioty trzecie (ze zastrzeżeniem pisemnego zobowiązania tych podmiotów do wykorzystania dokumentacji wyłącznie do wskazanych powyżej celów);

2)utrwalania i zwielokrotniania Dokumentacji w dowolnej liczbie egzemplarzy, na wszelkich nośnikach, wszystkimi technikami, w tym drukarskimi, poligraficznymi, reprograficznymi, informatycznymi, cyfrowymi;

3)wymiany nośników, na których utrwalono Dokumentację oraz wprowadzenie Dokumentacji do pamięci komputerów i serwerów sieci komputerowych.

Korzystanie z praw w ramach licencji, o których mowa w ust. 9 następuje z dniem podpisania protokołu odbioru technicznego, o którym mowa w ust. 26".

W uzasadnieniu dokonanej zmiany Zamawiający wskazał, że dokonał zmiany zapisu zgodnie z propozycją Wykonawcy, doprecyzowując zakres utrzymania pojazdów na poziomach od P1 do P5, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Dodatkowo został dookreślony czas do korzystania z praw w ramach licencji.

7. Zmianę dotychczasowego brzmienia zapisu § 3 ust. 10 w Załączniku do SWZ nr DOA-ZP.272.4.2024 pt. „PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY":

„10. Poza uprawnieniami, o których mowa w ust. 9, Licencja na Dokumentację obejmuje również prawo do korzystania z Dokumentacji w celu wykonania przez Zamawiającego lub wybraną przez niego osobę trzecią dokumentacji modernizacyjnej lub naprawczej Pojazdów oraz wykorzystania Dokumentacji do wykonania na jej podstawie dokumentacji uwzględniającej korekcyjne zmiany podczas eksploatacji Pojazdu, w przypadku gdyby obsługa na poziomach od P1 do P5 nie była świadczona przez Wykonawcę".

Na następujące:

„10. Poza uprawnieniami, o których mowa w ust. 9, Licencja na Dokumentację obejmuje również prawo do wykonania przez Zamawiającego lub wybraną przez niego osobę trzecią, na jej podstawie zmian korekcyjnych w Dokumentacji podczas eksploatacji Pojazdu w zakresie obsługi na poziomach od P1 do P5 (zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych)".

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że dokonał zmiany zapisów wykreślając sporne określenie wskazane przez Wykonawcę, doprecyzowując kwestię ewentualnej zmiany dokumentacji podczas eksploatacji Pojazdu w zakresie obsługi na poziomach od P1 do P5 (zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych). Wprowadzenie zmian wynikających w czasie użytkowania pojazdów kolejowych są dopuszczalne i stosowane przez producentów jak i przewoźników. Mają one niejednokrotnie związek z optymalizacją obsługi pojazdów, a w przypadku dotyczącej zmiany w procesie utrzymaniowym, niezbędne jest uzyskanie decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zatwierdzającej zmiany.

Mając na uwadze, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w części (zarzuty 1-3 odwołania), wprowadził inne zmiany w treści SWZ niż wnioskowane przez Odwołującego (w zakresie zarzutów 4-7), a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów 1-3 odwołania podlegało umorzeniu, na podstawie art. 522 ust. 4 zd. 1 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.*
Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze,*
*w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*
Natomiast w związku z wprowadzeniem w SWZ w: pkt 24 w Załączniku nr 2 do PPU, § 3 ust. 8 w Załączniku do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy, § 3 ust. 9 w Załączniku do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy oraz § 3 ust. 10 w Załączniku do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy, innych niż wnioskowane przez Odwołującego zmian,
(w zakresie zarzutów 4-7 odwołania), Izba uznała, że brak jest substratu zaskarżenia,
a zatem odwołanie w powyższym zakresie stało się bezprzedmiotowe.
Od zmienionej treści SWZ Odwołującemu i każdemu z zainteresowanych wykonawców przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.
Ponieważ nie istniał substrat odwołania, stanowiący podstawę do skorzystania w ww. zakresie ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego, spór stał się bezprzedmiotowy. W ocenie Izby, prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego we ww. zakresie stało zbędne.
Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.
Jest to przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.
O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 i 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).
Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..……
Członkowie: …….
…….