

Sygn. akt: KIO 3820/23

Sygn. akt: KIO 3821/23

WYROK
z dnia 10 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Małgorzata Matecka

Aneta Młacka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniach prowadzonych przez „**Koleje Mazowieckie – KM**” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na:

1) dostawę 15 pięcioczęściowych lub porównywalnych ezt, z opcją na dostawę maksymalnie 10 pięcioczęściowych lub porównywalnych ezt oraz z opcją na wykonanie maksymalnie 2 napraw P4 każdego dostarczonego ezt II. Wewnętrzny identyfikator: MVZ3.27.140.2023 (sygn. akt: KIO 3820/23);

2) zawarcie umowy ramowej na dostawę 50 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych II. Wewnętrzny identyfikator: MWZ3.27.141.2023 (sygn. akt: KIO 3821/23)

orzeka:

I. W sprawie o sygn. akt: KIO 3820/23:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie II.1 i II.3 *petitum* odwołania.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

II. W sprawie o sygn. akt: KIO 3821/23:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wskazanych w punkcie II.1 i II.3 *petitum* odwołania.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego „Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, 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.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 3820/23

UZASADNIENIE

Zamawiający - Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadań pn.:

1) *Dostawa 15 pięcioczętonowych lub porównywalnych ezt, z opcją na dostawę maksymalnie 10 pięcioczętonowych lub porównywalnych ezt oraz z opcją na wykonanie maksymalnie 2 napraw P4 każdego dostarczonego ezt II*, numer referencyjny: MWZ3.27.140.2023;

2) *Zawarcie umowy ramowej na dostawę 50 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych II*, numer referencyjny: MWZ3.27.141.2023.

Ogłoszenia o ww. zamówieniach publicznych zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 grudnia 2023 roku pod numerem:

ad. 1) 00741630-2023;

ad. 2) 00741863-2023.

Wartość szacunkowa zamówień, o których mowa powyżej, przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

I. Sygn. akt: KIO 3820/23.

W dniu 18 grudnia 2023 roku wykonawca Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej jako: „SWZ”) opublikowanej w ramach postępowania na: *Dostawę 15 pięcioczętonowych lub porównywalnych ezt, z opcją na dostawę maksymalnie 10 pięcioczętonowych lub porównywalnych ezt oraz z opcją na wykonanie maksymalnie 2 napraw P4 każdego dostarczonego ezt II*. Wewnętrzny identyfikator: MWZ3.27.140.2023.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 387 § 1 k.c., art. 353¹ k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie wymagania w pkt 2 i 3 rozdziału VI SWZ oraz w § 3 ust. 3 i 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy), aby:

1) pojazdy z zamówienia podstawowego zostały dostarczone przez Wykonawcę do Zamawiającego w terminie 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy, oraz

2) pojazdy w ramach opcji zostały dostarczone przez Wykonawcę do Zamawiającego w terminie 27 miesięcy od dnia zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o skorzystaniu z opcji, w odniesieniu do danego pojazdu,

gdyż takie terminy stanowią wymóg nierealny, zbyt krótki i obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 2 Ustawy oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy), że:

(i) koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT oraz koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Wykonawca,

(ii) w przypadku wykonywania usług serwisowych EZT na terenie Warszawy lub w Sekcji Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego, koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający, oraz

(iii) Zamawiający może w miarę możliwości odpłatnie udostępnić Wykonawcy powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru, na terenie zaplecza technicznego w Tłuszczu, na podstawie odrębnej umowy w cenie 266,13 zł netto za pojazd ryczałt miesięczny z tytułu wynajmu terenu, gdyż to postanowienie umowne jest opisane w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a w efekcie utrudniający uczciwą konkurencję, z uwagi na:

a) brak wskazania jednoznacznych i obiektywnych warunków udostępnienia wykonawcy przez Zamawiającego powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru, w tym poprzez określenie jedynie uprawnienia (a nie zobowiązania) po stronie Zamawiającego do udostępniania powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru oraz

b) brak określenia obiektywnych przesłanek wskazujących na warunki udostępnienia tej powierzchni, w szczególności wielkości udostępnianej powierzchni, jej lokalizacji oraz warunków jej zabudowy

a ponadto to postanowienie sformułowane jest w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania z uwagi na pokrywanie przez Zamawiającego kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług

serwisowych wyłącznie w sytuacji, gdy usługi serwisowe są świadczone wyłącznie na terenie Warszawy lub w Sekcji Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego;

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez wskazanie wymagania, zgodnie z którym:

a) system hamulca musi być jednorodny tzn. oparty o komponenty jednego producenta (Rozdział 3, punkt 3.5 (system hamulca) Załącznika nr 2 do umowy – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych) oraz

b) urządzenie przeciwpoślizgowe powinno kontrolować każdy zestaw kołowy z osobna (Rozdział 3, punkt 3.5 (urządzenia przeciwpoślizgowe) Załącznika nr 2 do umowy – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych),

c) miejsca rozmieszczenia drzwi na każdą stronę każdego członu pojazdu powinny być uzgodnione z Zamawiającym (Rozdział 3, punkt 3.1 (liczba drzwi wejściowych) Załącznika nr 2 do umowy – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych), gdyż wymagania te są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, co powoduje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. zmianę pkt 2 i 3 w rozdziale VI SWZ oraz § 3 i 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy) poprzez zmianę wymaganego terminu dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych tj.:

a) w ramach zamówienia podstawowego, w aktualnym brzmieniu „w terminie 30 miesięcy od daty zawarcia umowy”

zmienić na:

„w następujących terminach: pierwszy pojazd w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a kolejne pojazdy w każdym następnym miesiącu kalendarzowym po minimalnie 2 sztuki, a maksymalnie 5 sztuk”

b) w ramach opcji, w aktualnym brzmieniu „w terminie 27 miesięcy od dnia zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o skorzystaniu z opcji, w odniesieniu do danego pojazdu”

zmienić na:

„w następujących terminach: pierwszy pojazd w terminie 33 miesięcy od dnia zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o skorzystaniu z opcji, w odniesieniu do danego pojazdu, ale nie wcześniej niż pierwszy pojazd w ramach zamówienia podstawowego, a kolejne pojazdy w każdym następnym miesiącu kalendarzowym po minimalnie 2 sztuki, a maksymalnie 5 sztuk”;

2. zmianę § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy) w następujący sposób:

- Ezt będące przedmiotem dostawy będą utrzymywane przez Wykonawcę we wskazanym przez Zamawiającego zapleczu przystosowanym do utrzymywania pojazdów odpowiadających wymaganiom niniejszego postępowania, w tym hali o długości toru co najmniej 105 metrów z minimum czterema stanowiskami do obsługi pojazdów.
- Wskazane zaplecze będące w dyspozycji Zamawiającego zlokalizowane będzie na terenie Województwa Mazowieckiego.
- Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT w miejscu udostępnionym przez Zamawiającego ponosi Wykonawca.
- Zamawiający ponosi koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług utrzymania.
- W celu realizacji usług serwisowych dotyczących pojazdów będących przedmiotem umowy, Wykonawca będzie mógł korzystać w sposób niewyłączny z zaplecza, bez obowiązku zapłaty wynagrodzenia.
- Ewentualne koszty dostosowania zaplecza w zakresie specjalistycznego wyposażenia technicznego do obsługi dostarczonych pojazdów obciążają Wykonawcę i są uzależnione od konstrukcji zaproponowanego pojazdu oraz zakresu czynności.
- Realizowane przez Wykonawcę usługi serwisowe nie mogą zakłócać prac wykonywanych na terenie zaplecza przez inne podmioty.
- Ewentualna potrzeba korzystania z powierzchni magazynowej i socjalno - biurowej będzie wiązała się z obowiązkiem poniesienia przez Wykonawcę kosztów najmu w wysokości 42 zł netto za m².
- Stawka podlega waloryzacji z dniem 1 stycznia każdego roku, począwszy od 1 stycznia 2024 r. w oparciu o wskaźnik „Produkcja sprzedana przemysłu ogółem” z poprzedniego roku kalendarzowego, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

3. wykreślenie w Rozdziale 3, punkt 3.5 (system hamulca) Załącznika nr 2 do umowy – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych, wymagania, aby system hamulca był jednorodny, tzn. oparty o komponenty jednego producenta;

4. wykreślenie w Rozdziale 3, punkt 3.5 (urządzenia przeciwpoślizgowe) Załącznika nr 2 do umowy – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych, wymagania, aby urządzenia przeciwpoślizgowe kontrolowały każdy zestaw kołowy z osobna i zastąpienie postanowieniem: „urządzenie powinno monitorować każdy zestaw kołowy i kontrolować każdy wózek z osobna”;

5. wykreślenie w Rozdziale 3, punkt 3.1 (liczba drzwi wejściowych) Załącznika nr 2 do umowy – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych, wymagania, aby miejsca rozmieszczenia drzwi na każdą stronę każdego członu pojazdu było uzgadniane z Zamawiającym.

Z uwagi na wycofanie przez Odwołującego zarzutów opisanych w punkcie II.1 (dot. terminów dostaw pojazdów EZT) oraz w punkcie II.3 (dot. wymagań technicznych dla EZT) poniżej zostanie przedstawione uzasadnienie odwołującego dla zarzutu podtrzymanego przez Odwołującego, a opisanego w punkcie II.2 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego zasad ponoszenia kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych oraz zasad udostępnienia Wykonawcy powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru – czyli zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) - 2) Ustawy oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. Zasady udostępnienia powierzchni Wykonawcy pod punkt utrzymania taboru oraz termin wykonania punktu utrzymania taboru.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosił, że w Załączniku nr 12 do SWZ, § 10. punkt 4 Zamawiający wskazał, że Zamawiający: „może w miarę możliwości odpłatnie udostępnić Wykonawcy powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru, na terenie zaplecza technicznego w Tłuszczu, na podstawie odrębnej umowy w cenie 266,13 zł netto za pojazd ryczałt miesięczny z tytułu wynajmu terenu”.

W ocenie Odwołującego postanowienie to jest niejednoznaczne i prowadzi do sytuacji, że Zamawiający może jednemu wykonawcy udostępnić powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru w Tłuszczu, a innemu odmówić. Zdaniem Odwołującego, jest to oczywisty przypadek naruszenia zasady równego traktowania. Odwołujący podkreślił też, że w równoległe prowadzonym przez Zamawiającego innym postępowaniu dotyczącym dostawy i utrzymania taboru kolejowego (MWZ3.27.141.2023) w ramach SWZ jest wprowadzone identyczne postanowienie.

Odwołujący stwierdził, że jeśli Zamawiający nie dysponuje w Tłuszczu powierzchnią wystarczającą na posadowienie dwóch punktów utrzymania taboru, a w obu postępowaniach zostaną zawarte umowy z różnymi wykonawcami, to może dojść do sytuacji, że Zamawiający będzie według swego własnego uznania dokonywał wyboru wykonawcy, któremu da prawo skorzystania z terenu w Tłuszczu. Odwołujący podniósł także, iż jedynym wykonawcą, który posiada już wybudowany taki punkt jest Stadler, zaś inni wykonawcy nie mają przygotowanego miejsca do świadczenia usług utrzymania. Według Odwołującego, jedynym sprawiedliwym rozwiązaniem, zapewniającym równe traktowanie wykonawców, jest udostępnienie punktu naprawczego przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał też, że biorąc pod uwagę wymagany przez Zamawiającego termin dostawy taboru kolejowego, który będzie musiał być utrzymywany i serwisowany, nie jest realne, aby ktokolwiek poza Stadler był w stanie zrealizować usługę utrzymania, jeśli Zamawiający nie będzie miał obowiązku udostępnienia odpowiedniego punktu serwisowego.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, iż Stadler posiada halę utrzymaniowo-naprawczą dla pojazdów w Sochaczewie, która została otwarta 18 maja 2022 r. na podstawie umowy podpisanej między Zamawiającym i firmą Stadler w czerwcu 2020 r. Ponadto wyjaśnił, że zawarcie umowy z czerwca 2020 r. na wybudowanie hali wynikało z potrzeby zapewnienia usługi utrzymania oraz obsługi serwisowej pojazdów FLIRT sukcesywnie dostarczanych do parku taborowego Zamawiającego w ramach umowy ramowej zawartej ze Stadler z 2018 roku.

Odwołujący stwierdził, że skoro wybudowanie hali serwisowej trwa minimum 24 miesiące przy założeniu posiadania kompletu dokumentacji potrzebnej do uruchomienia inwestycji, to przedmiotowe postanowienie SWZ stwarza niejasną sytuację dla wykonawców, uniemożliwiającą kalkulację oferty, a także uniemożliwiającą zaplanowanie sposobu wykonania umowy z Zamawiającym w zakresie utrzymania.

Odnosnie zakresu żądanej zmiany w zakresie zasad udostępnienia powierzchni wykonawcy pod punkt utrzymania taboru Odwołujący wskazał, że sformułował wniosek w zakresie postanowień § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy) w następujący sposób.

Mianowicie, żąda nałożenia na Zamawiającego zobowiązania do udostępnienia zaplecza (punktu serwisowego), przystosowanego do utrzymywania pojazdów odpowiadających wymaganiom niniejszego postępowania, w tym hali o długości toru co najmniej 105 metrów z minimum czterema stanowiskami do obsługi pojazdów, będącego w dyspozycji Zamawiającego i zlokalizowanego na terenie Województwa Mazowieckiego.

W ocenie Odwołującego, postanowienie § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ -po zmianie - spełnia w ocenie Odwołującego wymogi zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym bardziej, że jeden z potencjalnych wykonawców – Stadler – dysponuje własnym punktem utrzymania na terenie Mazowsza, co stawia go w lepszej sytuacji niż innych wykonawców.

Ad. Pokrywanie kosztów przejazdów do punktu serwisowego.

Odwołujący podnosząc zarzut w zakresie kosztów przejazdów do punktu serwisowego wskazywał, iż koszty te w dużej mierze zależą od decyzji Zamawiającego, który decyduje o tym, z jakiego miejsca rozpoczyna się przejazd do punktu serwisowego. Odwołujący wskazał, że może być to miejsce położone tuż obok punktu serwisowego, a może być to miejsce położone po drugiej stronie województwa mazowieckiego, dlatego też w ocenie Odwołującego, koszty te powinny być pokrywane w całości przez Zamawiającego. I dodał, że tylko takie rozwiązanie gwarantuje równe traktowanie wykonawców i zachowanie zasady proporcjonalności.

II. Sygn. akt: KIO 3821/23.

Także w dniu 18 grudnia 2023 roku ten sam wykonawca Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”) opublikowanej w ramach postępowania na: *Zawarcie umowy ramowej na dostawę 50 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych II, numer postępowania: MWZ3.27.141.2023.*

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 387 § 1 k.c., art. 353¹ k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie w pkt 4 rozdziału VI SWZ oraz w § 1 ust. 6 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy), aby dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych zostały zrealizowane w terminie do 31 maja 2026 r. - w przypadku zawarcia umowy wykonawczej w terminie do 31 maja 2024 r. lub w terminie do 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej - w przypadku zawarcia umowy wykonawczej po dniu 31 maja 2024 r.,

gdyż takie terminy stanowią wymóg nierealny, zbyt krótki i obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 2 ustawy oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie w § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy), że:

(i) koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT oraz koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Wykonawca,

(ii) w przypadku wykonywania usług serwisowych EZT na terenie Warszawy lub w Sekcji Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego, koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający, oraz

(iii) Zamawiający może w miarę możliwości odpłatnie udostępnić Wykonawcy powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru, na terenie zaplecza technicznego w Tłuszczu, na podstawie odrębnej umowy w cenie 266,13 zł netto za pojazd ryczałt miesięczny z tytułu wynajmu terenu,

gdyż to postanowienie umowne jest opisane w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a w efekcie utrudniający uczciwą konkurencję, z uwagi na:

a) brak wskazania jednoznacznych i obiektywnych warunków udostępnienia wykonawcy przez Zamawiającego powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru, w tym poprzez określenie jedynie uprawnienia (a nie zobowiązania) po stronie Zamawiającego do udostępniania powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru oraz

b) brak określenia obiektywnych przesłanek wskazujących na warunki udostępnienia tej powierzchni, w szczególności wielkości udostępnianej powierzchni, jej lokalizacji oraz warunków jej zabudowy

a ponadto to postanowienie sformułowane jest w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania z uwagi na pokrywanie przez Zamawiającego kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych wyłącznie w sytuacji, gdy usługi serwisowe są świadczone wyłącznie na terenie Warszawy lub w Sekcji Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego;

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez wskazanie wymagania, zgodnie z którym:

a) system hamulca musi być jednorodny tzn. oparty o komponenty jednego producenta (Rozdział 3, punkt 3.5 (system hamulca) Załącznika nr 2 do umowy ramowej – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych) oraz

b) urządzenie przeciwpoślizgowe powinno kontrolować każdy zestaw kołowy z osobna (Rozdział 3, punkt 3.5 (urządzenia przeciwpoślizgowe) Załącznika nr 2 do umowy ramowej – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych) oraz

c) miejsca rozmieszczenia drzwi na każdą stronę każdego członu pojazdu powinny być uzgodnione z Zamawiającym w ramach każdej umowy wykonawczej (Rozdział 3, punkt 3.1 (liczba drzwi wejściowych) Załącznika nr 2 do umowy ramowej – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych),

gdyż wymagania te są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, co powoduje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. zmianę pkt 4 w rozdziale VI SWZ oraz § 1 ust. 6 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy ramowej) w następujący sposób:

Dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych zostaną zrealizowane w terminie:

- 1) pierwszy elektryczny zespół trakcyjny - 36 miesięcy od daty zawarcia pierwszej umowy wykonawczej,*
- 2) drugi i kolejne elektryczne zespoły trakcyjne - po minimalnie 3 sztuki, a maksymalnie 10 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych, w każdym następnym miesiącu kalendarzowym po dostawie pierwszego elektrycznego zespołu trakcyjnego,*
- 3) w odniesieniu do drugiej umowy wykonawczej oraz kolejnych umów wykonawczych zawartych później – pierwszy elektryczny zespół trakcyjny w terminie 27 miesięcy od daty zawarcia umowy wykonawczej, ale nie wcześniej niż miesiąc po terminie wyznaczonym zgodnie z pkt 1), a drugi i kolejne zgodnie z pkt 2 powyżej."*

oraz odpowiednio zmianę § 23 ust. 1 i 3 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy ramowej) w następujący sposób:

1. Na podstawie art. 395 Kodeksu cywilnego, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy wykonawczej w przypadku, gdy Wykonawca nie dostarczył Zamawiającemu któregośkolwiek z pojazdów kolejowych (wraz z zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu zgodnego z TSI) w ostatecznym terminie wykonania umowy wykonawczej; w takim przypadku Zamawiający może odstąpić od niezrealizowanej umowy wykonawczej w terminie jednego roku, po upływie ostatecznego terminu wykonania umowy wykonawczej,

3. Zamawiającemu przysługuje również prawo do odstąpienia od umowy wykonawczej bez wyznaczania Wykonawcy dodatkowego terminu na jej wykonanie, w przypadku zwłoki Wykonawcy w dostawie któregośkolwiek z pojazdów kolejowych (wraz z zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu zgodnego z TSI), w stosunku do terminów wskazanych w umowie wykonawczej (art. 492 k.c.). W takim przypadku Zamawiający może odstąpić od umowy wykonawczej w terminie jednego roku po upływie ostatecznego terminu wykonania umowy wykonawczej;

2. zmianę § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy ramowej) w następujący sposób:

- EYT będące przedmiotem dostawy będą utrzymywane przez Wykonawcę we wskazanym przez Zamawiającego zapleczu przystosowanym do utrzymywania pojazdów odpowiadających wymaganiom niniejszego postępowania, w tym hali o długości toru co najmniej 105 metrów z minimum czterema stanowiskami do obsługi pojazdów.*
- Wskazane zaplecze będące w dyspozycji Zamawiającego zlokalizowane będzie na terenie Województwa Mazowieckiego.*
- Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EYT w miejscu udostępnionym przez Zamawiającego ponosi Wykonawca.*
- Zamawiający ponosi koszty przejazdów EYT do i z miejsca wykonywania usług utrzymania.*
- W celu realizacji usług serwisowych dotyczących pojazdów będących przedmiotem umowy, Wykonawca będzie mógł korzystać w sposób niewyłączny z zaplecza, bez obowiązku zapłaty wynagrodzenia.*
- Ewentualne koszty dostosowania zaplecza w zakresie specjalistycznego wyposażenia technicznego do obsługi dostarczonych pojazdów obciążają Wykonawcę i są uzależnione od konstrukcji zaproponowanego pojazdu oraz zakresu czynności.*
- Realizowane przez Wykonawcę usługi serwisowe nie mogą zakłócać prac wykonywanych na terenie zaplecza przez inne podmioty.*
- Ewentualna potrzeba korzystania z powierzchni magazynowej i socjalno - biurowej będzie wiązała się z obowiązkiem poniesienia przez Wykonawcę kosztów najmu w wysokości 42 zł netto za m².*
- Stawka podlega waloryzacji z dniem 1 stycznia każdego roku, począwszy od 1 stycznia 2024 r. w oparciu o wskaźnik „Produkcja sprzedana przemysłu ogółem” z poprzedniego roku kalendarzowego, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;*

3. wykreślenie w Rozdziale 3, punkt 3.5 (system hamulca) Załącznika nr 2 do umowy ramowej – wymagania techniczne

dla elektrycznych zespołów trakcyjnych, wymagania, aby system hamulca był jednorodny, tzn. oparty o komponenty jednego producenta;

4. wykreślenie w Rozdziale 3, punkt 3.5 (urządzenia przeciwpoślizgowe) Załącznika nr 2 do umowy ramowej – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych, wymagania, aby urządzenia przeciwpoślizgowe kontrolowały każdy zestaw kołowy z osobna i zastąpienie postanowieniem „urządzenie powinno monitorować każdy zestaw kołowy i kontrolować każdy wózek z osobna”;

5. wykreślenie w Rozdziale 3, punkt 3.1 (liczba drzwi wejściowych) Załącznika nr 2 do umowy ramowej – wymagania techniczne dla elektrycznych zespołów trakcyjnych, wymagania, aby miejsca rozmieszczenia drzwi na każdą stronę każdego członu pojazdu było uzgadniane z Zamawiającym.

Podobnie, jak w przypadku sprawy o sygn. akt: KIO 3820/23, z uwagi na wycofanie przez Odwołującego zarzutów opisanych w punkcie II.1 (dot. terminów dostaw pojazdów EZT) oraz w punkcie II.3 (dot. wymagań technicznych dla pojazdów EZT) poniżej zostanie przedstawione uzasadnienie Odwołującego dla zarzutu podtrzymanego przez Odwołującego, a opisanego w punkcie II.2 odwołania, tj. zarzutu dotyczącego zasad ponoszenia kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych oraz zasad udostępnienia Wykonawcy powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru – czyli zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 2 ustawy oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadnienie w zakresie zarzutu podtrzymanego jest analogiczne jak w przypadku sprawy o sygn. akt: KIO 3820/23, tj.:

Ad. Zasady udostępnienia powierzchni Wykonawcy pod punkt utrzymania taboru oraz termin wykonania punktu utrzymania taboru.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosił, że w Załączniku nr 12 do SWZ, § 10. punkt 4 Zamawiający wskazał, że Zamawiający: „może w miarę możliwości odpłatnie udostępnić Wykonawcy powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru, na terenie zaplecza technicznego w Tłuszczu, na podstawie odrębnej umowy w cenie 266,13 zł netto za pojazd ryczałt miesięczny z tytułu wynajmu terenu”.

W ocenie Odwołującego postanowienie to jest niejednoznaczne i prowadzi do sytuacji, że Zamawiający może jednemu wykonawcy udostępnić powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru w Tłuszczu, a innemu odmówić. Zdaniem Odwołującego, jest to oczywisty przypadek naruszenia zasady równego traktowania. Odwołujący podkreślił też, że w równolegle prowadzonym przez Zamawiającego innym postępowaniu dotyczącym dostawy i utrzymania taboru kolejowego (MWZ3.27.140.2023), w ramach SWZ jest wprowadzone identyczne postanowienie.

Odwołujący stwierdził, że jeśli Zamawiający nie dysponuje w Tłuszczu powierzchnią wystarczającą na posadowienie dwóch punktów utrzymania taboru, a w obu postępowaniach zostaną zawarte umowy z różnymi wykonawcami, to może dojść do sytuacji, że Zamawiający będzie według swego własnego uznania dokonywał wyboru wykonawcy, któremu da prawo skorzystania z terenu w Tłuszczu. Odwołujący podniósł także, iż jedynym wykonawcą, który posiada już wybudowany taki punkt jest Stadler, zaś inni wykonawcy nie mają przygotowanego miejsca do świadczenia usług utrzymania. Według Odwołującego, jedynym sprawiedliwym rozwiązaniem, zapewniającym równe traktowanie wykonawców, jest udostępnienie punktu naprawczego przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał też, że biorąc pod uwagę wymagany przez Zamawiającego termin dostawy taboru kolejowego, który będzie musiał być utrzymywany i serwisowany, nie jest realne, aby ktokolwiek poza Stadler był w stanie zrealizować usługę utrzymania, jeśli Zamawiający nie będzie miał obowiązku udostępnienia odpowiedniego punktu serwisowego.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, iż Stadler posiada halę utrzymaniowo-naprawczą dla pojazdów w Sochaczewie, która została otwarta 18 maja 2022 r. na podstawie umowy podpisanej między Zamawiającym i firmą Stadler w czerwcu 2020 r. Ponadto wyjaśnił, że zawarcie umowy z czerwca 2020 r. na wybudowanie hali wynikało z potrzeby zapewnienia usługi utrzymania oraz obsługi serwisowej pojazdów FLIRT sukcesywnie dostarczanych do parku taborowego Zamawiającego w ramach umowy ramowej zawartej ze Stadler z 2018 roku.

Odwołujący stwierdził, że skoro wybudowanie hali serwisowej trwa minimum 24 miesiące przy założeniu posiadania kompletu dokumentacji potrzebnej do uruchomienia inwestycji, to przedmiotowe postanowienie SWZ stwarza niejasną sytuację dla wykonawców, uniemożliwiającą kalkulację oferty, a także uniemożliwiającą zaplanowanie sposobu wykonania umowy z Zamawiającym w zakresie utrzymania.

Odnośnie zakresu żądanej zmiany w zakresie zasad udostępnienia Wykonawcy punktu utrzymania taboru Odwołujący

wskazał, że sformułował wniosek w zakresie postanowień § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy ramowej) w następujący sposób.

Mianowicie, żąda nałożenia na Zamawiającego zobowiązania do udostępnienia zaplecza (punktu serwisowego), przystosowanego do utrzymywania pojazdów odpowiadających wymaganiom niniejszego postępowania, w tym hali o długości toru co najmniej 105 metrów z minimum czterema stanowiskami do obsługi pojazdów, będącego w dyspozycji Zamawiającego i zlokalizowanego na terenie województwa mazowieckiego.

W ocenie Odwołującego, postanowienie § 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ -po zmianie - spełnia w ocenie Odwołującego wymogi zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym bardziej, że jeden z potencjalnych wykonawców – Stadler – dysponuje własnym punktem utrzymania na terenie Mazowsza, co stawia go w lepszej sytuacji niż innych wykonawców.

Ad. Pokrywanie kosztów przejazdów do punktu serwisowego.

Odwołujący podnosząc zarzut w zakresie kosztów przejazdów do i z punktu serwisowego wskazywał, iż koszty te w dużej mierze zależą od decyzji Zamawiającego, który decyduje o tym, z jakiego miejsca rozpoczyna się przejazd do punktu serwisowego. Odwołujący wskazał, że może być to miejsce położone tuż obok punktu serwisowego, a może być to miejsce położone po drugiej stronie województwa mazowieckiego, dlatego też w ocenie Odwołującego, koszty te powinny być pokrywane w całości przez Zamawiającego. I dodał, że tylko takie rozwiązanie gwarantuje równe traktowanie wykonawców i zachowanie zasady proporcjonalności.

Do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 3820/23 oraz KIO 3821/23 nie zgłosił przystąpienia żaden z Wykonawców.

W dniu 5 stycznia 2024 roku Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 3820/23 i KIO 3821/23, wnosząc o oddalenie obu odwołań w całości. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż pismami z dnia 3 stycznia 2024 r. dokonał szeregu zmian w SWZ, które odnoszą się między innymi do kwestii poruszonych przez Odwołującego w odwołaniach. W szczególności Zamawiający dokonał zamiany zapisów dotyczących terminów dostawy EZT, kwestii związanych z miejscem serwisowania pojazdów oraz rozwiązań technicznych w zakresie wymagań dotyczących systemu hamulca, urządzeń przeciwpoślizgowych oraz drzwi wejściowych. Wskazał też, że w zakresie dotyczącym terminów dostawy pojazdów oraz kwestii technicznych w przeważającej części uwzględnił wnioski Wykonawcy. Zamawiający również poinformował, że dokonał zmian w zapisach związanych z ponoszeniem kosztów dojazdów do miejsca serwisowania pojazdów oraz możliwością udostępniania gruntu w bazie utrzymaniowej Zamawiającego w Tłuszczu, jednakże w tym zakresie nie uwzględnił wniosków Wykonawcy sformułowanych w odwołaniu i wyjaśnił z jakich powodów.

Pismami z dnia 5 stycznia 2024 roku Odwołujący przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenia o częściowym cofnięciu odwołań w sprawach o sygn. akt: KIO 3820/23 i KIO 3821/23, tj.:

- w zakresie zarzutów opisanych w pkt II.3 odwołania (sygn. akt: KIO 3820/23) oraz
- w zakresie zarzutów opisanych w pkt II.1 i II.3 odwołania (sygn. akt: KIO 3821/23).

Ponadto, w ww. pismach dokonał zmiany wniosków odwoławczych sformułowanych w obu odwołaniach, a dotyczących podtrzymanych zarzutów w następujący sposób:

I. W sprawie o sygn. akt: KIO 3820/23 wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o:

- zmianę pkt 3 w rozdziale VI SWZ poprzez zmianę wymaganego terminu dostawy elektrycznego zespołu trakcyjnego w ramach prawa opcji na:

3. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dostarczył pojazdy z zamówienia objętego opcją w terminie 39 miesięcy od dnia zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o skorzystaniu z opcji, z tym, że dostawa pojazdów z zamówienia objętego opcją będzie realizowana dopiero po zakończeniu dostaw w ramach zamówienia podstawowego”;

- zmianę w załączniku nr 12 do SWZ — Projektowane postanowienia umowy, postanowienia § 3 ust 4 na:

Pojazdy w ramach opcji Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w terminie ... miesięcy od dnia zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o skorzystaniu z opcji, z tym, że dostawa pojazdów z zamówienia objętego opcją będzie realizowana dopiero po zakończeniu dostaw w ramach zamówienia podstawowego”;

- zmianę § 10 ust. 4 Załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy), w następujący sposób:

4. Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT ponosi Wykonawca. Koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający, jednak wyłącznie na obszarze swojej działalności jako przewoźnika

(tj. województwo mazowieckie, w tym pociągi do najbliższych stacji węzłowych w województwach sąsiednich). Zamawiający ponosi koszty takich przejazdów wyłącznie w ramach linii zelektryfikowanych. Wykonawca musi zapewnić na swój koszt personel techniczny niezbędny do uruchomienia pociągu, np. rewident lub manewrowy.

- uzupełnienie pkt 10 w Rozdziale VI SWZ poprzez dopisanie postanowienia:

„Zamawiający na wniosek Wykonawcy zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy w terminie 7 dni od złożenia wniosku wszelkiej dokumentacji, w tym technicznej oraz prawnej, niezbędnej dla Wykonawcy do posadowienia punktu utrzymania taboru na części nieruchomości udostępnianej przez Zamawiającego na niezabudowanej działce gruntu położonej w Tłuszczu przy ul. Przemysłowej 43, o której mowa w pkt 10 w Rozdziale VI SWZ”,

ewentualnie w razie nieposiadania przez Zamawiającego dokumentacji, o której mowa powyżej, Odwołujący wnosil o dopisanie postanowienia:

„Zamawiający oświadcza, że działka gruntu położona w Tłuszczu przy ul. Przemysłowej 43 przeznaczona pod posadowienie punktu utrzymania taboru, o której mowa w pkt 10 w Rozdziale VI SWZ, spełnia wymogi prawne oraz techniczne niezbędne do realizacji ww. punktu utrzymania taboru przez Wykonawcę.”.

II. W sprawie o sygn. akt: KIO 3821/23 wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o:

- zmianę § 10 ust. 4 Załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy), w następujący sposób:

4. Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT ponosi Wykonawca. Koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający, jednak wyłącznie na obszarze swojej działalności jako przewoźnika (tj. województwo mazowieckie, w tym pociągi do najbliższych stacji węzłowych w województwach sąsiednich). Zamawiający ponosi koszty takich przejazdów wyłącznie w ramach linii zelektryfikowanych. Wykonawca musi zapewnić na swój koszt personel techniczny niezbędny do uruchomienia pociągu, np. rewident lub manewrowy.

- uzupełnienie pkt 11 w Rozdziale VI SWZ poprzez dopisanie postanowienia:

„Zamawiający na wniosek Wykonawcy zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy w terminie 7 dni od złożenia wniosku wszelkiej dokumentacji, w tym technicznej oraz prawnej, niezbędnej dla Wykonawcy do posadowienia punktu utrzymania taboru na części nieruchomości udostępnianej przez Zamawiającego na niezabudowanej działce gruntu położonej w Tłuszczu przy ul. Przemysłowej 43, o której mowa w pkt 11 w Rozdziale VI SWZ”,

ewentualnie w razie nieposiadania przez Zamawiającego dokumentacji, o której mowa powyżej, Odwołujący wnosil o dopisanie postanowienia:

„Zamawiający oświadcza, że działka gruntu położona w Tłuszczu przy ul. Przemysłowej 43 przeznaczona pod posadowienie punktu utrzymania taboru, o której mowa w pkt 11 w Rozdziale VI SWZ, spełnia wymogi prawne oraz techniczne niezbędne do realizacji ww. punktu utrzymania taboru przez Wykonawcę.”.

W dniu 8 stycznia 2023 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska, z tym, że Odwołujący wycofał odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3820/23 także w zakresie zarzutu opisanego w pkt II.1 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Zamawiający - Koleje Mazowieckie – KM” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi równolegle dwa postępowania, których przedmiotem jest:

1) Dostawa 15 pięcioczęłonowych lub porównywalnych ezt, z opcją na dostawę maksymalnie 10 pięcioczęłonowych lub porównywalnych ezt oraz z opcją na wykonanie maksymalnie 2 napraw P4 każdego dostarczonego ezt II. Wewnętrzny identyfikator: MWZ3.27.140.2023;

2) Zawarcie umowy ramowej na dostawę 50 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych II. Wewnętrzny identyfikator: MWZ3.27.141.2023.

Odwołujący - Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołania wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej jako: „SWZ”) opublikowanej w ramach ww. postępowań, tj. odpowiednio odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3820/23 oraz KIO 3821/23.

Spór pomiędzy stronami dotyczył następujących postanowień SWZ:

I. Sygn. akt: KIO 3820/23:

•§ 10 ust. 4 załącznika nr 12 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy):

§ 10 Usługi serwisowe

„4. Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT oraz koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Wykonawca. W przypadku wykonywania usług serwisowych na terenie Warszawy lub w Sekcji Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego, koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający. Zamawiający może w miarę możliwości odpłatnie udostępnić Wykonawcy powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru, na terenie zaplecza Technicznego w Tłuszczu, na podstawie odrębnej umowy w cenie 266,13 zł netto za pojazd ryczałt miesięczny z tytułu wynajmu terenu. Stawka będzie waloryzowana począwszy od 2024 r. corocznie, w oparciu o wskaźnik „Produkcja sprzedana przemysłu ogółem” z poprzedniego roku kalendarzowego, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zwaloryzowana stawka będzie obowiązywać począwszy od miesiąca, następnego bezpośrednio po miesiącu, w którym wskaźnik został ogłoszony. Jeżeli wskaźnik jest ujemny, stawka nie ulega zmianie. Koszty posadowienia punktu utrzymania taboru do wykonywania usług serwisowych, jego wyposażenia w maszyny, urządzenia oraz inne ruchomości niezbędne do świadczenia usług serwisowych, a także związane z nimi prawa własności intelektualnej, oraz wybudowanie niezbędnej infrastruktury, poniesie Wykonawca. Po zakończeniu okresu serwisowania pojazdów, poniesione przez Wykonawcę nakłady w postaci punktu utrzymania taboru wraz z wyposażeniem oraz wybudowaną infrastrukturą przechodzą nieodpłatnie na własność Zamawiającego w sprawnym stanie technicznym, umożliwiającym dalsze świadczenie usług serwisowania pojazdów.”

Ponadto, spór dotyczył braku w treści SWZ postanowień dotyczących wskazania jednoznacznych i obiektywnych warunków udostępnienia Wykonawcy przez Zamawiającego powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru, w tym poprzez określenie jedynie uprawnienia (a nie zobowiązania) po stronie Zamawiającego do udostępnienia powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru oraz braku określenia obiektywnych przesłanek wskazujących na warunki udostępnienia tej powierzchni, w szczególności wielkości udostępnianej powierzchni, jej lokalizacji oraz warunków jej zabudowy.

Po modyfikacji treści SWZ dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 3 stycznia 2024 roku (zmiana opublikowana w dniu 4 stycznia 2024 roku) postanowienie ust. 4 w § 10 Załącznika nr 12 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy), brzmiało w sposób następujący:

„4. Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT ponosi Wykonawca. Koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych również ponosi Wykonawca, za wyjątkiem sytuacji, gdy wykonywanie usług serwisowych EZT odbywa się na terenie Województwa Mazowieckiego, w odległości do 60 km od przystanku Warszawa Śródmieście, gdzie koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający. Zamawiający ponosi koszty takich przejazdów, pod warunkiem, że punkt utrzymania jest połączony z linią zelektryfikowaną i wjazd na teren takiego punktu odbywa się przez pojazdy samodzielnie. Wykonawca musi zapewnić na swój koszt personel techniczny niezbędny do uruchomienia pociągu, np. rewident, manewrowy we wskazanym przez Wykonawcę punkcie utrzymania taboru.

Ponadto, Zamawiający w Rozdziale VI SWZ dodał punkt 10 o treści następującej:

„10. Zamawiający jest właścicielem nieruchomości położonej pod adresem: 05-240 Tłuszcz, ul. Przemysłowa 43, na której znajduje się Sekcja Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego. Część nieruchomości tj. niezabudowana działka gruntu, może być udostępniona Wykonawcy pod posadowienie przez Wykonawcę punktu utrzymania taboru, jeżeli Wykonawca uzna, że teren ten spełnia jego wymagania oraz jeśli Strony ustalą warunki umowy dzierżawy terenu. Zamawiający informuje, że w przypadku zawarcia umowy z Wykonawcą oczekuje zapłaty miesięcznego czynszu dzierżawnego w wysokości 266,13 zł netto za każdy pojazd serwisowany w zapleczu. Stawka będzie waloryzowana począwszy od 2024 r. corocznie, w oparciu o wskaźnik „Produkcja sprzedana przemysłu ogółem” z poprzedniego roku kalendarzowego, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zwaloryzowana stawka będzie obowiązywać począwszy od miesiąca, następnego bezpośrednio po miesiącu, w którym wskaźnik został ogłoszony. Jeżeli wskaźnik jest ujemny, stawka nie ulega zmianie. Koszty posadowienia punktu utrzymania taboru do wykonywania usług serwisowych, jego wyposażenia w maszyny, urządzenia oraz inne ruchomości niezbędne do świadczenia usług serwisowych, a także związane z nimi prawa własności intelektualnej, oraz wybudowanie niezbędnej infrastruktury, poniesie Wykonawca. Po zakończeniu okresu serwisowania pojazdów, poniesione przez Wykonawcę nakłady w postaci punktu utrzymania taboru wraz z wyposażeniem oraz wybudowaną infrastrukturą przechodzą nieodpłatnie na własność Zamawiającego w sprawnym stanie technicznym, umożliwiającym dalsze świadczenie usług serwisowania pojazdów.”

II. Sygn. akt: KIO 3821/23:

•§ 10 ust. 4 Załącznika nr 12 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy ramowej):

§ 10 Usługi serwisowe

„4. Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT oraz koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Wykonawca. W przypadku wykonywania usług serwisowych na terenie Warszawy lub w Sekcji Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego, koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający. Zamawiający może w miarę możliwości odpłatnie udostępnić Wykonawcy powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru, na terenie zaplecza Technicznego w Tłuszczu, na podstawie odrębnej umowy w cenie 266,13 zł netto za pojazd ryczałt miesięczny z tytułu wynajmu terenu. Stawka będzie waloryzowana począwszy od 2024 r. corocznie, w oparciu o wskaźnik „Produkcja sprzedana przemysłu ogółem” z poprzedniego roku kalendarzowego, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zwaloryzowana stawka będzie obowiązywać począwszy od miesiąca, następnego bezpośrednio po miesiącu, w którym wskaźnik został ogłoszony. Jeżeli wskaźnik jest ujemny, stawka nie ulega zmianie. Koszty posadowienia punktu utrzymania taboru do wykonywania usług serwisowych, jego wyposażenia w maszyny, urządzenia oraz inne ruchomości niezbędne do świadczenia usług serwisowych, a także związane z nimi prawa własności intelektualnej, oraz wybudowanie niezbędnej infrastruktury, poniesie Wykonawca. Po zakończeniu okresu serwisowania pojazdów, poniesione przez Wykonawcę nakłady w postaci punktu utrzymania taboru wraz z wyposażeniem oraz wybudowaną infrastrukturą przechodzą nieodpłatnie na własność Zamawiającego w sprawnym stanie technicznym, umożliwiającym dalsze świadczenie usług serwisowania pojazdów.”

Ponadto, spór dotyczył braku w treści SWZ postanowień dotyczących wskazania jednoznacznych i obiektywnych warunków udostępnienia Wykonawcy przez Zamawiającego powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru, w tym poprzez określenie jedynie uprawnienia (a nie zobowiązania) po stronie Zamawiającego do udostępniania powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru oraz braku określenia obiektywnych przesłanek wskazujących na warunki udostępnienia tej powierzchni, w szczególności wielkości udostępnianej powierzchni, jej lokalizacji oraz warunków jej zabudowy.

Po modyfikacji treści SWZ dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 3 stycznia 2024 roku (zmiana opublikowana w dniu 4 stycznia 2024 roku) postanowienie ust. 4 w § 10 Załącznika nr 12 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy ramowej), brzmiało w sposób następujący:

„4. Koszty związane z wykonaniem usług serwisowych EZT ponosi Wykonawca. Koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych również ponosi Wykonawca, za wyjątkiem sytuacji, gdy wykonywanie usług serwisowych EZT odbywa się na terenie Województwa Mazowieckiego, w odległości do 60 km od przystanku Warszawa Śródmieście, gdzie koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosi Zamawiający. Zamawiający ponosi koszty takich przejazdów, pod warunkiem, że punkt utrzymania jest połączony z linią zelektryfikowaną i wjazd na teren takiego punktu odbywa się przez pojazdy samodzielnie. Wykonawca musi zapewnić na swój koszt personel techniczny niezbędny do uruchomienia pociągu, np. rewident, manewrowy we wskazanym przez Wykonawcę punkcie utrzymania taboru.

Ponadto, Zamawiający w Rozdziale VI SWZ dodał punkt 11 o treści następującej:

„11. Zamawiający jest właścicielem nieruchomości położonej pod adresem: 05-240 Tłuszcz, ul. Przemysłowa 43, na której znajduje się Sekcja Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego. Część nieruchomości tj. niezabudowana działka gruntu, może być udostępniona Wykonawcy pod posadowienie przez Wykonawcę punktu utrzymania taboru, jeżeli Wykonawca uzna, że teren ten spełnia jego wymagania oraz jeśli Strony ustalą warunki umowy dzierżawy terenu. Zamawiający informuje, że w przypadku zawarcia umowy z Wykonawcą oczekuje zapłaty miesięcznego czynszu dzierżawnego w wysokości 266,13 zł netto za każdy pojazd serwisowany w zapleczu. Stawka będzie waloryzowana począwszy od 2024 r. corocznie, w oparciu o wskaźnik „Produkcja sprzedana przemysłu ogółem” z poprzedniego roku kalendarzowego, ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zwaloryzowana stawka będzie obowiązywać począwszy od miesiąca, następnego bezpośrednio po miesiącu, w którym wskaźnik został ogłoszony. Jeżeli wskaźnik jest ujemny, stawka nie ulega zmianie. Koszty posadowienia punktu utrzymania taboru do wykonywania usług serwisowych, jego wyposażenia w maszyny, urządzenia oraz inne ruchomości niezbędne do świadczenia usług serwisowych, a także związane z nimi prawa własności intelektualnej, oraz wybudowanie niezbędnej infrastruktury, poniesie Wykonawca. Po zakończeniu okresu serwisowania pojazdów, poniesione przez Wykonawcę nakłady w postaci punktu utrzymania taboru wraz z wyposażeniem oraz wybudowaną infrastrukturą przechodzą nieodpłatnie na własność Zamawiającego w sprawnym stanie technicznym, umożliwiającym dalsze świadczenie usług serwisowania pojazdów.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie wniesione odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 3820/23 i KIO 3821/23i uwzględniając dokumentację z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SWZ z uwzględnieniem zmian dokonanych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołań, a także uwzględniając stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego, zarówno w sprawie o sygn. akt: KIO 3820/23, jak i o sygn. akt: KIO 3821/23.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowania odwoławcze w zakresie w jakim Odwołujący wycofał zarzuty każdego z odwołań, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji niniejszego orzeczenia, odpowiednio w punktach I.1 i II.1.

Izba uznała, że w zakresie zarzutów podtrzymanych, tj. zarzutów opisanych w punkcie II.2. każdego z odwołań, odwołania podlegają oddaleniu.

Jednocześnie z uwagi na tożsamość zarzutów każdego z odwołań pod względem prawnym, jak i faktycznym, Izba przedstawi poniżej uzasadnienie zapadłego rozstrzygnięcia, które jest tożsame dla obu spraw, będących przedmiotem rozpoznania.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 2 ustawy oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepisy art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, będące podstawą prawną podnoszonych zarzutów, stanowią, iż:

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.

Z kolei przepis art. 16 pkt 1 - 2 ustawy Pzp stanowi, iż: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 353¹ k.c., który także został wskazany w podstawie prawnej zarzutu, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ocenie Izby podniesione zarzuty są bezzasadne.

Zarzuty podtrzymane przez Odwołującego w ramach obu odwołań dotyczyły dwóch zasadniczych kwestii.

Po pierwsze, dotyczyły one projektowanych postanowień umownych odnośnie kosztów związanych z wykonywaniem usług serwisowych pojazdów EZT, w tym w szczególności kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych. Po drugie, dotyczyły kwestii warunków udostępnienia Wykonawcy powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru.

Izba oddalając odwołania podzieliła w przeważającej mierze argumentację przedstawioną przez Zamawiającego.

Po pierwsze, Zamawiający w sposób przekonujący uzasadnił dlaczego w taki, a nie w inny sposób, ukształtował projektowane postanowienia umowne dotyczące kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych. Zamawiający bowiem wziął pod uwagę zarówno własne możliwości w tym zakresie, jak i wyszedł niejako naprzeciwko oczekiwaniom Wykonawców, gdyż dopuścił możliwość częściowego pokrywania przez siebie kosztów przejazdów pojazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych.

Zamawiający, po zmianach treści SWZ dokonanych 4 stycznia 2024 roku (pisma datowane na dzień 3 stycznia 2024 roku), w tym zmianach Załącznika nr 12 do SWZ Projektowane postanowienia umowy/Projektowane postanowienia umowy ramowej, określił, że w sytuacji, gdy wykonywanie usług serwisowych EZT odbywa się na terenie Województwa Mazowieckiego, w odległości do 60 km od przystanku Warszawa Śródmieście, to koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych będzie ponosił Zamawiający. W pozostałych przypadkach te koszty będą po stronie Wykonawcy.

Takie rozwiązanie uwzględnia zarówno potrzeby Zamawiającego, jak i wychodzi naprzeciw oczekiwaniom Wykonawców w kwestii ograniczenia kosztów związanych z serwisowaniem pojazdów EZT (tj. kosztów dojazdów do i z punktu serwisowego). Zamawiający w sposób logiczny przedstawił argumenty przemawiające za przyjętym przez niego rozwiązaniem, m.in. wskazując na dysponowanie maszynistami. Nie sposób zaś oczekiwać, że Zamawiający przejmie na siebie obowiązek ponoszenia kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług utrzymania w pełnym zakresie (a taki wniosek Odwołujący pierwotnie sformułował we wniesionych odwołaniach). Dopiero, w piśmie z dnia 5 stycznia 2024 roku Odwołujący zmodyfikował swoje wnioski, wnosząc o to, żeby koszty przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych ponosił Zamawiający, jednak wyłącznie na obszarze swojej działalności jako przewoźnika (tj. na obszarze województwa mazowieckiego oraz najbliższych stacji węzłowych w województwach sąsiednich).

Pomimo, modyfikacji przez Odwołującego wniosków odwoławczych, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający określając zasady ponoszenia kosztów dojazdów EZT do i z punktu serwisowego, w tym także po zmianach SWZ dokonanych 4 stycznia 2024 roku, nie naruszył przepisów prawa powoływanych przez Odwołującego w podstawie prawnej zarzutów, w szczególności opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, i nienaruszający zasad uczciwej konkurencji. Określając odległość do 60 km od przystanku Warszawa Śródmieście w ramach to której przejął na siebie ciężar kosztów przejazdów pojazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych brał przede wszystkim pod uwagę własne możliwości oraz m.in. to, że 80-90 % przejazdów i tak odbywa się na terenie Warszawy (co wyjaśnił na rozprawie).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że kwestia uprzywilejowania wykonawcy Stadler, szeroko akcentowana przez Odwołującego w toku rozprawy, wykraczała poza ramy zarzutu podniesionego w odwołaniu w odniesieniu do kosztów przejazdów EZT do i z miejsca wykonywania usług serwisowych, albowiem Odwołujący w tym zakresie w odwołaniu nie wskazywał w ogóle na uprzywilejowaną pozycję Wykonawcy Stadler. Mianowicie, Odwołujący podnosząc zarzut w zakresie kosztów przejazdów do i z punktu serwisowego wskazywał jedynie, iż koszty te w dużej mierze zależą od decyzji Zamawiającego, który decyduje o tym, z jakiego miejsca rozpoczyna się przejazd do punktu serwisowego, dlatego też w ocenie Odwołującego, koszty te powinny być pokrywane w całości przez Zamawiającego. W istocie tylko takie uzasadnienie zawarł Odwołujący na poparcie swojego zarzutu.

Wobec powyższego zarzuty obu odwołań w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Natomiast odnosząc się do zarzutów w zakresie warunków udostępnienia Wykonawcy przez Zamawiającego powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru, wskazać należy co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że skoro przedmiot zamówienia obejmuje również usługi utrzymania i serwisowania pojazdów EZT, to słuszne jest oczekiwanie Zamawiającego wyrażone zarówno w wyjaśnieniach treści SWZ w pismach z dnia 3 stycznia 2024 roku, jak i akcentowane na rozprawie, że to: „na Wykonawcy spoczywa obowiązek organizacji procesu utrzymania (serwisowania) dostarczonych pojazdów. Zamawiający nie określa sposobu zorganizowania zaplecza przez Wykonawcę, a w szczególności nie wskazuje, czy Wykonawca powinien świadczyć usługi w swoim własnym zapleczu, bądź też w nowowytbudowanym zapleczu, czy też np. w zapleczu dzierżawionym od innego podmiotu. Decyzja w tym zakresie należy do Wykonawcy”.

Co do kwestii możliwości udostępnienia przez Zamawiającego części nieruchomości położonej w miejscowości Tłuszcz, na której znajduje się Sekcja Napraw i Eksploatacji Taboru Zamawiającego, na cele posadowienia przez Wykonawcę nowego punktu utrzymania taboru, to Izba uwzględniła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż w postanowieniach SWZ przedstawił on jedynie informacyjnie możliwość udostępnienia Wykonawcy niezabudowanej działki w tym celu. Decyzja czy Wykonawca skorzysta z tej możliwości będzie należeć do Wykonawcy, o ile uzna on, że teren ten spełnia jego wymagania i o ile, Strony ustalą warunki umowy dzierżawy tego terenu. Jednocześnie Zamawiający wskazał również informacyjnie na stawkę czynszu dzierżawnego i zasady jej waloryzacji. Dodatkowo Zamawiający wskazał w wyjaśnieniach treści SWZ, że: „Wykonawca może ocenić przydatność lokalizacji wskazanej przez Zamawiającego do utrzymania (serwisowania) dostarczonych pojazdów, w szczególności wymaganego miejsca, wyposażenia oraz konieczności ewentualnego poniesienia nakładów na dostosowanie zaplecza”.

Zarzut, że Zamawiający może jednemu wykonawcy udostępnić powierzchnię pod posadowienie punktu utrzymania taboru w Tłuszczu, a innemu odmówić oraz, że jest to oczywisty przypadek naruszenia zasady równego traktowania – w szczególności po zmianach SWZ dokonanych przez Zamawiającego (pisma z dnia 3 stycznia 2024 roku) – stał się nieaktualny. Mianowicie, Zamawiający wskazał, że: „Część nieruchomości tj. niezabudowana działka gruntu, może być udostępniona Wykonawcy pod posadowienie przez Wykonawcę punktu utrzymania taboru, jeżeli Wykonawca uzna, że teren ten spełnia jego wymagania oraz jeśli Strony ustalą warunki umowy dzierżawy terenu.”.

Ponadto, Zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytania Wykonawców wyjaśnił, że: „Zamawiający nie dysponuje warunkami zabudowy oraz inną dokumentacją, która mogłaby posłużyć dostosowaniu nieruchomości do utrzymania dostarczanych pojazdów (...) potrzeby w tym zakresie powinny być zdefiniowane przez producenta pojazdów. Zamawiający dopuszcza możliwość dokonywania wizji lokalnych na terenie przewidzianym pod posadowienie punktu utrzymania taboru”.

Izba uznała, że na tyle na ile było to możliwe, Zamawiający wskazał na warunki udostępnienia Wykonawcy powierzchni pod posadowienie punktu utrzymania taboru oraz wskazał na jej lokalizację. Natomiast ocena czy realnie ten teren będzie mógł być wykorzystany na te cele będzie należała do Wykonawcy.

Skoro Zamawiający nie dysponuje warunkami zabudowy, ani tym bardziej stosowną dokumentacją, w tym techniczną oraz prawną, niezbędną do posadowienia punktu utrzymania taboru na nieruchomości położonej w miejscowości Tłuszcz, to nie sposób go zobowiązać do jej przedstawienia i udostępnienia Wykonawcy.

Izba uznała, że nie może również zobowiązać Zamawiającego w zakresie żądania alternatywnego, sformułowanego przez Odwołującego, tj. do złożenia oświadczenia, że: „działka gruntu położona w Tłuszczu przy ul. Przemysłowej 43 przeznaczona pod posadowienie punktu utrzymania taboru, o której mowa w pkt 10 w Rozdziale VI SWZ, spełnia wymogi prawne oraz techniczne niezbędne do realizacji ww. punktu utrzymania taboru przez Wykonawcę”.

Skoro bowiem Zamawiający nie przeprowadzał badania w zakresie czy przedmiotowa działka spełnia wymagania prawne oraz techniczne i pozostawił do decyzji Wykonawcy to w jaki sposób zapewni on zaplecze do świadczenia usług utrzymania i serwisowania pojazdów EZT, dając przy tym jedynie możliwość skorzystania (w formie dzierżawy) z nieruchomości, której jest właścicielem, do ewentualnego posadowienia na niej punktu utrzymania taboru, to nie można go zobowiązać do złożenia zapewnienia w kwestii spełniania wymogów prawnych oraz technicznych. Zamawiający nie mając takiej wiedzy (a ze stanowiska przedstawionego na rozprawie, jak i z wyjaśnień SWZ udzielonych w odpowiedzi na pytania wykonawców – wynika, że nie dysponuje taką wiedzą, bowiem nie przeprowadzał badań w tym zakresie) nie może złożyć zapewnienia, że nieruchomość spełnia wymagania prawne i techniczne konieczne do realizacji na jej terenie punktu utrzymania taboru.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że jedynym Wykonawcą, który posiada już wybudowany taki punkt, jest Wykonawca Stadler, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji, nie zmienia oceny Izby.

Odwołujący wskazywał, że jedynym sprawiedliwym rozwiązaniem, zapewniającym równe traktowanie wykonawców, jest udostępnienie punktu naprawczego przez Zamawiającego. Natomiast jak Zamawiający wyjaśnił, nie jest on w stanie udostępnić punktu naprawczego dla realizacji tego zadania. Jediną możliwością jest udostępnienie części nieruchomości położonej w Tłuszczu, przy czym Zamawiający nie jest w posiadaniu warunków zabudowy. Nie jest też obiektywnie w stanie zapewnić czy działka ta będzie mogła być przeznaczona pod posadowienie punktu utrzymania taboru (innymi słowy czy spełnia warunki techniczne i prawne). To na Wykonawcy będzie spoczywał ciężar oceny przydatności tej nieruchomości i ewentualnego uzyskania warunków zabudowy.

Natomiast to, że faktycznie jeden z Wykonawców może mieć korzystniejszą sytuację, ubiegając się o przedmiotowe zamówienia, z uwagi na dysponowanie halą utrzymaniowo-naprawczą dla tego typu pojazdów, wybudowaną w ramach poprzednio prowadzonych postępowań, nie zmienia oceny, że w tym postępowaniu Zamawiający wykazał, że ukształtowane przez niego postanowienia SWZ są jednoznaczne, uwzględniają na tyle na ile to było możliwe, wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz nie mają na celu utrudnienia uczciwej konkurencji.

Tym samym, w ocenie składu orzekającego Izby, nie potwierdził się zarzut, iż postanowienia SWZ w tym zakresie opisane są w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a w efekcie utrudniający uczciwą konkurencję.

Należy również wskazać, że powoływany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2023, poz. 1689), zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, stanowi niedopuszczalne rozszerzenie podstawy zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołujący

powoływał się na ten przepis na rozprawie, natomiast w odwołaniu nie podnosił kwestii związanych z zawarciem porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, a jedynie wskazywał na uprzywilejowaną pozycję Wykonawcy Stadler. Co więcej, w żaden sposób Odwołujący nie wykazał, że faktycznie doszło do zawarcia takiego postanowienia.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła oba odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 3280/23 i 3821/23 kwoty po 15 000,00 zł uiszczone przez Odwołującego tytułem wpisu od każdego z odwołań oraz kwoty po 3 600,00 zł, stanowiące koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego i zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwoty po 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w ramach ww. postępowań odwoławczych.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....