Sygn. akt: KIO 2386/23

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **"PKP Intercity" S.A. z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
2.1.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;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia 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) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2386/23

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

"PKP Intercity" S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający") prowadzi,
na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 50 wagonów osobowych typu 112A", nr ref. postępowania 23/WNP-018977/TUT (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej wyższej niż progi unijne,
o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 147-468631.

W dniu 2 sierpnia 2023 r. zamawiający opublikował treść ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej: „Ogłoszenie") oraz Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") na stronie prowadzonego postępowania.

Odwołujący, w dniu 11 sierpnia 2023 r., wniósł odwołanie wobec treści opublikowanych dokumentów zamówienia (Ogłoszenia i SWZ), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 8 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie niemożliwych do spełnienia terminów wykonania zamówienia
w zakresie dostawy pojazdów, które nie uwzględniają istotnych okoliczności, mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących zmian w treści SWZ zmianę terminu wykonania Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych zamówieniem oraz wykonania przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania z nie dłuższego niż 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy na nie dłuższy niż 54 miesiące od dnia zawarcia umowy oraz terminu wykonania Naprawy okresowej na 5- tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych zamówieniem, z nie dłuższego niż 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy na nie dłuższy niż 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy

we wszystkich postanowieniach SWZ, w tym w szczególności w następujących postanowieniach SWZ:

1.w SWZ rozdział VI na: „Zamawiający wymaga: 1) wykonania Naprawy okresowej na
5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych zamówieniem oraz wykonania przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania w terminie nie dłuższym niż 54 miesiące od dnia zawarcia umowy, z uwzględnieniem terminów wskazanych w pkt 2-5 poniżej; 2) wykonania Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych zamówieniem, nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zaś wykonania przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania po 18 miesiącach eksploatacji wagonów po wykonaniu Naprawy
na 5-tym poziomie utrzymania każdego z wagonów; 3) wykonania Naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją jednego wagonu (czas postoju wagonu) w terminie nie dłuższym niż 70 dni kalendarzowych; 4) wykonania Naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją pierwszego wagonu (czas postoju wagonu) w terminie
nie dłuższym niż 250 dni kalendarzowych; 5) wykonania Przeglądu każdego z wagonów w terminie nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych (czas postoju wagonu).”

2.w załączniku nr 1 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy poprzez zmianę terminów wykonania Umowy w § 4 w następujący sposób: „§ 4 Termin wykonania Umowy 1. Wykonanie Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych niniejszą Umową oraz wykonanie przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania winno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 54 miesiące od dnia zawarcia Umowy, z uwzględnieniem terminów wskazanych w ust. 2 poniżej. 2. Wykonanie Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych niniejszą Umową, nastąpi nie później niż w terminie 36 miesięcy
od dnia zawarcia Umowy, zaś wykonanie przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania winno nastąpić po 18 miesiącach eksploatacji wagonów po wykonania Naprawy na 5-tym poziomie utrzymania każdego z wagonów.”

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty odwołujący wskazał, że zamawiający w SWZ sformułował wymóg wykonania Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania, wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych zamówieniem oraz wykonania przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania (dalej: Naprawa P5 i P3) w terminie nie dłuższym niż 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a wykonania Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją (dalej: Naprawa P5) wszystkich wagonów objętych zamówieniem, nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zaś wykonania przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania po 18 miesiącach eksploatacji wagonów po wykonaniu Naprawy na 5-tym poziomie utrzymania każdego z wagonów.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zamawiający wymagając Naprawy P5
w terminie nie dłuższym niż 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, pomija istotne okoliczności mające wpływ na wykonanie tego typu zobowiązania przez wykonawcę. Dla prawidłowego określenia terminu, w jakim możliwe jest przeprowadzenie czynności naprawczych, przeglądowych i zabudowa nowego komponentu, a także przeprowadzenie niezbędnych badań, uzyskanie homologacji i jazd próbnych oraz odbiór wagonu, niezbędne jest uwzględnienie warunków, w jakich jest modernizowany taki pojazd, ze szczególnym zwróceniem uwagi na czas trwania tego procesu i poszczególnych jego etapów oraz zachodzących między nimi zależności. Zdaniem odwołującego zamawiający nie wziął pod uwagę tych uwarunkowań, jak również nie uwzględnił realiów rynkowych, w których składana jest oferta, co świadczy o wadliwości sporządzonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i sformułowania kryterium oceny ofert w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że realny termin Naprawy P5 tego typu pojazdu aktualnie, przy uwzględnieniu poniżej opisanych etapów realizacji umowy, wynosi około 36 miesięcy, tj. o 18 miesięcy więcej niż jest wskazane w SWZ, zatem wskazane przez zamawiającego terminy dostaw są nierealistyczne i zbyt krótkie. W pierwszej kolejności wskazał, że rynek dostaw oraz modernizacji pojazdów szynowych charakteryzuje się tym, że przy każdym zamówieniu zamawiający stawiają indywidualne wymagania techniczne dotyczące pojazdów,

co uniemożliwia oferowanie dostawy pojazdów lub ich modernizacji według gotowej konfiguracji, z góry ustalonej przez danego producenta. Mimo tego, że dany wykonawca może posiadać i co do zasady posiada projekt bazowy pojazdu, to jednak każdorazowo konieczne jest dokonanie w tym projekcie szeregu zmian i dostosowań, które wynikają ze specyficznych wymagań zamawiającego w ramach danego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „OPZ").
W szczególności, jak stwierdził odwołujący, w samym OPZ zamawiający pozostawiają, i tak jest również w tym przypadku, pewne obszary do uzgodnienia z wykonawcą już na etapie po zawarciu umowy, co dodatkowo wstrzymuje możliwość złożenia zamówień na komponenty niezbędne do budowy lub modernizacji pojazdów z uwagi na to, że na etapie uzgodnień technicznych założenia wpływające na konfigurację tych komponentów, mogą ulec jeszcze zmianie.

Oznacza to konieczność uwzględnienia w harmonogramie projektu, nie tylko czasu niezbędnego na przeprowadzenie uzgodnień technicznych, ale również na przeprowadzenie prac projektowych, które zaadaptują posiadany produkt bazowy, do konkretnych i właściwych dla danego zamówienia wymagań technicznych, które wykonawca pozna dopiero po zawarciu umowy. Dodatkowo zwrócił uwagę na dynamicznie zmieniające się przepisy, związane
z systemami bezpieczeństwa pojazdów, które powodują konieczność aktualizacji wyposażenia i oprogramowania pojazdów, co oznacza także konieczność prowadzenia dodatkowych badań homologacyjnych nawet w przypadku, gdy pojazd bazowy (typ) był już wcześniej dopuszczony do eksploatacji. Tym samym nawet gdyby pojazdem bazowym były wagony 111A, to z uwagi na zmiany przepisów konieczne byłoby przeprowadzenie dodatkowych badań. W tym wypadku w SWZ dodatkowo zamawiający założył, że
po wykonanej Naprawie P5 pojazdy będą wagonami uniwersalnymi 111A-30 COMBO, ale
w odróżnieniu od poprzedniego typu wagonów 111A30 COMBO, tym razem modernizowanymi wagonami są wagony typu 112A, a nie 111A, co znacząco wpływa na proces homologacyjny. Konstrukcja bazowa pudła wagonu drugiej klasy 111A ma inny układ okien niż wagonu 112A pierwszej klasy, a tym samym doprowadzenie konstrukcji bazowej wagonu 112A
do konfiguracji 111A wymagałoby modyfikacji całych ścian bocznych wagonu,
co technologicznie byłoby trudne do realizacji i nie ma uzasadnienia praktycznego
i ekonomicznego zważywszy, że wagony były produkowane 35-40 lat temu.

Odwołujący podniósł także, że dla ustalenia czasu niezbędnego do modernizacji, konieczne jest również uwzględnienie realnych terminów dostaw komponentów, używanych do zabudowania na pojeździe. Zwrócił w tym miejscu uwagę na to, że na rynku dostaw
i modernizacji pojazdów szynowych terminy nie zawsze były tak długie. Na przestrzeni ostatnich 10 lat standardem był termin modernizacji takiego pojazdu oscylujący wokół
20 miesięcy. Jednak wydarzenia ostatnich trzech lat, które dotknęły większość gałęzi przemysłu, spowodowały wydłużenie dostępności wielu elementów kluczowych i niezbędnych do budowy oraz modernizacji pojazdów szynowych. Terminy dostaw ulegały stopniowemu wydłużaniu już w okresie pandemii COVID-19, a z uwagi na kryzys na globalnych rynkach surowców, spowodowany wojną w Ukrainie oraz wynikające z tego zaburzenia łańcuchów dostaw, jeszcze się pogłębiły i sięgają obecnie nawet 12 miesięcy (dla komponentów strategicznych). Nie bez znaczenia jest fakt, że obecnie budowane i modernizowane pojazdy szynowe są pojazdami bardzo nowoczesnymi i wyposażonymi w bardzo zaawansowane systemy elektroniczne, dla których globalny kryzys na rynku półprzewodników (ang. chip shortage) powoduje, że terminy dostaw w zasadzie wszystkich urządzeń, wyposażonych
w układy scalone, czyli znacznej większości komponentów w pojeździe szynowym, uległy znacznemu wydłużeniu. Wagony typu 111A-30 COMBO, z uwagi na nowoczesne wyposażenie i ułatwienia dla pasażerów o ograniczonej możliwości poruszania się, oraz osób podróżujących z dziećmi był prezentowany na targach branżowych. Analogicznego wyposażenia zamawiający oczekuje w zakresie poddawanych modernizacji wagonów typu 112A. To właśnie czas dostawy komponentów jest, w ocenie odwołującego, kluczowym elementem tworzenia harmonogramu produkcji lub modernizacji pojazdu i dopiero po jego ustaleniu przechodzi się do ustaleń czasu trwania zabudowy i montażu komponentów
na pojazdach, uruchomienia, testów oraz uzyskania zezwolenia na dopuszczenie pojazdu
do eksploatacji. Wykonanie wszystkich tych czynności w dzisiejszych warunkach jest obiektywnie niemożliwe w terminie 18 miesięcy dla 50 wagonów.

W dalszej części odwołujący wskazał również, że ustalając wymagane w postępowaniu terminy dostawy pojazdów, zamawiający nie wziął również pod uwagę czasu potrzebnego
na uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdów w procedurze administracyjnej, prowadzonej przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego przy udziale Europejskiej Agencji Kolejowej (ERA), który dla nowego typu pojazdów (a z uwagi na inny typ wagonu modernizowanego istnieje istotne ryzyko uznania pojazdów za nowy typ) wynosi

około 10 miesięcy. Istotny wpływ na termin realizacji zamówienia mają specyficzne wymogi zawarte przez zamawiającego w treści OPZ oraz kwestie, które zostały przez zamawiającego zastrzeżone do uzgodnienia po zawarciu umowy. W przedmiotowym postępowaniu takich obszarów, które zamawiający pozostawił do późniejszego zdeterminowania, jest blisko sześćdziesiąt. Ich wpływ na termin projektowania i produkcji pojazdów jest różny, jednak na pozór nieskomplikowany wymóg może mieć wpływ na dalsze etapy realizacji projektu i finalnie determinować możliwość dostarczenia komponentu, a co za tym idzie pojazdu, w określonym terminie. Przykładem takiego wymogu, który w przedmiotowym OPZ został zastrzeżony do uzgodnienia z zamawiającym i pozornie mogłoby wydawać się, że nie ma żadnego wpływu na czas produkcji pojazdu, jest wymóg dotyczący kolorystyki wnętrza i zewnętrza pojazdów. Na pozór proste uzgodnienie dotyczące kolorystyki, wywiera bardzo duży wpływ na terminy produkcji pojazdu oraz możliwość zamówienia komponentów, w szczególności tych z długimi terminami dostaw. Zgodnie z treścią projektu Załącznika nr 2 do Projektowanych Postanowień Umownych akceptacji zamawiającego wymaga m.in. malowanie zewnętrzne (pkt 3), kolorystyka przedziału WC PRM (pkt 8), kolorystyka zagłówków foteli (pkt 26), śmietniczek (pkt 29), rolet (pkt 38), z czego niektóre z elementów wymagają akceptacji zamawiającego w terminie 50 dni. Co prawda jest to termin maksymalny, ale przy analizie ryzyka, poprzedzającej złożenie oferty i określenie możliwego terminu dostawy, wykonawca powinien zakładać najpóźniejszy dopuszczalny zgodnie z SWZ termin przekazania tych wytycznych. Oznacza to, że dopiero po uzgodnieniu tej kolorystyki, wykonawca będzie mógł zamówić komponenty, ponieważ kolor (np. według palety RAL) określany jest w momencie ich zamówienia i nie może być później modyfikowany. Co za tym idzie, wobec tak kształtujących się terminów dostaw kluczowych komponentów, budowa całego pojazdu wraz z przeprowadzeniem procedury homologacyjnej, czynią niemożliwym Naprawę P5 wagonów w 18 miesięcy.

W związku z powyższym, terminy wskazane przez zamawiającego nie mogą zostać dotrzymane. Odwołujący wskazał, że analogiczne wymagania SWZ dotyczące terminu dostawy zostały uznane przez Krajową Izbę Odwoławczą za naruszające przepisy ustawy Pzp oraz niedopuszczalne. Na skutek odwołań wniesionych wobec treści SWZ w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, toczących się niemal równolegle z postępowaniem stanowiącym przedmiot niniejszego odwołania, a prowadzonych przez Województwo Mazowieckie na dostawę pojazdów elektrycznych (nr ref MWZ7.27.43.2023) oraz elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych (nr ref MWZ7.27.47.2023), w sprawach o sygn. akt KIO 1741/23 oraz KIO 1797/23 Izba uwzględniła każde z odwołań, w którym kwestionowany był termin dostawy wyznaczony przez zamawiającego w postępowaniu MWZ7.27.43.2023 na 24 miesiące od dnia zawarcia umowy dla pierwszego pojazdu oraz 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy dla kolejnych pojazdów, a w postępowaniu MWZ7.27.47.2023 - jako termin określony datą 31 maja 2026 r. (co oznacza około 35 miesięcy od ogłoszenia postępowania). Odwołujący podkreślił przy tym, że modernizacja wagonów osobowych jest tak zaawansowana i na tyle czasochłonna oraz wymaga pozyskania tak zaawansowanych komponentów strategicznych, że można ją porównać do budowy nowych pojazdów. Ponadto, w wyroku z dnia 1 czerwca 2022 r. (sygn. KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22) Izba wskazała, że terminy dostaw określane przez zamawiającego powinny mieć oparcie w warunkach rynkowych. Określając termin dostawy zamawiający zobowiązany jest uwzględnić pełen proces, jakiego wymagać będzie dostawa wyprodukowanego dopiero na jego zlecenie pojazdu, a to obejmuje również etap związany z dostawą kluczowych komponentów, których produkcja uzależniona jest od składanych zamówień.

Odwołujący przypomniał treść przepisu art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, podkreślając, że zamawiający nie powinien stawiać takich wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia, które są na tyle rygorystyczne, że mogą ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Stosownie do ugruntowanego orzecznictwa, dowolność zamawiającego w kształtowaniu treści Opisu Przedmiotu Zamówienia, w tym również kryteriów oceny ofert, jest ograniczona zasadami udzielania zamówień, a zatem wyrażoną w art. 16 ustawy Pzp zasadą proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jak również uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, których próżno szukać w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził zatem, że w obliczu braku uzasadnionych potrzeb zamawiającego, które potwierdzałyby takie, a nie inne sformułowanie OPZ czy kryteriów oceny ofert, sformułowanie wymogu dotyczącego Naprawy P5, obiektywnie niemożliwego do dotrzymania, jest niedopuszczalne. Mając bowiem na uwadze całokształt postanowień umowy ramowej oraz umowy wykonawczej, za takie uzasadnienie nie sposób uznać w przedmiotowej sprawie kwestii ewentualnego dofinansowania zamówienia ze środków pochodzących z UE. Nie ma bowiem obecnie żadnego źródła, z którego takie środki byłyby wypłacane, jak również zamawiający nie zawarł z żadnym

z podmiotów stosownej umowy, której przedmiotem byłoby otrzymanie takiej dotacji. Ewentualne uzasadnianie skracania wymaganego terminu dostawy, czysto potencjalną możliwością pojawienia się w przyszłości nowych źródeł dofinansowania, jest niedopuszczalne. Mając na uwadze powyższe, termin napraw P5 wagonów powinien zostać określony zgodnie z żądaniem wskazanym w petitum odwołania, tj. na 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Proponowane przez odwołującego terminy dostaw uwzględniają wszystkie okoliczności istotne dla zrealizowania przedmiotowego zamówienia w sposób należyty.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca **H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (dalej „przystępujący").

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania oraz odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący jest producentem pojazdów szynowych, oraz prowadzi ich modernizacje i naprawy, w tym wykonuje naprawy okresowe na piątym poziomie utrzymania, wraz z modernizacją wagonów osobowych i zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i sformułowania wskazywanych przez odwołującego postanowień SWZ jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Interes odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z tego, że warunki stawiane przez zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ ograniczają mu w sposób bezpodstawny możliwość złożenia oferty w postępowaniu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie, inne niż stanowiące dokumentację postępowania, na okoliczności przez niego wskazane:

1. harmonogram realizacji zadania (opracowanie własne odwołującego);
2. opinia na temat czasu badań, certyfikacji i uzyskania zezwolenia dla zmodernizowanego wagonu pasażerskiego przygotowana przez Poznański Instytut Technologiczny;
3. zestawienie zakresu modernizacji wagonu osobowego typu 141A/111A oraz zestawienie zakresu Naprawy na piątym poziomie utrzymania wagonów osobowych 112A;
4. oferty Bonatrans Group dla odwołującego na zakup zestawu kołowego tocznego;
5. oferty Faiveley Transport dla odwołującego na system HVAC;
6. oferty Knorr-Bremse dla odwołującego na dostawę układu hamulcowego.

Izba dopuściła i oceniła dowody przedłożone przez zamawiającego, załączone do pisma procesowego, inne niż stanowiące dokumentację postępowania, na okoliczności przez niego wskazane:

1. pismo Ministerstwa Infrastruktury nr DTK-11.4602.20.2023 z dnia 29 czerwca 2023 r.;
2. korespondencja mailowa z CUPT z dnia 2 sierpnia 2023 r.;
3. odwołanie z dnia 21 sierpnia 2023 r. złożone przez odwołującego w postępowaniu 23/WNP-019232/TUT;
4. korespondencja e-mail z Instytutem Kolejnictwa z dnia 10 maja 2023 r.;
5. korespondencja e-mail z Instytutem Kolejnictwa z dnia 24 sierpnia 2023 r.;

6. oferta Medcom sp. z o.o. z dnia 22 sierpnia 2023 r. (dokument poufny);
7. informacja na temat terminów dostaw APS Energia S.A. z dnia 22 sierpnia 2023 r.;
8. informacja na temat terminów dostaw KNORR-BREMSE Systemy Kolejowe Polska Sp. z o.o. z dnia 18 sierpnia 2023 r.;
9. Przewodnik. Wytyczne dotyczące uzgodnień praktycznych na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdu (fragment);
10. umowa nr UM-BPT-17-900-0043;
11. umowa nr UM-BPT-17-900-0045;
12. umowa nr UM-BPT-17-900-0052;
13. umowa nr UM-BPT-17-900-0053;
14. umowa nr UM-BIT-22-900-0066;
15. umowa nr UM-BIT-22-900-0067;
16. wyciąg z OPZ - obszary wymagające uzgodnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale V SWZ obejmował wykonanie: (1) Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją (dalej zwaną łącznie „Naprawą wraz z modernizacją") 50 wagonów osobowych typu 112A (dalej zwane także „wagonami"); (2) przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania wagonów, o których mowa w pkt. 1). Zamawiający przewidział, że po wykonanej Naprawie wraz z modernizacją wagony osobowe będą wagonami uniwersalnymi 111A-30 COMBO o podwyższonym standardzie z miejscami do siedzenia w układzie bez przedziałowym, przedziałowym, z wydzielonymi przedziałami dla opiekuna z dzieckiem, przedziałem dla drużyny konduktorskiej oraz wagonami osobowymi przedziałowymi przystosowanymi do przewozów osób z ograniczoną możliwością poruszania się, z miejscami do przewozu rowerów i z dwiema maszynami vendingowymi. W zakresie Naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją wykonawca zobowiązany jest, w szczególności do: (1) realizacji Naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją, zgodnie z wymaganiami ujętymi w SWZ, Ofercie i projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (2) wykonania prac wyszczególnionych w Załączniku nr 1 do projektowanych postanowień umowy („Zbiorcze zestawienie prac na piątym poziomie utrzymania wagonów osobowych"), stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (3) wykonania prac wyszczególnionych w Załączniku nr 2 do projektowanych postanowień umowy („Zbiorcze zestawienie zakresu modernizacji wagonu osobowego typu 112A"), stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ;
(4) dokonania doboru charakterystyk nowych sprężyn I i II stopnia odsprężynowania oraz charakterystyk tłumików drgań właściwych dla typu wagonu; (5) dokonania Naprawy lub wymiany na nowe zestawów kołowych wg procedury zawartej w Załączniku nr 4 do projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (6) stosowania kolorystyki wagonów przedstawionej w Załączniku nr 7 do projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (7) zapewnienia po wykonanej Naprawie wraz z modernizacją wielkości parametrów nacisków kół na szynę określonych w Załączniku nr 8 do projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (9) doposażenia wagonów w maszyny vendingowe, zgodnie z wymaganiami określonymi w OPZ; (10) uwzględnienia wytycznych co do kolorystyki wnętrza i zewnętrza oraz użytych materiałów wykończeniowych wnętrza wagonów i ich jakości, zgodnie ze szczegółowymi wskazaniami określonymi w § 8 projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (11) sporządzenia i przekazania Zamawiającemu Dokumentacji, o której mowa w § 10 projektowanych postanowień umowy, oraz wszelkich innych dokumentów wymienionych w projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ;
(12) wyposażenie każdego z wagonów w niezbędne Oprogramowanie, zapewniające komunikację w języku polskim; (13) udzielenia licencji do Dokumentacji oraz udzielenia licencji do Oprogramowania wraz z prawem sublicencji, na zasadach szczegółowo określonych w § 12 i § 13 projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (14) udzielenia gwarancji, wystawienia i przekazania karty gwarancyjnej dla każdego z wagonów, obejmującej warunki określone w § 17 projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ, oraz świadczenia usług gwarancyjnych;
(15) przeszkolenia wskazanych przez Zamawiającego osób zgodnie z postanowieniami § 9 projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (16) przekazania Zamawiającemu wyników raportów i wniosków z przeprowadzonych badań, o których mowa w projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do

SWZ;
(17) dostarczenia wraz z 5 (piątym) wagonem części, urządzeń, zespołów i podzespołów
w ramach Wyprawki, wraz udzieleniem gwarancji zgodnie z § 11 projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ i przekazania Kart Gwarancyjnych;
(18) uzyskania i przedstawienia Zamawiającemu, przed rozpoczęciem Naprawy okresowej
na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją, pierwszego z wagonów, wstępnej opinii wydanej przez jednostkę wyznaczoną stwierdzającą, że klimatyzacja spełnia wymagania kart UIC 553 i UIC 553-1 oraz norm PN-EN 13129-1 i PN-EN 13129-2. Opinia zostanie wydana staraniem i na koszt Wykonawcy; (19) sporządzania i przesyłania do Zamawiającego raz
w miesiącu do 5 dnia każdego miesiąca zestawień wykonanych prac w poprzednim miesiącu według wzoru określonego w Załączniku nr 15 do projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (20) zastosowania do wykonania Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wyłącznie fabrycznie nowych zespołów, podzespołów i elementów; (21) dostarczenia najpóźniej w dniu wystawienia dopuszczenia
do użytkowania oraz przywrócenia do eksploatacji pierwszego wagonu, raportów z badań wyszczególnionych w Załączniku nr 5 do projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ; (22) plombowania zespołów, podzespołów i części wagonów osobowych pozwalające na ich identyfikację przez cały okres ich eksploatacji w okresie gwarancji. Wykaz znakowanych lub plombowanych niektórych zespołów, podzespołów
i części wagonów osobowych stanowi Załącznik nr 9 do projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ. Zamawiający wymaga ponadto, aby Naprawa
z modernizacją wykonywana została zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją techniczną: konstrukcyjną, technologiczną oraz Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru
po Naprawie (na które składają się WTW i WTO), Dokumentacją Techniczno - Ruchową (DTR), Dokumentacją Systemu Utrzymania Pojazdu (DSU), a także odpowiednimi aktualnymi na dzień podpisania Umowy Europejskimi Normami, Polskimi Normami i Kartami UIC, dokumentami technicznymi i Raportami ERRI/ORE obowiązującymi w okresie trwania Umowy, których wykaz stanowi Załącznik nr 3 do projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ. Wykonawca zobowiązany jest w trakcie realizacji Naprawy
z modernizacją wykonać z wynikiem pozytywnym wszystkie badania i próby przewidziane Warunkami Technicznymi Wykonania (WTW) i Warunkami Technicznymi Odbioru (WTO). Wykonawca zobowiązany jest do wykonania prób i badań urządzeń podlegających dozorowi technicznemu, tj. czynności dozorowych umożliwiających badanie, uzyskanie decyzji dopuszczenia do eksploatacji i rejestrację urządzeń. Wykonawca w ramach realizacji zamówienia zobowiązany jest do wykonania Przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania każdego wagonu, w którym wykonano Naprawę z modernizacją.

W treści OPZ wskazano także, że z uwagi na ustanowiony na podstawie Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2019/779 z dnia 16 maja 2019 r. ustanawiającego szczegółowe przepisy dotyczące systemu certyfikacji podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie pojazdów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego
i Rady (UE) 2016/798 oraz uchylającego rozporządzenie Komisji (UE) nr 445/2011, przez Zamawiającego - przewoźnika pełniącego rolę podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie (ECM - ang. Entity in Charge of Maintenance) - system kwalifikowania dostawców, zamówienie może być wykonane wyłącznie przez podmiot zakwalifikowany do systemu kwalifikowania dostawców, opisanego w Regulaminie SKD i spełniający opisane w nim warunki. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz szczegółowe warunki realizacji zamówienia Zamawiający zawarł w Załączniku nr 1 do SWZ (tj. w projektowanych postanowieniach umowy
z załącznikami).

Z kolei termin wykonania zamówienia opisano w Rozdziale VI SWZ, w którym przewidziano: (1) wykonanie Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz
z modernizacją wszystkich wagonów objętych zamówieniem oraz wykonania przeglądu na
3-cim poziomie utrzymania w terminie nie dłuższym niż 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z uwzględnieniem terminów wskazanych w pkt 2-5 poniżej; (2) wykonanie Naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych zamówieniem, nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zaś wykonania przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania po 18 miesiącach eksploatacji wagonów
po wykonania Naprawy na 5-tym poziomie utrzymania każdego z wagonów; (3) wykonanie Naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją jednego wagonu (czas postoju wagonu) w terminie nie dłuższym niż 70 dni kalendarzowych; (4) wykonanie Naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją pierwszego wagonu (czas postoju wagonu) w terminie nie dłuższym niż 250 dni kalendarzowych; (5) wykonanie Przeglądu każdego
z wagonów w terminie nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych (czas postoju wagonu).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało
na uwzględnienie.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie przy rozstrzyganiu przedmiotowej sprawy.

W myśl art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych
i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ
na sporządzenie oferty. W ust. 4 tego artykułu ustawodawca przewidział, że 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 zgodnie z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Powyższe przepisy obligują zamawiającego do tego, aby ten, opisując przedmiot zamówienia w SWZ, sprecyzował swoje potrzeby, nie narzucając jednak konkretnego produktu czy preferując w jakikolwiek sposób określonego wyrobu czy wykonawcy. Z kolei zasady wyrażone w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp wymagają od zamawiającego, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami i konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zapisy SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób naruszający zasady ustawowe czy też niespójne
- naruszają art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp i zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Odnosi się to również do sformułowania zapisów SWZ w sposób, który nadmiernie przerzuca ryzyka związane z realizacją zamówienia
na wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należycie wywiązać się z zawartej umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu. Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma zatem prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby zabezpieczały one jego obiektywne
i uzasadnione potrzeby, ale potrzeby te nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do rynku i naruszać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wprawdzie z treści cytowanych przepisów nie wynika dla zamawiającego obowiązek sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, w tym ustalenia terminu jego realizacji, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy.

Rozpoznając niniejszą sprawę, w związku ze sposobem, w jaki odwołujący sformułował zarzuty niniejszego odwołania, należy także wskazać na treść przepisu art. 555 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, w tym okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1454/22 Izba zwróciła uwagę, że rozpoznając odwołanie nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zarzuty zaś należy rozumieć jako wskazanie naruszonych przepisów prawa, ale też okoliczności faktycznych, stanowiących o naruszeniu. Izba nie jest zatem uprawniona do dążenia do ustalenia prawdy obiektywnej, a orzeka w oparciu o argumenty i dowody zaprezentowane przez strony.

W konsekwencji, o ile dowody na mocy art. 535 ustawy Pzp, odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę
z uwagi na treść przepisu art. 555 ustawy Pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne, konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Należy też wskazać, iż powyższa uwaga nabiera szczególnego znaczenia
w przypadkach, gdy wykonawca kwestionuje zapisy SWZ. Aby stawiane zarzuty były skuteczne wykonawca musi bowiem, oprócz podania podstawy prawnej leżącej u podstaw stawianych zarzutów, także opisać w sposób szczegółowy i precyzyjny na czym polegało owo naruszenie, jak też wskazać argumentację, która przemawia za tym, aby Izba rozpoznając odwołanie mogła ocenić jego trafność. Dodatkowo też, w takim przypadku, o tym czy Izba uwzględni czy oddali takie odwołanie decyduje charakter lub zakres stawianych żądań. Zatem aby odwołanie w tego rodzaju sprawach mogło zostać uznane za zasadne, powinno oprócz wskazania wadliwości postanowień proponowanych przez zamawiającego, zawierać również uzasadnienie żądania określonej zmiany. Jeśli z kolei zmiana taka ma dotyczyć modyfikacji zapisów SWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia odwołujący ma obowiązek wykazać, że postulowany przez niego termin, określony przez niego w żądaniu, jest jedynym możliwym terminem wykonania zamówienia. Innymi słowy, nie wystarczy w takim przypadku wykazać, że określony przez zamawiającego w dokumentach zamówienia termin jest zbyt krótki, ale należy uzasadnić, popierając to stosownymi dowodami, że to proponowany przez odwołującego termin jest rzeczywistym, realnym terminem, w którym możliwa stanie się realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przekładając powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że niniejsze odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z kilku powodów, które zostaną wskazane poniżej.

W pierwszej kolejności na decyzję o oddaleniu odwołania wpływ miał sposób, w jaki odwołujący skonstruował zarzuty odwołania tj. lakoniczny i ogólny, bez zaprezentowania konkretnych argumentów i podstaw wskazujących na to, że zamawiający powinien wydłużyć postulowane terminy realizacji zamówienia. Dodatkowo, wskazywane w sposób wyłącznie hasłowy, okoliczności które miałyby powodować konieczność wydłużenia terminu wykonania zamówienia, w żaden sposób nie zostały powiązane z 18- miesięcznym terminem, o jaki odwołujący chciałby wydłużyć termin wykonania Napraw P5 wagonów. Odwołujący w treści odwołania wskazuje wprawdzie na szereg okoliczności, które mają powodować, że termin wyznaczony przez zamawiającego nie jest możliwy do dotrzymania, nie wskazując jednak
w treści odwołania żadnych konkretów. Jako przykład takich ogólnych i nieskonkretyzowanych twierdzeń należy wskazać argumentację dotyczącą tego, że w związku z wydłużeniem się terminów dostaw wielu elementów kluczowych i niezbędnych do budowy i modernizacji pojazdów szynowych czas dostawy potrzebnych do tego komponentów, koniecznych dla realizacji tego zamówienia sięga nawet 12 miesięcy. Przy tym nie precyzuje nawet w treści odwołania o jakie konkretnie komponenty chodzi, jakie są terminy dostaw wynikające z cyklu produkcji i w jaki sposób wpływa to na konieczność wydłużenia terminu realizacji zamówienia. Brak skonkretyzowania zarzutu uniemożliwia w takim wypadku zamawiającemu ocenę zarzutów odwołania, odniesienie się do nich, z kolei Krajowej Izbie Odwoławczej ocenę, czy przedstawiona w tym zakresie argumentacja znajduje oparcie w rzeczywistości.

Przypomnieć należy w tym miejscu treść cytowanego wyżej przepisu art. 555 ustawy Pzp, który wyznacza granice rozpoznania odwołania przez Izbę zwracając uwagę,
że konkretyzacja zarzutów nie może mieć miejsca dopiero na rozprawie. O ile zgodzić się należy z odwołującym, że przepisy ustawy Pzp dopuszczają, aby odwołujący się wykonawca przedkładał dowody potwierdzające zasadność zarzutów aż do zamknięcia rozprawy, o tyle nie jest możliwe rozszerzanie samej argumentacji dopiero na rozprawie. W okolicznościach niniejszej sprawy, w odniesieniu do terminów dostaw komponentów, odwołujący w treści odwołania ograniczył się do samych twierdzeń o tym, że zaburzone zostały łańcuchy dostaw, a opóźnienia z tego tytułu sięgają nawet 12 miesięcy. Tak ograniczona argumentacja, przy jednoczesnym żądaniu, aby termin wykonania zamówienia wydłużyć aż dwukrotnie, nie mogła skutkować uwzględnieniem odwołania. W podobny sposób odwołujący wskazywał i opisywał inne okoliczności, które to w jego ocenie miałyby powodować konieczność wydłużenia terminów, takie jak zmieniające się przepisy, konieczność wykonywania dodatkowych badań homologacyjnych, konieczność uzyskania zezwolenia na dopuszczenie pojazdów do eksploatacji czy też konieczność dokonywania uzgodnień z zamawiającym. W samej treści odwołania brak jest szczegółowej argumentacji w tym zakresie, nie mówiąc już o dowodach, które uprawdopodobniłyby zasadność formułowanych twierdzeń.

Niezależnie jednak od wskazywanych wyżej argumentów, odnoszących się do konstrukcji odwołania, również argumentacja podnoszona na rozprawie, jak też zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, nie dawał Izbie podstaw do uznania, że zamawiający, wyznaczając termin realizacji zamówienia, naruszył przepisy art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp,

poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia adekwatnego terminu spełnienia świadczenia. Po analizie dokumentacji postępowania, mając na uwadze zakres prac i czynności przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia,
a także mając na względzie terminy na wykonanie tych czynności, które przewidział
w projekcie umowy zamawiający, Izba doszła do przekonania, że jego realizacja jest możliwa w terminie wymaganym przez zamawiającego w SWZ.

Izba podziela pogląd, że zamawiający określając termin realizacji zamówienia, ma obowiązek takiego jego ustalenia, aby wykonawca miał możliwość dane zamówienie wykonać, a decydując się na ubieganie o zamówienie nie ponosił konsekwencji tego, że godząc się
na dane warunki albo w ogóle go nie zrealizuje, albo też będzie zmuszony zapłacić kary umowne. Z drugiej jednak strony jeśli zamawiający uzasadni czym kierował się określając taki a nie inny termin realizacji, wykonawca nie może domagać się, aby wydłużać podane terminy tak, aby wykonawca miał dodatkowy margines na jego wykonanie.

W przedmiotowej sprawie zamawiający, w ocenie Izby, w sposób dostateczny wykazał, że przyjęty przez niego termin 18 miesięcy wynika z jego uzasadnionych potrzeb oraz,
że zamawiający ustalając go brał pod uwagę zarówno zakres prac, które będzie musiał zrealizować wykonawca, jak też uwarunkowania panujące na rynku. W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę i uwzględniła argumentację zamawiającego w zakresie zwiększających się stale potrzeb taborowych Spółki, wynikających ze zwiększającej się rokrocznie liczby pasażerów i związanego z tym rosnącego zapotrzebowania na tabor, przede wszystkim też na potrzebę zapewnienia pojazdów dla grup pasażerów ze szczególnymi potrzebami. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zaprezentował szczegółowe dane na temat tego jak duży jest aktualnie wzrost liczby pasażerów, co powoduje w konsekwencji, że termin realizacji zamówienia musi być ustalony w taki sposób, aby choć realny dla wykonawcy, uwzględniał też pilną potrzebę zapewnienia nowego taboru.

Zamawiający ustalając termin realizacji, brał także pod uwagę terminy określone dla innych, zbliżonych projektów, obejmujących zbliżoną liczbę wagonów. Realizując bowiem równolegle wiele zamówień, wykonywanych także przez innych wykonawców, w tym przystępującego oraz PKP Intercity Remtrak sp. z o.o. z siedzibą w Libiszowie, których przedmiotem są także naprawy P5 wagonów, które wykonawcy zrealizowali lub realizują miał wiedzę w jakim czasie możliwe jest wykonanie zamówienia. Tak np. Umowa nr UM-BIT-20-900-0050 z dnia 22 grudnia 2020 r. - do dnia 20 czerwca 2022 r. (czyli w terminie 18 miesięcy od podpisania umowy) wykonawca - konsorcjum w składzie którego jest także odwołujący: ZNTK Mińsk Mazowiecki S.A. i Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. - dostarczyło 88 wagonów p P5 z modernizacją (wagony bezprzedziałowe 2 klasy) - termin dostawy wszystkich 125 pojazdów objętych kontraktem zakładany był na 30 miesięcy, natomiast został realizowany w terminie 24 miesięcy. Druga z zawartych umów nr UM-BIT-22-900-0035, podpisana w 2022 r., w ramach której w ciągu kilkunastu miesięcy przystępujący już dostarczył 10 wagonów po naprawie P5, a kolejnych 25 sztuk ma stan zaawansowania naprawy na poziomie 85 - 90%.

Ponadto, zamawiający w sposób dostateczny wykazał, że ustalony przez niego termin realizacji zamówienia określony został w oparciu o istniejące uwarunkowania, jest realny
i uwzględnia czas niezbędny na: uzgodnienia z zamawiającym, czas badań homologacyjnych, pozyskanie koniecznych do wykonania komponentów, uzyskanie zezwolenia, a zatem te wszystkie czynniki i okoliczności, na które wskazał odwołujący w treści złożonego odwołania.

Za nietrafione uznać należy argumenty odwołującego w zakresie, w jakim wskazuje na konieczność dokonywania uzgodnień technicznych z zamawiającym, wynikających z jego specyficznych wymagań opisanych w OPZ. Nie ulega wątpliwości, że w treści OPZ zamawiający przyjął pewne założenia co do sposobu realizacji zamówienia, pozostawiając jednak pewną swobodę wykonawcom, mając na uwadze, że w zależności od producenta
i oferowanego przez niego rozwiązania, możliwe jest osiągnięcie określonego parametru lub spełnienie wymogu w różny sposób.

Odwołujący jednak błędnie odczytuje termin, jaki został wyznaczony na przeprowadzenie tych uzgodnień wskazując, iż pewne elementy wymagają akceptacji zamawiającego w terminie 50 dni. Dodatkowo podnosi, że sama procedura dokonywania uzgodnień ma niezwykle skomplikowany i długotrwały charakter, wymaga wielu spotkań, jak też wymiany korespondencji mailowej, nawet w przypadku drobnych elementów. Umyka uwadze odwołującego, że z treści załącznika nr 2 do Projektu Umowy, który jest skorelowany z postanowieniami § 8 Umowy - Uzgodnienia dotyczące rozwiązań technicznych i designu wagonów osobowych wynika, że zamawiający na akceptację finalnego projektu wszystkich rozwiązań ma 14 dni kalendarzowych od dnia przekazania przez wykonawcę designbook'a. Z kolei w przypadku zgłoszenia uwag, strony wspólnie w terminie 7 dni dokonują koniecznych ustaleń.

Tym samym w pierwszej kolejności zauważyć należy, że to wykonawca ma zasadniczy wpływ na termin prowadzenia tych uzgodnień, to po jego stronie leży bowiem przygotowanie projektu. Z kolei zamawiający musi zaakceptować przygotowane dokumenty we wskazanym, maksymalnym terminie - nie 50 a 14 dni. Nie ma też przeszkód, aby wykonawca przedstawiał zamawiającemu do uzgodnień poszczególne elementy w znacznie krótszym czasie, skracając tym samy czas potrzebny na uzgodnienia, co daje możliwość wcześniejszego rozpoczęcia kolejnych etapów realizacji zamówienia.

Ponadto jak wskazał zamawiający w swoim piśmie procesowym - odpowiedzi na odwołanie, tożsame uzgodnienia prowadzone są praktycznie w każdym postępowaniu. Już wcześniej odwołujący, jako strona innych umów zawartych z zamawiającym, takie uzgodnienia prowadził. Z dotychczasowej praktyki zamawiającego wynika, że w trakcie realizacji tego typu projektów wykonawcy na bieżąco przesyłają, równolegle do uzgodnień, projekty i przyjęte rozwiązania. W praktyce w momencie dostarczenia finalnego designbook'a (w terminie maksymalnie 50 dni od dnia zawarcia umowy) większość uzgodnień w obszarach wskazanych przez wykonawcę jest już dokonana. Z kolei odwołujący, oprócz gołosłownych twierdzeń o tym jak długotrwała i skomplikowana jest to procedura, nie przedłożył żadnych dowodów na okoliczność, że termin który wskazał zamawiający na uzgodnienia jest nierealistyczny, ulegał wcześniej wydłużeniu i, że miało to wpływ na wydłużenie się terminów realizacji wcześniejszych projektów.

Nie potwierdził się również zarzut, że określony przez zamawiającego w SWZ termin nie uwzględnia czasu potrzebnego na przeprowadzenie badań homologacyjnych. Zauważyć należy, że badania takie są wykonywane każdorazowo w tego typu projektach, a czas niezbędny na ich przeprowadzenie wynosi od 2 do 3 miesięcy. Zamawiający przed uruchomieniem postępowania zweryfikował ile aktualnie trwa przeprowadzenie ww. badań przez czołową jednostkę - Instytut Kolejnictwa i z odpowiedzi udzielonej w dniu 10 maja
2023 r. (dowód złożony przez zamawiającego na rozprawie) wynika, iż badania wagonu pasażerskiego trwają mniej więcej 2 do 3 miesięcy, w zależności od realizowanych równolegle badań. Z kolei z dowodu złożonego przez odwołującego na rozprawie tj. opinii przygotowanej przez Poznański Instytut Technologiczny z 25 sierpnia 2023 r. wynika, że czas ten wynosi
od 3 do 4 miesięcy. Dodatkowo, jak wskazał zamawiający powszechną praktyką innych producentów na rynku krajowym, w celu skrócenia terminu badań, jest ich prowadzenie
z wykorzystaniem większej liczby pojazdów. Pozwala to na prowadzenie różnych badań w tym samym czasie np. jeden z pojazdów jedzie na badania hamulca, drugi natomiast jedzie w tym samym czasie na badanie hałasu.

Izba nie znalazła również podstaw, aby uznać, że konieczne jest wydłużenie terminu realizacji zamówienia z powodu braku możliwości pozyskania do realizacji zamówienia niezbędnych komponentów. Jak już wcześniej zaznaczono, w treści złożonego odwołania brak było jakiejkolwiek szczegółowej argumentacji odnoszącej się do tego jakich to komponentów nie może on pozyskać w czasie realizacji naprawy, jak wydłużyły się terminy realizacji
w stosunku do tych które obowiązywały przed pandemią COVID-19 i wybuchem wojny
w Ukrainie. Zamawiający z koeli, który realizuje równolegle podobne projekty, również wymagające pozyskanie przez wykonawców niezbędnych urządzeń, nie otrzymał dotychczas od wykonawców żadnych informacji, z których wynikałoby, że ich dostawa ulega znacznym opóźnieniom.

Odwołujący przedłożył wprawdzie na rozprawie dowody w postaci ofert pozyskanych od jego poddostawców (oferta Bonatrans Group na zakup zestawu kołowego tocznego, oferta Faiveley Transport na system HVAC; oferta Knorr-Bremse na dostawę układu hamulcowego), z których wynika, że termin dostawy dla zestawu kołowego toczonego wynosi 12-13 miesięcy, systemu hamulcowego - ok. 11 miesięcy, jednostek HVAC - 14 miesięcy, jednakże należy zauważyć, że powyższe firmy nie są jedynymi dostawcami tych komponentów, co przyznał odwołujący na rozprawie. Odwołujący nie twierdził i nie wykazał, że nie ma innych podmiotów, które byłyby w stanie zrealizować tych dostaw w terminie krótszym. Ponadto jak wiadomo oferty takie stanowią wyłącznie wstępną deklarację odnośnie możliwych terminów realizacji, często w przypadku prowadzenia wiążących uzgodnień z dostawcami - terminy deklarowane przez dostawców ulegają dodatkowemu skróceniu.

Zamawiający także weryfikował aktualne terminy dostaw kluczowych podzespołów
u czołowych dostawców, pozyskując oferty od firmy Medcom Sp. z o.o. oraz APS Energia S.A. na dostawę przetwornic oraz na dostawę kompletów urządzeń systemu klimatyzacji od firmy KNORR-BREMSE Systemy Kolejowe Polska sp. z o.o. Wynika z nich, że produkcja komponentów odbywa się na bieżąco, dostawy sukcesywnie, a jak deklaruje jeden
z dostawców (KNORR-BREMSE Systemy Kolejowe Polska sp. z o.o.) możliwe jest dodatkowo skrócenie deklarowanego czasu realizacji, po przeanalizowaniu możliwości produkcyjnych.

W końcu też, co należy podkreślić okoliczność, że terminy dostaw komponentów wynoszą kilka miesięcy, nie daje podstaw do twierdzenia, że zasadne jest wydłużenie terminu realizacji projektu aż do 36 miesięcy, jak tego domaga

się odwołujący.

W końcu nie potwierdziły się także twierdzenia odwołującego w zakresie, w jakim wskazał na konieczność uwzględniania w harmonogramie realizacji projektu, czasu trwania procedury wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji przez Urząd Transportu Kolejowego (dalej „UTK") wynoszący 10 miesięcy, jako wynikający z obowiązujących regulacji. Zauważyć należy, że termin wydawania zezwolenia przez Agencję Kolejową UE jest uregulowany w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia
2018 r., ustanawiającym uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797 (dalej „Rozporządzenie"). W art. 34 Rozporządzenia wskazano obowiązujące terminy przeprowadzenia oceny wniosku. I tak zgodnie z ust. 1 kompletność wniosku sprawdzona zostaje w terminie jednego miesiąca od daty jego otrzymania. Podmiot udzielający zezwolenia informuje wnioskodawcę o wynikach oceny.
Z ust. 2 wynika, że w przypadku, gdy wnioskodawca otrzymuje informację, że przekazana przez niego dokumentacja jest kompletna, ostateczną decyzję o wydaniu zezwolenia dla typu pojazdu lub zezwolenia na wprowadzenie pojazdu do obrotu podejmuje się nie później niż
w terminie czterech miesięcy od potwierdzenia, że dokumentacja jest kompletna. Podmiot udzielający zezwolenia wydaje decyzję w terminie jednego miesiąca od daty otrzymania wniosku (ust. 3).

Dodatkowo, na co zwrócił uwagę zamawiający, z informacji zamieszczonej przez Agencję Kolejową w przygotowanym dokumencie pn. „Przewodnik. Wytyczne dotyczące uzgodnień praktycznych na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdu" (dowód załączony do odpowiedzi na odwołanie) wynika, że terminy opisane w Rozporządzeniu są to terminy maksymalne, zaś Strony powinny dążyć do realizacji swoich zadań bez zbędnej zwłoki.

Biorąc zatem pod uwagę cytowane zapisy Rozporządzenia, jak też wytyczne zawarte w Przewodniku stwierdzić należy, że w zależności od wybranej ścieżki uzyskania zezwolenia, proces taki może trwać od 2 do maksymalnie 5 miesięcy. Agencja kolejowa Unii Europejskiej przewiduje również, że możliwe jest Wsparcie przygotowawcze, które może istotnie skrócić czas potrzebny na uzyskanie zezwolenia.

Nie ulega również wątpliwości, że znaczący wpływ na skrócenie czasu uzyskania zezwolenia ma jakość dokumentacji towarzyszącej przesłanej w celu uzyskania zezwolenia, zatem sam odwołujący ma wpływ na to ile potrwa wydanie ww. dokumentu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie ma podstaw do twierdzenia,
że zamawiający ustalił w postępowaniu termin, który jest nierealistyczny i nie pozwala
na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego, zaś postulowany przez odwołującego termin - 36 miesięcy od podpisania umowy został określony w oparciu o rzeczywiste, panujące na rynku uwarunkowania. Ponownie w tym miejscu należy zaznaczyć, że aby Izba uwzględniła odwołanie w zakresie postulowanego terminu realizacji odwołujący musi wykazać, że żądanie jego wydłużenia o określony czas znajduje swoje odzwierciedlenie w terminach realizacji poszczególnych etapów. Nie może być wątpliwości co do tego, że czas trwania danego etapu/ wykonania czynności jest taki, jaki wskazuje odwołujący, a nie taki jaki wynika z analizy
i doświadczeń zamawiającego. W niniejszej sprawie odwołujący nie sprostał ciążącemu
na nim obowiązkowi wykazania, że rzeczywiście tylko ten termin pozwala na zrealizowanie zamówienia, w konsekwencji odwołanie należało oddalić, o czym Izba orzekła w pkt 1 sentencji.

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

Przewodniczący:……