

Sygn. akt KIO 2457/23

WYROK
z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 01 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 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

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ S z siedzibą w Bydgoszczy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 651 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 51 zł.Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2457/23

UZASADNIENIE:

„PKP INTERCITY” S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn: „Dostawa 46 lokomotyw elektrycznych wraz ze świadczeniem usług utrzymania”, nr referencyjny: 23/WNP-019232/TUT.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 09 sierpnia 2023 pod numerem: 2023/S 152-485212.

W postępowaniu tym wykonawca POJAZDY SZYNOWE PESA BYDGOSZCZ S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) 21 sierpnia 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 8 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 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.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w treści SWZ:

- 1) Zmianę terminu dostawy wszystkich Pojazdów w terminie do 43 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu winna nastąpić nie później niż w terminie 27 miesięcy od dnia zawarcia umowy we wszystkich postanowieniach SWZ, w tym w szczególności w następujących postanowieniach SWZ:

(i). w SWZ rozdział VI na:

„Zamawiający wymaga:

- 1) dostawy wszystkich Pojazdów w terminie do 43 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu winna nastąpić nie później niż w terminie 27 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) świadczenia usług utrzymania Pojazdów – (zgodnie z ofertą Wykonawcy), przy założeniu następujących wymagań: od dnia protokolarnego odbioru końcowego dostawy pierwszego Pojazdu do momentu wykonania pierwszej naprawy na poziomie utrzymania P4 ostatniego Pojazdu (z zastrzeżeniem, że usługa utrzymania Pojazdów kończy się indywidualnie dla każdego z Pojazdów po wykonaniu pierwszej naprawy P4), jednak nie

krócej niż 60 miesięcy liczonych od dnia protokolarnego odbioru końcowego dostawy każdego z Pojazdów.”

(ii). w SWZ rozdział XV na:

„4. W kryterium terminu dostawy pierwszego Pojazdu (wyrażonego w pełnych miesiącach, termin ten nie może być dłuższy niż wskazany w Rozdziale VI pkt 1 SWZ, tj. nie może być dłuższy niż 27 miesięcy), przyznane zostaną punkty, według następujących założeń:

- 1) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 19 miesięcy i w krótszym – otrzyma 10,000 punktów
- 2) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 20 miesięcy – otrzyma 8,000 punktów
- 3) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 21 miesięcy – otrzyma 6,000 punktów
- 4) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 22 miesięcy – otrzyma 5,000 punktów
- 5) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 23 miesięcy – otrzyma 4,000 punktów
- 6) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 24 miesięcy – otrzyma 3,000 punkty
- 7) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 25 miesięcy – otrzyma 2,000 punkty
- 8) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 26 miesięcy – otrzyma 1,000 punkt
- 9) Wykonawca, który dostarczy pierwszy Pojazd w terminie do 27 miesięcy – otrzyma 0,000 punktów

W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie terminu dostawy pierwszego z Pojazdów Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaoferował maksymalny termin zgodny z terminem wskazanym w Rozdziale VI pkt 1 SWZ (27 miesięcy) i taki też przyjmie do badania oferty.

(iii). w SWZ rozdział XV na:

„5. W kryterium terminu dostawy wszystkich Pojazdów (wyrażonego w pełnych miesiącach, termin ten nie może być dłuższy niż wskazany w Rozdziale VI pkt 1 SWZ, tj. nie może być dłuższy niż 43 miesięcy), zostaną przyznane punkty, według następujących założeń:

- 1) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 33 miesięcy i w krótszym – otrzyma 10,000 punktów
- 2) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 34 miesięcy – otrzyma 9,000 punktów
- 3) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 35 miesięcy – otrzyma 8,000 punktów
- 4) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 36 miesięcy – otrzyma 7,000 punktów
- 5) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 37 miesięcy – otrzyma 6,000 punktów
- 6) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 38 miesięcy – otrzyma 5,000 punktów
- 7) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 39 miesięcy – otrzyma 4,000 punkty
- 8) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 40 miesięcy – otrzyma 3,000 punkty
- 9) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 41 miesięcy – otrzyma – 2,000 punkty
- 10) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 42 miesięcy – otrzyma 1,000 punkt
- 11) Wykonawca, który dostarczy wszystkie Pojazdy w terminie do 43 miesięcy – otrzyma 0,000 punktów

W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie terminu dostawy wszystkich Pojazdów Zamawiający uzna, iż Wykonawca zaoferował maksymalny termin zgodny z terminem wskazanym w Rozdziale VI pkt 1 SWZ (43 miesięcy) i taki też przyjmie do badania oferty.

(iv). w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja II.2.4) na:

„6. Zamawiający wymaga:

- 1) dostawy wszystkich Pojazdów w terminie do 43 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu winna nastąpić nie później niż w terminie 27 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) świadczenia usług utrzymania Pojazdów – (zgodnie z ofertą wykonawcy), przy założeniu następujących wymagań: od dnia protokolarnego odbioru końcowego dostawy pierwszego Pojazdu do momentu wykonania pierwszej naprawy na poziomie utrzymania P4 ostatniego Pojazdu (z zastrzeżeniem, że usługa utrzymania Pojazdów kończy się indywidualnie dla każdego z Pojazdów po wykonaniu pierwszej naprawy P4), jednak nie krócej niż 60 miesięcy liczonych od dnia protokolarnego odbioru końcowego dostawy każdego z Pojazdów.”

(v). w załączniku nr 2 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy §17 na:

„§ 17 Terminy wykonania dostawy Pojazdów

1. Dostawa wszystkich Pojazdów objętych niniejszą Umową nastąpi w terminie do¹ miesięcy od podpisania Umowy przez Strony, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu musi nastąpić nie później niż w terminie² miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Pierwszy z dostarczonych Pojazdów zostanie poddany eksploatacji obserwowanej, trwającej do wykonania pierwszego przeglądu na pierwszym poziomie utrzymania P1 włącznie, licząc od dnia odbioru końcowego. Postanowienia dotyczące eksploatacji obserwowanej wskazano w niniejszym paragrafie w ust. 5 oraz kolejnych.

¹ Zgodnie z ofertą Wykonawcy, termin nie dłuższy niż 43 miesiące

² Zgodnie z ofertą Wykonawcy, termin nie dłuższy niż 27 miesięcy”

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Zamawiający w SWZ sformułował wymóg dostawy wszystkich lokomotyw elektrycznych (dalej: Pojazdy) w terminie nie dłuższym niż 26 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a wykonania dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zamawiający określił kryteria oceny ofert, w których zamieścił: termin dostawy pierwszego Pojazdu (waga 10,000 punktów) oraz termin dostawy wszystkich Pojazdów (waga 10,000 punktów).

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Zamawiający wymagając dostawy Pojazdów w nawet w najdłuższym terminie nie dłuższym niż 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy dla pierwszego Pojazdu i 26 miesięcy dla wszystkich Pojazdów pomija istotne okoliczności mające wpływ na wykonanie tego typu zobowiązania przez wykonawcę. Dla prawidłowego określenia terminu, w jakim możliwe jest zbudowanie, przeprowadzenie niezbędnych badań, uzyskanie homologacji oraz dostarczenie pojazdu szynowego, niezbędne jest uwzględnienie warunków, w jakich powstaje taki pojazd, ze szczególnym zwróceniem uwagi na czas trwania tego procesu i poszczególnych jego etapów oraz zachodzących między nimi zależności. 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.

Podkreślenia wymaga, że realny termin dostawy tego typu pojazdu aktualnie, przy uwzględnieniu poniżej opisanych etapów produkcji i realizacji umowy, wymaga znacznie więcej czasu zarówno na produkcję pierwszego, jak i wszystkich Pojazdów, zatem wskazane przez Zamawiającego terminy dostaw, które dodatkowo stanowią kryterium oceny ofert, są nierealne i zbyt krótkie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że rynek dostaw pojazdów szynowych charakteryzuje się tym, że przy każdym zamówieniu zamawiający stawiają indywidualne wymagania techniczne dotyczące pojazdów, co uniemożliwia oferowanie dostawy pojazdów 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 (OPZ). W szczególności należy wskazać również, że 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 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 zwrócić należy uwagę na dynamicznie zmieniające się przepisy związane z systemami bezpieczeństwa pojazdów, które powodują konieczność aktualizacji wyposażenia i oprogramowania pojazdów, co oznacza konieczność prowadzenia dodatkowych badań homologacyjnych nawet w przypadku, gdy pojazd bazowy (typ) był już wcześniej dopuszczony do eksploatacji.

Dla ustalenia czasu niezbędnego do wyprodukowania nowej lokomotywy konieczne jest również uwzględnienie realnych terminów dostaw komponentów używanych do produkcji pojazdu. Zwrócić tu należy uwagę na to, że na rynku dostaw pojazdów elektrycznych terminy nie zawsze były tak długie. Terminy zaproponowane przez Zamawiającego jeszcze kilka lat temu byłyby możliwe do realizacji.

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 14 miesięcy (dla komponentów strategicznych). Nie bez znaczenia jest tu fakt, że obecnie budowane pojazdy szynowe są pojazdami bardzo nowoczesnymi i wyposażonymi w bardzo zaawansowane systemy elektroniczne, dla których globalny kryzys na rynku półprzewodników (ang. chip shortage 3) powoduje, że terminy dostaw w zasadzie wszystkich urządzeń wyposażonych w układy scalone, czyli znacznej większości komponentów w pojeździe szynowym, uległy znacznemu wydłużeniu.

To właśnie czas dostawy komponentów jest kluczowym elementem tworzenia harmonogramu produkcji lub modernizacji pojazdu i dopiero po jego ustaleniu przechodzi się do ustalenia czasu trwania zabudowy i montażu komponentów na pojazdach, uruchomienia, czasu trwania testów oraz uzyskania zezwolenia na dopuszczenie pojazdu do eksploatacji. Wykonanie wszystkich tych czynności w dzisiejszych warunkach jest obiektywnie niemożliwe w terminie 18 miesięcy dla pierwszego Pojazdu lub 26 miesięcy dla 46 Pojazdów.

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 wynosi około 12 miesięcy.

Istotny wpływ na termin realizacji zamówienia mają, jak już wcześniej wspomniano, 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 około dwadzieścia. Ich wpływ na termin projektowania i produkcji pojazdów jest różny, jednak należy zwrócić uwagę na to, że 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.

Co za tym idzie wobec tak kształtujących się terminów dostaw kluczowych komponentów, budowa całego pojazdu wraz z przeprowadzeniem procedury homologacyjnej, czynią niemożliwym dostawę pierwszego Pojazdu w 18 miesięcy oraz dalszych 45 w terminie 26 miesięcy.

W związku z powyższym, terminy wskazane przez Zamawiającego nie mogą zostać dotrzymane.

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 równoległe 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 w 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 przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2022 r., sygn. KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22 oraz treść art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie powinien więc 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 PZP zasadą proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jak również uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, których próżno szukać w przedmiotowym Postępowaniu.

Odwołujący twierdzi 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, 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 dostaw Pojazdów powinien zostać określony zgodnie z żądaniem wskazanym w petitum Odwołania, tj. na maksymalnie 27 miesięcy na dostawę pierwszego Pojazdu i 43 miesiące na dostawę wszystkich Pojazdów od dnia zawarcia umowy. Proponowane przez Odwołującego terminy dostaw uwzględniają wszystkie okoliczności istotne dla zrealizowania przedmiotowego zamówienia w sposób należyty.

W złożonej pismem z 31 sierpnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający zaprzecza jakoby zamówienie nie było dofinansowane ze środków unijnych. Zamawiający czynił starania, aby dostawy przedmiotowych lokomotyw uzyskały finansowanie zewnętrzne z Krajowego Planu Odbudowy (dalej także „KPO”) w kompetencji E2.1.2 Pasażerski tabor kolejowy w części grantowej. Przed wszczęciem postępowania trwały konsultacje na temat rewizji KPO. Projekt został zgłoszony jako robocza propozycja do objęcia wsparciem w ramach KPO zamiast dostawy 38 składów Push-Pull. Dopiero w dniu 29 czerwca 2023 r. Spółka otrzymała potwierdzenie możliwości rozpoczęcia prac w zakresie przygotowania dokumentacji aplikacyjnej nowego zakresu rzeczowego (dowód nr 1). Zastrzeżono jednak, iż zmiana dopiero zostanie zatwierdzona przez Komisję Europejską. Do dnia ogłoszenia postępowania Zamawiający nie uzyskał jednak oficjalnego potwierdzenia Komisji Europejskiej, czy

zamówienie zostanie uwzględnione w KPO. Końcowe zatwierdzenie zgłoszonych zmian przez KE może potrwać nawet do końca bieżącego roku. Aktualnie zamawiający otrzymał potwierdzenie z Centrum Unijnych Projektów Transportowych, iż niezakontraktowane zadania inwestycyjne można traktować jako „ubieganie się o dofinansowanie ze środków UE” (dowód nr 2), wobec czego w dniu 21 sierpnia 2023 r. dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu (dowód nr 3).

Zamawiający wskazuje, że termin kwalifikowalności KPO kończy się w czerwcu 2026r.

Z informacji uzyskanej przez Zamawiającego z Ministerstwa Infrastruktury wynika, iż jest to ostateczny termin, który nie podlega modyfikacji.

Wymaga podkreślenia, iż w KPO nastąpiła zmiana w zakresie sposobu rozliczenia projektów, względem wcześniejszej polityki spójności. Podstawą rozliczania się z KE i przekazywania środków (w cyklu co pół roku) jest realizacja tzw. kamieni milowych i wskaźników (czyli rozlicza się nie koszty, a faktycznie osiągnięte efekty). W KPO mogą być włączone projekty, których realizacja musi się zakończyć do 31 sierpnia 2026 r. W przypadku zmiany terminu realizacji zamówienia projektu Spółka może utracić dofinansowanie z KPO – zakup taboru nie będzie mógł zostać sfinansowany z KPO z uwagi na termin odbiorów znacznie przekraczający termin kwalifikowalności KPO.

Przyjmując natomiast termin wskazany w odwołaniu przez Wykonawcę (43 miesiące od dnia zawarcia) oraz dość optymistyczny termin zawarcia umowy 1 stycznia 2024 r., zakończenie projektu przypadnie na dzień 1 sierpnia 2027 r. W przypadku zmiany terminu na wnioskowany przez Odwołującego Spółka może utracić 846,40 mln dofinansowania na realizację przedmiotowego projektu co stanowi 39,14% całkowitej dostępnej dla PKP Intercity S.A. alokacji ze środków KPO.

Przyjmując natomiast terminy określone przez Zamawiającego - zakładając, że umowa w przedmiotowym postępowaniu zostanie zawarta w dniu 1 stycznia 2024 r. dostawa wszystkich pojazdów powinna nastąpić do dnia 1 marca 2026 r. (26 miesięcy od dnia zawarcia Umowy), 4 miesiące przed wskazanym powyżej terminem. Należy jednak uwzględnić dodatkowy czas wynikający z ewentualnego przesunięcia terminu zawarcia umowy z uwagi na ryzyko kolejnych odwołań w postępowaniu.

I.Sposób określenia terminów wykonania zamówienia:

Zamawiający wskazuje, iż uzasadnienie odwołania i argumenty w nim przywołane są na tyle lakoniczne i ogólne, iż Zamawiający nie ma podstaw, aby dokonać zmiany ogłoszenia/swz polegającej na prawie wydłużeniu terminu realizacji całego zamówienia aż o 17 miesięcy. (...) W ramach strategii do 2030 roku wszystkie pojazdy posiadane przez przewoźnika będą nowe lub zmodernizowane. Istotnym jej elementem jest zakup 46 lokomotyw elektrycznych jednosystemowych, które będą dostosowane do prędkości 160 km/h i zostaną wyposażone w system bezpieczeństwa ETCS poziomu drugiego (L2) Przewoźnik dąży do tego, by oferować pasażerom wysoki standard podróży i intensywnie rozwija ofertę dla pasażerów, by kolej stała się komfortowym i bezpiecznym środkiem transportu, także dla osób o ograniczonej możliwości poruszania się. Wszelkie zmiany w terminach dostępności taboru wpłyną na realizację planów przewozowych spółki i ofertę, wobec czego muszą być dokonywane w sposób przemyślany i co ważniejsze – uzasadniony. Aktualnie Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów, które pozwoliłyby na dokonanie modyfikacji terminów realizacji zamówienia. Przywołane w odwołaniu ogólne okoliczności w żaden sposób nie zostały skorelowane z okresem, o jaki Odwołujący chciałby wydłużyć termin wykonania dostaw.

Zamawiający wskazuje, iż poza uwzględnieniem okoliczności związanych z dofinansowaniem zamówienia ze środków unijnych, terminy realizacji przedmiotowego zamówienia określił między innymi uwzględniając czas realizacji innych umów, przedmiotem których są dostawy lokomotyw elektrycznych oraz potrzeby taborowe Spółki wynikające z zawartych umów o świadczenie usług publicznych oraz oferty przewozowej. Uwzględniono także zwiększającą się rokrocznie liczbę pasażerów i związane z tym rosnące zapotrzebowanie na tabor. Zamawiający w tabeli oraz wykresie wskazał aktualnie wzrost liczby pasażerów.

Zamawiający realizuje równolegle wiele projektów, wykonywanych także przez innych niż Odwołujący wykonawców: między innymi Newag S.A.

Zamawiający określając termin uwzględnił tempo produkcji lokomotyw w następujących umowach:

- umowa UM-BPT-17-900-0065 z dnia 29 maja 2018 roku na dostawę 20 lokomotyw (prawo opcji dodatkowe 10 lokomotyw) wraz ze świadczeniem usług utrzymania, zawarta z NEWAG S.A. - termin dostawy pierwszej lokomotywy 16 miesięcy, termin dostawy wszystkich lokomotyw 30 miesięcy, dostawa wszystkich lokomotyw została zrealizowana w terminie;

- umowa UM-BIT-23-900-0003 z dnia 2 marca 2023 roku na dostawę 20 lokomotyw wraz ze świadczeniem usług utrzymania oraz oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu zakupowym, zawarta z NEWAG S.A. - termin dostawy pierwszej lokomotywy do 10 miesięcy, termin dostawy wszystkich lokomotyw do 19 miesięcy od dnia podpisania umowy,

Zakres powyższych umów częściowo pokrywa się z zakresem przedmiotowego zamówienia przede wszystkim z uwagi na charakterystykę zamawianych pojazdów tj. przeznaczenie lokomotyw, parametry trakcyjne i prędkość eksploatacyjna, obszar użytkowania.

Zamawiający przyjął jako możliwe do realizacji terminy wskazane w ofertach przez wykonawców (w tym Odwołującego) w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, przedmiotem którego jest dostawa 20 lokomotyw wraz ze świadczeniem usług utrzymania (numer 22/WNP-014292/TUT) złożonych w październiku 2022 r.:

- dostawa pierwszego pojazdu 10 miesięcy [Newag], 12 miesięcy [Pesa],
- dostawa wszystkich 20 pojazdów 19 miesięcy [Newag], 24 miesiące [Pesa].

Zamawiający wskazał jak przebiega realizacja dostaw lokomotyw: Termin dostawy pierwszego pojazdu jest zawsze znacznie dłuższy i wynosi w przypadku przedmiotowego zamówienia 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Pierwszy produkowany pojazd stanowi niejako prototyp, pierwowzór dla pozostałych. Produkcja pozostałych lokomotyw zajmuje już znacznie mniej czasu. Powszechną praktyką jest równoczesna produkcja kilku lokomotyw równocześnie.

W terminie wykonania dostawy pierwszego pojazdu wykonywany jest także:

- projekt designu,
- dokumentacja techniczna,
- przeprowadzane badania oraz uzyskiwane wymagane przepisami uzgodnienia z jednostkami zewnętrznymi oraz zezwolenie.

Dostawy kolejnych lokomotyw są wykonywane na podstawie ustalonego przez strony harmonogramu, w oparciu o dokumentację techniczną zatwierdzoną i przygotowaną przez wykonawcę na etapie dostawy pierwszego pojazdu.

Początkowy etap realizacji umowy kiedy to wykonywana jest pierwsza lokomotywa przebiega następująco: W terminie do 90 dni od dnia zawarcia umowy wykonawca przygotowuje projekt designu pojazdów. Akceptacja projektu przez Zamawiającego następuje w terminie do 30 dni. Równoległe trwają wskazane przez Odwołującego uzgodnienia w różnych obszarach takich jak systemy teletechniczne oraz teleinformatyczne, funkcjonalność i wyposażenie kabiny maszynisty. Jednocześnie przygotowana jest dokumentacja techniczna wskazana w § 18 umowy. Dokumentacja powinna zostać przekazana Zamawiającemu na 1 miesiąc przed terminem odbioru fabrycznego pierwszej lokomotywy.

Zamawiający wskazuje, że nie ingeruje w proces produkcji lokomotywy. Stanowi on zawsze know how każdego wykonawcy. Nie istnieje bowiem uniwersalny model produkcji lokomotyw, jest on uzależniony od indywidualnych możliwości producentów. Tym niemniej ogólnie można wyodrębnić następujące główne etapy produkcyjne:

- pudło: budowa ostoi, budowa pudła, lakiernia i izolacje, proces montażu komponentów wewnątrz pojazdu,
- wózki: rama wózka, lakiernia, zabudowa komponentów wózka;
- połączenie pudła z wózkiem.

Produkcja pudeł oraz wózków może odbywać się jednocześnie. Po połączeniu pudła z wózkiem mają miejsce próby odbiorcze (odbioru fabryczne) i odbioru końcowe. Niemniej produkcja lokomotyw oraz zamówienie niezbędnych części i kluczowych komponentów może się rozpocząć dużo wcześniej. Zamawiający przewidział możliwość dokonywania odbiorów cząstkowych opisanych w projektowanych postanowieniach umowy – producent może przedstawić warunki techniczne wykonania (WTW) oraz warunki techniczne odbioru (WTO) dla elementów/podzespołów podlegających odbiorom cząstkowym. - Zamawiający dla wielu komponentów przewidział możliwość wykonywania odbiorów cząstkowych (np. ostoja, pudło, wózki) co wpływa na możliwość szybszego rozpoczęcia produkcji. Dokumentacja WTW oraz WTO powinna być przekazana nie później niż na 1 miesiąc przed pierwszym planowanym odbiorem cząstkowym, jednak faktycznie jest ona uzgadniana znacznie szybciej. Zamawiający wskazuje, iż w przypadku umowy nr UM-BIT-23-900-0003 z dnia 2 marca 2023 roku na dostawę 20 lokomotyw wraz ze świadczeniem usług utrzymania wykonawca NEWAG S.A. rozpoczął uzgadnianie ww. dokumentów zaraz po zawarciu umowy. Uzgodnienia WTW i WTO rozpoczęto niespełna miesiąc od dnia zawarcia umowy. Wykonawca może także uzgodnić wszystkie dokumenty dopiero przed przedstawieniem lokomotyw do odbioru. Umowa wskazuje jedynie termin maksymalny – 1 miesiąc przed odbiorem fabrycznym lokomotywy. Zamawiający przewidział także w miejsce odbiorów cząstkowych realizację odbiorów FAI (first article inspection) dotyczące odbiorów pierwszej sztuki wyrobu przeznaczonych do produkcji seryjnej, co również ma pozytywny wpływ na realizację produkcji. Zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji wykonawca musi przekazać Zamawiającemu najpóźniej w dniu przedstawienia pierwszego Pojazdu do odbioru końcowego. (...)

Odnosząc się do argumentacji wskazanej w odwołaniu należy wskazać, iż Odwołujący przedstawił uzasadnienie faktyczne odwołania w sposób na tyle ogólny, że utrudnia to znacznie (jeśli nie uniemożliwia) przedstawienie kontrargumentacji przez Zamawiającego. Odwołujący argumentując terminy dostępności części wskazuje na „dostępność wielu elementów kluczowych” bez wskazania, których podzespołów dotyczy wskazany problem, jak również z czego wynikają tak długie terminy dostaw. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania szczegółowej argumentacji uzasadniającej twierdzenia Odwołującego, nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2018 roku sygn. akt: KIO 2039/18; wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1317/18; wyrok KIO z dnia 10 września 2018 r., sygn. akt KIO 1728/18). Dodatkowo, zgodnie z art. 535 PZP to odwołujący jest zobowiązany

wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne - zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2022 r., sygn. akt KIO 2227/22, z dnia 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18; z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 431/20.

Zamawiający wskazuje, iż w innym prowadzonym przez niego postępowaniu Odwołujący złożył analogiczne odwołanie. Powyższe jednoznacznie potwierdza tezę o przedstawieniu przez Odwołującego jedynie ogólnego uzasadnienia faktycznego oraz o celowości postępowania Odwołującego.

Niepokojąca praktyka Odwołującego, polegająca na doprecyzowywaniu ogólnego uzasadnienia faktycznego zarzutów w toku rozprawy ma na celu jedynie pozbawienie Zamawiającego możliwości obrony. Takie działanie uniemożliwi bowiem przygotowanie się przez Zamawiającego oraz przedstawienie dowodów przeciwnych.

Podsumowując powyższe informacje należy podkreślić, iż Zamawiający przed uruchomieniem postępowania określił czas potrzebny na wykonanie zamówienia uwzględniając następujące okoliczności:

- zakres produkcji (zamówienia),
- tempo realizacji produkcji innych projektów,
- daty wyłączenia lokomotyw z eksploatacji (zapewnienie ciągłości przewozów przez Spółkę), potrzeby taborowe Spółki
- konieczność rozliczenia projektu z KPO.

II.Badania, homologacje

Odwołujący wskazuje także na konieczność wykonania badań homologacyjnych – Zamawiający wskazuje, iż badania homologacyjne są wykonywane każdorazowo w tego typu projektach. Ich czas jest uzależniony od zakresu badań. W postępowaniu 22/WNP-014292/TUT (dostawa lokomotyw o zbliżonej charakterystyce) Odwołujący złożył ofertę ze znacznie krótszym terminem dostawy pierwszego pojazdu wynoszącym 12 miesięcy. Można też wskazać, iż Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie produkcji tego typu pojazdów – w październiku ubiegłego roku Odwołujący zawarł kontrakt na dostawę lokomotyw elektrycznych o charakterystyce nawet bardziej skomplikowanej niż przedmiot zamówienia (doposażenie w spalinowy moduł dojazdowy), gdzie deklarowany termin dostawy pierwszego pojazdu wyniósł mniej niż 6 miesięcy. Ten termin uwzględnia także czas potrzebny do wykonania wszystkich badań i homologacji. (...)

III.Dostawy komponentów

Wykonawca przedstawił wyłącznie ogólne argumenty bez wskazania, które to komponenty są niemożliwe do uzyskania w czasie realizacji dostawy pojazdów. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tez zawartych w odwołaniu. Postępowanie odwoławcze oparte jest na tych samych podstawach, co inne postępowania o charakterze kontrydiktoryjnym i – zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Regulacje w tej materii zostały zawarte m.in. w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazuje, iż w trakcie realizacji równoległych projektów (...), których charakterystyka jest bardzo zbliżona do przedmiotu zamówienia, nie otrzymał żadnych informacji od wykonawców o jakichkolwiek opóźnieniach w dostawie kluczowych komponentów, czy też urządzeń wyposażonych w układy scalone.

Odwołujący wskazuje, iż czas dostawy komponentów jest kluczowym elementem tworzenia harmonogramu produkcji lub modernizacji pojazdu, nie wskazuje jednak o jakie komponenty chodzi, jak również ile aktualnie wynoszą terminy dostaw tychże komponentów. Zamawiający ponadto wskazuje, iż zgodnie z jego wiedzą kluczowe komponenty pojazdów to komponenty związane z zasilaniem silników trakcyjnych oraz obwodów pomocniczych lokomotyw.

Z rozeznania przeprowadzonego przez Zamawiającego wynika, iż nie ma żadnych opóźnień w dostawie powyższych komponentów. Możliwe jest ich uzyskanie w terminie znacznie krótszym niż wskazuje Odwołujący. Zamawiający zweryfikował aktualne terminy dostaw ww. kluczowych podzespołów u czołowych dostawców. Wynoszą one: dostawy dla pierwszego pojazdu 9-13 miesięcy od daty zamówienia, 10 zestawów do 18 miesięcy, dalsze dostawy – 2 kpl na miesiąc lub zgodnie z ustaleniami Stron

Należy jednak założyć, że producenci lokomotyw stale współpracujące z dostawcami komponentów mają znacznie lepsze warunki dostaw, jest to powszechna praktyka na rynku. Zamówienia kluczowych klientów są realizowane w pierwszej kolejności. (...)

Należy również zauważyć, iż zarówno w tym, jak i postępowaniu 22/WNP-014292/TUT, już na etapie składania oferty Odwołujący zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą m.in. informacji dotyczących ogólnej budowy pojazdu, jego wizualizacji z zewnątrz i kabiny maszynisty, rozplanowania przedziału maszynowego, rysunku zestawu kołowego oraz silnika trakcyjnego oraz schematów układów pneumatycznych i elektrycznych lokomotywy. Oznacza to, iż już na etapie przygotowywania się do postępowania Odwołujący zobowiązany jest do wykonania czynności związanych z ewentualną

realizacją kontraktu oraz zebrania ofert od dostawców. Odwołujący powinien dysponować takimi ofertami oraz szczegółowymi specyfikacjami/ryskami znacznie wcześniej (jeszcze przed złożeniem odwołania), bowiem w oparciu o nie przygotowuje ofertę cenową oraz określa możliwy do zaoferowania termin, punktowany w ramach kryterium oceny ofert. W tym przypadku Odwołujący nie załączył do odwołania żadnych dowodów. W przypadku postępowania 22/WNP-014292/TUT Odwołujący złożył takie dokumenty i oferował termin dostawy w 12 miesięcy od dnia podpisania umowy (zawierający proces produkcji i homologacji).

IV. Zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji

Przed wprowadzeniem do eksploatacji pojazdu kolejowego należy uzyskać zezwolenie na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu wydane przez:

- 1) Agencję – w przypadku gdy obszar użytkowania pojazdu kolejowego obejmuje jedno lub kilka państw członkowskich Unii Europejskiej
- 2) Agencję albo Prezesa UTK – w przypadku gdy obszar użytkowania pojazdu kolejowego obejmuje wyłącznie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący wskazał nierzeczywisty termin trwania procedury wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji przez Urząd Transportu Kolejowego – 12 miesięcy. Terminy wydawania zezwolenia są uregulowane w przepisach: art. 23b ust. 5 ustawy o transporcie kolejowym (...)

Sposób złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 2, określa art. 31 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiającego 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 (Dz. Urz. UE L 90 z 06.04.2018, str. 66, z późn. zm.17), zwanego dalej „rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2018/545”.

Terminy dokonania oceny wniosku przez Agencję Kolejową UE oraz wydania zezwolenia są uregulowane w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiające 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. Zamawiający przytoczył treść art. 34. (...)

Z doświadczeń Zamawiającego wynika, iż w zależności od wybranej ścieżki uzyskania zezwolenia proces ten może trwać od 2 do maksymalnie 5 miesięcy. Agencja kolejowa Unii Europejskiej przewiduje, że możliwe jest wsparcie przygotowawcze, które może istotnie skrócić czas potrzebny na uzyskanie zezwolenia. Ponadto duży 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.

Zamawiający ponownie podkreśla, iż Odwołujący składając ofertę 10 miesięcy wcześniej dla pojazdów o zbliżonej charakterystyce deklarował ich dostarczenie wraz z wymaganym zezwoleniem w terminie 12 miesięcy. Od momentu złożenia ww. oferty przez Odwołującego nie miały miejsce żadne nietypowe zdarzenia zewnętrzne powodujące opóźnienia w terminach dostaw, terminach badań, czy też uzyskania zezwolenia, które można by zakwalifikować jako siła wyższa (np. pandemia, konflikty zbrojne).

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał co uzasadnia tak długi termin uzyskania zezwolenia (12 miesięcy). W przyjętych szacunkach zdaje się on zupełnie ignorować fakt uregulowania terminu wydania decyzji przez odpowiedni organ wprost w przywołanych przepisach. Tak długi termin może wynikać z faktu, iż Odwołujący zakłada, że przygotowana przez niego dokumentacja będzie niekompletna i organ nie wyda decyzji w terminie z uwagi na konieczność uzupełnienia wniosku. Ewentualny brak należytej staranności po stronie Odwołującego i jej konsekwencje polegające na przedłużeniu się postępowania administracyjnego nie mogą jednak stanowić uzasadnienia dla nierealności terminu określonego przez Zamawiającego. Zamawiający powierza bowiem realizację zamówienia podmiotowi profesjonalnie zajmującemu się produkcją pojazdów kolejowych, nie ma zatem podstaw, aby zakładać ponad dwukrotnie dłuższy termin uzyskania zezwolenia i nienależytą staranność po stronie kontrahenta.

V. Terminy uzgodnień z Zamawiającym:

Na wstępie zamawiający wskazuje, iż wymóg uzgodnienia pewnych rozwiązań wynika jedynie z konieczności zapewnienia konkurencyjności postępowania przez Zamawiającego. Jest to powszechna praktyka, wymagania w tym zakresie znajdują się w projekcie umowy praktycznie w każdym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Zamawiający ma świadomość, iż w realiach rynkowych możliwe jest osiągnięcie określonego parametru lub spełnienie wymogu w różny sposób. Zamawiający zapewnia w tym zakresie dowolność po stronie wykonawców oraz zapewnia możliwość zaoferowania różnych rozwiązań.

Zamawiający wskazuje, iż zazwyczaj takie uzgodnienia trwają do 14 dni kalendarzowych, w zależności od ilości oraz jakości materiału przygotowanego przez Wykonawcę. Obecnie przy uzgodnieniach istnieje możliwość organizowania telekonferencji z uprzednim przekazaniem dokumentacji, na których można prezentować modele/rozwiązania co znacznie przyspiesza proces uzgodnień. W celu zapewnienia sprawnego uzgodnienia projektu

do kontaktu z Wykonawcą są wyznaczone dedykowane osoby i to one zbierają informację z obszarów merytorycznych Spółki. Wykonawca może przedstawić Zamawiającemu do uzgodnień poszczególne elementy w znacznie krótszym terminie, skracając tym samy czas uzgodnień. W trakcie realizacji tego typu projektów wykonawcy na bieżąco przesyłają równoległe do uzgodnień projekty i przyjęte rozwiązania. W praktyce w momencie dostarczenia finalnego designbook'a (w terminie maksymalnie 90 dni od dnia zawarcia umowy) wiele uzgodnień w obszarach wskazanych przez wykonawcę jest już dokonana.

W załączniku ok. 20 razy pojawia się kwestia uzgodnień, natomiast można je pogrupować w znacznie mniejszą liczbę obszarów, głównie dotyczą systemów IT oraz kabiny maszynisty.

Podsumowując powyższe należy wskazać, iż to ile będzie trwała procedura uzgodnień zależy tylko i wyłącznie od wykonawcy i tego kiedy oraz jakie (jakość i kompletność dokumentacji) przekaże zamawiającemu do zatwierdzenia poszczególne projekty. Wykonawca ma zatem możliwość znacznie szybszego przesłania projektów, których wcześniejsze uzgodnienie jest konieczne przed złożeniem zamówienia na poszczególne komponenty. Jednocześnie wszystkie uzgodnienia odbywają się na początkowym etapie realizacji umowy. Uzgodnienia zajmują od kilku godzin do kilku dni w zależności od złożoności danego zagadnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Mając na względzie art. 535 ustawy Pzp, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie:

- 1.dowody Odwołującego przedłożone na rozprawie
- 2.dowody Zamawiającego przedłożone wraz z odpowiedzią na odwołanie

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa 46 lokomotyw elektrycznych wraz ze świadczeniem usług utrzymania.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w załączniku nr 1 do SWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”. Szczegółowe warunki realizacji zamówienia zawierają projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik nr 2 do SWZ.

Zamawiający wymaga dostawy wszystkich Pojazdów w terminie do 26 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym dostawa pierwszego Pojazdu winna nastąpić nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Zamawiający w rozdziale XV. ust.1 określił kryteria oceny ofert, w których zamieścił m.in.: termin dostawy pierwszego Pojazdu - waga 10,000 punktów oraz termin dostawy wszystkich Pojazdów - waga 10,000 punktów.

W ocenie Odwołującego ww. wymóg narusza przepisu ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego z uwagi na określenie niemożliwych do spełnienia terminów wykonania zamówienia w zakresie dostawy pojazdów, które nie uwzględniają istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiającą wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wypada poczynić kilka uwag natury ogólnej. Otóż zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp *odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności*. Obowiązkiem odwołującego jest wskazanie przepisu prawa, który został przez zamawiającego naruszony oraz okoliczności faktycznych, które świadczą o uchybieniu wskazanych przepisów. Podkreślenia wymaga, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.

Skład orzekający rozpoznający sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 31 sierpnia 2023r. w sprawie o sygn. akt KIO 2386/23 zgodnie z którym w przypadku *żądania modyfikacji zapisów SWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia odwołujący obowiązany jest 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.*

Przedkładając powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp, argumentacja Odwołującego w zasadzie sprowadzała się do przytoczenia treści ww. przepisów. Taki sposób uzasadnienia zarzutu jest niewystarczający do jego uwzględnienia.

Zamawiający ma prawo określać przedmiot zamówienia tak aby spełniało jego oczekiwania i wymagania. Powyższe może doprowadzić do sytuacji, w której nie wszystkie podmioty będą w stanie wykonać zamówienie. W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że termin dostawy pojazdów wynika z jego uzasadnionych potrzeb. Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego w zakresie dofinansowania zamówienia ze środków unijnych jak również zwiększających się potrzeb taborowych.

Izba pominęła twierdzenia Odwołującego dotyczące *zbyt późnego wszczęcia postępowania przez Zamawiającego oraz przekładni z czujnikiem* jako spóźnione.

Niezasadnie Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 387 KC. Niewykonalność świadczenia w ujęciu obiektywnym polega na tym, że określonego świadczenia nie może zrealizować żaden podmiot, a więc nie tylko Odwołujący, ale także każda osoba trzecia, a więc świadczenie to jest rzeczywiście niewykonalne. Odwołujący jednak nawet nie próbował wykazać, że żaden z podmiotów specjalizujących się w tego typu dostawach nie może wykonać zamówienia w terminach określonych przez Zamawiającego.

W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu stanowi wymaganie dostarczenia Izbie dowodów potwierdzających przytoczone fakty. Odwołujący chcąc wykazać naruszenie przepisów przez Zamawiającego nie może ograniczać się do przedstawienia terminów według własnego doświadczenia i posiadanych zasobów, ponieważ jest to zwykłą polemiką z Zamawiającym nie mogącą odnieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania powołał się na konieczność uzgodnień technicznych, przeprowadzenie prac projektowych, aktualizację wyposażenia i oprogramowania pojazdów, konieczność prowadzenia dodatkowych badań homologacyjnych oraz wydłużenie terminów dostaw elementów kluczowych. Uzasadnienie odwołania jest w tym zakresie bardzo lakoniczne i poza ogólnymi sformułowanymi stwierdzeniami nie wskazuje nawet o jakie kluczowe komponenty chodzi. jaki wpływ na dostępność elementów kluczowych ma trwająca od 1,5 roku wojna w Ukrainie oraz zakończona pandemia Covid-19.

Na tym tle należy przypomnieć, że nie jest rzeczą Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez Odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez Odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

Odnośnie badań, homologacji jak również terminów uzgodnień, Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego w tym zakresie.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie, całkowicie niezrozumiałe jest z jakiego powodu Odwołujący przedkłada dowód w postaci informacji od firmy ALSTOM ZWUS Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oświadcza, że w założeniach do harmonogramu przyjął inny komponent niż ETCS ww. piśmie. W odniesieniu do oferty na jednostki klimatyzacyjne firmy KONVEKTA AG oraz przekładni Simens, Odwołujący nie wykazał, że są to jedyne podmioty na rynku mogące dostarczyć niezbędne elementy i termin wskazany w ofertach nie podlega negocjacom. Co do oferty firmy Axtone S.A., Zamawiający dopuścił inny model zderzaka.

Co więcej, Odwołujący przyznał podczas rozprawy, że pewne rozwiązania oraz dokumenty są możliwe do przygotowania przed podpisaniem umowy, jednak jest to zbyt czasochłonne i kosztowne. Nadto, Odwołujący przyznał, że być może udałoby się dostarczyć pierwszy pojazd w terminie 19 miesięcy, jednak wnosi o wydłużenie terminu do 27 miesięcy. Powyższe potwierdza, że termin wskazany przez Odwołującego nie jest realnym terminem, w którym możliwa stanie się realizacja przedmiotowej umowy. W ocenie Izby Odwołujący wskazał terminy przez niego oczekiwane, a nie obiektywnie minimalne. Odwołujący nie przedłożył dostatecznych dowodów, z których można byłoby wyciągnąć wnioski, że wskazane w odwołaniu terminy należy uznać za prawidłowe.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1), pkt 2) lit. b) i d) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Biorąc powyższe pod uwagę kosztami postępowania Izba obciążyła Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 PLN, koszty poniesione przez Zamawiającego tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, a także koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 51 PLN.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: