

**WYROK**  
**z dnia 20 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 r. przez odwołującego NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.
2. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu i 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.

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 2590/23**

**Uzasadnienie**

Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę dwóch nowych dwunapędowych (elektryczno-spalinowych) zespołów trakcyjnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 sierpnia 2023 r., pod numerem 2023/S 163-514226.

W dniu 4 września 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca NEWAG Spółka Akcyjna z siedzibą w Nowym Sączu, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą NEWAG”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. od treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 387 § 1, art. 353<sup>1</sup>, art. 58 § 1 i § 2 i art. 605 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny (dalej jako „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez wymaganie w pkt II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu, rozdziale XIII SWZ oraz § 2 ust. 1 Załącznika nr 9 do SWZ (projekt umowy) wykonania przedmiotu zamówienia, tj. dostawy dwóch sztuk fabrycznie nowych dwunapędowych (spalinowo – elektrycznych) zespołów trakcyjnych w dwóch typach, w terminie do 20 grudnia 2023 r., co stanowi wymóg obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji, który ponadto bezpodstawnie ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu poprzez zawężenie kręgu wykonawców do jednego podmiotu (zarzut nr 1),

2) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 2, 4 i 5 ustawy PZP poprzez wymaganie:

- dostawy pojazdów o wysokości podłogi w strefie wejścia 800±50 mm nad poziomem główki szyny (Załącznik nr 1 do SWZ, Rozdział II, Lp. 75),

- wyposażenia pojazdu w dwa odbieraki prądu (pantografy) (Załącznik nr 1 do SWZ, Rozdział II, Lp. 38),

- wyposażenia pojazdu w dwie toalety (Załącznik nr 1 do SWZ, Rozdział II, Lp. 89),

bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych w postaci dostawy pojazdu o wysokości podłogi w strefie wejścia 760 ± 50 mm ponad poziom główki szyny dla nominalnej średnicy kół jezdnych, wyposażonego w jeden odbierak prądu oraz jedną toaletę, co prowadzi do opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do celów zamówienia oraz bezpodstawnego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez zawężenie kręgu wykonawców do jednego podmiotu (zarzut nr 2).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany Ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ poprzez:

1) zmianę pkt II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu, rozdziału XIII SWZ oraz § 2 ust. 1 Załącznika nr 9 do SWZ (projekt umowy), poprzez ustalenie wymaganego terminu wykonania zamówienia na 36 miesięcy od daty zawarcia umowy,

2) zmianę treści załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Rozdział II, Lp. 75, poprzez dopuszczenie dostawy pojazdów o wysokości podłogi w strefie wejścia 760 ± 50 mm ponad poziom główki szyny dla nominalnej średnicy kół jezdnych,

3) zmianę treści załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Rozdział II, Lp. 38, poprzez dopuszczenie dostawy pojazdów wyposażonych w jeden odbierak prądu,

4) zmianę treści załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Rozdział II, Lp. 89, poprzez dopuszczenie dostawy pojazdów wyposażonych w jedną toaletę systemu zamkniętego, przystosowaną dla osób na wózkach inwalidzkich (uniwersalną) z możliwością przewijania niemowląt wg TSI PRM.

Uzasadniając zarzut nr 1 odwołania odnoszący się do terminu wykonania przedmiotu zamówienia Odwołujący podał, że

zgodnie z rozdziałem II pkt 1 SWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch sztuk fabrycznie nowych dwunapędowych (spalinowo – elektrycznych) zespołów trakcyjnych w dwóch typach do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich w ruchu regionalnym. Opis przedmiotu zamówienia zawiera zbiór wymagań technicznych dla dwunapędowych zespołów trakcyjnych zasilanych z sieci trakcyjnej 3 kV DC oraz silnikami spalinowymi spełniającymi wymagania emisji spalin STAGE V zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1628 z dnia 14 września 2016 r., ze zmianami”. Odwołujący wskazał również, że całościowa analiza opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że w celu spełnienia postawionych wymagań technicznych dostarczone muszą zostać pojazdy zupełnie nowych typów, niewprowadzonych dotychczas do obrotu, ponieważ wymagania Zamawiającego odbiegają znacznie od standardów rynkowych, stosowanych dotychczas przez innych zamawiających w innych postępowaniach na dostawę pojazdów dwunapędowych. Odwołujący zauważył, że w rozdziale XIII SWZ oraz § 2 ust. 1 Załącznika nr 9 do SWZ (projekt umowy) Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia w terminie do dnia 20 grudnia 2023 r., tj. zaledwie w terminie 90 dni od aktualnego terminu składania ofert. Nawet zakładając, że termin składania ofert nie ulegnie zmianie, to z pewnością czas niezbędny na ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, przygotowanie do podpisania umowy oraz przeprowadzenie kontroli uprzedniej przez Prezesa UZP, jeszcze ten termin skróci co najmniej o 30 dni. Przygotowując postępowanie Zamawiający powinien kierować się zasadami wynikającymi z ustawy PZP, w szczególności dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uwzględnić wszelkie okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty oraz obiektywną możliwość dostarczenia pojazdów w wymaganych terminach. Proces projektowania, uzgodnień technicznych oraz budowy pojazdu szynowego, jest bardzo złożony i uzależniony od wielu czynników, z których nie wszystkie zależne są wyłącznie od wykonawcy. Odwołujący wskazał na takie czynniki, jak np. oczekiwanie na dostawę komponentów od poddostawców oraz uzgodnienia z Zamawiającym. Odwołujący podkreślił, że czas oczekiwania na strategiczne komponenty, takie jak silniki trakcyjne, przekładnie, koła, czy elementy układu hamulcowego i napędowego, wynosi około 12 miesięcy. Co więcej, dostawa zespołów trakcyjnych charakteryzuje się taką specyfiką, że szereg komponentów zamówionych może być dopiero po dokonaniu uzgodnień technicznych z Zamawiającym, które odbywają się dopiero po zawarciu umowy. Przygotowując swoją ofertę wykonawca jest zobligowany wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności, w tym przepisy prawa, które będą obowiązywały w okresie dostawy pojazdów. Procesem najistotniejszym, na którego czas trwania wykonawca nie ma w ogóle wpływu, jest proces zmierzający do wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego. To właśnie okoliczności związane z tym procesem oraz czasem jego trwania po wejściu w życie nowych przepisów nie zostały w ogóle wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ustalaniu terminu wykonania zamówienia. W ramach tzw. IV pakietu kolejowego, który zaczął obowiązywać w Polsce od dnia 16 czerwca 2020 r., obowiązują następujące akty prawne Unii Europejskiej: Rozporządzenie nr 2016/796, Dyrektywa nr 2016/797, Dyrektywa nr 2016/798 i Rozporządzenie nr 2018/545. Odwołujący podniósł, że pojazdy dostarczane w ramach przedmiotowego zamówienia muszą być zgodne z tymi aktami prawnymi. Czas potrzebny aktualnie na przeprowadzenie niezbędnych badań i przejście całego procesu certyfikacji i homologacji nowego typu pojazdu, jakimi bez wątpienia będą pojazdy dostarczane Zamawiającemu, wynosi co najmniej 12 miesięcy. Do tego należy doliczyć czas niezbędny na zaprojektowanie pojazdu, uzgodnienie projektu z Zamawiającym i samo wyprodukowanie pojazdu. W związku z tym obecnie czas niezbędny na dostawę pojazdów szynowych uprzednio niehomologowanych, których dostawę wymaga Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, nie powinien być krótszy niż 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej, ponieważ dostawa tego rodzaju pojazdów w krótszym czasie nie jest obiektywnie możliwa. Zdaniem Odwołującego świadczy to o tym, że Zamawiający wymaga świadczenia obiektywnie niemożliwego do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący podniósł w tym zakresie, iż podobne wymagania SWZ dotyczące terminu dostawy zostały uznane przez Krajową Izbę Odwoławczą za naruszające przepisy ustawy PZP. Na skutek odwołań wniesionych wobec treści SWZ w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, toczących się niemal równoległe z postępowaniem stanowiącym przedmiot tego odwołania, prowadzonych przez Województwo Mazowieckie na dostawę pojazdów elektrycznych (numer referencyjny: MWZ7.27.43.2023) oraz elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych (numer referencyjny: MWZ7.27.47.2023) w sprawach o sygn. akt KIO 1741/23 i KIO 1797/23 uwzględniła każde z tych odwołań, w którym kwestionowany był termin dostawy wyznaczony przez zamawiającego w postępowaniu o numerze 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 o numerze MWZ7.27.47.2023 – jako termin określony datą 31 maja 2026 r. (co oznacza około 35 miesięcy od ogłoszenia postępowania). W ocenie Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza uznała za naruszające prawo terminy dostawy pojazdów szynowych duże dłuższe niż termin ustalony przez Zamawiającego w niniejszym przypadku. Odwołujący dodał też, że w wyroku z dnia 1 czerwca 2022 r. w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1280/22, KIO 1283/22 oraz KIO 1284/22 Izba uwzględniła odwołania m. in. w zakresie terminu dostawy zespołów trakcyjnych, nakazując zamawiającemu wydłużenie terminów dostawy pojazdów odpowiednio do 20 miesięcy (dla pojazdu homologowanego) oraz do 36 miesięcy (dla pojazdu niehomologowanego) od dnia zawarcia umowy wykonawczej.

Niezależnie od tego według Odwołującego termin wymagany przez Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji, ponieważ bezpodstawnie preferuje wykonawcę, który zakończył już proces projektowania i produkcji oraz jest w trakcie procesu homologacji pojazdów spełniających wymogi Zamawiającego. Wykonawcą tym jest H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej „wykonawcą FPS”). Odwołujący wyjaśnił, że na polskim rynku pojazdów szynowych dwunapędowych (hybryd), który istnieje od kilku lat, występują dwa podmioty, tj. wykonawca FPS oraz Odwołujący. W okresie od wprowadzenia do obrotu pierwszego egzemplarza pojazdu dwunapędowego do dnia dzisiejszego na rynku polskim są eksploatowane łącznie 23 pojazdy tego typu. Pierwszy pojazd dwunapędowy został zaprezentowany przez Odwołującego w trakcie targów branżowych Trako w 2019 r. W tym samym czasie projektowanie pojazdu dwunapędowego pod handlową nazwą handlową „Plus” rozpoczął wykonawca FPS, który podjął rywalizację w tym segmencie rynkowym z Odwołującym. Pozostali producenci taboru szynowego nie wprowadzili do swojej oferty hybryd, które mogłyby być eksploatowane w Polsce. Wedle wiedzy Odwołującego wykonawca FPS wyprodukował już dwa pojazdy pod nazwą handlową „Plus” i znajdują się w ostatniej fazie procesu wprowadzenia do obrotu, a po otrzymaniu zezwolenia na wprowadzenie do obrotu będą gotowe do sprzedaży. Pokreślenia wymaga, iż owe dwa pojazdy są w pełni zbieżne z wymaganiami technicznymi opisanymi

w SWZ. Wobec tego Odwołujący zakłada, że jeśli ktokolwiek jest w stanie dostarczyć do dnia 20 grudnia 2023 r. pojazdy zgodne z opisem zawartym w załączniku nr 1 do SWZ, to tym podmiotem jest wyłącznie wykonawca FPS, albowiem żaden inny podmiot nawet teoretycznie nie jest w stanie dostarczyć pojazdów o takiej specyfikacji w terminie 90 dni od dnia składania ofert, zważywszy na czas potrzebny na projektowanie, produkcję i homologację pojazdu (który wynosi 36

miesiący od złożenia zamówienia), w tym czas oczekiwania na kluczowe komponenty wynoszący 12 miesięcy. W opinii Odwołującego doszło do bezpodstawnego uprzywilejowania wykonawcy FPS, a w zasadzie nawet wprost wskazanie na tego wykonawcę i wyeliminowanie wszystkich pozostałych wykonawców działających na rynku, co stanowi wypaczenie istoty postępowania konkurencyjnego i rażąco naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że ze względu na tryb udzielenia zamówienia, tj. tryb konkurencyjny – przetarg nieograniczony, wszelkie wymagania postawione w SWZ powinny zapewniać zachowanie uczciwej konkurencji oraz powinny uwzględniać okoliczności mające wpływ na możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego. Wymagany przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia nie spełnia tych wymogów, co sprawia, że powinien zostać zmieniony zgodnie z żądaniem Odwołującego, które w sposób odpowiedni uwzględnia zarówno czas produkcji pojazdu, jak i czas niezbędny do przeprowadzenia procedury uzyskania dopuszczenia do eksploatacji, oraz pozwoli na zapewnienie uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu.

**Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 września 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dokumentu przedłożonego przez Zamawiającego jako załącznik do jego odpowiedzi na odwołanie oraz dokumentów złożonych przez strony na rozprawie, tj.:

- Pisma Zastępcy Dyrektora Departamentu Instytucji Zarządzającej z dnia 19 maja 2023 r.,
- Wydruków artykułów prasowych ze stron internetowych elka.pl, transinfo.pl, lubuskie.pl, gorzowielkopolski.naszemiasto.pl, gazetalubuska.pl, rynek-kolejowy.pl, gorzowianin.com, leszno24.pl,
- Wyciągu ze Specyfikacji Warunków Zamówienia, Ogłoszenia o zamówieniu postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego (numer referencyjny ZW-I.272.12.2022),
- Wyciągu ze Specyfikacji Warunków Zamówienia postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego (numer referencyjny WOIRZL.II.272.9.2013.AK,
- Korespondencji e-mailowej z dnia 15 maja 2023 r. z załączonymi ofertami podwykonawców,
- Pism Instytutu Kolejnictwa z dnia 25 maja 2022 r. i 8 września 2023 r.,
- Wydruku prasowego artykułu pod tytułem „Drugi FPS Plus prawie gotowy” ze strony internetowej rynek-kolejowy.pl,
- Wyciągu z Załącznika nr 9 do SWZ (projekt umowy).

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę dwóch nowych dwunapędowych (elektryczno-spalinowych) zespołów trakcyjnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 sierpnia 2023 r., pod numerem 2023/S 163-514226.

Zgodnie z rozdziałem II pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch sztuk fabrycznie nowych dwunapędowych (spalinowo - elektrycznych) zespołów trakcyjnych w dwóch typach do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich w ruchu regionalnym. Opis przedmiotu zamówienia zawiera zbiór wymagań technicznych dla dwunapędowych zespołów trakcyjnych zasilanych z sieci trakcyjnej 3 kV DC oraz silnikami spalinowymi spełniającymi wymagania emisji spalin STAGE V zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/1628 z dnia 14 września 2016 r. Pojazdy zostaną przeznaczone do obsługi linii kolejowych zelektryfikowanych oraz niezelektryfikowanych po torze o szerokości 1435 mm. Szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące przedmiotu umowy zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ.

W rozdziale XIII SWZ Zamawiający przewidział, że przedmiot zamówienia powinien zostać mu dostarczony w terminie do dnia 20 grudnia 2023 r.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Ze względu na uwzględnienie w dniu 8 września 2023 r. przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego w całości zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego aspektów technicznych wykonania przedmiotu zamówienia, tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 2, 4 i 5 ustawy PZP, postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu podlegało umorzeniu. Natomiast jeśli chodzi o zarzut nr 1 odwołania kwestionujący termin wykonania przedmiotu zamówienia, to w tym zakresie odwołanie zostało przez Izbę merytorycznie rozpoznane i Izba stwierdziła, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Stawiając zarzut nr 1 odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 387 § 1, art. 353<sup>1</sup>, art. 58 § 1 i § 2 i art. 605 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP. W ocenie Izby określenie przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia do dnia 20 grudnia 2023 r. nie narusza wskazanych w odwołaniu przez wykonawcę NEWAG przepisów prawa.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 16 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 99 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Według art. 99 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zgodnie zaś z art. 99 ust. 4 ustawy PZP przedmiot 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.

Zgodnie z art. 58 § 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Według zaś art. 58 § 2 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Według art. 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Art. 387 § 1 k.c. stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Natomiast w myśl art. 605 k.c. przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo periodycznie, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny.

W świetle regulacji art. 8 ust. 1 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Odwołujący upatruje naruszenia podstawowych zasad ustawy PZP oraz przepisów normujących sposób opisywania przedmiotu zamówienia w określeniu przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia do dnia 20 grudnia 2023 r. Zdaniem Izby choć w niniejszej sprawie ustalony przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia polegającego na dostawie dwóch sztuk fabrycznie nowych dwunapędowych (spalinowo - elektrycznych) zespołów trakcyjnych może wydawać się krótki zważywszy na terminy wykonania zamówienia określone w innych podobnych przetargach na dostawę zespołów trakcyjnych, to ustalenie przez Zamawiającego takiego właśnie terminu było uzasadnione obiektywnymi okolicznościami i jednocześnie Zamawiający decydując się na przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego i określając jego warunki kierował się obowiązkiem zachowania zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu. Ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i rozprawie wynika, że główną przyczyną, dla której określił on w dokumentacji postępowania termin dostawy przedmiotu zamówienia do dnia 20 grudnia 2023 r., była konieczność szybkiego uzupełnienia taboru kolejowego z uwagi na tymczasowe wyłączenie z użytkowania aż 14 z 23 pojazdów szynowych (czyli ok. 60% taboru) według stanu na dzień 14 września 2023 r. Problem wysokiej awaryjności taboru kolejowego znajdującego się w dyspozycji Województwa Lubuskiego oraz wiążące się z tymi trudnościami dla transportu pasażerskiego w obrębie Województwa Zamawiający udowodnił złożonymi przez siebie wydrukami artykułów prasowych z portali internetowych, gdzie problematyka ta jest szeroko komentowana na łamach prasy regionalnej i branżowej. Należy mieć też na względzie to, że Zamawiający będący jednostką samorządu terytorialnego jest obowiązany zapewnić członkom lokalnej społeczności transport zbiorowy na obszarze województwa oraz możliwość połączenia z województwami sąsiednimi. Istotne braki w taborze kolejowym uniemożliwiają realizację tego ustawowego obowiązku wynikającego z art. 14 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r., poz. 2094, ze zm.). Izba podziela przy tym pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 17 stycznia 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 80/07, że „Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspakajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum”. Podnoszone przez Odwołującego okoliczności wskazujące na trudności w złożeniu oferty w postępowaniu, tj. głównie na brak czasu niezbędnego wykonawcom na wyprodukowanie dwóch zespołów trakcyjnych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i w wynikającym z rozdziału XIII SWZ terminie, nie może przesądzać o tym, że to Zamawiający ma zwlekać z zaspokojeniem swoich pilnych potrzeb zakupowych służących realizacji jego podstawowych ustawowych celów i dostosowywać się do mocy produkcyjnych niektórych wykonawców. Poza tym nie można tracić z pola widzenia także tego, iż w świetle załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie pisma Zastępcy Dyrektora

Departamentu Instytucji Zarządzającej z dnia 19 maja 2023 r. skierowanego do Dyrektorów Departamentu Infrastruktury i Komunikacji i Departamentu Programów Regionalnych wynika, że zakup dodatkowego taboru kolejowego dzięki uzyskaniu dofinansowania ze środków Unii Europejskiej na podstawie relokacji kwoty 50 568 828 zł 44 gr możliwy będzie tylko do końca 2023 r., natomiast pozyskanie takiego finansowania w późniejszym czasie jest wątpliwe. W tym stanie rzeczy za niemające większego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała dowody złożone przez wykonawcę NEWAG dotyczące dokumentacji z innych postępowań przetargowych, ofert złożonych mu przez podwykonawców oraz pism Instytutu Kolejnictwa. Natomiast wydruk artykułu prasowego pt. „Drugi FPS Plus prawie gotowy” ze strony internetowej rynek-kolejowy.pl potwierdza przede wszystkim, że Zamawiający ze względu na trudności komunikacyjne na obszarze Województwa oraz ryzyko utraty dofinansowania musi niezwłocznie przeprowadzić przetarg na dostawę dwóch zespołów trakcyjnych. Jeśli natomiast chodzi o zarzuty Odwołującego dotyczące zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców do tylko jednego podmiotu to są bezpodstawne skoro, gdyż jak sam przyznaje Odwołujący, on również produkuje pojazdy szynowe o napędzie hybrydowym. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w chwili obecnej nie dysponuje on fizycznie takim gotowym do sprzedaży pojazdem szynowym i nie będzie go w stanie wyprodukować w tym roku oraz uzyskać tzw. homologacji, nie może przesądzać o tym, że doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji przez Zamawiającego.

Za nieuzasadnione Izba uznała też zarzucanie Zamawiającemu przez Odwołującego naruszenia szeregu przepisów umiejscowionych w Kodeksie cywilnym, które w prawie zamówień publicznych mogą być stosowane na mocy odesłania z art. 8 ust. 1 ustawy PZP. W odniesieniu do naruszenia art. 58 § 1 k.c., to wobec niestwierdzenia przez Izbę naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP zaskarżonym postanowieniem zawartym w dokumentacji postępowania nie można wytknąć sprzeczności z ustawą, natomiast Odwołujący nie wskazywał na inne przepisy prawa materialnego z zakresu zamówień publicznych, z którymi czynności Zamawiającego miałyby być niezgodne. Jednocześnie Odwołujący w uzasadnieniu swojego środka ochrony prawnej nie powoływał się na naruszenie żadnych zasad należących do katalogu zasad współzycia społecznego, stąd też Izba nie miała podstaw faktycznych do poddania kontroli czynności Zamawiającego pod kątem ewentualnego naruszenia art. 58 § 2 k.c. Podobnie rzecz wygląda z zarzutem dotyczącym naruszenia zasady swobody umów, gdzie art. 353<sup>1</sup> k.c. w zakresie treści i celu czynności prawnej także odwołuje się do ustawy i zasad współzycia społecznego. Należy mieć przy tym na względzie to, że z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron stosunku prawnego, a więc brak ekwiwalentności ich wzajemnej sytuacji prawnej. Akceptacja przez strony takiej nieekwiwalentnej ich sytuacji, głównie negocjacyjnej, nie oznacza, że każdorazowo należy chronić podmiot, który zdecydował się jednak na zawarcie umowy, a więc umowy na warunkach częściowo niezgodnych z jego oczekiwaniami, w tym założeniami ekonomicznymi. Z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego nie wynika też uprawnienie jednej z jej stron do domagania się, żeby umowa była zawarta na warunkach oczekiwanych przez tą stronę, w szczególności co do ceny (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 339/17). Odwołujący zarzucił też Zamawiającemu naruszenie art. 387 § 1 k.c., co jest w ogóle nieuzasadnione w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Niemożliwość świadczenia unormowana w tym przepisie cechuje się tym, że ma ona charakter obiektywny, tj. że każdy podmiot prawa cywilnego nie ma możliwości spełnienia świadczenia o treści wynikającej z umowy, norm prawnych oraz zwyczajów, a nie tylko strony umowy. Poza tym musi mieć ona charakter pierwotny, trwały i istnieć w chwili zawarcia umowy. Tymczasem z samego stanowiska Odwołującego wynika, że jego zdaniem jest co najmniej jeden wykonawca na rynku, który jest w stanie wykonać zamówienie na warunkach określonych przez Zamawiającego. Co do zaś naruszenia art. 605 k.c., to z dokumentacji postępowania jasno wynika, że przedmiotem tego zamówienia jest dostawa dwóch sztuk fabrycznie nowych dwunapędowych (spalinowo - elektrycznych) zespołów trakcyjnych, natomiast Odwołujący nie wykazał w ogóle aby chodziło o zawarcie przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą umowy o zupełnie innym charakterze, w sposób odmienny kształtujący prawa i obowiązki stron aniżeli umowa dostawy.

Podkreślenia wymaga, że założeniem ustawy PZP jest to, aby Zamawiający otrzymał produkt zaspokajający jego uzasadnione potrzeby – uzyskany w wyniku realizacji zamówienia przez wykonawcę wybranego w warunkach uczciwej konkurencji. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie naruszył podstawowych zasad ustawy PZP, w tym zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, zaś określony w dokumentacji postępowania termin wykonania zamówienia odpowiadał jego pilnym potrzebom z uwagi na konieczność szybkiego uzupełnienia taboru kolejowego na obszarze Województwa Lubuskiego zważywszy na jego dużą awaryjność, a tym samym długoterminowe wyłączenie z użytkowania znacznej liczby pociągów regionalnych, co w konsekwencji doprowadziło do stanu paraliżu komunikacyjnego na kolei w Województwie Lubuskim.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP w zw.

z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP oraz art. 387 § 1, art. 353<sup>1</sup>, art. 58 § 1 i § 2 i art. 605 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**.....