Sygn. akt: KIO 2133/23

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2023 r. przez wykonawcę H.C. – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Mazowieckie z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa pełnomocnik Koleje Mazowieckie – KMSpółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego H.C. – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:

2.1.zalicza na 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 H.C – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego Województwa Mazowieckiego z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez zamawiające z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2133/23

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

Zamawiający Województwo Mazowieckie z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa pełnomocnik Koleje Mazowieckie – KMSpółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup pojazdów kolejowych wraz z usługą serwisową (6 EAZT)" (numer referencyjny: MWZ7.27.47.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 115-355868. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 21 lipca 2023 r. wykonawca H.C – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec modyfikacji dokumentów zamówienia dokonanej 11 lipca 2023 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności w zakresie, w jakim w wyniku modyfikacji opublikowanej na platformie Zamawiającego w dniu 11 lipca 2023 r. dotyczącej pkt 3 ppkt 3.1 poz. 11 tabeli wymagań technicznych dla dwuczłonowych elektrycznoakumulatorowych zespołów trakcyjnych Załącznika nr 11 do SWZ dopuszczalna masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu użytecznym została określona następująco: „Wg normy PN-EN 15663 (optional mass under normal payload) ≤ 120 000 kg" - pkt 2 ww. modyfikacji str. 4 pisma stanowiącego informacje o wprowadzonych zmianach do SWZ oraz zaktualizowany pkt 3 ppkt 3.1 poz. 11 tabeli wymagań technicznych dla dwuczłonowych elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych Załącznika nr 1 1 do SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności modyfikacji dokumentów zamówienia opublikowanej w dniu 11 lipca 2023 r. na platformie Zamawiającego w zakresie pkt 2 ze str. 4 pisma stanowiącego informacje o wprowadzonych zmianach do SWZ i w konsekwencji zmiany pkt 3 ppkt 3.1 poz. 1 1 tabeli wymagań technicznych dla dwuczłonowych elektrycznoakumulatorowych zespołów trakcyjnych Załącznika nr 1 1 do SWZ poprzez przywrócenie pierwotnego brzmienia tego postanowienia i określenie, że masa eksploatacyjna pojazdu przy normalnym obciążeniu powinna spełniać następujący parametr: „Wg normy PN-EN 15663 (optional mass under normal payload) ≤ 130 000 kg"

W odwołaniu opisano dotychczasowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem

pierwotnego brzmienia wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów dotyczących masy pojazdów i ich modyfikacji opublikowanych 11 lipca 2023 r. Odwołujący wyjaśnił, iż w świetle ww. zmian parametr masy eksploatacyjnej w stanie gotowości do pracy został zmieniony w ten sposób, że „Zamawiający nie precyzuje wymogu w tym zakresie", ale jednocześnie Zamawiający dokonał zmiany parametru masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu ze „≤ 130 000 kg" do „≤ 120 000 kg". W ocenie Odwołującego obniżenie dopuszczalnej maksymalnej masy eksploatacyjnej pojazdu przy normalnym obciążeniu ze „≤130 000 kg" do „≤ 120 000 kg" nie jest uzasadnione ani w przedmiocie zamówienia ani w potrzebach Zamawiającego. Co więcej, dokonana w dniu 11 lipca 2023 r. zmiana wymagania powoduje znaczne ograniczenie konkurencji w postępowaniu, w tym ograniczenie kręgu producentów, którzy byliby w stanie wykonać przedmiot zamówienia, jak również możliwych do zaoferowania rozwiązań.

Odwołujący wyjaśnił, iż masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu użytecznym to masa pojazdu w stanie gotowości do pracy + masa wszystkich pasażerów siedzących + masa wszystkich pasażerów stojących + masa bagażu. Zamawiający określił w postępowaniu również inne parametry, które powinien spełnić wykonawca. Zgodnie z pkt 3 ppkt 3.1 poz. 9 tabeli wymagań technicznych dla dwuczłonowych elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych Załącznika nr 11 do SWZ wskazano parametr dopuszczalnego nacisku osi na tor, który przy założeniu zajętych wszystkich miejsc siedzących i liczbie miejsc stojących 4 os/m2 powinien wynosić ≤ 196 kN (20,0 t). Zaoferowany pojazd bez względu zatem na swoją masę przy pełnym obciążeniu powinien spełnić ww. wymaganie w zakresie nacisku osi na tor, które również dotyczy stanu z uwzględnieniem zajętości miejsc siedzących i stojących. Co więcej, Zamawiający w Rozdziale XVI ust. 1 SWZ w poz. 4 tabeli wskazał, że zamierza punktować w ramach kryteriów oceny ofert współczynnik efektywności elektrycznoakumulatorowych zespołów trakcyjnych, a więc czym niższe zużycie energii tym wyższa punktacja w ramach tego kryterium. Masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu użytecznym jest jednym z czynników mających wpływ na obliczenie ww. współczynnika, a zatem to w interesie wykonawcy jest, niezależnie od przyjętej konstrukcji, takie zoptymalizowanie oferowanego pojazdu, aby uzyskać możliwie najlepszy rezultat przy spełnieniu również wszystkich wymagań minimalnych. Narzucanie wykonawcom dodatkowo, aby masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu nie była większa niż 120 000 kg jest zatem wymaganiem nadmiernym i zbędnym.

Dalej Odwołujący wskazał, iż obniżenie masy eksploatacyjnej przy pełnym obciążeniu do ,≤120 000 kg" powoduje, że ponownie, jak przed wykreśleniem wymagania w zakresie masy eksploatacyjnej pojazdu w stanie w gotowości do pracy, dostarczany pojazd powinien ważyć ok. 100 000 kg. Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja, tym razem nie poprzez parametr masy eksploatacyjnej w stanie gotowości, ale poprzez wymaganie masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu ogranicza w sposób zdecydowany możliwe do zaoferowania rozwiązania. Zamawiający wymaga min. 100 pasażerów siedzących oraz minimum 100 pasażerów stojących (por. pkt 3 ppkt 3.1 poz. 19 i 22 tabeli wymagań technicznych dla dwuczłonowych elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych Załącznika nr 11 do SWZ). Wg normy PN-EN 15663, na którą powołuje się Zamawiający w opisie parametru kwestionowanego wymagania producent powinien przy projektowaniu pojazdu kolejowego przyjąć 70 kg na pasażera, a masę bagażu na ok. 1000 kg. Z powyższych danych i wyliczeń wynika, że masa własna pojazdu w stanie gotowości do pracy może przy masie eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu wynieść max. ok. 105 000 kg (120 000 kg - 200 pasaż. * 70 kg - ok. 1000 kg = ok. 105 000 kg). Tym samym, mimo iż Zamawiający dokonał zgodnie z żądaniem Odwołującego modyfikacji parametru masy eksploatacyjnej w stanie gotowości do pracy, to poprzez obniżenie dopuszczalnej masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu ponownie sformułował wymaganie ograniczające konkurencję i wykluczające FPS.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia są pojazdy elektrycznoakumulatorowe, które są rozwiązaniem innowacyjnym i dopiero wdrażanym przez producentów. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami - pojazd wyłącznie elektryczny (bez modułu bateryjnego) o długości 45,7 m może ważyć ok. 90 000 kg (por.: https://www.transportszynowy.pl/Kolei/eztflirt3). Przedmiotem niniejszego postępowania jest natomiast pojazd dłuższy oraz z dodatkowym modułem bateryjnym. Skoro bowiem przedmiotem niniejszego zamówienia jest pojazd o długości do 56 m, to proporcjonalnie można oszacować, że taki pojazd będzie ważył około 110 000 kg (bez baterii). Należy dodatkowo doliczyć masę modułu bateryjnego, co zdecydowanie przekroczy masę 105 000 kg ustaloną pośrednio przez Zamawiającego modyfikacją z dnia 11 lipca 2023 r. Co więcej, wskazanie na pojazd producenta Stadler jest o tyle referencyjne, że jest to producent oferujący pojazdy, których konstrukcje są lżejsze, tj. wykonane z aluminium. Większość producentów oferuje pojazdy wykonane ze stali por. np. Odwołujący, PESA, NEWAG. Obniżenie dopuszczalnej masy pojazdu przy normalnym obciążeniu preferuje rozwiązanie Stadlera oparte na aluminium - i to mimo, iż Zamawiający nie narzucił materiału, z którego pojazd ma być wykonany.

Niezależnie od powyższego, tak znaczne ograniczenie masy pojazdu przy normalnym obciążeniu eliminuje z postępowania producentów, którzy oferują zespoły trakcyjne na wózkach klasycznych. Zamawiający co prawda w wymaganiach technicznych dla dwuczłonowych elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych Załącznik nr 11 do SWZ nie określił, że taka możliwość jest wyłączona, a wskazał wyłącznie, że wykonawca powinien opisać w ofercie jaki typ wózków oferuje, jednak wprowadzona w dniu 11 lipca 2023 r. modyfikacja de facto prowadzi do preferowania pojazdów opierających się na wózkach Jacobsa. Odwołujący zauważył, że jedno z dwóch występujących na rynku rozwiązań, tj. nazywane „klasycznym" (wózki wagonowe), polega na tym, że pod każdym członem występują dwa odrębne wózki. Drugim stosowanym rozwiązaniem są wózki Jacobsa, które łączą człony pojazdu, tj. dwa człony pojazdu posiadają jeden wspólny wózek. Zatem przy pojazdach dwuczłonowych, które są wymagane w niniejszym postępowaniu w rozwiązaniu

klasycznym producent będzie zobowiązany zastosować 4 wózki, a przy rozwiązaniu Jacobsa 3 wózki. Producent pojazdu opartego o wózki klasyczne musi zatem uwzględnić dodatkowy wózek, który również ma wpływ na ostateczną masę pojazdu. Ograniczenie dopuszczalnej wartości masy eksploatacyjnej przy pełnym obciążeniu ma w konsekwencji istotne znaczenie dla producentów, którzy oferują pojazdy na wózkach klasycznych tym bardziej, iż jak było wskazane przedmiotem zamówienia nie jest standardowy pojazd, w którym do swojej konstrukcji wykonawca musi dodać jeszcze masę baterii.

Powyższe działania Zamawiającego, który wprawdzie dokonał modyfikacji parametrów w zakresie masy eksploatacyjnej w stanie gotowości do pracy zgodnie z żądaniem FPS w sprawie KIO 1801/23, ale jednocześnie obniżył wartość innego parametru dotyczącego masy pojazdu przy normalnym obciążeniu użytecznym wskazują, że w dalszym ciągu postanowienia dokumentów zamówienia nie mają oparcia w potrzebach Zamawiającego i bezzasadnie ograniczają konkurencję. Odwołujący podniósł, iż w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2022 r. KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1884/22 wskazano, że nie jest uzasadnione ani preferowanie konstrukcji stalowej/ aluminiowej, ani konkretnego typu wózków a ograniczenia w tym zakresie naruszają uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu: „Podobnie jak przy zarzucie dotyczącym konstrukcji stalowej (odwołanie sygn. akt KIO 1280/22) skład orzekający uznał, iż parametr wskazujący na konieczność zastosowania wózków klasycznych, prowadził do ograniczenia konkurencji uniemożliwiając złożenie oferty przez dużą część producentów obecnie mogących dostarczyć nowe pojazdy kolejowe. Przy braku wykazania przez Zamawiającego istnienia rzeczywistych potrzeb, które uzasadniałyby wykluczenie dużej grupy dostawców z udziału w postępowaniu, skład orzekający uznał, iż prowadzi to do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji.” W związku z tym, zdaniem Odwołującego, zasadne i konieczne jest unieważnienie modyfikacji SWZ z dnia 11 lipca 2023 r. w zakresie parametru masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym i określenie, że powinna wynosić 130 000 kg.

Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości i dopuszczenie dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w odwołaniu Zamawiający wskazał, iż dopuszczalny nacisk osi na tor określany jest w celu ograniczenia maksymalnej wartości tego parametru w pojeździe, w zależności od planowanych do obsługi linii kolejowych. Każda linia kolejowa ma wyznaczony maksymalny dopuszczalny nacisk osi na tor wyrażony w kN. W przypadku przekroczenia przez pojazd tego parametru, tj. większego nacisku osi na tor niż dopuszczalna wartość na linii kolejowej, pojazd nie może poruszać się po niej. Z tego względu Zamawiający ustalił, która linia kolejowa planowana do obsługi pojazdami będącymi przedmiotem zamówienia ma najniższy parametr w zakresie dopuszczalnego nacisku osi na tor. W tym przypadku jest to linia Ostrołęka – Szczytno oraz Kutno – Brodnica, na których dopuszczalny nacisk to 196 kN - czyli 20 000 kg na oś. W związku z tym Zamawiający musiał zadbać o to, aby ten parametr nie został przekroczony i w dlatego wskazał go w SWZ. Okoliczność ta nie czyni natomiast bezzasadnym spełnienia wymogu określonej masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym, która jest innym parametrem i ma znaczenie dla Zamawiającego z uwagi na okoliczności wskazane poniżej. Nacisk osi na tor to nic innego jak suma sił pionowych działających na koła, jednakże pozostawienie wyłącznie zapisu o dopuszczalnym nacisku osi na tor mogłoby spowodować, że w przypadku zaoferowania przez Wykonawcę pojazdów wyposażonych w cztery wózki, o łącznej liczbie ośmiu osi, Zamawiającemu zostałyby dostarczone pojazdy o masie do 160 000 kg. Oczywiście Zamawiający dopuszcza takie rozwiązania w zakresie liczby wózków i osi, przy czym pojazdy muszą one spełniać wymóg dotyczący maksymalnej masy. Nie jest intencją Zamawiającego pozyskiwanie tak ciężkich i energochłonnych pojazdów. Wręcz przeciwnie, z uwagi na koszty energii elektrycznej, Zamawiającemu zależy na pozyskaniu pojazdów o jak najmniejszej masie, a tym samym tańszych w eksploatacji. Zamawiający musiał zatem przewidzieć parametr, który ograniczałby również masę pojazdu, a nie tylko nacisk osi na tor. Dokonując zmiany w zakresie dopuszczalnej masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym z ≤ 130 000 kg na < 120 000 kg (pkt 3 ppkt 3.1. poz. 11 tabeli wymagań technicznych dla dwuczłonowych elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych Załącznika nr 11 do SWZ), Zamawiający miał na uwadze to, że masa pojazdu z obciążeniem (a więc z pasażerami) to tzw. masa brutto. Masa ta ma wpływ nie tylko na zużycie energii przez pojazd ale przede wszystkim również na koszty dostępu do infrastruktury, związane z eksploatacją pojazdów. Stawka za dostęp do infrastruktury oraz sposób jej obliczania wskazane są w ogólnodostępnym załączniku nr 9.1 do Regulaminu Sieci Zarządcy Infrastruktury. Zgodnie z ww. załącznikiem stawka za dostęp do infrastruktury obliczana jest za kilometr w następujący sposób: średnia stawka (ryczałtowa ustalona przez Zarządcę) pomnożona przez współczynnik masy i pomnożona przez współczynnik kategorii linii kolejowej. Dla obliczeń nieistotny jest współczynnik kategorii linii, ponieważ pojazd (niezależnie od producenta), będzie poruszał się po tych samych liniach. Współczynnik różnicujący masy brutto jest natomiast odmienny dla przedziału od 60 000 kg do 120 000 kg i od 120 000 kg do 180 000 kg. Z obliczeń Zamawiającego wynika, że w tzw. cyklu życia pojazdu (przy przebiegu nieco ponad 5 mln km) koszty dostępu do infrastruktury w całym okresie eksploatacji dla pojazdu o masie przekraczającej 120 000 kg będą wyższe o 4 900 000 zł, niż dla pojazdu o masie do 120 000 kg, co przy sześciu pojazdach daje kwotę oszczędności około 30 000 000 zł. Zamawiający określając początkowo masę pojazdu w stanie gotowości na 100 000 kg oraz możliwe zwiększenie tej masy o masę pasażerów i bagażu był zabezpieczony, przed tym, że suma tych mas nie przekroczy 120 000 kg. Zmiana SWZ polegająca na rezygnacji z określenia maksymalnej masy pojazdu w stanie gotowości do pracy, dokonana zresztą na wniosek Odwołującego, spowodowała konieczność takiego określenia masy pojazdu pod normalnym obciążeniem

użytecznym (tj. masy brutto), aby ta nie przekraczała wartości 120 000 kg, tj. wartości, przy której stawka za dostęp do infrastruktury kolejowej jest niższa. Wymagało to zatem obniżenia limitu masy brutto ze 130 000 kg do 120 000 kg.

Zamawiający jako jedno z kryteriów oceny ofert przyjął współczynnik efektywności, na którego obliczenie wpływ ma m.in. masa pojazdu. Stanowi ona jednak tylko jeden z wielu czynników składowych dla ostatecznej wartości współczynnika. Istotne są też inne aspekty, w tym opory toczenia, moc oraz sposób sterowania układem napędowym, oczekiwane parametry w zakresie przyspieszenia itp. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający oczekuje dostarczenia pojazdu, którego masa nie będzie przekraczała określonej wartości, co jest istotne dla Zamawiającego z przyczyn wskazanych w pkt a). Okoliczność, że element ten wpływa na obliczenie innego współczynnika, nie pozbawia Zamawiającego możliwości określenia maksymalnej wartości tego elementu, z uwagi na uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Z tego względu np. Zamawiający określa też w SWZ inne parametry mające wpływ na współczynnik efektywności, w tym np. oczekiwaną wartość przyspieszenia (poz. 3.2. Własności trakcyjne, wiersz ostatni tabeli Załącznika nr 11 do SWZ, 2 do Umowy).

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazując masę pasażerów i bagażu jako 15 000 kg opiera się o błędne założenia, niezgodne z normą PN-EN 15663 przywołaną w SWZ przez Zamawiającego (poz. 3.1. Wymagania ogólne, ppkt 11 Załącznika nr 11 do SWZ, 2 do Umowy). Zamawiający wymaga, aby masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu użytecznym wynosiła poniżej 120 000 kg. Zgodnie z tabelą nr 4 i 5 oraz tabelą nr 8 przywołanej normy, normalne obciążenie użyteczne to 80 % zajętych miejsc siedzących i stojących. Z kolei Wykonawca błędnie założył w swoich obliczeniach 100 % zajętych wymaganych miejsc siedzących i stojących, co spowodowało zawyżenie masy pasażerów o 2 800 kg. Zamawiający nie przewiduje również w pojazdach przestrzeni bagażowej o powierzchni 12,5 m2, która powodowałaby wzrost masy pojazdu o kolejne 1 000 kg wskazane przez Odwołującego. Zgodnie z wskazaną normą dla takiej właśnie powierzchni można przyjąć masę bagażu na poziomie 1 000 kg (80 kg/m2). Łącznie Odwołujący myli się zatem o 3 800 kg.

Dalej Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przyjmuje błędne założenie, że pojazd elektryczno-akumulatorowy będzie musiał mieć masę eksploatacyjną przy normalnym obciążeniu użytecznym większą niż 120 000 kg oraz masę eksploatacyjną w stanie gotowości daleko większą niż 100 000 kg. Długość pojazdu określona w SWZ na 56 m jest maksymalną długością dopuszczoną przez Zamawiającego dla pojazdu o wymaganej masie eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym. Nie oznacza to zatem, że Wykonawcy mają wyprodukować pojazdy o tej właśnie maksymalnej długości. Zamawiający wyjaśnił, iż masy pojazdów dwuczłonowych są zróżnicowane i nieprawdą jest, że pojazd Stadler z – jak to wskazał Odwołujący – lżejszą konstrukcją waży 90 ton. Ponadto rodzaj konstrukcji nie musi mieć wpływu na masę pojazdu, a decydujące znaczenie ma sposób jego zaprojektowania. Należy również wskazać, że pojazdy z konstrukcją aluminiową są produkowane również przez innych niż Stadler producentów, np. przez Skodę lub Alstom, Również w kwestii wózków różni producenci stosują różne rozwiązania, w tym niektórzy zarówno wózki klasyczne, jak również wózki Jacobsa. Również ogólnodostępne informacje wskazują, że pojazdy dwuczłonowe są lżejsze niż wskazuje Odwołujący. Dla przykładu NEWAG produkuje obecnie pojazdy dwuczłonowe o masie około 81 000 kg. Natomiast pojazd dwuczłonowy 34 WE produkcji PESA posiada masę 83 200 kg. Ponad 100 000 kg ważą natomiast pojazdy trzyczłonowe. Powyżej wskazane pojazdy są pojazdami elektrycznymi. Zakładając, że pojazd zostanie doposażony w ogniwa baterii (w liczbie 25 sztuk) o łącznej pojemności około 800 kWh, masa własna pojazdu dwuczłonowego zwiększy się o około 13 750 kg. Dostępne dane dotyczące mas pojazdów znajdujących się na rynku oraz informacje o masie ogniw baterii, w które musi być wyposażony pojazd będący przedmiotem postępowania wskazują, że masa pojazdu elektrycznego wyposażonego dodatkowo w ogniwa baterii wyniesie znacznie poniżej 105 000 kg. Przy założeniu masy pasażerów i bagażu na poziomie w sumie 15 000 kg, a w zasadzie zgodnie z przywołaną przez Zamawiającego normą – 11 200 kg, otrzymujemy masę eksploatacyjną przy normalnym obciążeniu użytecznym znacznie poniżej 120 000 kg. Wykonawca może zatem spełnić wymagania i uzasadnione potrzeby Zamawiającego, a zapisy SWZ nie powodują ograniczenia konkurencji.

Zamawiający zauważył ponadto, iż jak wskazał Odwołujący, przedmiotem zamówienia są pojazdy ekektryczno-akumulatorowe, które są rozwiązaniem innowacyjnym i dopiero wdrażanym przez producentów. Odwołujący, podobnie jak inni wykonawcy, będzie musiał zatem od początku zaprojektować i wykonać nowy pojazd pod zamówienie Zamawiającego. Zatem nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że Zamawiający preferuje, któregoś z producentów pojazdów kolejowych. Odwołujący może przecież na etapie projektowania zaprojektować pojazd z określonego przez siebie materiału (aluminium lub stali) oraz z określonym układem wózków (klasycznym lub Jacobsa). Należy wskazać, że Zamawiający nie żąda określonych rozwiązań w tym zakresie, dopuszczając różne możliwości. Błędnie zatem twierdzi Odwołujący, że stawiając wymóg określonej masy pojazdu, Zamawiający „wyklucza" Odwołującego z postępowania lub preferuje określonych producentów taboru kolejowego. W rzeczywistości każdy z producentów może dowolnie zaprojektować pojazd, tak aby spełniał warunki brzegowe wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie narzuca konkretnych rozwiązań w zakresie długości pojazdu, materiału wykonania, czy też układu wózków lub liczby osi. Natomiast dla Zamawiającego istotna jest masa pojazdu z uwagi na energochłonność oraz koszty eksploatacji (dostęp do infrastruktury).

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania, iż Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 PZP, a w szczególności, że nastąpiło lub mogło nastąpić

naruszenie uczciwej konkurencji przez Zamawiającego. Ponadto wymagania dotyczące masy eksploatacyjnej pojazdów przy normalnym obciążeniu użytecznym są uzasadnione potrzebami zamawiającego i nie są nadmierne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołującyjako podmiot bezpośrednio zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, dążący do wyeliminowania wymagań, które w jego ocenie utrudniają konkurencję, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami i dokonane przez Zamawiającego w dniu 11 lipca 2023 r. modyfikacje treści dokumentów zamówienia. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów:
a)załączonych do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, tj.
–wyciągu z Regulaminu Sieci 2022/2023 przyjętego przez Zarządcę Infrastruktury PKP PLK SA, w tym Załączników nr 2.2 (Wykaz maksymalnych nacisków osi na tor) i 9.1 (Cennik opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej);
–wyciągu z Normy PN-EN 15663,
–pisma Škoda Transportation a.s. z dnia 31 sierpnia 2022 r. (WKR),
–wydruku broszury informacyjnej dotyczącej pojazdów X'trapolis firmy Alstom (wersja anglojęzyczna oraz tłumaczenie),
–wydruku broszury informacyjnej dotyczącej elektrycznych zespołów trakcyjnych Impuls firmy Newag,
–wydruku z portalu Wikipedia dotyczącego hasła „Pesa Elf",
–wydruku karty produktu Akumulator Bordline Max 850 KM firmy ABB (wersja anglojęzyczna oraz tłumaczenie),
b)złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy, tj.:
–opinii technicznej z 1 sierpnia 2023 r.,
–wydruku ze strony internetowej www.kolejeslaskie.com dotyczącego EZT 34WEa – Elf 2,
–wydruku fotografii EAZT firmy Stadler,
c)złożonych przez Zamawiającego podczas rozprawy, tj.:
–wydruku fotografii EAZT firmy Stadler z oznaczonym opisem masy pojazdu,
–wydruku karty produktu Flirt Akumulator EMU 2 firmy Stadler (wersja niemieckojęzyczna oraz tłumaczenie),
na okoliczności wskazywane przez Strony, wynikające z treści dokumentów. Załączone do odpowiedzi na odwołanie zestawienie obrazujące porównanie kosztów udostępnienia infrastruktury dla pojazdów o różnych masach jako zestawienie własne opracowane przez Zamawiającego, Izba potraktowała za stanowisko Zamawiającego w sprawie.

Izba na podstawie art. 541 ustawy Pzp postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki kolejowej, maszyn i urządzeń na okoliczność wykazania, iż wymóg dotyczący masy pojazdu przy uwzględnieniu pozostałych wymagań nie jest możliwy do spełnienia przez innego wykonawcę niż Stadler, stwierdzając, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający dla rozstrzygnięcia, a ww. wniosek dowodowy zmierza do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 6 szt. fabrycznie nowych dwuczłonowych elektryczno – akumulatorowych zespołów trakcyjnych (EAZT) wraz z pakietem naprawczym – pozdarzeniowym dla EAZT, szkoleniem osób wskazanych przez Zamawiającego z zakresu obsługi EAZT oraz serwisowaniem dostarczonych EAZT w poziomie utrzymania P1, P2, P3 od dnia dostarczenia poszczególnych pojazdów do dnia 31 grudnia 2031 r.

W załączniku nr 11 do SWZ (załącznik nr 2 do umowy) zawarto wymagania techniczne dla dwuczłonowych elektryczno – akumulatorowych zespołów trakcyjnych.

Pierwotnie pkt 3 ppkt 3.1 załącznika nr 11 do SWZ zawarto następujące wymagania w zakresie masy eksploatacyjnej:
„Poz. 10. Dopuszczalna masa eksploatacyjna w stanie gotowości do pracy – wg normy PN-EN 15663 (operational mass in working order) ≤ 100 000 kg"
„Poz. 11. Dopuszczalna masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu użytecznym -– wg normy PN-EN 15663 (operational mass under normal payload) ≤ 130 000 kg."

Zamawiający w dniu 11 lipca 2023 r. opublikował na platformie zakupowej modyfikacje SWZ, w tym zmiany dotyczące załącznika nr 11 do SWZ. W pkt 3 ppkt 3.1 załącznika nr 11 do SWZ zawarto następujące wymagania w zakresie masy eksploatacyjnej:
„Poz. 10. Dopuszczalna masa eksploatacyjna w stanie gotowości do pracy – Zamawiający nie precyzuje wymogu w tym

zakresie."

„Poz. 11. Dopuszczalna masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu użytecznym -– wg normy PN-EN 15663 (operational mass under normal payload) < 120 000 kg."

Wśród innych wymagań technicznych dla EAZT w pkt 3 ppkt 3.1 załącznika nr 11 wskazano m.in.:

„Poz. 9. Dopuszczalny nacisk osi na tor (przy założeniu zajętych wszystkich miejsc siedzących i liczbie miejsc stojących 4os/m2) - ≤ 196 kN (20,0t)"

„Poz. 12. Długość elektrycznego zespołu trakcyjnego ze sprzęgami końcowymi – mniej niż 56m"

„Poz. 19. Liczba stałych miejsc siedzących - ≥ 100"

„Poz. 22. Liczba miejsc stojących przy założeniu 4 osób/m2 - ≥ 100"

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a także w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności w zakresie dokonanej modyfikacji pkt 3 ppkt 3.1 poz. 11 Załącznika nr 11 do SWZ odnoszącego się do parametru dopuszczalnej masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp 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. Art. 99 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż 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. Z kolei w myśl ust. 4 tego przepisu 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.

W ramach uwag natury ogólnej należy wskazać, iż instytucja zamawiająca jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniona do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez uwzględnienia potrzeb zamawiającego. To bowiem zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją (por. m.in. wyrok z dnia 2 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 786/20). Podkreślić należy, że norma wyrażona w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący upatrywał utrudnienia konkurencji w określeniu wymagań dotyczących dopuszczalnej masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym na poziomie < 120 000 kg (Odwołujący podczas rozprawy sprostował, iż w odwołaniu nieprawidłowo określił ten poziom na ≤ 120 000 kg). Niemniej w ocenie Izby Odwołujący ani nie wykazał, że faktycznie taki wymóg prowadzić może do utrudnienia konkurencji, ani nie odparł stanowiska Zamawiającego, który wykazał istnienie obiektywnie uzasadnionych potrzeb związanych w określeniem masy eksploatacyjnej pojazdu przy normlanym obciążeniu na mniej niż 120 ton.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii potrzeb Zamawiającego, Izba za rzetelne i przekonujące uznała stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, iż zależy mu na pozyskaniu pojazdów o jak najmniejszej masie, a tym samym tańszych w eksploatacji. Nie było przedmiotem sporu to, że masa pojazdu ma wpływ na zużycie energii przez pojazd oraz na koszty dostępu do infrastruktury kolejowej związane z eksploatacją pojazdów. Zamawiający do odpowiedzi na odwołanie załączył cennik opłat za korzystanie z infrastruktury kolejowej (załącznik 9.1 do Regulaminu sieci 2022/2023), z którego wprost wynika, że stawka zależy m.in. od masy brutto pociągu, a współczynnik różnicujący zależny od masy brutto określono dla pojazdów od 60 do 120 ton na niższym poziomie (tj. 0,5059) niż dla pojazdów od 120 do 180

ton (0,6254). Poziom 120 ton masy brutto jest zatem poziomem granicznym, po którego osiągnięciu stawka za korzystanie z infrastruktury kolejowej wzrasta. Zamawiający wyjaśnił, iż przy uwzględnieniu cyklu życia pojazdu koszty dostępu do infrastruktury w całym okresie eksploatacji przy sześciu zamawianych w niniejszym postępowaniu EAZT dadzą oszczędności rzędu ok. 30 000 000 zł tylko z uwagi na samą masę eksploatacyjną pojazdu, jeśli nie przekroczy ona 120 ton. W ocenie Izby nie są to oszczędności o marginalnym znaczeniu, wobec czego nie sposób uznać za zasadne stanowiska Odwołującego, który deprecjonował tę kwestię. Izba stwierdziła przy tym, iż Odwołujący nie kwestionował oszczędności związanych z eksploatacją pojazdów o niższej masie (czy to wiążących się z dostępem do infrastruktury czy energochłonnością), a jedynie podnosił, iż Zamawiający może sobie te oszczędności zrównoważyć dopuszczając możliwość zaoferowania w postępowaniu tańszych rozwiązań (o większej masie eksploatacyjnej). Takie podejście Odwołującego w ocenie składu orzekającego wypacza cel, jakiemu służy postępowanie o udzielenie zamówienia, którym jest zakup produktu spełniającego w jak najwyższym stopniu oczekiwania instytucji zamawiającej. Nie chodzi tu o zakup rozwiązań tańszych, gorszych jakościowo czy technologicznie, cięższych i bardziej energochłonnych, które ostatecznie okażą się droższe w eksploatacji.

Izba za niezasadne uznała także stanowisko Odwołującego, który z faktu, że zaoferowany pojazd bez względu na masę powinien spełniać wymaganie dotyczące dopuszczalnego nacisku osi na tor (pkt 3 ppkt 3.1 poz. 9 załącznika nr 11 do SWZ) wywodził, że wymóg dotyczący masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym jest nadmierny i zbędny. Jak wskazał Zamawiający, pozostawienie wyłącznie parametru dotyczącego dopuszczalnego nacisku osi na tor mogłoby prowadzić do znacznego wzrostu masy brutto pojazdu, przy zastosowaniu większej liczby wózków (i co za tym idzie większej liczby osi) w celu zmniejszenia nacisku. Zamawiający wówczas narażony byłby na wyższe koszty związane z eksploatacją cięższych i bardziej energochłonnych pojazdów. Nie przekonuje również Izby argument Odwołującego, iż w interesie wykonawców jest, niezależnie od przyjętej konstrukcji, takie zoptymalizowanie oferowanego pojazdu, aby uzyskać jak najlepszy współczynnik efektywności EAZT podlegający ocenie w kryterium oceny ofert, który zależny jest m.in. od masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym. Samo prawdopodobieństwo dążenia wykonawców do osiągnięcia jak najlepszego współczynnika efektywności nie gwarantuje Zamawiającemu tego, że pojazd będzie miał taką masę eksploatacyjną, która mieściła się będzie w przedziale odpowiadającym niższym kosztom dostępu do infrastruktury kolejowej. Zamawiający jest uprawniony do ustalenia takich parametrów minimalnych dla zamawianych pojazdów, które gwarantować będą ich odpowiednią jakość, jak i ma prawo punktować dodatkowo parametry, które tę jakość jeszcze podwyższą. Zamawiający określił wymagania minimalne nie tylko w odniesieniu do masy eksploatacyjnej, ale też do innych parametrów wpływających na współczynnik efektywności, co w ocenie Izby uznać należy za uzasadnione, gdyż tylko takie działanie da mu pewność otrzymania produktu o oczekiwanej jakości.

Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający zakwestionował przedstawione w odwołaniu obliczenia wskazujące, iż wobec określenia masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym na poziomie < 120 000 kg masa własna pojazdu w stanie gotowości do pracy może wynieść maksymalnie ok. 105 000 kg. Zamawiający powołał się na normę PN-EN 15663, na którą wskazano w opisie kwestionowanego wymagania (*„Dopuszczalna masa eksploatacyjna przy normalnym obciążeniu użytecznym - wg normy PN-EN 15663 (operational mass under normal payload) < 120 000 kg.”*), podnosząc, iż normalne obciążenie użyteczne określ się na 80% zajętych miejsc siedzących i stojących, a nie na 100% jak założył Odwołujący. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że Odwołujący przyjął też niewłaściwe założenia co do wymaganej przestrzeni bagażowej. Powyższe doprowadziło do tego, że wyliczenia Odwołującego zostały zawyżone łącznie o 3 800 kg. Odwołujący podczas rozprawy nie przedstawił argumentacji, która przeczyłaby stanowisku Zamawiającego, wobec czego Izba doszła do przekonania, iż dane zaprezentowane w odwołaniu nie mogą być uznane wiarygodne. W ocenie Izby nie jest także zasadne twierdzenie Odwołującego, iż skoro przedmiotem zamówienia jest pojazd o długości do 56 m, to proporcjonalnie można oszacować, że będzie on ważył bez baterii ok. 110 000 kg (co Odwołujący oszacował w oparciu o dane dotyczące pojazdu EZT Flirt 3 firmy Stadler o długości 45,7m i masie ok. 90 000 kg). Jak słusznie wskazał Zamawiający, długość 56m wskazana w załączniku nr 11 do SWZ określona została jako długość maksymalna pojazdu, co oznacza, że zamawiany pojazd może być krótszy.

Izba za nieuwiarygodnione uznała także twierdzenia Odwołującego, iż wymóg dotyczący masy eksploatacyjnej przy normalnym obciążeniu użytecznym miałby preferować pojazd firmy Stadler, którego konstrukcja wykonana jest z aluminium i eliminować z postępowania producentów oferujących konstrukcje stalowe i zespoły trakcyjne na wózkach klasycznych. Po pierwsze Zamawiający nie wymagał, aby konstrukcja pojazdu wykonana była z aluminium ani nie wymagał konkretnego typu wózków, pozostawiając wykonawcom dowolność w tym zakresie. Po drugie, co nie było sporne pomiędzy Stronami, przedmiotem zamówienia są elektryczno-akumulatorowe zespoły trakcyjne, które są rozwiązaniem innowacyjnym i dopiero wdrażanym przez producentów. Zamawiający w ramach przedmiotowego zamówienia pozostawił producentom w tym zakresie dużą swobodę - Zamawiający nie narzucił im konkretnych rozwiązań technologicznych, w tym co do konstrukcji pudła, układu wózków, liczby osi czy długości pojazdu (określając tylko długość maksymalną). Po trzecie, nie zostało udowodnione twierdzenie Odwołującego, iż większość producentów oferuje pojazdy wykonane ze stali – Odwołujący nie złożył żadnych dowodów, które by taki stan rzeczy wykazywały. Zamawiający załączył zaś do odpowiedzi na odwołanie dokumenty wskazujące na wykonywanie pojazdów z aluminium nie tylko przez Stadler, ale też m.in. przez firmy Škoda i Alstom. Po czwarte, nie zostało wykazane przez Odwołującego, że przy zastosowaniu konstrukcji stalowej nie jest możliwe dochowanie wymagań w zakresie masy eksploatacyjnej. Zamawiający wskazał na

okoliczność przeciwną, powołując się na masę netto pojazdów dwuczłonowych Newag Impuls 37WE (ok. 81 000 kg, potwierdzoną broszurą informacyjną) oraz pojazdów Pesa 34WE (ok. 83 200 kg potwierdzoną wydrukiem ze strony internetowej), podnosząc, że nawet po wyposażeniu tych EZT w baterię, masa własna wyniesie mniej niż wskazywane przez Odwołującego 105 000 kg, a zatem przy normalnym obciążeniu użytecznym mniej niż 120 000 kg.

Odwołujący nie przedstawił dowodów, które przeczyłyby tym twierdzeniom. W odniesieniu do pojazdów firmy Newag Odwołujący wskazał jedynie, iż Zamawiający nie podał modelu pojazdu, na który się powołuje, co nie było zgodne ze stanem rzeczywistym, ponieważ Zamawiający w złożonym dowodzie oznaczył kolorem model 37WE. Poza tym Odwołujący jedynie lakonicznie stwierdził, że jego zdaniem nie ma pojazdu tej firmy, który spełniałby wymagania Zamawiającego. Tego rodzaju stwierdzenie jako całkowicie gołosłowne, niczego nie dowodzi. Z kolej złożony przez Odwołującego wydruk ze strony internetowej Kolei Śląskich, mający wskazywać, że pojazd Pesa ELF2 nie spełnia wymagań w zakresie ilości osób stojących, posiada odmienne oznaczenie niż pojazd, na który wskazywał Zamawiający. Zamawiający powołał się także na okoliczność, iż liczba miejsc stojących (na którą wskazywał Odwołujący) zależna jest od przyjętej liczby osób ma m2, która może być różnorako ustalona (Zamawiający określił liczbę miejsc stojących przy założeniu 4 os./1m2). Odwołujący do powyższych kwestii się nie odniósł. Odwołujący ponadto przedstawił wydruki fotografii EAZT firmy Stadler zaprezentowanego podczas targów w Berlinie, niemniej dowodzą one jedynie okoliczności w sprawie bezspornej – tj. tego, że taki pojazd powstał i ma określoną masę netto (96 t) i brutto (112 t), nie przeczą zaś temu, że inni producenci również są w stanie spełnić wymagania Zamawiającego.

Poza dwoma wskazanymi dowodami (wydruk ze strony internetowej Kolei Śląskich oraz wydruk fotografii pojazdu firmy Stadler) Odwołujący przedstawił jedynie opinię techniczną z dnia 1 sierpnia 2023 r. opracowaną przez mrg inż. P.J., która jako opinia prywatna, sporządzona na zlecenie Odwołującego, może być traktowana wyłącznie jako stanowisko samego Odwołującego, który dla jego uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty i wiadomości specjalnych. Opinia taka stanowi co najwyżej dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Izba stwierdziła, iż złożona opinia stanowi dowód o znikomej przydatności, tym bardziej jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że analiza przedstawiona w tej opinii była wybiórcza, niekompletna. Opiniujący przyjął określone założenia, np. co do masy modułu akumulatorowego, bez poparcia w jakichkolwiek zewnętrznych źródłach. W opinii w ogóle nie podano źródeł, z których rzeczoznawca czerpał informacje, w pkt 2.0 opinii powołano się tylko na „dane udostępnione przez zleceniodawcę", „własną bazę danych rzeczoznawcy" czy „wiedzę i doświadczenie rzeczoznawcy". Brak jest możliwości stwierdzenia, w jaki sposób opiniujący ustalił masę modułów akumulatorowych, na jakich konkretnie źródłach bazował, jego twierdzenia stoją zaś w kontrze do dowodów złożonych przez Zamawiającego, który przedstawił wydruk karty konkretnego produktu (akumulator Bordline Max 850 KM firmy ABB) wskazującą na wagę baterii. Dalej opiniujący przedstawił obliczenia w zakresie masy eksploatacyjnej przy normlanym obciążeniu użytecznym, dokonując ich w sposób inny niż wynikający z normy PN-EN 15663, na którą wskazano w opisie kwestionowanego wymagania, analogicznie jak uczynił to Odwołujący w treści odwołania (przyjmując 100% obciążenie). Następnie opiniujący przedstawił w Tabeli nr 1 dane dotyczące jedynie trzech pojazdów (firm Pesa, Stadler, Škoda), nie sposób zatem uznać, aby analiza dostępnych na rynku pojazdów EZT była analizą kompleksową, skoro nie uwzględnia ona pojazdów innych firm (np. Newag, Alstom, czy Odwołującego). Ponadto we wspomnianej tabeli nie przedstawiono wszystkich danych dotyczących analizowanych pojazdów, w tym tak istotnych informacji jak nazwy modeli pojazdów, a ponadto w odniesieniu do EZT firmy Škoda nie podano masy eksploatacyjnej, mimo że opinia miała potwierdzać, że to właśnie wymaganie w zakresie masy eksploatacyjnej utrudnia konkurencję. Co więcej, w ocenie Izby, opinia przeczy wnioskom Odwołującego, jakoby pojazd o wymaganej masie mogła wyprodukować tylko firma Stadler – w opinii wprost wskazano, że mogłyby to być także pojazdy firmy Škoda, niemniej opiniujący wyłącznie z faktu, że firma ta nie dostarczała na rynek polski pojazdów kolejowych (a jedynie szynowe – tramwaje i metro) wywiódł przypuszczenie, że jedynym wykonawcą spełniającym wymagania Zamawiającego jest firma Stadler. W ocenie Izby opinii tej nie sposób uznać za wszechstronną i rzetelną, nie zawiera ona kompleksowej analizy i nie została poparta wiarygodnymi źródłami wiedzy.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu techniki kolejowej, maszyn i urządzeń na okoliczność wykazania, iż wymóg dotyczący masy pojazdu przy uwzględnieniu pozostałych wymagań nie jest możliwy do spełnienia przez innego wykonawcę niż Stadler, Izba wskazuje, iż wniosek ten uznała za zmierzający do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania. Jak wskazano powyżej Odwołujący za pomocą złożonych dowodów ani nie uprawdopodobnił, że w przedmiotowym przypadku mogło dojść do utrudnienia konkurencji, ani nie zakwestionował obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego związanych z ograniczeniem masy eksploatacyjnej pojazdu. Tym samym nie powstały po stronie składu orzekającego wątpliwości, które wymagałyby dla rozstrzygnięcia zasięgnięcia wiedzy specjalnej, a zgromadzony w sprawie materiał dowody był wystarczający. Ponadto należy wskazać, iż w świetle tezy dowodowej Odwołującego przedmiotem opinii biegłego miałoby być ustalenie, czy inni wykonawcy niż Stadler są w stanie spełnić wymóg dotyczący masy pojazdu przy uwzględnieniu pozostałych wymagań Zamawiającego. Tymczasem, co było okolicznością bezsporną, przedmiot zamówienia stanowi rozwiązanie innowacyjne, dopiero wdrażane przez producentów. Z uwagi na innowacyjność przedmiotu zamówienia opinia oparta jedynie na analizie istniejących rozwiązań i powszechnie dostępnych, obiektywnych danych, byłaby niemiarodajna. Biegły de facto musiałby dokonać oceny potencjału technologicznego wykonawców działających na rynku kolejowym pod kątem tego, czy są oni w stanie zaprojektować i wykonać (od nowa bądź w oparciu o istniejące już rozwiązania) pojazdy o określonych

parametrach, podczas gdy potencjał technologiczny, ekonomiczny danego przedsiębiorstwa czy jego strategie biznesowe, stanowią element know-how takiego podmiotu, nieujawniany publicznie. Opinia taka sprowadzałaby się zatem do pewnych estymacji, trudnych do obiektywnego zweryfikowania.

W ocenie Izby potencjał działających na rynku kolejowym wykonawców do zaprojektowania i wykonania pojazdu spełniającego wymagania Zamawiającego nie został przez Odwołującego podważony, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że Zamawiający nie narzucał konkretnych rozwiązań technologicznych. Przy czym jak już wcześniej wskazano, opis przedmiotu zamówienia zawsze w jakimś stopniu ogranicza konkurencję, ograniczenie to jest jednak akceptowalne, jeśli jest uzasadnione obiektywnymi i niedyskryminującymi potrzebami zamawiającego. Potrzeby takie w ocenie Izby Zamawiający wykazał. Sam fakt, że wprowadzenie postulowanych przez Odwołującego zmian w SWZ, umożliwiałoby Odwołującemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu bądź w inny sposób wpływało na poprawę jego sytuacji, nie jest wystarczający do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, a przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący: ……