

Sygn. akt: KIO 1872/23
KIO 1879/23

WYROK
z 17 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Beata Konik

Aleksandra Kot

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 14 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 czerwca 2023 r. przez odwołujących:

1. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (sygn. akt KIO 1872/23),
2. NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (sygn. akt KIO 1879/23)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie oraz Koleje Małopolskie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, przy udziale wykonawców:

1. NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1872/23 po stronie odwołującego,
2. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1879/23 po stronie odwołującego,
3. Stadler Polska sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1872/23 i KIO 1879/23 po stronie odwołujących

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1872/23 w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1, 3, 4 i 5. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1879/23.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1872/23 obciąża odwołującego: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
 - 3.2. Zasądza od odwołującego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego kwotę 169 zł 00 gr (sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z tytułu połowy kosztów poniesionych przez zamawiającego z tytułu dojazdu pełnomocników na rozprawę.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1879/23 obciąża odwołującego: NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
 - 4.2. Zasądza od odwołującego NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu na rzecz zamawiającego kwotę 169 zł 00 gr (sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z tytułu połowy kosztów poniesionych przez zamawiającego z tytułu dojazdu pełnomocników na rozprawę.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1872/23
KIO 1879/23

Uzasadnienie

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie oraz Koleje Małopolskie sp. z o.o.

z siedzibą w Krakowie (dalej: Zamawiający) prowadzą na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych do świadczenia kolejowych usług przewozowych, świadczenia usługi kompleksowej obsługi serwisowo-utrzymawczej oraz dostawę pakietu części zamiennych”, numer: IS-I.272.5.2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 117-366029.

KIO 1872/23

30 czerwca 2023 r. odwołujący Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący PESA lub PESA) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji warunków zamówienia i 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 przez określenie niemożliwych do spełnienia terminów wykonania zamówienia
w zakresie dostawy pojazdów, w sposób nieuwzględniający istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia.
- 2.art. 16 pkt 3 Pzp przez określenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia
w Załączniku nr 2 do umowy wykonawczej zakresu wymaganej dokumentacji w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. w zakresie znacznie wykraczającym poza elementy niezbędne do eksploatacji oraz utrzymania pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia.
- 3.art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 oraz 3 Pzp przez określenie w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 1.35 Załącznika nr 1 do SWZ) wymogu dotyczącego przekazania kodów źródłowych do określonych systemów, bez jednoczesnego określenia zasad
i warunków, na jakich ten depozyt ma zostać przeprowadzony, w szczególności przypadków, w których kody mogą zostać przez Zamawiającego podjęte z depozytu, co ma bezpośredni wpływ na treść oferty.
- 4.art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 483 § 1 Kc przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w § 5 umowy ramowej, przez określenie wysokości kary umownej
za odstąpienie od umowy ramowej w sposób niezwiązany z faktyczną wartością naruszenia oraz nieproporcjonalny do wartości naruszenia.
- 5.art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 483 § 1 Kc, a w konsekwencji art. 353¹ Kc przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w § 7 umowy ramowej w sposób nieprecyzyjny, za pomocą postanowień, na podstawie których nie da się jednoznacznie określić, kiedy Zamawiający może skorzystać z umownego prawa odstąpienia oraz w sposób nieproporcjonalny.

12 lipca 2023 r. Zamawiający złożył pisemne oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 3, 4 i 5.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ w Załączniku nr 2 do umowy wykonawczej „Wykaz dokumentacji technicznej dostarczanej z EZT” przez nadanie mu brzmienia zaproponowanego poniżej (proponycja brzmienia uwzględnia treść z OPZ z zaznaczeniem jako przekreślone tych elementów wymogu, o których usunięcie Odwołujący wnosił):

–W wierszu 7 tabeli „Dokumentacja konstrukcyjna interfejsu sterowania wielokrotnego dla EZT”:

Dokumentację konstrukcyjną interfejsu sterowania wielokrotnego dla EZT w części elektrycznej dotyczącą układu sygnałów logicznych umożliwiających sterowanie EZT w trakcji wielokrotnej. Dokumentacja winna zawierać szczegółowy opis wszystkich złącz elektrycznych znajdujących się na sprzęgu (opis pinów wraz ze wskazaniem numerów przewodów zgodnie ze schematami elektrycznymi EZT oraz opis ich znaczenia funkcjonalnego). Opis protokołów komunikacyjnych dla sieci Ethernet, CAN, itp. wykorzystywanych do komunikacji między EZT w sterowaniu wielokrotnym. Dokumentacja winna zawierać rysunki poszczególnych podzespołów z opisem warunków technicznych wykonania wraz z rysunkami zestawieniowymi zespołów i podzespołów części mechanicznej, elektrycznej i telematycznej (informatycznej) Dokumentacja winna zawierać specyfikację interfejsów sterowania wielokrotnego EZT oraz sterowania poszczególnymi podzespołami i zespołami w zakresie połączeń mechanicznych, elektrycznych i telematycznych (informatycznych) obejmując rysunki i schematy blokowe, złożeniowe i szczegółowe oraz pełną specyfikację przesyłanych sygnałów w tym m.in. opis tzw. ramki – w zakresie umożliwiającym dostosowanie kolejnych pojazdów do interfejsu. Wraz z dokumentacją Wykonawca udziela prawa do jej wykorzystania przez Zamawiającego podczas

kolejnych zakupów bądź modernizacji EZT. Dokumentacja ta będzie wykorzystana w celu uzyskania pełnej kompatybilności w sterowaniu wielokrotnym przy połączeniu dostarczonych EZT z EZT, które planuje zakupić Zamawiający w późniejszym terminie bądź modernizacjami obecnego taboru Zamawiającego w późniejszym terminie. Powyższa dokumentacja musi mieć charakter powszechny i nie może być oznakowana jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dla każdego typu EZT: 2 egz. w formie dokumentu papierowego + 2 egz. na nośniku zawierający zapis dokumentu w formie elektronicznej. Co najmniej 1 miesiąc przed planowanym odbiorem pierwszego EZT Zamawiający nie uznaje warunku za spełniony w przypadku przedstawienia przez Wykonawcę wyłączenie schematów blokowych i rysunków złożeniowych. W przypadku wprowadzenia zmian Wykonawca jest zobowiązany każdorazowo przekazać Zamawiającemu zaktualizowaną dokumentację konstrukcyjną.

–W wierszu 8 tabeli: „Dokumentacja konstrukcyjna EZT”:

Dokumentację konstrukcyjną EZT obejmującą opis zespołów, podzespołów oraz układów pojazdu wraz z opisem warunków technicznych ich wykonania oraz rysunkami zestawieniowymi zespołów i podzespołów części mechanicznej, elektrycznej, pneumatycznej i informatycznej pojazdu, w tym schematów elektrycznych, pneumatycznych i informatycznych – w zakresie niezbędnym do prawidłowej eksploatacji, utrzymania, diagnostyki, napraw (umożliwiającej przeprowadzenie na jej podstawie przeglądów i napraw do poziomu utrzymania P5 włącznie) oraz wykonania napraw bieżących i awaryjnych w szczególności zawierającą między innymi:

1. Rysunki ogólne (złożeniowe), w tym modele 3D.
2. Rysunki szczegółowe wykonawcze oraz opisy poszczególnych elementów, podzespołów, zespołów oraz układów z warunkami ich montażu oraz wykonania, przywołaniem dostawcy, norm, itp.,
3. Rysunki konstrukcyjne (wraz z wymiarami) zespołów i podzespołów w części mechanicznej i elektrycznej EZT.
4. Rysunki i schematy niezbędne do celów eksploatacyjnych, diagnostycznych, utrzymaniowych, naprawczych.
5. Opis skomputeryzowanych systemów pokładowych łącznie z opisem funkcjonalności, specyfikacją interfejsów oraz przetwarzaniem danych i protokołami.
6. Schematy elektryczne, pneumatyczne, hydrauliczne, telematyczne i informatyczne oraz obwodów sterowania – wraz z opisem realizowanych funkcji układu sterowania pojazdu (uzależnień funkcjonalnych sterowników PLC układu napędowego, układu hamulcowego, itp.).
7. Schematy obwodów sterowania – wskazujące ich elementy oraz objaśniające funkcję i działanie tych układów.
8. Załączniki obejmujące w szczególności: rysunki konstrukcyjne, schematy blokowe, montażowe i ideowe instalacji elektrycznej i pneumatycznej całego EZT, wykresy, instrukcje i ewentualne algorytmy oprogramowania.
9. Schematy kablowe dla połączeń elektrycznych opisujące wszystkie złącza i wiązki kablowe wraz z podaniem numerów (oznaczeń) przewodów elektrycznych, ich rodzaju oraz opisu złącz, do których przewody te są podłączone.
10. Wykaz sygnałów wejściowych i wyjściowych poszczególnych sterowników zamontowanych na pojeździe oraz wszystkich sygnałów przesyłanych po magistrali CAN i sieci Ethernet wraz z ich opisem funkcjonalnym.
11. Schematy struktury układu sterowania pojazdem - sieci komputerowych na pojeździe z wyszczególnieniem ich elementów takich jak: węzłów, bram, mostów (konwerterów), sterowników, głównego komputera itp.
12. W przypadku mikroprocesorowych urządzeń, urządzeń sieciowych, sterowania pojazdem i jego zespołami/podzespołami innych sterowników, których producentem sprzętu lub oprogramowania jest Wykonawca, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu wraz z pojazdem oprogramowanie w wersji skompilowanej, w celu zapewnienia możliwości odtworzenia funkcjonalności po naprawie lub przeglądzie z zachowaniem bezpieczeństwa i integralności systemów pojazdu.
13. Dokumentacja techniczna musi bezwzględnie zawierać pełne, szczegółowe opisy wszystkich interfejsów, struktur, protokołów wymiany informacji i baz danych, szczegółową adresację IP ze wskazaniem urządzeń przypisanych do adresów, mapę oraz strukturę ramek CAN, pełen zestaw uwierzytelnień administracyjnych wszystkich urządzeń telematycznych, informatycznych i oprogramowania, parametrów instalacji, a także opisy użytkowe funkcjonowania i instalowania oprogramowania (w języku polskim). Dokumentacja konstrukcyjna dostarczanych EZT winna umożliwiać określenie funkcji i osiągnięć poszczególnych części, podzespołów i zespołów montowanych w EZT, które podlegają wymianie w ramach procesu utrzymaniowego i naprawczego. Dokumentacja ta winna również zawierać listę składników interoperacyjności wraz z odniesieniem ich od odpowiednich deklaracji zgodności.
14. Przekazana dokumentacja konstrukcyjna musi umożliwiać Operatorowi

i każdorazowemu właścicielowi lub dysponentowi EZT wykonanie (lub zlecenie wykonania innemu podmiotowi) wykonywanie przeglądów na poziomach utrzymania od P1 do P5.

15. W przypadku wprowadzania zmian w powyższej dokumentacji konstrukcyjnej Wykonawca jest zobowiązany każdorazowo przekazać Zamawiającemu zaktualizowane elementy dokumentacji.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m. in.

Zamawiający w treści Załącznika nr 2 do umowy wykonawczej wymagał przekazania przez Wykonawcę szeregu dokumentacji technicznej związanej z pojazdem. W ramach tych wymogów Zamawiający sformułował w wierszu Lp. 7 i 8 tabeli, wymagania zbyt daleko idące tj. oczekiwanie przekazania takich dokumentów, które nie są niezbędne w procesie eksploatacji pojazdu, do wykonywania napraw powypadkowych czy innych napraw pozagwarancyjnych, wykonywania utrzymania planowego oraz pozaplanowego oraz podobnych czynności. Dokumentacja wymagana w pkt 7 i 8 tabeli to dokumentacja niezbędna w procesie projektowania pojazdu, która na takim poziomie szczegółowości nie jest potrzebna Zamawiającemu ani podmiotowi użytkującemu pojazd.

Celem postępowania jest zakup taboru o określonym wolumenie do wykonywania przewozów. Tak daleko idące wymagania dotyczące dokumentacji technicznej tj. wymóg przekazania dokumentacji konstrukcyjnej EZT oraz dokumentacji konstrukcyjnej interfejsu sterowania wielokrotnego nie jest uzasadniony celem postępowania i nie jest zakresem niezbędnym

do zrealizowania tego postępowania i wykonania jego przedmiotu, a co za tym idzie stanowi wymaganie naruszające zasadę proporcjonalności, wyrażoną w art. 16 Pzp. Nie sposób bowiem uznać, że wymóg przekazania takich dokumentów uzasadniony może być przez Zamawiającego uzasadniony zakupem w odległej przyszłości nowych pojazdów i potrzebą ich integracji z posiadanym już taborem.

Wymaganie tego rodzaju dokumentów nie jest praktyką powszechną na rynku dostaw pojazdów szynowych, w tym elektrycznych, a mimo to Zamawiający którzy od lat kupują tego rodzaju pojazdy z powodzeniem je eksploatują, prowadzą ich utrzymanie oraz wykonują wszelkie czynności niezbędne w trakcie życia pojazdu, nie doznając żadnych ograniczeń wynikających z braku posiadania takich dokumentów.

Zakładając nawet, że Zamawiający pozyskałby np. protokoły komunikacyjne i interfejsy sterowania to ich wykorzystanie wiązałoby się z ingerencją w oprogramowanie pojazdu,

na co Wykonawca nie wyraża w zgody ramach postępowania, a ponadto konieczna jest

w takim przypadku analiza i ocena istotności zmian i określenie wpływu tej zmiany

na bezpieczeństwo funkcjonowania pojazdu oraz wpływ na inne systemy, co wydaje

się wykraczać dalece poza cel postępowania, a tym samym dowodzi, że pozyskanie tego typu dokumentacji jest wymogiem nadmiernym.

Dodatkowo przekazanie Zamawiającemu niektórych wymaganych elementów dokumentacji konstrukcyjnej mogłoby prowadzić do zagrożenia dla cyberbezpieczeństwa, ponieważ stwarzałoby istotne ryzyko nawet niecelowych naruszeń podczas ingerencji Zamawiającego (np. naruszenie zabezpieczeń sieci Ethernet, CAN itp.).

Dokumentacja tego typu, charakteryzująca się dużym poziomem szczegółowości oraz zawierająca informacje stanowiące wyraz know-how danego producenta, może być dokumentacją o bardzo dużej wartości, co w przypadku konieczności jej przekazania może znaleźć swoje odzwierciedlenie w cenie pojazdów, przy jednoczesnym braku pewności,

że kiedykolwiek będzie Zamawiającemu potrzebna.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 lipca 2023 w zakresie zarzutu nr 2 wskazał:

Zarzut jest całkowicie bezzasadny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Oczekiwana przez Zamawiającego dokumentacja ma na celu zapewnienie prawidłowego utrzymania pojazdów z zachowaniem integralności systemów sterowania w szczególności systemów bezpieczeństwa.

Mając na uwadze okres użytkowania pojazdu, który w założeniach Zamawiającego wyniesie minimum 2 (dwa) cykle przeglądowe poziomu P5 czyli 30 lat, w interesie Zamawiającego jest posiadanie dokumentacji i oprogramowania, które pozwoli i umożliwi mu przede wszystkim pełen zakres wymiany lub naprawy komponentów elektronicznych pojazdów.

Bez dokumentacji w zakresie określonym w OPZ (załącznik nr 2 do Umowy Wykonawczej), Zamawiający nie będzie mógł zrealizować tych celów inaczej jak zlecając kosztowne, dodatkowo płatne usługi u dostawcy pojazdów. Przy obecnym i szybkim tempie rozwoju techniki cyfrowej, cele te mogą się wręcz okazać niemożliwe do realizacji, dlatego Zamawiający chce zapewnić sobie również możliwość modernizacji systemów elektronicznych do czego będzie niezbędna i oczekiwana dokumentacja. Zamawiający wskazuje,

że oczekiwane zmiany w załączniku nr 2 (do Umowy Wykonawczej), mogą stanowić próbę działań noszących znamiona nieuczciwej konkurencji ze strony Odwołującego, przez zapewnienie sobie pozycji, w której Zamawiający będzie zmuszony korzystać tylko i wyłącznie z jego usług, gdyż Zamawiający nie będzie miał wiedzy technicznej jak

przeprowadzić/zlecić zamierzone prace i czynności utrzymania, zachowując wymogi bezpieczeństwa pojazdów.

Po zakładanym 5 letnim okresie utrzymania przez Wykonawcę, Zamawiający będzie

własnym staraniem utrzymywał pojazdy lub zlecał w ramach otwartych postępowaniach konkurencyjnych podmiotom zewnętrznym, w tym również producentowi pojazdów. Intencją Zamawiającego jest to, aby po tym okresie konkurencyjne podmioty mogły ubiegać

się o realizację zleceń w tym zakresie. Podmioty te nie posiadają szczegółowej dokumentacji danych typów pojazdów, co w istotny sposób wpływa na ograniczenia konkurencji na rynku. Dokumentacja pojazdów, którą będzie dysponował Zamawiający umożliwi wykonanie prac

z zachowaniem bezpiecznej integracji systemów na pojeździe.

Zamawiający zamierza wykorzystywać przedmiotową dokumentację tylko i wyłącznie w celu utrzymania, kompleksowych napraw i modernizacji pojazdów będących przedmiotem zamówienia, w szczególności sposób określając obszar jej wykorzystania, zgodnie

z przedmiotem działalności Zamawiających jako organizatora i operatora w transporcie publicznym. Intencją Zamawiającego nie jest pozyskanie know-how Wykonawcy, mając świadomość, że jest ona istotnym elementem działalności gospodarczej. Zamawiający

nie zamierza wykorzystywać powierzonej mu dokumentacji celem wzbogacenia się, lecz mając na uwadze przytoczone powyżej argumenty, wskazana dokumentacja

techniczna, zagwarantuje Zamawiającemu niezależną możliwość prawidłowego utrzymania, kompleksowych napraw i modernizacji przez cały okres życia pojazdów, w szczególności

po zakończonym okresie gwarancji.

Z Umowy Wykonawczej (załącznik nr 1D do SWZ - § 6 ust. 1 i 2 Umowy Wykonawczej) wynika zakres w jakim dokumentacja techniczna może być wykorzystywana przez Zamawiającego.

Z powyższego wynika cel w jakim Zamawiający chce pozyskać dokumentację. W żadnym zakresie nie dotyczy ona produkcji przez Zamawiającego nowych pojazdów, zespołów, podzespołów czy części.

W ocenie Zamawiającego wymogi dotyczące dokumentacji technicznej są uzasadnione

i proporcjonalne w kontekście celu, któremu ma służyć. Dokumentacja techniczna, w tym między innymi dokumentacja konstrukcyjna EZT i dokumentacja konstrukcyjna interfejsu sterowania wielokrotnego, jest istotna dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania pojazdów, ich utrzymania oraz przeprowadzania napraw, zarówno gwarancyjnych, jak i pozagwarancyjnych, w tym modernizacji.

Wymóg dostawy dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji konstrukcyjnej jest powszechną praktyką na rynku dostaw pojazdów szynowych, a posiadanie takiej dokumentacji jest istotne dla zapewnienia bezpieczeństwa i skuteczności eksploatacji pojazdów. Zakres danych zawartych w dokumentacji technicznej, włączając w to protokoły komunikacyjne

i interfejsy sterowania, jest niezbędny do integracji nowych pojazdów z posiadanym przez Zamawiającego tabor. To zwiększa możliwości eksploatacyjne zarówno nowych

jak i dotychczas posiadanych pojazdów.

W zakresie powszechności stawiania przez zamawiających wymogu dostarczania wraz z pojazdami dokumentacji technicznej, w tym konstrukcyjnej w innych postępowaniach w sprawie zamówień publicznych i coraz większej świadomości u zamawiających jak ważna w toku późniejszej eksploatacji, napraw i modernizacji pojazdów jest ta dokumentacja, Zamawiający wskazuje poniżej przykładowe zapisy z dokumentacji tych postępowań.

Odnosząc się szczegółowo do proponowanych przez Odwołującego zmian załącznika nr 2 do Umowy Wykonawczej Zamawiający wskazuje, że Zamawiający nie uznaje zasadności argumentacji Odwołującego, z uwagi na niezbędność w/w protokołów, specyfikacji i innych wskazanych do wykreślenia elementów, do możliwości samodzielnego diagnozowania błędów łączenia pojazdów w trakcji wielokrotnej przez Zamawiającego po zakończonym okresie gwarancji producenta pojazdów. Zamawiający nie zamierza samodzielnie modyfikować oprogramowania czy samych protokołów komunikacyjnych. Zamawiający wielokrotnie spotykał się w ramach praktyki przewozowej z problemem połączenia pojazdów w trakcji wielokrotnej, które uniemożliwiały mu realizację pracy przewozowej. Posiadanie przez Zamawiającego ww. protokołów skróci czas diagnozowania usterek i umożliwi maksymalne wykorzystanie posiadanego taboru. Na potwierdzenie powyższego, Zamawiający wskazuje, że w toku zlecenia czynności naprawczych, utrzymaniowych lub dostaw kolejnych pojazdów wykonawcy często kwestionują brak przekazywania przez zamawiających pełnej dokumentacji, w tym protokołów komunikacji. Prowadzi to w efekcie do nierównego traktowania potencjalnych oferentów, gdyż szczegółowe dane posiada tylko producent pojazdu, a zamawiający który nie zabezpieczył na etapie umowy dostawy pojazdu jednoczesnego dostarczenia w/w elementów, nie będzie w stanie przeprowadzić w przyszłości w pełni konkurencyjnego postępowania.

Za całkowicie bezzasadny należy uznać również zarzut bezpodstawnego wzbogacenia się zamawiającego kosztem

wykonawcy. Wynagrodzenie za dostarczoną dokumentację, oprogramowanie i licencję na dokumentację i oprogramowanie winno być zgodnie z warunkami postępowania skalkulowane w cenie dostawy pojazdów.

KIO 1879/23

30 czerwca 2023 r. odwołujący NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej: Odwołujący NEWAG lub NEWAG) wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji warunków zamówienia

i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3) Pzp oraz art. 387 § 1, art. 353¹, art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp przez:

1.wymaganie w załączniku nr 2 do projektu umowy wykonawczej (Wykaz Dokumentacji Technicznej dostarczanej z EZT):

1.1.dostarczenia zbyt szerokiego zakresu dokumentacji technicznej, w tym umożliwiającej naprawy i modernizację pojazdów, bez sprecyzowania zakresu owej naprawy i modernizacji,

1.2.dostarczenia szczegółowych rysunków wykonawczych z warunkami wykonania,

1.3.dostarczenia dokumentacji konstrukcyjnej, która nie jest związana z przedmiotem zamówienia, bez jednoznacznego sprecyzowania jej zakresu,

1.4.wyrażenia bezterminowej zgody Zamawiającemu i operatorowi na zakup części, zespołów i podzespołów w trakcie trwania obsługi oraz po jej zakończeniu, bezpośrednio od ich producentów / wytwórców / wykonawców oraz wykorzystanie dostarczonej dokumentacji do realizacji na jej podstawie zamówień / dostawy

u dowolnego dostawcy lub producenta,

co stanowi wymagania niejednoznaczne i obiektywnie niemożliwe do spełnienia,

a ponadto sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współzycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego (szczegółowe postanowienia naruszające prawo oznaczone w załączniku nr 1 do odwołania);

2.postanowienia zawarte w załączniku nr 1C do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) punkt 1.27 nakładające na wykonawcę obowiązek przekazania zbyt szerokiego zakresu oprogramowania, co stanowi wymóg obiektywnie niemożliwy do spełnienia,

a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współzycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.zmianę załącznika nr 2 do projektu umowy wykonawczej „Wykaz Dokumentacji Technicznej dostarczanej z EZT” przez zastąpienie go treścią zgodną z załącznikiem nr 2 do odwołania, ewentualnie przez usunięcie z załącznika nr 2 do projektu umowy wykonawczej postanowień zaznaczonych w załączniku nr 1 do odwołania,

w szczególności przez:

1.1.rezygnację z wymogu dostarczenia szczegółowych rysunków wykonawczych

z warunkami wykonania,

1.2.rezygnację z wymogu dostarczenia dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej wykonanie napraw awaryjnych i modernizacji pojazdów,

1.3.dostosowanie zakresu dokumentacji konstrukcyjnej do przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny,

1.4.rezygnację z wymogu udzielenia zgody na zakup części, zespołów i podzespołów w trakcie trwania Obsługi oraz po jej zakończeniu, bezpośrednio od ich producentów / wytwórców / wykonawców oraz usunięcie zastrzeżenia możliwości wykorzystania dokumentacji do zamówienia części u dowolnego dostawcy

lub producenta.

2.zmianę treści załącznika nr 1C do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) punkt 1.27 na następującą:

„Wraz z dostawą pierwszego EZT w ramach pierwszej Umowy wykonawczej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu wszystkie programy komputerowe (software), wraz z prawem do korzystania z nich zgodnie z postanowieniami Umowy wykonawczej, niezbędne w procesie obsługi, utrzymania i diagnostyki EZT. Wszystkie programy komputerowe (software) muszą umożliwiać Zamawiającemu samodzielną lub przez usługodawców obsługę, utrzymanie i diagnostykę bez ograniczeń w zakresie wszystkich prac do poziomu obsługi P5 włącznie (nie dopuszcza się przekazania oprogramowania o ograniczonych uprawnieniach i funkcjonalnościach). Oprogramowanie powinno umożliwiać obsługę w języku polskim (dotyczy

m.in. interfejsu, parametrów oraz list błędów). Do przekazanego oprogramowania należy załączyć kompletne instrukcje obsługi w języku polskim, a w przypadku instrukcji obsługi sporządzonych w innym języku dodatkowo ich tłumaczenie na język polski. Programy wbudowane (firmware, oprogramowanie sprzętowe) zostaną zainstalowane i gotowe do użytku na EZT i urządzeniach, dla których są przeznaczone”.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący NEWAG wskazał m. in.:

Załącznik nr 2 do projektu umowy wykonawczej - Wykaz Dokumentacji Technicznej dostarczanej z EZT, określa zakres dokumentacji niezbędnej do przekazania przez wykonawcę, w tym dokumentacji konstrukcyjnej. Dokumentacja techniczna, w szczególności dokumentacja konstrukcyjna, stanowi know-how producenta o wartości co najmniej kilkaset milionów złotych. Zamawiający ma merytoryczne podstawy do żądania udostępnienia Zamawiającemu części owego know-how wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to związane z przedmiotem zamówienia. W niniejszym przypadku można generalnie powiedzieć,

że Zamawiający może żądać dokumentacji, która jest niezbędna do eksploatacji i utrzymania dostarczonych pojazdów.

W załączniku nr 2 do projektu umowy wykonawczej niejednokrotnie Zamawiający oczekuje przekazania licencji do instrukcji wykonania określonych czynności odnoszących

się do sposobu wykonywania tych czynności, metod pomiarowych itp., nie wskazując ponadto jednoznacznie konkretnej listy tych instrukcji. Zamawiający zmierza zatem do pozyskania know-how warsztatu (przedsiębiorstwa) utrzymaniowego, co jest oderwane od przedmiotu zamówienia.

Zastrzeżenia Odwołującego stwarza również konieczność udostępnienia dokumentacji związanych z naprawami awaryjnymi pojazdów. Zamawiający w Lp. 8. ww. załącznika wymaga przekazania dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej wykonanie czynności utrzymaniowych na poziomie od P1 do P5 oraz napraw bieżących i awaryjnych. Jest to wymóg niejednoznaczny, a ponadto niemożliwy do spełnienia, gdyż Zamawiający w żaden sposób nie określił zakresu napraw bieżących i awaryjnych. O ile w przypadku czynności utrzymaniowych pojęcie poziomów od P1 do P5 jest zdefiniowane w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, o tyle nie można mówić o jakichkolwiek poziomach napraw bieżących

i awaryjnych. Brak opisanego zakresu napraw bieżących i awaryjnych przez Zamawiającego sprawia, że przedmiot zamówienia jest niejednoznaczny i uniemożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny za wykonanie zamówienia. W szczególności, Zamawiający nie precyzuje w tym zakresie żadnej precyzyjnej listy awarii, których skutki chciałby samodzielnie lub przez udział podmiotów trzecich usunąć. Przyjął w związku z powyższym należy w najgorszym przypadku udostępnienie dokumentacji umożliwiającej usunięcie każdej awarii. Konsekwencją powyższego jest konieczność udostępnienia pełnej dokumentacji konstrukcyjnej.

Przekazanie dokumentacji konstrukcyjnej, w szczególności dokumentacji konstrukcyjnej umożliwiającej istotne naprawy pojazdu czy modernizacje, jest niedopuszczalne na gruncie Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 2018/545 z 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. Na gruncie obecnie obowiązującego prawa nie jest dopuszczalne przekazanie przez posiadacza zezwolenia – producenta pojazdu innej dokumentacji konstrukcyjnej, niż jest to konieczne do eksploatacji i utrzymania pojazdu, ponieważ przekazanie innej dokumentacji konstrukcyjnej uniemożliwiłoby zarządzanie konfiguracją pojazdu, do czego producent jest zobowiązany

na gruncie wskazanego rozporządzenia i za co producent ponosi odpowiedzialność jako posiadacz zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w Lp. 3 punkt 6 ww. załącznika Wykonawca zobowiązany jest do przekazania szczegółowych rysunków wykonawczych z warunkami wykonania dla:

- a) wszystkich rodzajów szyb/okien zastosowanych w pojeździe;
- b) elementów zużywających się w czasie eksploatacji: elementy metalowo – gumowe i gumowe (w szczególności zastosowane w układzie biegowym i przeniesienia napędu), sworznie, tuleje, itp.;
- c) elementów czoła EZT takich jak: zgarniacze, osłony, owiewki, spojery, luki rewizyjne, stelaże mocujące, itp.;
- d) kół monoblokowych;
- e) tarcz hamulcowych;
- f) łożysk osiowych;
- g) osi zestawów kołowych;
- h) zbiorników pneumatycznych.

Wymóg przekazania tak szczegółowej dokumentacji, w tym rysunków wykonawczych, stanowi wymóg niemożliwy do

spełnienia i sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy pojazdów kolejowych. W skład pojazdu kolejowego wchodzi tysiące części. Nie jest możliwe dostarczenie rysunku wykonawczego dla wymienionych części składowych. Ponadto,

do uzyskania możliwości zamówienia części od dostawców, co jest celem Zamawiającego, nie jest konieczne posiadanie rysunku wykonawczego.

W związku z powyższym w istocie rzeczy Zamawiający zmierza do uzyskania pełnej dokumentacji konstrukcyjnej i technologicznej koniecznej w procesie wytwarzania (produkcji) pojazdów.

Odwołujący podnosi, że dokumentacja konstrukcyjna kluczowych elementów pojazdu (nadwozia i układu biegowego) jest najczęściej wielokrotnie wykorzystywana do produkcji wariantów i wersji typów pojazdów w okresie średnioterminowym, stanowiąc równocześnie kluczową wartość intelektualną (know-how) szczególnie chronioną przez Odwołującego z uwagi na tkwiące w niej źródło przewagi konkurencyjnej, niejednokrotnie zawierającą własność przemysłową (patenty, wzory przemysłowe, itp.). W opinii Odwołującego udostępnienie tej dokumentacji Zamawiającemu oraz docelowo podmiotom trzecim (Zamawiający zastrzega sobie prawo udostępnienia dokumentacji podmiotom trzecim) prowadziłoby do rażącego naruszenia sprawiedliwej równowagi interesów stron umowy wykonawczej, w szczególności przez pozbawienie wykonawcy know-how o znacznej wartości majątkowej, którego wytworzenie zajmuje wiele lat.

Zamawiający w Lp. 8 Lp. 3 punkt 7 wymaga ponadto, aby Wykonawca wyraził: bezterminową zgodę Zamawiającemu i Operatorowi na zakup części, zespołów i podzespołów w trakcie trwania Obsługi oraz po jej zakończeniu, bezpośrednio od ich producentów / wytwórców / wykonawców oraz wskaże Zamawiającemu producentów / wytwórców / wykonawców tych elementów. Wykonawca zobowiązuje się do niepodejmowania jakichkolwiek działań faktycznych i prawnych, bezpośrednio lub pośrednio, samodzielnie lub przez podmioty należące do tej samej co Wykonawca grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. z 22 stycznia 2021 r.: Dz.U. z 2021 r. poz. 275

ze zm.), których celem lub skutkiem będzie ograniczenie w prawie zakupu przez Zamawiającego/Operatora produkowanych lub dostarczanych produktów (części, zespołów

i podzespołów, itp.). W Lp. 3 punkt 8 ww. załącznika Zamawiający podał: Zamawiający zastrzega możliwość wykorzystania ww. dokumentacji do realizacji na jej podstawie zamówień / dostawy u dowolnego dostawcy lub producenta. Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający wymaga udzielenia co najmniej 60-miesięcznej gwarancji na każdy z pojazdów, dodatkowo punktując w kryteriach jej wydłużenie nawet do 108 miesięcy, oraz świadczenia przez wykonawcę obsługi pojazdów do poziomu P4 włącznie, co zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nastąpi po 5 latach lub osiągnięciu przebiegu 1 miliona kilometrów.

Tak sformułowany wymóg narusza zasadę odpłatności. Udzielenie zgody na zakup części bezpośrednio u ich producenta, z pominięciem wykonawcy, może prowadzić do utraty przychodów wykonawcy, a więc powinno być świadczeniem odpłatnym. Co więcej, wykonawca, nie znając skali ewentualnych zamówień dokonywanych z jego pominięciem, nie jest w stanie oszacować kosztów tego rodzaju zgody. Odwołujący podnosi, że ewentualne udzielanie tego rodzaju zgód powinno odbywać się na zasadach rynkowych za odrębnym wynagrodzeniem.

Niezależnie od powyższego, przedmiotowe postanowienia są sprzeczne z naturą stosunku prawnego gwarancji jakości. Zamawiający oczekuje, aby wykonawca utrzymał gwarancję podczas gdy może zamówić i zamontować części bez jakiegokolwiek kontroli przez wykonawcę. Przykładowo, wykonawca byłby zobowiązany do utrzymania gwarancji nawet w razie dokonania przez Zamawiającego montażu w sposób sprzeczny z dokumentacją techniczną pojazdów lub dokonania istotnych zmian konstrukcyjnych, co prowadzi do bezpodstawnej próby obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, w tym odpowiedzialnością za ewentualnego zaniechania samego Zamawiającego lub operatora.

Odwołujący wniósł o zmianę załącznika nr 2 do projektu umowy wykonawczej przez przywrócenie wymagań Zamawiającego z ostatniego postępowania na dostawę taboru prowadzonego przez niego, tj. postępowania nr IS-I.272.1.2020 na zakup taboru kolejowego do obsługi połączeń aglomeracyjnych, ewentualnie przez wykreślenie zakwestionowanych postanowień.

W załączniku nr 1C do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) punkt 1.27 Zamawiający wymaga, aby: „Wraz z dostawą pierwszego EZT w ramach pierwszej Umowy wykonawczej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu wszystkie programy komputerowe (software) oraz programy wbudowane (firmware), w tym pliki konfiguracyjne, wraz z prawem do korzystania

z nich zgodnie z postanowieniami Umowy wykonawczej, niezbędne w procesie obsługi, utrzymania i diagnostyki EZT. Wszystkie programy komputerowe (software) oraz programy wbudowane (firmware), w tym pliki konfiguracyjne i pliki projektu muszą umożliwiać Zamawiającemu samodzielną lub przez usługodawców obsługę, utrzymanie i diagnostykę bez ograniczeń w zakresie wszystkich prac do poziomu obsługi P5 włącznie (nie dopuszcza się przekazania oprogramowania o ograniczonych uprawnieniach i funkcjonalnościach). Oprogramowanie powinno umożliwiać obsługę w

języku polskim (dotyczy m.in. interfejsu, parametrów oraz list błędów). Do przekazanego oprogramowania należy załączyć kompletne instrukcje obsługi w języku polskim, a w przypadku instrukcji obsługi sporządzonych w innym języku dodatkowo ich tłumaczenie na język polski. Programy wbudowane (firmware, oprogramowanie sprzętowe) dostarczone zostaną zainstalowane i gotowe do użytku na EZT

i urządzeniach, dla których są przeznaczone. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu wszystkich loginów, haseł oraz licencji umożliwiających korzystanie

bez ograniczeń z przedmiotowego oprogramowania oraz haseł, loginów i licencji do urządzeń i systemów zamontowanych/zainstalowanych w EZT na poziomie administratora (pełen dostęp).

Wszystkie hasła oraz licencje do pełnej diagnostyki oraz konfiguracji urządzeń zamontowanych w EZT, instrukcje obsługi w języku polskim powinny zostać skatalogowane

i dostarczone Zamawiającemu w wersji cyfrowej wraz z dostawą pierwszego EZT dostarczanego w ramach pierwszej Umowy wykonawczej. Wykonawca zobowiązany jest ponadto udostępnić Zamawiającemu aktualną wersję oprogramowania na każde jego wezwanie, w szczególności w przypadku naprawy lub wykonywania poziomu utrzymania EZT (w tym przez podmiot inny niż Wykonawca), z zachowaniem i poszanowaniem

praw autorskich. Forma udostępnionego oprogramowania powinna umożliwiać wgranie

i uruchomienie go na EZT i urządzeniach, dla których są przeznaczone bez naruszania struktury bezpieczeństwa pojazdu”.

W ocenie Odwołującego kwestionowane postanowienia są sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy dostawy i świadczenia usług utrzymania oraz stanowią świadczenie obiektywnie niemożliwe do spełnienia. Zamawiający domaga się bowiem odrębnego dostarczenia oprogramowania, które jest wbudowane w podzespoły (firmware) wraz z plikami konfiguracyjnymi. Należy zauważyć, że żaden producent pojazdów szynowych nie produkuje wszystkich elementów, układów czy podzespołów (razem i osobno - składniki) samodzielnie. Większość składników jest zamawiana u dostawców, którzy nie prześlą wykonawcy „firmware” z wszystkimi hasłami i loginami, ponieważ stanowi on ich istotny know-how, decydujący o ich przewadze konkurencyjnej. Wskazać równocześnie należy, że przedmiotowe oprogramowanie jest wbudowane w dedykowane układy elektroniczne, będąc z nim bardzo głęboko zintegrowane. Powyższe w opinii dostawców uniemożliwia „oddzielenie” „firmware” od sprzętu (hardware - HW), prowadząc do konieczności nabycia kompletnego układu (firmware + HW). Co więcej, posiadanie tego rodzaju oprogramowania nie jest niezbędnym

do eksploatacji lub utrzymania pojazdu. Każdorazowo Zamawiający może nabyć kompletny układ.

Ponadto, Zamawiający domaga się bezterminowej aktualizacji oprogramowania (przedłożenia aktualnej wersji oprogramowania), na każde żądanie Zamawiającego, co narusza zasadę odpłatności zamówienia publicznego i stanowi kolejne świadczenie obiektywnie niemożliwe

do spełnienia.

W odpowiedzi na odwołanie z 12 lipca 2023 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Oczekiwana przez Zamawiającego dokumentacja ma na celu zapewnienie prawidłowego utrzymania pojazdów z zachowaniem integralności systemów sterowania w szczególności systemów bezpieczeństwa.

Mając na uwadze okres użytkowania pojazdu, który w założeniach Zamawiającego wyniesie minimum 2 (dwa) cykle przeglądowe poziomu P5 czyli 30 lat, w interesie Zamawiającego jest posiadanie dokumentacji i oprogramowania, które pozwoli i umożliwi mu przede wszystkim pełen zakres wymiany lub naprawy komponentów elektronicznych pojazdów.

Bez dokumentacji w zakresie określonym w OPZ (załącznik nr 2 do Umowy Wykonawczej), Zamawiający nie będzie mógł zrealizować tych celów inaczej jak zlecając kosztowne, dodatkowo płatne usługi u dostawcy pojazdów. Przy obecnym i szybkim tempie rozwoju techniki cyfrowej, cele te mogą się wręcz okazać niemożliwe do realizacji, dlatego Zamawiający chce zapewnić sobie również możliwość modernizacji systemów elektronicznych do czego będzie niezbędna i oczekiwana dokumentacja. W ocenie Zamawiającego oczekiwane przez Odwołującego zmiany w załączniku nr 2 (do Umowy Wykonawczej), mogą stanowić próbę działań noszących znamiona nieuczciwej konkurencji ze strony Odwołującego, przez zapewnienie sobie pozycji, w której Zamawiający będzie zmuszony korzystać tylko

i wyłącznie z jego usług, gdyż Zamawiający nie będzie miał wiedzy technicznej jak przeprowadzić zamierzone prace i czynności utrzymania, zachowując wymogi bezpieczeństwa pojazdów.

Po zakładanym 5-letnim okresie utrzymania przez Wykonawcę, Zamawiający będzie własnym staraniem utrzymywał pojazdy lub zlecał w ramach otwartych postępowań konkurencyjnych podmiotom zewnętrznym, w tym również producentowi pojazdów. Intencją Zamawiającego jest to, aby po tym okresie konkurencyjne podmioty mogły ubiegać się o realizację zleceń w tym zakresie. Podmioty te nie posiadają szczegółowej dokumentacji danych typów pojazdów, co w istotny sposób wpływa na ograniczenia konkurencji na rynku. Jednocześnie posiadają one kompetencje techniczne, personel oraz zaplecze techniczne pozwalające na prawidłowe i bezpieczne wykonywanie prac przy pojazdach

kolejowych. Dokumentacja pojazdów, którą będzie dysponował Zamawiający umożliwi wykonanie prac z zachowaniem bezpiecznej integracji systemów na pojeździe.

Zamawiający zamierza wykorzystywać przedmiotową dokumentację tylko i wyłącznie w celu utrzymania, kompleksowych napraw i modernizacji pojazdów będących przedmiotem zamówienia, w szczególności sposób określający obszar jej wykorzystania, zgodnie

z przedmiotem działalności Zamawiających jako organizatora i operatora w transporcie publicznym. Intencją Zamawiającego nie jest pozyskanie know-how Wykonawcy, mając świadomość, że jest ona istotnym elementem działalności gospodarczej. Zamawiający nie zamierza wykorzystywać powierzonej mu dokumentacji celem wzbogacenia się, lecz zagwarantować sobie niezależną możliwość prawidłowego utrzymania, kompleksowych napraw i modernizacji przez cały okres życia pojazdów, w szczególności po zakończonym okresie gwarancji.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający wskazał postanowienia Umowy Wykonawczej – załącznik nr 1D do SWZ, z którego wynika zakres w jakim dokumentacja techniczna może być wykorzystywana przez Zamawiającego (§ 6 ust. 1 i 2).

W ocenie Zamawiającego wymogi dotyczące dokumentacji technicznej są uzasadnione i proporcjonalne w kontekście celu, któremu ma służyć. Dokumentacja techniczna, w tym między innymi dokumentacja konstrukcyjna EZT i dokumentacja konstrukcyjna interfejsu sterowania wielokrotnego, jest istotna dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania pojazdów, ich utrzymania oraz przeprowadzania napraw, zarówno gwarancyjnych, jak i pozagwarancyjnych, w tym modernizacji. Należy podkreślić, że wymóg dostarczenia dokumentacji technicznej, w tym dokumentacji konstrukcyjnej jest powszechną praktyką

na rynku dostaw pojazdów szynowych, a posiadanie takiej dokumentacji jest istotne dla zapewnienia bezpieczeństwa i skuteczności eksploatacji pojazdów. Zakres danych zawartych w dokumentacji technicznej, włączając w to protokoły komunikacyjne i interfejsy sterowania, jest niezbędny do integracji nowych pojazdów z posiadanym przez Zamawiającego taborom. To zwiększa możliwości eksploatacyjne zarówno nowych jak i dotychczas posiadanych pojazdów.

W zakresie zarzutu Odwołującego jakoby przekazanie Zamawiającemu dokumentacji konstrukcyjnej było niedopuszczalne na gruncie Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 2018/545 z 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, należy wskazać, że twierdzenie to jest daleko idącym nadużyciem.

Zgodnie art. 2 pkt 3) „zarządzanie konfiguracją” oznacza systemowy proces organizacyjny, techniczny i administracyjny obejmujący cały cykl życia pojazdu lub typu pojazdu, który jest realizowany w celu zapewnienia i utrzymania spójności dokumentacji i identyfikowalności zmian, aby zapewnić:

- a) zgodność ze stosownymi przepisami prawa Unii i przepisami krajowymi;
- b) kontrolę nad zmianami i ich udokumentowanie w dokumentacjach technicznych lub w dokumentacji towarzyszącej wydanemu zezwoleniu;
- c) aktualność i dokładność przechowywanych informacji i danych;
- d) aby właściwe strony otrzymywały, w stosownych przypadkach, powiadomienia o zmianach;

Zgodnie z powyższym zarządzanie konfiguracją pojazdu to temat złożony, m.in. z uwagi na następujące okoliczności:

- 1) W przypadku zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, posiadacz zezwolenia dla typu pojazdu (producent) ponosi odpowiedzialność za zarządzanie konfiguracją „typu” pojazdu i towarzyszącej dokumentacji zgromadzonej na potrzeby decyzji podjętej zgodnie z art. 46 (decyzja o udzieleniu zezwolenia lub odrzuceniu wniosku).
- 2) W przypadku dokonania zmiany uzyskanego zezwolenia, modernizacji pojazdu lub gdy producent został wyznaczony jako podmiot zarządzający zmianą lub zarządzający konfiguracją w trakcie eksploatacji pojazdu – zarządza konfiguracją pojazdu zgodnie z postanowieniami rozporządzenia wykonawczego komisji (UE) 2018/545 z 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;
- 3) Za zarządzanie konfiguracją wszystkich zmian technicznych wywierających wpływ na integralność systemu pojazdu w trakcie eksploatacji odpowiedzialny jest podmiot odpowiedzialny za

utrzymanie ECM (w przedmiotowym przypadku przewoźnik kolejowy jakim jest Zamawiający, posiadający certyfikat w tym zakresie), zgodnie

z rozporządzeniem wykonawczym komisji (UE) 2019/779 z 16 maja 2019 r. ustanawiające szczegółowe przepisy dotyczące systemu certyfikacji podmiotów odpowiedzialnych za utrzymanie pojazdów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/798 oraz uchylające rozporządzenie Komisji (UE) nr 445/2011.

W ramach posiadanego certyfikatu ECM, Zamawiający realizuje samodzielnie funkcję III,

tj. funkcję rozwoju utrzymania, która dotyczy m.in. zarządzania konfiguracją wszystkich zmian technicznych wywierających wpływ na integralność systemu pojazdu oraz dokonywania zmian z tego tytułu. Zgodnie z art. 2, pkt 5) rozporządzenia wykonawczego (UE) 2018/545

z 4 kwietnia 2018 r. „podmiot zarządzający zmianą” oznacza posiadacza zezwolenia dla typu pojazdu, dysponenta lub podmiot, któremu powierzono zarządzanie zmianą. Zamawiający nie wyznaczył Wykonawcy, aby dla dostarczanych pojazdów był podmiotem zarządzającym konfiguracją wszystkich zmian technicznych wywierających wpływ na integralność systemu pojazdu i zarządzającym zmianą z tego tytułu. Zgodnie z powyższą definicją takie uprawnienia przysługują dysponentowi pojazdów (czyli Zamawiającemu jako przewoźnikowi kolejowemu). Należy również zaznaczyć, że w Europejskim Rejestrze Pojazdów (EVR) Spółka „Koleje Małopolskie” Sp. z o.o. jest wpisana jako ECM, dla posiadanych pojazdów. W momencie kiedy uprawnienie do posiadania dokumentacji konstrukcyjnej przysługiwałoby tylko posiadaczowi zezwolenia typu to wówczas przewoźnik kolejowy nie mógłby w pełni realizować zadań jako ECM – funkcja III w zakresie rozwoju utrzymania. Tymczasem, przewoźnik kolejowy

na gruncie ww. rozporządzenia ma możliwość jako podmiot zarządzający zmianą przy wprowadzeniu zmian do dopuszczonego pojazdu uzyskać nowe zezwolenie, zgodnie

z obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z art. 16 ust. 4 rozporządzenia wykonawczego (UE) 2018/545 z 4 kwietnia 2018 r. Jeśli podmiot zarządzający zmianą nie jest posiadaczem zezwolenia dla typu pojazdu i zmiany wprowadzane do istniejącego typu pojazdu zaklasyfikowano jako zmiany określone w ust. 1 lit. b), c) lub d), zastosowanie mają poniższe przepisy:

- a) tworzony jest nowy typ pojazdu;
- b) podmiot zarządzający zmianą staje się wnioskodawcą; oraz
- c) wniosek o udzielenie zezwolenia dla nowego typu pojazdu można sporządzić w oparciu o istniejący typ pojazdu, a wnioskodawca może wybrać stosowny rodzaj zezwolenia określony w art. 14 ust. 1 lit. d).
- d) powiadamia podmiot udzielający zezwolenia o zmianach.

Zgodnie z art 16 ust. 5 każda zmiana pojazdu podlega zarządzaniu konfiguracją

na odpowiedzialność dysponenta lub podmiotu, któremu powierzono zarządzanie konfiguracją.

Zarzut jakoby na gruncie obecnie obowiązującego powszechnie prawa nie było dopuszczalne przekazanie przez posiadacza zezwolenia – producenta pojazdu innej dokumentacji konstrukcyjnej, niż jest to konieczne do eksploatacji i utrzymania pojazdu, ponieważ przekazanie innej dokumentacji konstrukcyjnej uniemożliwiłoby zarządzanie konfiguracją pojazdu, do czego producent jest zobowiązany na gruncie wskazanego rozporządzenia

i za co producent ponosi odpowiedzialność jako posiadacz zezwolenia na dopuszczenie

do eksploatacji, nie znajduje pełnego odzwierciedlenia w przepisach prawa. Zapewne z tego właśnie powodu nie zostały one w żaden konkretny sposób wyartykułowane przez Odwołującego. Zamawiający jako dysponent ma możliwość dokonania zmiany zezwolenia zgodnie z art. 16 rozporządzenia wykonawczego komisji (UE) 2018/545 z 4 kwietnia 2018 r.

Jeżeli posiadacz zezwolenia, w tym przypadku producent posiadałby uprawnienie z mocy przepisów prawa na zarządzanie konfiguracją w ujęciu „szerokim”, to spowodowałoby sytuację, w której byłby zobowiązany do wdrożenia mechanizmów kontrolnych mających

na celu monitorowanie każdego pojazdu, czy nie doszło do zmiany w trakcie całego cyklu życia, mającej wpływ na wydane zezwolenie. Tym samym, byłoby to nieograniczone prawo producenta, a w konsekwencji stanowiłoby działania noszące znamiona nieuczciwej konkurencji przez zapewnienie sobie pozycji, w której Zamawiający będzie zmuszony korzystać tylko i wyłącznie z jego usług, biorąc pod uwagę m.in. realizowane naprawy, przeglądy po okresie gwarancyjnym, a przede wszystkim udzielanie zgody przez posiadacza zezwolenia typu na jakąkolwiek zmianę w całym cyklu życia pojazdu.

Uwzględniając potrzebę Odwołującego w zakresie rozgraniczenia odpowiedzialności

za działania zależne od Wykonawcy i Zamawiającego, Zamawiający modyfikuje zapis Załącznika nr 2 do Umowy

Wykonawczej (Lp. 3 pkt 7) w ten sposób, że nadaje mu następujące nowe brzmienie:

„7. Wykonawca wyraża Zamawiającemu zgodę na zakup Części, Zespołów, Podzespołów do Pojazdów, w tym Części złącznych niezbędnych do montażu tych Elementów bezpośrednio u producentów lub jakichkolwiek dostawców oferujących takie Zespoły, Podzespoły i Części. Wykonawca zobowiązuje się do niepodejmowania jakichkolwiek działań faktycznych

i prawnych, których bezpośrednim lub pośrednim celem lub skutkiem byłoby ograniczenie

w prawie zakupu przez Zamawiającego Zespołów, Podzespołów i Części do Pojazdów, o ile spełniają wymagania, normy, atesty lub certyfikaty zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymogami bezpieczeństwa, a także będą mogły stanowić ich zamiennik, po spełnieniu warunków ich zastosowania w świetle obowiązujących w tym zakresie uregulowań.

W celu uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie zastrzegają, że postanowienie wskazane powyżej należy rozumieć w ten sposób, że Wykonawca nie może narzucić bezpośrednio

lub pośrednio Zamawiającemu konieczności zakupu Zespołów, Podzespołów i Części

u Wykonawcy lub wskazanego przez Wykonawcę producenta lub dostawcy, jak również narzucić bezpośrednio lub pośrednio Zamawiającemu konieczności zakupu Zespołów, Podzespołów i Części spełniających parametry, które nie mają związku z wymaganiami, normami, atestami lub certyfikatami zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymogami bezpieczeństwa. W procedurze zakupu takich Zespołów, Podzespołów i Części Zamawiający uprawniony jest do zastosowania postępowania w przedmiocie wyboru dostawcy, zaś jako kryterium wyboru może określić parametry wynikające z wymagań, norm, atestów

lub certyfikatów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymogami bezpieczeństwa

(w tym kryterium równoważności), choćby co innego wynikało z przedstawionego przez Wykonawcę Katalogu Części zamiennych. W sytuacji opisanej w zdaniach poprzedzających, co obejmuje także jakiegokolwiek użycie w Pojazdach zakupionych Zespołów, Podzespołów lub Części, w tym przez ich montaż, Zamawiający zachowuje gwarancję i rękojmię udzieloną na podstawie Umowy wykonawczej, chyba że Wada powstała wskutek działań lub zaniechań, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca, w szczególności wskutek wadliwego montażu takiego Zespołu, Podzespołu lub Części”.

Analogiczne postanowienia zostały zastosowane w innym postępowaniu, w którym Odwołujący zawarł umowę ramową bez ich kwestionowania.

Zamawiający podkreśla, że podobnie jak w przypadku dokumentacji technicznej, o której mowa w odniesieniu do zarzut nr 1, w całym procesie utrzymania na każdym poziomie diagnostyka komputerowa całego pojazdu jak i poszczególnych urządzeń i systemów jest niezbędna, aby właściwie i skutecznie analizować przede wszystkim usterki pojazdów, stan poszczególnych urządzeń i układów. Programy komputerowe (software) oraz programy wbudowane (firmware), w tym pliki konfiguracyjne (również pliki projektów), loginy, hasła

do urządzeń i systemów zamontowanych/zainstalowanych w EZT na poziomie administratora (pełen dostęp) oraz licencje w zakresie umożliwiającym korzystanie z nich bez ograniczeń

są niezbędne do właściwego utrzymania pojazdów, w tym napraw w całym okresie użytkowania pojazdów. Wręcz niemożliwym jest poprawne wykonywanie czynności przeglądowo-naprawczych oraz wykonywanie diagnostyki i konfiguracji urządzeń

bez przedmiotowego oprogramowania. Prawidłowe wykonanie czynności przeglądowo-naprawczych jest podstawą odbioru pojazdu po czynnościach utrzymaniowych i włączenia pojazdu do eksploatacji, a przedmiotowa diagnostyka jest tego nieodłącznym elementem.

Przy co raz szybszym i trudnym do określenia kierunku rozwoju technologii komputerowej (informatycznej), jedną z najważniejszych i nadrzędnych czynności utrzymaniowych jest ograniczenie dostępu do systemów IT pojazdów podmiotom niepowołanym, które swoimi działaniami mogą naruszyć bezpieczeństwo struktury pojazdu.

Oprogramowanie i zakres o którym mowa w OPZ pkt. 1.27 jest bezwzględnie wymagane,

aby skutecznie nadzorować i poprawiać ochronę w zakresie cyberbezpieczeństwa

na pojazdach przez Zamawiającego.

Coraz więcej urządzeń montowanych na pojazdach posiada możliwość własnej diagnostyki, co w jednoznaczny sposób wskazuje potrzebę i wymusza posiadanie odpowiedniego oprogramowania (w tym licencji, haseł i loginów dostępowych oraz plików konfiguracyjnych

i projektów – w pełnym zakresie), aby móc właściwie je obsługiwać i eksploatować.

Zapewnienie wysokiej sprawności pojazdów oraz możliwości szybkiej naprawy, minimalizując czas wyłączenia pojazdów z eksploatacji i zwiększając lub zapewniając tym samym wysoką dostępność eksploatacyjną, jest podstawą działalności przewoźnika kolejowego. Aby to było możliwe, przedmiotowe oprogramowanie w zakresie jak wskazano w OPZ pkt. 1.27 jest tego kluczowym elementem, dlatego w ocenie Zamawiającego ten wymóg jest bezsprzecznie uzasadniony i

proporcjonalny w kontekście celu postępowania, którym jest zakup przedmiotowych pojazdów.

Wychodząc jednak naprzeciw części argumentów Odwołującego Zamawiający modyfikuje pkt 1.27 OPZ, w ten sposób, że:

„1.27. Wraz z dostawą pierwszego EZT w ramach pierwszej Umowy wykonawczej Wykonawca dostarczy Zamawiającemu wszystkie programy komputerowe (software) oraz programy wbudowane (firmware dla urządzeń, które programuje lub konfiguruje Wykonawca), w tym pliki konfiguracyjne, wraz z prawem do korzystania z nich zgodnie z postanowieniami Umowy wykonawczej, niezbędne w procesie obsługi, utrzymania i diagnostyki EZT. Wszystkie programy komputerowe (software) oraz programy wbudowane (firmware), w tym pliki konfiguracyjne i pliki projektu muszą umożliwiać Zamawiającemu samodzielną lub przez usługodawców obsługę, utrzymanie i diagnostykę bez ograniczeń w zakresie wszystkich prac do poziomu obsługi P5 włącznie (nie dopuszcza się przekazania oprogramowania

o ograniczonych uprawnieniach i funkcjonalnościach). Oprogramowanie powinno umożliwiać obsługę w języku polskim (dotyczy m.in. 4 interfejsu, parametrów oraz list błędów).

Do przekazanego oprogramowania należy załączyć kompletne instrukcje obsługi w języku polskim, a w przypadku instrukcji obsługi sporządzonych w innym języku dodatkowo

ich tłumaczenie na język polski. Programy wbudowane (firmware, oprogramowanie sprzętowe) dostarczone zostaną zainstalowane i gotowe do użytku na EZT i urządzeniach, dla których

są przeznaczone. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu wszystkich loginów, haseł oraz licencji umożliwiających korzystanie bez ograniczeń z przedmiotowego oprogramowania oraz haseł, loginów i licencji do urządzeń i systemów zamontowanych/zainstalowanych w EZT na poziomie administratora (pełen dostęp). Wszystkie hasła oraz licencje do pełnej diagnostyki oraz konfiguracji urządzeń zamontowanych w EZT, instrukcje obsługi w języku polskim powinny zostać skatalogowane

i dostarczone Zamawiającemu w wersji cyfrowej wraz z dostawą pierwszego EZT dostarczanego w ramach pierwszej Umowy wykonawczej. Wykonawca zobowiązany jest ponadto udostępnić Zamawiającemu aktualną wersję oprogramowania na każde jego wezwanie, w szczególności w przypadku naprawy lub wykonywania poziomu utrzymania EZT (w tym przez podmiot inny niż Wykonawca), z zachowaniem i poszanowaniem praw autorskich. Forma udostępnionego oprogramowania powinna umożliwiać wgranie

i uruchomienie go na EZT i urządzeniach, dla których są przeznaczone bez naruszania struktury bezpieczeństwa pojazdu”.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniach i odpowiedziach na odwołania oraz 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 odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając,

że nie zasługują one na uwzględnienie. Postępowanie KIO 1872/23 podlegało przy tym umorzeniu w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, tj. w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1, 3, 4 i 5.

Rozpoznając odwołania Izba przeprowadziła dowody z:

1.dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,

2.dokumentów złożonych przez Odwołującego Newag wraz z odwołaniem.

Dokumentów złożonych w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron przez:

A.Odwołującego PESA:

3.Pięciu Specyfikacji Warunków Zamówienia z postępowań dotyczących podobnych zamówień prowadzonych przez innych zamawiających,

B.Odwołującego Newag:

4.Oświadczenie złożone Odwołującemu przez ABS Italia Serbatoi SRL dotyczące udostępnienia dokumentacji wykonawczej zbiorników pneumatycznych,

5.(dokument w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski),

6. Oświadczenie złożone Odwołującemu przez RFWW Rawag sp. z o.o. dotyczące rysunków wykonawczych elementów produkowanych przez ten podmiot,
7. Oświadczenie złożone Odwołującemu przez NordGlass sp. z o.o. dotyczące rysunków wykonawczych elementów produkowanych przez ten podmiot,
8. Oświadczenie złożone Odwołującemu przez MMR Group Polska sp. z o.o. dotyczące dokumentacji wykonawczej elementów produkowanych przez ten podmiot,
9. Oświadczenie złożone Odwołującemu przez Knorr-Bremse Systemy Kolejowe Polska sp. z o.o. dotyczące dokumentacji konstrukcyjnej elementów produkowanych przez ten podmiot,
10. Oświadczenie złożone Odwołującemu przez SKF Polska S.A. dotyczące dokumentacji wykonawczej elementów produkowanych przez ten podmiot,
11. Tabeli zawierającej wymogi zamawiających w postępowaniach dotyczących podobnych zamówień,
12. Oświadczenie MEDCOM sp. z o.o. złożone Odwołującemu w zakresie dokumentacji przekazywanej wraz z produktami spółki MEDCOM.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest zgodnie z punktem IV SWZ:

1. Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej, w której Zamawiający przewiduje możliwość złożenia zamówienia na:
 - 1) Dostawę do 56 sztuk EZT w wersji:
 - czteroczołowej – do 28 szt.
 - pięcioczołowej – do 28 szt.wraz z dokumentacją techniczną, w tym dokumentacją konstrukcyjną umożliwiającą wykonywanie przeglądów na poziomach P1 – P5, w tym:
 - a) Udzielenie gwarancji na każdy EZT na okres minimum 60 miesięcy,
 - b) Instruktaż pracowników Operatora wskazanych przez Zamawiającego,
 - c) Udzielenie licencji na Oprogramowanie i Dokumentację techniczną,
 - 2) Świadczenie kompleksowej obsługi serwisowo-utrzymawczej dla każdego EZT z wyposażeniem (w tym automaty biletowe, kasowniki) od poziomu P1 do P4.
 - 3) Dostawa pakietu części zamiennych.

Po przeprowadzeniu wskazanych wyżej dowodów Izba uznała, że nie potwierdził się wspólny zarzut obu odwołań, tj. twierdzenie Odwołujących, że Zamawiający postawił w SWZ wymogi nadmierne w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia. Po analizie stanowiska Zamawiającego oraz Załącznika nr 1C do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Izba uznała,

że treść kwestionowanych przez Odwołujących dokumentów odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego w zakresie efektów, jakie mają być osiągnięte w wyniku realizacji zamówienia. Tym samym Izba stwierdziła, że treść i wymogi określone w OPZ odpowiadają deklarowanym potrzebom i oczekiwaniom Zamawiającego. Co za tym idzie Izba nie miała podstaw stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach obu odwołań.

Zgodnie z art. 473 ust. 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza, zwana dalej „Izbą”, jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513.

Z kolei art. 513 Pzp stanowi, że odwołanie przysługuje na:

- 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Rolą Izby nie jest więc ocena, czy Zamawiający we właściwy sposób ustalił swoje potrzeby, ponieważ jest to wyłączna kompetencja Zamawiającego. Izba nie ocenia również,

czy Zamawiający ma szansę zaspokoić swoje potrzeby – w szczególności w zakresie deklarowanej przez niego potrzeby uniezależnienia się od wykonawców.

Podkreślenia wymaga, że w prawidłowo prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia opis przedmiotu zamówienia ma charakter wtórny wobec ustalenia przez zamawiającego dokładnego zakresu własnych potrzeb oraz określenia sposobu ich racjonalnej realizacji.

Powyższe potwierdza, że Odwołujący winni wykazać, że pomiędzy potrzebami wyrażonymi przez Zamawiającego, a opisem przedmiotu zamówienia istniała dysproporcja tego rodzaju, że realizacja wymogów wynikających z OPZ

prowadziłaby do uzyskania przez Zamawiającego przedmiotu przekraczającego zakres i kształt jego obiektywnych potrzeb. Odwołujący jednak tego nie zrobili, a poprzestali na odnoszeniu postanowień OPZ do własnych możliwości złożenia oferty w postępowaniu. Zamawiający nie ma jednak obowiązku określania przedmiotu zamówienia w ten sposób, by umożliwić udział w postępowaniu każdemu zainteresowanemu podmiotowi, ale tak, by umożliwić udział tym podmiotom, które są w stanie zrealizować obiektywne i racjonalne potrzeby zamawiającego.

Z tego względu Izba uznała, że złożone przez Odwołującego Newag dowody, które miały świadczyć o tym, że Zamawiający oczekuje realizacji świadczenia niemożliwego dowodzą

co najwyżej faktu, że Odwołujący może nie być zdolny złożyć oferty w postępowaniu. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp w sposób wskazany w zarzutach odwołań.

Izba wskazuje, że żaden przepis Pzp nie zabrania zamawiającym określania wymogów odnoszących się do eksploatacji przedmiotu zamówienia po realizacji przez wykonawcę wszelkich zobowiązań z tytułu umowy, w tym upływie okresu gwarancji. Dlatego Zamawiający miał prawo zawrzeć w OPZ wymogi dotyczące dalszej eksploatacji pojazdów i ich perspektywicznej, ewentualnej modernizacji. Wymogi takie są tym bardziej uzasadnione, gdy przedmiot zamówienia dotyczy pociągów, których czas eksploatacji nierzadko osiąga kilkadziesiąt lat, w ciągu których pojazdy poddawane są modernizacjom (jako przykład należy wskazać tu pojazdy typu EN-57).

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnili także, by postulowane przez nich zmiany OPZ miały prowadzić do zastąpienia postanowień niezgodnych z prawem takimi, które będą legalne. Odwołujący Newag złożył jako dowód tabelę zawierającą wymogi określone przez innych, podobnych zamawiających w postępowaniach dotyczących zbliżonych przedmiotów zamówienia. Dowód ten – co słusznie wskazał Zamawiający – zawierał również postanowienia takie, jakich usunięcia z dokumentów niniejszego postępowania oczekiwał Odwołujący. Dowód ten przekreślił więc wiarygodność stanowiska Odwołującego w zakresie racjonalności postulowanych przez niego zmian OPZ.

W zakresie zarzutu 1.4 odwołania KIO 1879/23 Izba wskazuje ponadto, że już z treści uzasadnienia tego zarzutu jasno wynika, że Odwołujący Newag podniósł ten zarzut wyłącznie z pobudek dotyczących możliwości utraty oczekiwanego zarobku w sytuacji, gdyby utracił on możliwość pośredniczenia w ewentualnych transakcjach zakupu części zamiennych między Zamawiającym, a producentami podzespołów.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania KIO 1879/23 Izba ponownie wskazuje, że nie jest jej rolą ocena, czy oczekiwania i potrzeby Zamawiającego wyrażone w opisie przedmiotu zamówienia są możliwe do zaspokojenia. Zamawiający ma prawo zamówić sprzęt wraz z powiązaniem

z tym sprzętem oprogramowaniem. Inną kwestią jest, czy Zamawiający wobec

tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia w ogóle otrzyma oferty w postępowaniu bądź też czy będą one mieściły się w zaplanowanym budżecie Zamawiającego – mowa

tu jednak o zdarzeniach przyszłych i niepewnych, które mogą być skutkiem nadmiernego optymizmu Zamawiającego, co do możliwości przedmiotu zamówienia. Nie jest to jednak przejaw naruszenia prawa przez Zamawiającego.

W konsekwencji Izba – mimo rozbudowanej argumentacji Odwołujących uznała – że zarzuty obu Odwołań w swojej istocie sprowadzają się z jednej strony do faktycznego kwestionowania potrzeb Zamawiającego, z drugiej stanowią próbę swego rodzaju negocjacji wymogów OPZ.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....