

Sygn. akt: KIO 895/23

Sygn. akt: KIO 899/23

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Joanna Gawdzik-Zawalska

Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2023 r. przez odwołujących:

A. wykonawcę **H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 61-485 Poznań** (KIO 895/23),

B. wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** (KIO 899/23),
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice**, w imieniu którego działa **Koleje Śląskie sp. z o.o., ul. Raciborska 58, 40-074 Katowice**,
przy udziale:

- 1) wykonawcy **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 895/23 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 899/23 po stronie odwołującego,
- 2) wykonawcy **Stadler Polska sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 895/23 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 899/23 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 895/23 w zakresie zarzutów nr 2c, 2d, 2e, 2f, 2g, 2h, 2i, 2j i 2k oraz postępowanie odwołanie o sygn. akt KIO 899/23 w zakresie zarzutów nr 2, 5, 6 i 8,
2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 895/23,
3. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 899/23 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji projektowanych postanowień umowy (PPU) poprzez usunięcie § 16 ust. 16 lit. g oraz § 23 ust. 2 pkt 16 PPU,
4. w sprawie **KIO 895/23** kosztami postępowania obciąża odwołującego: **H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 61-485 Poznań**, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.1. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
5. w sprawie **KIO 899/23** kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice**, i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 5.1. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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 895/23

Sygn. akt: KIO 899/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice**, w imieniu którego działa **Koleje Śląskie sp. z o.o., ul. Raciborska 58, 40-074 Katowice**, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego pn. „Zakup zeroemisyjnego taboru kolejowego”, numer referencyjny: FFZS.27.9.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.03.2023 r., nr 2023/S 056-164355.

W dniu 30.03.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

A. wykonawca H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 61-485 Poznań (dalej: „odwołujący C.”) - KIO 895/23,

B. wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (dalej: „odwołujący Pesa”) - KIO 899/23.

Ad. A. Odwołujący C. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, oraz § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie) w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, jak również w sposób nieproporcjonalny i nadmierny,
- 2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, 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:
 - a) zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia obejmował dostawę czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych - pkt I. 1.1 SWZ, pkt 2 ppkt 2.1 poz. 2 tabeli OPZ,
 - b) zamawiający oczekuje następującego układu drzwi EZT: „Osiem drzwi na stronę układu 2-2-2-2” - jest to wymaganie związane z pojazdem czteroczłonowym - pkt 2 ppkt 2.1 poz. 14 tabeli OPZ,
 - c) zamawiający sformułował parametr prędkości konstrukcyjnej EZT $\geq 176\text{km/h}$ - pkt 2 ppkt 2.1 poz. 9 tabeli OPZ,
 - d) wskazano następujący parametr nacisku na osi na tor - $\leq 180\text{kN}$ - pkt 2 ppkt 2.1 poz. 19 tabeli OPZ,
 - e) zamawiający wymaga spełnienia następującego parametru: „Wymagane drzwi wejściowe z zewnątrz do kabiny maszynisty (obustronnie) zgodnie z TSI LOC&PAS pkt 4.2.9.1.2.1 lub równoważone” - pkt 2 ppkt 2.7 poz. 5 pkt 1 tabeli OPZ,
 - f) system hamulca musi być oparty o komponenty jednego producenta - pkt 2 ppkt 2.4 poz. 1 pkt 2 tabeli OPZ,
 - g) zamawiający wymaga następującej dokumentacji dostarczanej wraz z EZT: *„Dokumentacja konstrukcyjna sprzęgu sterowania wielokrotnego w części elektrycznej dotycząca 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. Wraz z dokumentacją Wykonawca udziela prawa do jej wykorzystania przez Zamawiającego podczas kolejnych zakupów bądź modernizacji elektrycznych zespołów trakcyjnych. 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.”* - poz. 7 tabeli Załącznika nr 2 do umowy,
 - h) zamawiający sformułował następujące zastrzeżenie: *„Zastrzeżenie: W przypadku zmiany zakresu zawartości dokumentacji technicznej EZT, wynikającej ze zmiany aktów prawnych, po podpisaniu umowy, a przed dostawą pierwszego EZT każdego typu Wykonawca zobowiązany jest dostosować jej zawartość do nowych, obowiązujących przepisów. Dokumentacja techniczna, o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. z dnia 27 stycznia 2016 r. : Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.), a dostarczana wraz z EZT musi mieć charakter powszechny i nie może być oznakowana jako tajemnica przedsiębiorstwa”* - pod tabelą z Załącznika nr 2 do umowy,
 - i) zamawiający wskazał, że *„Wszystkie zastosowane do produkcji EZT Części (zespoły, podzespoły i elementy) muszą być fabrycznie nowe. Data produkcji Części nie może być starsza niż jeden rok kalendarzowy. W przypadku Części podlegających legalizacji, data legalizacji nie może być dłuższa niż 3 miesiące”* - pkt 1 ppkt 1.2 OPZ,
 - j) w OPZ zostało postawione następujące wymaganie w odniesieniu do Układu wnętrza: *„Minimalne szerokości przejść muszą być następujące: (...) b) Pomiędzy siedzeniami wagonach - szerokość 700 mm od podłogi do wysokości 1950mm.”* - pkt 2 ppkt 2.9 poz. 1 tabeli ppkt 7 lit. b OPZ,

k)zamawiający wskazał na zapewnienie następującego parametru dotyczącego Systemu drzwi zewnętrznych:
„Równomierne rozmieszczenie na członie - minimalny odstęp między środkiem sąsiednich drzwi > 5500 mm.” - pkt 2
ppkt 2.9 poz. 17 pkt 4 tabeli OPZ.

W szczególności odwołujący C. podniósł, co następuje.

„VII. Warunek udziału w postępowaniu - zdolność techniczna i zawodowa.

(...) 4.Sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określony w SWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ograniczający uczciwą konkurencję. Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że:

„(...) *W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, dostawę co najmniej jedenastu sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2, wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/ 100) brutto każdy.*” (...)

6. Odnosząc się do poszczególnych elementów warunku należy wskazać, że Zamawiający bezzasadnie:

- a. Ogranicza możliwość wskazywania doświadczenia wyłącznie do ostatnich 3 lat;
- b. Wskazuje, że doświadczenie może dotyczyć dostawy wyłącznie fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT);
- c. Wskazuje, że doświadczenie powinno dotyczyć EZT wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2;
- d. Określa, że dostawa powinna obejmować 11 sztuk EZT;
- e. Wskazuje, że doświadczenie powinno dotyczyć min. EZT o wartości min. 20.000.000,00 zł brutto każdy.

7. Odnosząc się do referencyjnego okresu doświadczenia należy stwierdzić, że okres ostatnich 3 lat jest terminem najkrótszym/ podstawowym jaki może wyznaczyć Zamawiający. (...) Jak było wskazane powyżej, przedmiotem zamówienia są szczególne dostawy pojazdów kolejowych - nie są to zamówienia powszechne czy realizowane w krótkich odstępach czasu. Przeciwnie, podmiotów, które posiadają tego typu doświadczenie na rynku jest kilka, natomiast dostawy często realizowane są w ramach kilkuletnich umów. W tym kontekście bezzasadne jest ograniczanie doświadczenia zaledwie do ostatnich 3 lat. Wydłużenie okresu referencyjnego do 6 lat w żaden sposób nie naruszy interesu Zamawiającego oraz pozwoli wybrać wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, bowiem realizacja zamówienia w zakresie dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych w okresie ostatnich 3 lat jest analogiczna do tych wykonywanych w okresie ostatnich 6 lat. (...)

8. Zamawiający w treści warunku wskazał, że przedmiotem doświadczenia ma być również dostawa pojazdu fabrycznie nowego. Także ten element warunku jest nieuzasadniony, ogranicza konkurencję oraz nie bierze pod uwagę realiów rynku i podmiotów zdolnych wykonać zamówienie. Warunek w obecnym brzmieniu wyklucza m.in. Odwołującego, który jest wykonawcą posiadającym doświadczenie w przeprowadzeniu m.in. modernizacji pojazdów. Na rynku kolejowym nie każdy zamawiający decyduje się na zamówienie pojazdów nowych, a często zleca przeprowadzenie modernizacji. Modernizacja elektrycznego zespołu trakcyjnego także jest skomplikowanym przedsięwzięciem, w wyniku przeprowadzenia którego mamy często do czynienia z de facto nowym pojazdem dostosowanym do specyficznych potrzeb zamawiającego. Modernizacja wiąże się bowiem z dostawą niemal całkowicie zmienionego zespołu trakcyjnego, dla którego wykonawca musi uzyskać m.in. zezwolenie uprawniające do poruszania się po liniach PKP PLK.

9. Przez pojęcie „modernizacji” rozumieć należy w szczególności „większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu oraz skutkujące zmianą dokumentacji technicznej dołączonej do deklaracji weryfikacji WE” (zgodnie z art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym). W zaproponowanym żądaniu Odwołujący doprecyzował zakres modernizacji, tak aby był on proporcjonalny oraz wykazywał jej złożony zakres a tym samym faktyczne, bogate doświadczenie wykonawcy. W przypadku zaawansowanej modernizacji wykonawca występuje w takim projekcie jako „producent” w rozumieniu Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/ WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, jako „producent” w rozumieniu ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku oraz również jako „producent” w rozumieniu ustawy o transporcie kolejowym, uzyskując zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Projekt kończy się wprowadzeniem do obrotu nowego typu pojazdu kolejowego i obejmuje wszystkie fazy produkcyjne, jakie są wymagane podczas budowy nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego - m.in. fazę projektowania, fazę opracowania dokumentacji konstrukcyjnej i utrzymaniowej, etap badań w certyfikującej Jednostce Notyfikowanej, testów i uzyskiwania niezbędnych dopuszczeń od Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego przed wprowadzeniem do obrotu elektrycznego zespołu trakcyjnego jako nowego typu wyrobu. Modernizacja obejmuje również dokonanie szczegółowych odbiorów wspólnie z Zamawiającym. Głęboka modernizacja jest procesem złożonym wymagającym pozyskania i zmiany komponentów, zespołów,

podzespołów, napędów, nowoczesnych silników trakcyjnych i przekładni, energoelektroniki, zmiany wnętrza pojazdu, uruchomieniu pojazdu, w tym uruchomieniu i sprawdzeniu poprawności w działaniu wszystkich zabudowanych zespołów, podzespołów jak i całego pojazdu oraz sprawdzeniu jego wszystkich funkcjonalności wraz z wykonaniem licznych jazd fabrycznych testowych (w tym jazd w trybie wielokrotnym - do 3 szt. połączonych pojazdów), przeprowadzenia niezbędnych badań homologacyjnych przez akredytowaną i notyfikowaną jednostkę certyfikującą.

11. W przypadku modernizacji, w odróżnieniu od pojazdów fabrycznie nowych, pojazdy nie muszą być wyposażane w ramach procesu modernizacji w urządzenia systemu ETCS. Niemniej powyższe nie oznacza, że modernizacja przedstawia doświadczenie gorsze od dostawy fabrycznie nowych pojazdów. Odwołujący z tego względu doprecyzował w żądaniu zakres modernizacji, tak aby wskazywał on na doświadczenie w realizacji skomplikowanego przedsięwzięcia. Należy również dodać, że okoliczność, iż przedmiotem zamówienia są pojazdy fabrycznie nowe nie oznacza, że te same cechy ma obejmować doświadczenie wymagane na potwierdzenie spełniania warunku. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp warunek wyraża minimalny poziom zdolności i sformułowany warunek musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nie z nim identyczny. W związku z tym, zasadne jest wykreślenie z warunku w przypadku modernizacji wyposażenia w urządzenia ETCS jako zakresu prac, które miał wykonać wykonawca/ producent w ramach modernizacji.

12. Zamawiający wymaga również, aby doświadczenie wykonawcy obejmowało dostawę jedenastu sztuk pojazdów, a dodatkowo żąda, aby każdy z nich miał wartość nie mniejszą niż 20.000.000,00 zł brutto. Wymaganie dostawy aż jedenastu sztuk EZT w ramach dostawy jest wymaganiami nadmiernymi. Fakt, iż wykonawca wykonał dostawy np. 5 EZT, co zostanie potwierdzone referencjami, daje wystarczające potwierdzenie, że wykonawca może dostarczyć większą ilość pojazdów, jak w niniejszym zamówieniu. Doświadczenie w ramach dostawy obejmuje krotność dostarczenia de facto tego samego pojazdu. Najistotniejsze jest z punktu widzenia wykonawcy/producenta dostosowanie się do wymagań określonych przez Zamawiającego w ramach zamówienia, a ma to miejsce przy projektowaniu i dostosowywaniu wymagań do pierwszego EZT. Dlatego, Zamawiający najczęściej przy większych zamówieniach rozdzielają daty dostarczenia pierwszego pojazdu oraz kolejnych pojazdów - taka sytuacja ma miejsce m.in. w niniejszym postępowaniu, por. pkt 8.2.1.1 lit. a i b SWZ. W przypadku zaprojektowania i dostawy pierwszego pojazdu spełniającego wymagania Zamawiającego dostawy kolejnych pojazdów są powieleniem pierwszej dostawy w ramach kontraktu. Tym samym, wykonawca, który dostarczył kilka pojazdów w ramach dostawy może zrealizować kontrakt obejmujący większą ilość pojazdów, jednak nie musi być to aż jedenaście sztuk EZT.

13. W odniesieniu do wartości pojazdów w obecnie sformułowanym warunku Zamawiający wymaga, aby wartość każdego pojazdu wynosiła min. 20.000.000,00 zł brutto. Ocena doświadczenia nie powinna dotyczyć wartości jednostkowej pojazdu tylko wartości łącznej wykonanego/ wykonywanego zamówienia. Jeżeli łączna wartość np. 5 pojazdów przekracza 50.000.000,00 zł brutto, to bezzasadne jest ograniczanie konkurencyjności postępowania i wykluczanie tego. typu doświadczenia. Wartość wskazana przez Zamawiającego w warunku jest zbliżona do wartości pojazdu zamawianego w ramach niniejszego zamówienia, natomiast jak było wskazane powyżej warunek udziału w postępowaniu nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia. (...)

IX. Ilość członów EZT.

1. Zamawiający wymaga, aby w ramach prowadzonego postępowania wykonawca dostarczył pojazdy czteroczłonowe: (...)

2. Określanie liczby członów pojazdu jako parametru nie jest zasadne i nie wynika z potrzeb Zamawiającego, gdyż to jak zbudowany jest pojazd decyduje producent. Uzasadnione z punktu widzenia Zamawiającego jest definiowanie pojazdu jako wieloczłonowego z podaniem swoich potrzeb związanych ze zdolnością przewozową pojazdu np. minimalnej liczby miejsc siedzących i jednoczesnym określeniem (o ile jest to uzasadnione np. długością krawędzi peronowych, z których operować będą pojazdy) przedziału, w jakim powinna się mieścić długość pojazdu. To są parametry kluczowe dla przewoźnika, ponieważ określają np. jaka ilość pasażerów może zostać nim przewieziona. Położenie nacisku na te elementy powinno mieć znaczenie dla Zamawiającego, a nie to jak producent formuje konstrukcję pojazdu w celu ich spełnienia. Modyfikacja postanowień dokumentów zamówienia pozwoli na dopuszczenie do postępowania podmioty oferujące pojazdy o innej ilości członów niż wskazał Zamawiający, a tym samym pozwoli na poszerzenie konkurencji. Z punktu widzenia Zamawiającego dostawa pojazdu wieloczłonowego (a nie wyłącznie czteroczłonowego) również pozwoli na realizację celów i potrzeb dostawy pojazdów o określonych parametrach opisanych w OPZ - np. w zakresie ilości miejsc siedzących, która może być osiągnięta w przypadku pojazdu innego niż tylko pojazd czteroczłonowy.

3. Wymaganie konkretnego rozwiązania stanowi ingerencję w układ pojazdu, natomiast zarówno pojazdy czteroczłonowe, jak i np. trzy- czy pięcioczłonowe są rozwiązaniami porównywalnymi. W niniejszym postępowaniu narzucenie ilości członów doprowadzi do ograniczenia konkurencji i to na rynku, w którym ilość wykonawców ze względu na specyficzny zakres dostaw i tak jest ograniczona. (...)

5. W konsekwencji zmiany parametru ilości członów. Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany parametru w zakresie układu drzwi wejściowych. Zgodnie z pkt 2 ppkt 2.1 poz. 14 tabeli OPZ Zamawiający oczekuje następującego układu

drzwi: „Osiem drzwi na stronę w układzie 2-2-2-2”. Jest to wymaganie dostosowane typowo do pojazdu czteroczołowego. W przypadku jednak braku doprecyzowania ilości członów pojazdu zasadne i konieczne będzie określenie, że EZT powinien posiadać następujący układ drzwi: „Po dwie pary drzwi na stronę członu pojazdu”. Tak sformułowany parametr wskazuje, że ilość drzwi będzie dostosowana do ilości członów, co z kolei nie będzie miało negatywnego wpływu na obsługę pasażerów podróżujących EZT.

X. Prędkość konstrukcyjna.

1. Zamawiający sformułował parametr prędkości konstrukcyjnej EZT: $\geq 176 \text{ km/h}$ pkt 2 ppkt 2.1 poz. 9 tabeli OPZ.
2. Zasadne i konieczne jest, aby Zamawiający doprecyzował pojęcie „Prędkości konstrukcyjnej”, gdyż nie jest to sformułowanie precyzyjne i czytelne z punktu widzenia wykonawcy/ producenta. Zamawiający w pkt 2 ppkt 2.1 poz. 10 tabeli OPZ sformułował również parametr prędkości eksploatacyjnej - 160 km/h . Taka sama powinna być prędkość konstrukcyjna pojazdu, tzn. prędkość, dla której pojazd jest skonstruowany. Dla tak określonej prędkości eksploatacyjnej badania pojazdu przeprowadza się z prędkością $160 \text{ km/h} + 10\%$, tj. 176 km/h . (...)

XI. Maksymalny nacisk osi na tor.

1. Zamawiający wskazał na następujący parametr nacisku osi na tor - $\leq 180 \text{ kN}$ - pkt 2 ppkt 2.1 poz. 19 tabeli OPZ.
2. Wskazane powyżej wymaganie jest nieprecyzyjne z punktu widzenia wykonawcy. Nie jest bowiem jednoznaczne, w jaki sposób należy obliczyć spełnianie ww. wartości - czy chodzi o masę samego pojazdu czy chodzi o masę pojazdu w stanie jego pełnego załadowania. (...)

XII. Drzwi wejściowe do kabiny maszynisty.

1. Zamawiający wymaga spełniania przez zaoferowane EZT następującego parametru: „Wymagane drzwi wejściowe z zewnątrz do kabiny maszynisty (obustronnie) zgodnie z TSI LOC&PAS pkt 4.2.9. 1.2.1 lub równoważone” ppkt 2.7 poz. 5 pkt 1 tabeli OPZ.
2. Przepisy TSI LOC&PAS, do których odwołuje się ww. postanowienie OPZ określają wymagania dla kabiny maszynisty w pkt 4.2.9.1. i wskazują na możliwość zastosowania przez producenta taboru kolejowego dwóch alternatywnych i równoważnych sposobów wchodzenia przez drużynę trakcyjną pociągu do kabiny maszynisty. (...)
4. (...) W obecnie sformułowanym postanowieniu określenie „lub równoważne” jest nieprecyzyjne, gdyż nie wskazuje na alternatywę wprost dopuszczoną w TSI LOC&PAS.

XIII. System hamulca.

(...) 2. Wymaganie, aby system hamulcowy oparty był o komponenty jednego producenta nie ma uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. System hamulca nie musi być oparty o komponenty jednego producenta - zaproponowanie systemu opartego o elementy produkcji więcej niż jednego producenta w żaden sposób nie spowoduje, że rozwiązanie takie będzie gorsze od preferowanego obecnie w SWZ. Co więcej pozostawienie ww. wymagania może doprowadzić do zaistnienia monopolu wśród dostawców elementów układu hamulcowego. Powstanie ww. monopolu może wpłynąć znacząco na wzrost ceny pojazdu. (...)

XIV. Dokumentacja konstrukcyjna sprzęgu sterowania wielokrotnego.

- (...) 3. Z przytoczonego opisu wynika, że Zamawiający wymaga zabudowy złączy służących do sterowania trakcją wielokrotną (pkt 7 powyżej pogrubiony). Zamawiający nie określa rodzaju, geometrii, usytuowania, wielkości ani typu złączy. Oznacza to, że pozostawia wybór rozwiązania konstrukcyjnego wykonawcy. (...)
4. Taki stan spowodował, że każdy z wykonawców opracował własny system złączy elektrycznych i ich umiejscowienie, realizujący funkcje przekazywania sygnałów sterujących pojazdem, ściśle dostosowany do konstrukcji oferowanego pojazdu. (...) Wyniki prac nad systemem są ściśle chronioną tajemnicą przedsiębiorstw.

XV. Konieczność dostosowania dokumentacji pojazdu do zmiany przepisów.

(...) 2. Powołane wymaganie w praktyce oznacza, że Zamawiający wymaga wyprodukowania pojazdów zgodnie ze wszystkimi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz normami i przepisami technicznymi na dzień odbioru pierwszego EZT. (...) Zgodnie z pkt 8.2 SWZ Zamawiający przewiduje dostarczenie pojazdu w terminie do 30 czerwca 2026 r., a pozostałe pojazdy co do zasady po 2 sztuki miesięcznie zgodnie z harmonogramem. Przewidzenie zmian w przepisach do 30 czerwca 2026 r. jest niemożliwe do wykonania dla wykonawcy, a zarazem sprzeczne z tym, aby pojazdy dostarczone były zgodnie z zamówioną i wycenioną wersją pojazdu. Przerzucanie na wykonawców w tym zakresie ryzyka jest nieuzasadnione i narusza równowagę kontraktową stron umowy. (...)

XVI. Data produkcji Części i data ich legalizacji.

1. Zgodnie z pkt 1 ppkt 1.2 OPZ *„Wszystkie zastosowane do produkcji EZT Części (zespoły, podzespoły i elementy) muszą być fabrycznie nowe. Data produkcji Części nie może być starsza niż jeden rok kalendarzowy. W przypadku Części podlegających legalizacji, data legalizacji nie może być dłuższa niż 3 miesiące.”*
2. Wskazane postanowienie jest niejasne i nieprecyzyjne, ponieważ nie określa, do którego momentu obowiązywać ma data produkcji Części w wymiarze maksymalnie 1 roku kalendarzowego. (...)

XVII. Szerokość przejścia między siedzeniami.

1. Zamawiający sformułował następujące wymaganie w zakresie układu wnętrza:

7) Minimalne szerokości przejść muszą być następujące:

(...) b) Pomiędzy siedzeniami w wagonach - szerokość 700 mm od podłogi do wysokości 1950 mm" (...)

5. Tym samym, zgodnie z TSI PRM dopuszczalna szerokość przejścia to 550 mm. (...)

6. Biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego w zakresie wyposażenia i zabudowy wnętrza przedziału pasażerskiego - w szczególności w zakresie wymiarów foteli oraz zabudowy śmietniczek - wymaganie aby w pojeździe szerokość przejścia wynosiła 700 mm jest nadmierne. (...)

XVIII. Równomierne rozmieszczenie drzwi zewnętrznych na członie.

1. Zamawiający w pkt 2 ppkt 2.9 poz. 17 pkt 4 tabeli OPZ wskazał na konieczność zapewnienia następującego parametru dotyczącego Systemu drzwi zewnętrznych: „Równomierne rozmieszczenie na członie - minimalny odstęp między środkiem sąsiednich drzwi > 5500 mm.”

2. Doprecyzowanie minimalnej odległości między środkiem sąsiednich drzwi jest wymaganiem nadmiernym. Zmiana odstępów pomiędzy sąsiednimi drzwiami bocznymi z min. 5500 mm na min. 4700 mm nie ma wpływu na spełnienie głównego wymagania Zamawiającego, jakim jest równomierne rozmieszczenie drzwi bocznych. (...)

W związku z tym odwołujący C. wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) zmianę pkt IX.9.2 ppkt 4) SWZ oraz sekcja III.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

„W okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, dostawę: - co najmniej 5 sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2, wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI tub zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu, o łącznej wartości nie mniejszej niż 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych 00/ 100) brutto lub

- zmodernizowanych w rozumieniu art. 4 pkt 43 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984 z późn. zm.) co najmniej pięciu sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych o łącznej wartości nie mniejszej niż 50.000.000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt milionów złotych 00/ 100) brutto.

Modernizacja powinna obejmować zmiany zasadniczych cech konstrukcyjnych pojazdu dotyczące przynajmniej 40% Punktów TSI opisanych w pierwszej kolumnie Tabeli 17az punktu 7.1.2.2. Załącznika do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1302/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu "Tabor - lokomotywy i tabor pasażerski" systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 356, str. 228 z późn. zm.), dla których wykonawca uzyskał zezwolenie na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu dla typu pojazdu w rozumieniu art. 23i ust. 1 w zw. z art. 23b i art. 23d ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym lub zezwolenie na dopuszczenie pojazdu kolejowego do eksploatacji stanowiące zezwolenie dla typu pojazdu w rozumieniu art. 23i ust. 1 w zw. z art. 23 b i 23d ust. 1 tej ustawy o treści obowiązującej do dnia 28 lipca 2021 r.

Wartość 50.000.000,00 zł brutto jest łączną wartością i dotyczy łącznie wszystkich pojazdów dostarczanych w ramach zamówienia”;

2) zmianę pkt 1.1.1 SWZ, pkt 2 ppkt 2.1 poz. 2 tabeli OPZ poprzez wykreślenie wymagania, aby dostarczy pojazd był pojazdem czteroczłonowym i zastąpienie go wymaganiem, aby pojazd był pojazdem wieloczłonowym bez precyzowania ilości członów;

3) modyfikację pkt 2 ppkt 2.1 poz. 14 tabeli OPZ poprzez wskazanie na następujący układ drzwi: „Po dwie pary drzwi na stronę członu pojazdu”;

4) doprecyzowanie pkt 2 ppkt 2.1 poz. 9 tabeli OPZ poprzez wskazanie, że przez prędkość konstrukcyjną ≥ 176 km/h zamawiający rozumie prędkość stosowaną do badań pojazdu;

5) doprecyzowanie pkt 2 ppkt 2.1 poz. 19 tabeli OPZ w ten sposób, że poprzez maksymalny nacisk osi na tor zamawiający rozumie maksymalny nacisk w stanie pełnego załadowania pojazdu, tj. przy całkowitej zajętości miejsc według aktualnych przepisów;

6) doprecyzowanie pkt 2 ppkt 2.7 poz. 5 pkt 1 tabeli OPZ poprzez wskazanie, że zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania skrajnych drzwi wejściowych do pojazdu dla pasażerów jako drzwi wejściowych dla maszynisty;

7) wykreślenie pkt 2 ppkt 2.4 poz. 1 pkt 2 tabeli OPZ;

8) wykreślenie z poz. 7 tabeli Załącznika nr 2 do umowy następującego wymagania: „Opis protokołów komunikacyjnych dla sieci Ethernet, CAN, itp. wykorzystywanych do komunikacji między EZT w sterowaniu wielokrotnym. Wraz z dokumentacją Wykonawca udziela prawa do jej wykorzystania przez Zamawiającego podczas kolejnych zakupów bądź modernizacji elektrycznych zespołów trakcyjnych. 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”;

- 9) modyfikację Zastrzeżenia znajdującego się pod tabelą w Załączniku nr 2 do umowy w ten sposób, że EZT zostaną wyprodukowane i dostarczone zgodnie z warunkami określonymi w OPZ, SWZ oraz ofercie i będą zgodne ze wszystkimi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa oraz normami i przepisami technicznymi na dzień złożenia oferty. Ewentualnie wskazanie, że w przypadku, gdy Zamawiający będzie żądał zmiany dokumentacji EZT wynikającej w szczególności ze zmiany aktów prawnych po podpisaniu umowy, Zamawiający zgłosi takie żądanie wykonawcy, strony wspólnie ustalą termin wprowadzenia tych zmian i zmiany terminu dostawy EZT, a wykonawca wprowadzi zmiany za dodatkowym wynagrodzeniem, które również będzie ustalone przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe będzie stanowiło zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego.
- 10) wykreślenie z pkt 1 ppkt 1.2 OPZ sformułowania: „Data produkcji Części nie może być starsza niż jeden rok kalendarzowy. W przypadku Części podlegających legalizacji, data legalizacji nie może być dłuższa niż 3 miesiące”;
- 11) zmodyfikowanie pkt 2 ppkt 2.9 poz. 1 tabeli ppkt 7 lit. b OPZ w następujący sposób: „Minimalne szerokości przejść muszą być następujące: (...) b) *Pomiędzy siedzeniami w wagonach - szerokość przejścia między siedzeniami zgodnie z TSI PRM lub równoważne*”
- 12) zmianę pkt 2 ppkt 2.9 poz. 17 pkt 4 tabeli OPZ w ten sposób, że „*Równomierne rozmieszczenie na członie - minimalny odstęp między środkiem sąsiednich drzwi > 4700 mm.*”

Ad. B. Odwołujący Pesa zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 439 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 99 ust. 1 w zw. z art. 436 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 353¹ kc poprzez określenie w treści Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy w §16 ust. 16 lit. g, zasad wprowadzenia w umowie zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za dostawę pojazdów, w sposób sprzeczny z ustawą PZP, co w sposób nieuprawniony wyłącza możliwość zmiany wynagrodzenia pomimo wystąpienia określonych w ustawie przesłanek i narusza zasady współżycia społecznego uzależniając możliwość przywrócenia ekonomicznej równowagi stron od okoliczności nie mających wpływu na poziom kosztów realizacji zamówienia,
- 2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 99 ust. 1 w zw. z art. 436 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 353¹ kc poprzez określenie w treści Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy w §17 ust. 16 lit. g, zasad wprowadzenia w umowie zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za świadczenie usług utrzymania, w sposób sprzeczny z ustawą PZP, co w sposób nieuprawniony wyłącza możliwość zmiany wynagrodzenia pomimo wystąpienia określonych w ustawie przesłanek i narusza zasady współżycia społecznego uzależniając możliwość przewrótowania ekonomicznej równowagi stron w umowie od okoliczności nie mających wpływu na poziom tych kosztów,
- 3) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 483 §1 kc, a w konsekwencji art. 353¹ kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w §16 ust. 16 lit. g oraz §17 ust. 16 lit. g w sposób nieprecyzyjny, poprzez nałożenie na wykonawcę dodatkowych sankcji o charakterze pieniężnym za nienależyte wykonanie umowy, sprzecznych z dyspozycją art. 483 § 1 kc, w związku z określeniem, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia nastąpi w sposób inny niż poprzez zapłatę określonej sumy oraz bez określenia tej sumy, co prowadzi do obciążenia wykonawcy wieloma sankcjami w związku z wystąpieniem tych samych okoliczności, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego,
- 4) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 436 pkt 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 605 kc oraz art. 353¹ kc poprzez ustalenie warunków zapłaty wynagrodzenia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, mogący mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz naruszający zasady współżycia społecznego poprzez pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania wynagrodzenia ekwiwalentnego do wykonanego świadczenia,
- 5) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp poprzez określenie w treści Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowy w §16 ust. 16 lit. g, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność za opóźnienie, w sytuacji gdy nie jest to uzasadnione okolicznościami ani zakresem zamówienia,
- 6) art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 483 kc poprzez dokonanie w §23 ust. 2 pkt 13 i 14 Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowne, opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, możliwy do zinterpretowania na wiele sposobów, co powoduje, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości,
- 7) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 483 kc i 353¹ kc poprzez dokonanie w §23 ust. 2 pkt 16 Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowne, opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, nie związany z przedmiotem zamówienia, określający, że naliczenie kary umownej nastąpi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań nie wynikających z treści umowy,

8)art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 483 kc i 353¹ kc poprzez dokonanie w §23 ust. 5 Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowne, opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i nieproporcjonalny, mogący mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez określenie maksymalnej kwoty kar umownych, jako obliczanej od wartości zamówienia z uwzględnieniem dokonanej waloryzacji oraz wynagrodzenia wynikającego z udzielonego zamówienia opcjonalnego, nawet wówczas, gdy zamówienie takie nie zostanie udzielone.

W szczególności odwołujący Pesa podniósł, co następuje.

A. Zarzuty związane z treścią opisu przedmiotu zamówienia z §16 ust. 16 lit g oraz §17 ust. 16 lit g Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowne („PPU”).

(...) Opis Przedmiotu Zamówienia dokonany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, polegający na zawarciu w §16 ust. 16 lit g PPU oraz §17 ust. 16 lit g PPU postanowień wyłączających możliwość waloryzacji wynagrodzenia podczas gdy zachodzą przesłanki określone w art. 439 ust. 1 PZP, jest niezgodny z dyspozycją tego przepisu i wykracza poza dopuszczalne ustawowo możliwości Zamawiającego do kształtowania warunków zmiany wynagrodzenia, spowodowane zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (vide 439 ust. 2 PZP). (...)

Zamawiający niejako wprowadza omawianymi postanowieniami do treści PPU dodatkową sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego, której to zasady zastrzegania reguluje art. 483 §1 kc, w sposób sprzeczny z tym przepisem. Bowiem wprowadzona w OPZ przez Zamawiającego sankcja polega nie na zapłacie określonej sumy, jak stanowi 483 §1 kc, ale na pozbawieniu wykonawcy możliwości doprowadzenia wynagrodzenia umownego do poziomu zapewniającego ekwiwalentność świadczeń, który to walor został utracony na skutek zdarzeń gospodarczych, mimo zaistnienia przesłanek, których wystąpienie zgodnie z ustawą PZP obliuguje do zmiany wynagrodzenia.

Ponadto wbrew dyspozycji art. 483 §1 kc „suma” tej sankcji nie jest określona, ponieważ nie jest znana kwota części wynagrodzenia, którego wykonawca będzie pozbawiony.

Taki opis przedmiotu zamówienia poczytywać można również jako próbę obejścia ustanowionej w §23 ust. 5 PPU łącznej maksymalnej wartości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający.

Co więcej w postanowieniu §16 ust. 16 lit g PPU Zamawiający, reguluje zastosowanie tej sankcji w sposób niezależny od winy wykonawcy, czyli w przypadku wystąpienia opóźnienia, tj. w sposób naruszający zasady określone w art. 433 pkt 1 PZP, w sytuacji gdy nie jest to uzasadnione okolicznościami ani zakresem zamówienia.

Dodatkowo wskazać należy, że nieprecyzyjna jest sama treść warunków określonych w §16 ust. 16 lit. g PPU oraz §17 ust. 16 lit g PPU, ponieważ na ich podstawie nie sposób jednoznacznie stwierdzić, czy możliwość dochodzenia zwiększenia wynagrodzenia jest wyłączona co do pojazdów wobec których doszło do nienależytego wykonania umowy czy do wszystkich, jeśli na którymkolwiek doszło do nienależytego wykonania umowy, czy nie można domagać się waloryzacji w ogóle, czy tylko za czas nienależytego wykonywania umowy lub czy w przypadku ustania nienależytego wykonywania umowy możliwe jest złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia również za okresy wcześniejsze? (...)

B. Zarzuty związane z treścią opisu przedmiotu zamówienia z §23 ust. 2 pkt 13 PPU oraz §23 ust. 2 pkt 14 PPU

Zamawiający w treści PPU zastrzegł w §23 ust. 2 pkt 13 oraz §23 ust. 2 pkt 14 kary umowne z tytułu niezyskania deklarowanej wartości współczynnika efektywności energetycznej ruchowej oraz współczynnika efektywności energetycznej postojowej. Dokonał w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób tak nieprecyzyjny, że istnieje przynajmniej kilka sposobów na zinterpretowanie powoływanych postanowień. OPZ w tym zakresie jest nieprecyzyjny, niejednoznaczny, opisany w sposób niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty. (...)

C. Zarzut związany z treścią opisu przedmiotu zamówienia z §23 ust. 2 pkt 16 PPU

Zamawiający dokonał w §23 ust. 2 pkt 16 PPU opisu przedmiotu zamówienia, poprzez zastrzeżenie kary umownej za bliżej niedookreślone zobowiązania oraz zobowiązania, które nie wynikają wprost z treści umowy, a mają dopiero być przez Zamawiającego sformułowane w przyszłym wezwaniu Zamawiającego, w toku realizacji umowy. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji, precyzyjnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, zasadę przejrzystości i transparentności prowadzenia postępowania, jak również prowadzi do sformułowania kary umownej z naruszeniem przepisu art. 483 §1 kc.

D. Zarzut związany z treścią opisu przedmiotu zamówienia z §23 ust. 5 PPU

Zamawiający dokonał nieprecyzyjnego oraz nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia opisu przedmiotu zamówienia również w §23 ust. 5 PPU. Wskazał bowiem co prawda wymagane zgodnie z art. 436 pkt 3 określenie maksymalnej łącznej wartości kar umownych, których dochodzić może Zamawiający, jednak dokonał tego z naruszeniem zasad współżycia społecznego w ramach swobody umów, nadużywając swojej pozycji w kształtowaniu treści umowy. Omawiane postanowienie §23 ust. 5 PPU w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu

zamówienia oraz niejednoznaczny określa łączną maksymalną wartość kar umownych, regulując, że wartość ta obliczana będzie jako 30% od wartości umowy uwzględniającej dokonaną waloryzację oraz opcjonalny zakres umowy, również w przypadku, kiedy przedmiotem umowy nie będzie objęte wykonanie zakresu opcjonalnego oraz nie określając żadnych dodatkowych wytycznych różnicujących maksymalną wartość kar umownych, w zależności od tego jaki będzie zakres zamówienia. (...)"

W związku z tym odwołujący Pesa wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) usunięcia z treści Załącznika nr 1 do SWZ – Projektowane Postanowienia Umowne treści §16 ust. 16 lit. g oraz §17 ust. 16 lit. g,
- 2) jednoznacznego określenia sposobu obliczania kar umownych, poprzez:
 - a) wykreślenie z §23 ust. 2 pkt 13 treści: „W przypadku, gdy więcej niż jeden EZT nie osiągnie wskaźnika efektywności energetycznej ruchowej zadeklarowanego przez Wykonawcę w Ofercie, podstawą naliczenia kary będzie średnia arytmetyczna wszystkich uzyskanych dotychczas współczynników efektywności energetycznej ruchowej podczas wykonanych odbiorów technicznych. Taka kara zostanie naliczona za każdy kilometr przejechany łącznie przez wszystkie EZT, na dowolnych trasach, w danym okresie rozliczeniowym, przez cały okres trwania Umowy w części dotyczącej świadczenia Usług serwisowych. W przypadku konieczności naliczenia kary umownej w trakcie realizacji Umowy (ze względu na nieosiągnięcie współczynnika później dostarczanego EZT) lub zmiany wysokości kary umownej (ze względu na większą różnicę we współczynnikach później dostarczanego EZT), kara umowna (lub nowa jej wartość) naliczana jest od 1-go dnia miesiąca następującego po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego tego EZT.”
 - b) wykreślenie z §23 ust. 2 pkt 14 treści: „W przypadku, gdy więcej niż jeden EZT nie osiągnie wskaźnika efektywności energetycznej ruchowej zadeklarowanego przez Wykonawcę w Ofercie, podstawą naliczenia kary będzie średnia arytmetyczna wszystkich uzyskanych dotychczas współczynników efektywności energetycznej postojowej podczas wykonanych odbiorów technicznych. Taka kara zostanie naliczona za każdą godzinę postoju w trybie parkingowym łącznie przez wszystkie EZT w danym okresie rozliczeniowym, przez cały okres trwania umowy w części dotyczącej świadczenia Usług serwisowych. W przypadku konieczności naliczenia kary umownej w trakcie realizacji Umowy (ze względu na nieosiągnięcie współczynnika później dostarczanego EZT) lub zmiany wysokości kary umownej (ze względu na większą różnicę we współczynnikach później dostarczanego EZT), kara umowna (lub nowa jej wartość) naliczana jest od 1-go dnia miesiąca następującego po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego tego EZT.
- 3) usunięcia z treści Załącznika nr 1 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowne, §23 ust. 2 pkt 16,
- 4) określenia w §23 ust. 5 Załącznika nr 1 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowne, że Całkowita odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych nie przekroczy 30% wartości netto całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy, o którym mowa w §16 ust. 4. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z zamówienia opcjonalnego lub dokonania waloryzacji wynagrodzenia, wartość całkowitej odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych będzie obliczana od wartości netto wynagrodzenia uwzględniającego zamówienie z zakresu opcji, z której Zamawiający skorzystał, lub dokonaną waloryzację.

Pismami z dnia 03.04.2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- 1) Newag S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 895/23 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 899/23 po stronie odwołującego,
- 2) Stadler Polska sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 895/23 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 899/23 po stronie odwołującego,

Izba stwierdziła, że przystąpienia obu wykonawców zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 12.04.2023 r. zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których poinformował o ich częściowym uwzględnieniu i wniósł o ich oddalenie w pozostałym zakresie. Jednocześnie zamawiający poinformował o dokonanych zmianach SWZ, w tymw OPZ i PPU (projektowane postanowienia umowy). W trakcie posiedzenia zamawiający sprecyzował, że nie uwzględnia żadnego zarzutu z odwołania o sygn. akt KIO 895/23 oraz że uwzględni zarzut nr 2, 5 i 8 z odwołania o sygn. akt KIO 899/23.

W trakcie posiedzenia odwołujący C. oświadczył, że cofa zarzuty od 2c do 2k, co oznacza, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 895/23 podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W trakcie posiedzenia odwołujący Pesa oświadczył, że cofa zarzut nr 6, co oznacza, że odwołanie w tym zakresie, jak też w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego (nr 2, 5 i 8) podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, że rozpoznaniu przez Izbę podlegają zarzuty nr 1, 2a i 2bw sprawie KIO 895/23 oraz

zarzuty nr 1, 3, 4 i 7 w sprawie KIO 899/23. W tym zakresie strony i przystępujący podtrzymali w trakcie rozprawy swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

Odwołanie KIO 895/23

Zarzut dotyczący warunku zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia.

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. 112 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp: W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z § 9 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415): W celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby wykaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata.

Z przywołanych przepisów wynika, że rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony – na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający musi więc wyważyć obie te potrzeby i opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić każdą z nich. W tym celu konieczna jest analiza tego, jakie m.in. doświadczenie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Przy czym „niezbędność” należy rozumieć jako taki minimalny poziom wymagań, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania, czy sposobu wykonania zamówienia. Dopiero taki opis warunków, który zawiera wymogi rzeczywiście niezbędne, pozwala z jednej strony zapewnić możliwie szeroką konkurencję, z drugiej zaś – należyte wykonanie zamówienia. Taki opis może być więc, zgodnie z przywołanymi przepisami, uznany za dokonany na poziomie minimalnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zgodnie z sekcją IX specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), pkt 9.2. ppkt 4): W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje, dostawę co najmniej jedenastu sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziomu 2, wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub zezwoleniem na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu, o wartości nie mniejszej niż 20.000.000,00 zł brutto każdy.

W przedmiotowej sprawie odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprawidłowy opis ww. warunku udziału w postępowaniu kwestionując w nim wymóg wykazania doświadczenia:

- z okresu ostatnich 3 lat,

- w zakresie dostawy fabrycznie nowych EZT,
- w zakresie EZT wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziom 2,
- w ilości 11 sztuk EZT,
- o wartości min. 20 mln zł brutto każdy EZT.

Izba stwierdziła, że ww. warunek został opisany przez zamawiającego na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, a jednocześnie w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizacji tego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Po pierwsze, należy zauważyć, że 3-letni okres, z którego należy wykazać wymagane doświadczenie jest zgodny z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy i zamawiający nie ma obowiązku wydłużyć go do 6 lat, zwłaszcza w sytuacji gdy skutkowałoby to wykazywaniem doświadczenia zdobytego na podstawie umów zawieranych ok. 9 lat temu (6 lat + ok. 3 lata na realizację od zawarcia umowy), czyli w okresie, kiedy obowiązywały inne normy i wymagania. Tym samym wydłużenie ww. okresu do 6 lat pozwoliłoby na wykazanie doświadczenia nieadekwatnego do niniejszego przedmiotu zamówienia.

Po drugie, wymóg wykazania dostawy fabrycznie nowych EZT odpowiada przedmiotowi zamówienia, który dotyczy właśnie nowych EZT. Odwołujący domaga się dopuszczenia alternatywnie możliwości wykazania doświadczenia w modernizacji EZT i przedłożył m.in. opinię z dnia 26.05.2022 r. sporządzoną przez Sieć Badawczą Łukasiewicz Poznański Instytut Technologiczny Centrum Pojazdów Szynowych „na temat możliwości produkcji Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych w Fabryce Pojazdów Szynowych H. C. w Poznaniu”. Z opinii tej wynika, że modernizacja EZT wymaga zastosowania tych samych nowych komponentów, które stosuje się przy produkcji nowego EZT i że modernizacja jest procesem równie skomplikowanym jak produkcja nowego pojazdu. Należy jednak zauważyć, że ww. opinia odnosi się do technicznych kwalifikacji odwołującego, natomiast „doświadczenie” jest pojęciem szerszym i obejmuje także inne zdolności, np. w zakresie organizacji procesu produkcji od podstaw, uzyskania homologacji dla nowego produktu, czy dostępu do łańcucha dostaw. Ww. opinia, choć korzystna dla odwołującego, nie może zatem samoistnie potwierdzać, że odwołujący zapewnia należyłą realizację zamówienia polegającego na produkcji nowych EZT. W konsekwencji również pozostałe dowody złożone przez odwołującego, np. zdjęcia zespołów trakcyjnych przed modernizacją i po jej wykonaniu (choć niewątpliwie pokazują dużą skalę zmian) nie przesądzają o tym, że doświadczenie w modernizacji jest wystarczające dla należytego wykonania niniejszego zamówienia. Z kolei w zezwoleniu UTK nr PL 51 2017 0015 wskazano odwołującego jako „producenta”, choć wydaje się, że wynika to po prostu ze wzoru przewidzianego dla tego dokumentu, ale jednocześnie w obu zezwoleniach UTK nr PL 51 2016 0068 i nr PL 51 2017 0015 wskazano, że dotyczą one pojazdów niezgodnych z TSI. W efekcie złożone przez odwołującego dowody nie pozwalają na uznanie, że doświadczenie w modernizacji pojazdów jest tożsame z doświadczeniem w ich produkcji.

Po trzecie, zdaniem odwołującego zasadne jest pozostawienie wymogu wyposażenia EZT w system ETCS poziomu 2 w ramach opisu przedmiotu zamówienia, ale usunięcie go z opisu warunku doświadczenia. Warunek ten nie może być jednak uznany za nadmierny wobec faktu, że od 2016 r. każdy nowy pojazd musi być zgodny z TSI, co oznacza m.in. wyposażenie go w system ETCS. Nie jest to zatem system nowy, czy wyjątkowy na rynku. Poza tym, o ile sam system jest dostarczany przez wyspecjalizowany zewnętrzny podmiot, o tyle po jego zainstalowaniu producent pojazdu musi go zintegrować z innymi systemami w tym pojeździe, co również wskazuje na zasadność postawienia tego warunku.

Po czwarte, należy zauważyć, że przedmiot zamówienia obejmuje 22 EZT w zakresie podstawowym oraz 8 EZT w ramach opcji. Oznacza to, że wymóg wykazania doświadczenia w zakresie dostawy 11 EZT nie jest nadmierny, ponieważ stanowi 50% zamówienia podstawowego i ok. 36% zamówienia z uwzględnieniem opcji. Należy zgodzić się z odwołującym, że warunek udziału w postępowaniu określony na poziomie minimalnym nie musi odzwierciedlać w pełni wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, ale w tym przypadku sytuacja taka nie ma miejsca, bo jak wskazano wyżej, zamawiający wymaga wykazania liczby EZT na poziomie połowy zamówienia podstawowego.

Po piąte, wymagana w opisie warunku wartość każdego EZT wynosi 20 mln zł brutto, jednakże z dokumentu dotyczącego szacowania wartości niniejszego zamówienia wynika, że zamawiający przewidywał, że cena brutto jednego EZT wyniesie ok. 35 mln zł. Zatem ponownie żądana w opisie warunku wartość jest nawet niższa od wartości oszacowanej przez zamawiającego, co nie pozwala na stwierdzenie, że jest to wymaganie nadmierne.

Dodatkowo w przypadku wymagań dotyczących okresu, z którego ma pochodzić doświadczenie, a także ilości, czy wartości EZT, odwołujący nie wykazał, dlaczego ich wydłużenie do 6 lat czy zmniejszenie do 5 sztuk i 50 mln zł łącznie, miałyby być obiektywnie zasadne dla zbadania zdolności wykonawców do realizacji zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że opis warunków udziału w postępowaniu służy właśnie zbadaniu, który wykonawca zapewnia należyte wykonanie zamówienia, a nie temu, żeby warunki były dostosowywane do potencjału, w tym doświadczenia, konkretnego wykonawcy. Obowiązek zapewnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji nie polega

bowiem na tym, aby umożliwić spełnienie warunków udziału w postępowaniu każdemu wykonawcy na rynku. Fakt, że odwołujący kwestionuje niemal wszystkie elementy opisu ww. warunku (nie znajdując przy tym poparcia innych uczestników rynku w postaci przystąpień po jego stronie do postępowania odwoławczego) świadczy o tym, że w istocie oczekuje on sformułowania odrębnego warunku dostosowanego do jego doświadczenia.

Reasumując, w świetle poczynionych wyżej ustaleń Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że ww. warunek doświadczenia został opisany przez zamawiającego w sposób naruszający art. 16, art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1, czy § 9 ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzuty dotyczące ilości członów i drzwi w EZT.

Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp:

1. 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.
2. 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.
4. 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.

Powyższe przepisy, wraz z cytowanym wcześniej art. 16 ustawy Pzp, określają reguły opisanie przedmiotu zamówienia ze szczególnym naciskiem na obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji. Obowiązek ten jednak nie oznacza, że zamawiający zmuszony jest nabywać świadczenia, które nie odpowiadają jego uzasadnionym potrzebom. Zamawiający może zatem określić swoje wymagania w sposób, który spowoduje utrudnienie konkurencji, ale wyłącznie wtedy, gdy jest to niezbędne do realizacji jego potrzeb, które dodatkowo muszą być potrzebami rzeczywiście uzasadnionymi.

Zgodnie z pkt 1.1.1. SWZ: EZT - rozumie się przez to fabrycznie nowy czteroczłonowy elektryczny zespół trakcyjny będący przedmiotem dostawy w ramach zamówienia, zgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia, spełniający wymogi przepisów powszechnie obowiązujących, w tym w szczególności określone w Ustawie TK.

Zgodnie z pkt 2 ppkt 2.1. poz. 2 tabeli OPZ: 22 szt. EZT jednopokładowych w wersji czteroczłonowej. Zamawiający przewiduje zakup dodatkowych EZT w ramach prawa opcji: do 8 szt. w wersji czteroczłonowej.

Zgodnie z pkt 2 ppkt 2.1 poz.14 tabeli OPZ: „Osiem drzwi na stronę w układzie 2-2-2”.

Odwołujący kwestionuje wymogi, zgodnie z którymi EZT musi być czteroczłonowy i posiadać drzwi w układzie 2-2-2. Nie można jednak zgodzić się z odwołującym, że zaoferowanie zamawiającemu np. trzyczłonowego EZT zamiast czteroczłonowego nie będzie miało żadnego wpływu na zaspokojenie jego potrzeb. Jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 15): „Zmiana liczby członów przy równoczesnym zachowaniu pojemności pojazdu wpływa na szereg innych parametrów. Ograniczenie liczby członów wpływa na mniejszą liczbę urządzeń takich jak: 1x klimatyzator przestrzeni pasażerskiej, 1x przejście międzywagonowe, 1 sprzęg międzywagonowy, 4x drzwi, 4x stopnie drzwi, mniej sterowników do urządzeń, mniej nagrzewnic, 4x monitor LCD, 4x tablica wewnętrzna LED, 2x tablica boczna LED, 6x kamera wewnętrzna, 4x zliczarka, 6x głośnik systemu rozgłoszeniowego, 2x interkom, 2x rączka bezpieczeństwa, 4x wyłożenia słupków i wnęk pod drzwi, 8x wiatrołap, 1-3x switch do sieci ETH w celu podłączenia urządzeń dla danego członu, 1x pętla indukcyjna, co bezpośrednio wpływa na koszt wyprodukowania takiego pojazdu zaniżając go względem rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego. Ograniczenie liczby członów wpływa też na rozmieszczenie drzwi w pojeździe (...)”. Z powyższego wynika, że mniejsza liczba członów skutkuje zmniejszeniem liczby innych urządzeń w pojeździe, co wpływa na koszty jego wyprodukowania, co z kolei może skutkować nieporównywalnością złożonych ofert. Tym samym dopuszczenie możliwości zaoferowania pojazdów wieloczłonowych bez określania liczby członów, jak domaga się tego odwołujący, stwarza ryzyko zarówno dla realizacji potrzeb zamawiającego, jak i dla zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Dlatego uzasadnione jest, aby zamawiający mógł określić, z ilu członów ma się składać zamawiany przez niego pojazd.

Dodać przy tym należy, że opinia z dnia 12.04.2023 r. sporządzona przez Sieć Badawczą Łukasiewicz Poznański Instytut Technologiczny Centrum Pojazdów Szynowych „na temat pojazdu FPS PLUS w zakresie spełnienia wymagań OPZ w postępowaniu przetargowym na zakup zeroemisyjnego taboru kolejowego ogłoszonym przez Województwo Śląskie” nie odnosi się do wyżej wskazanych elementów, których liczba ulegnie zmniejszeniu w pojeździe trzyczłonowym. Należy domniemywać, że jest to wynikiem tego, że autor opinii skupił się na najważniejszych wg niego cechach konstrukcyjnych pojazdu, co nie zmienia faktu, że ww. „drobne” elementy również są niezbędne, a jak już wyżej

wskazano - zmiana liczby członów wpłynie na liczbę tych elementów i na koszt produkcji EZT.

Ponadto dowód w postaci wykazu pięciu postępowań, w których nie określono konkretnej liczby członów, nie może przesądzać o niezasadności wymagań postawionych w niniejszym postępowaniu, gdyż nie są znane potrzeby i założenia zamawiających w tamtych postępowaniach.

Odnosząc się z kolei do liczby drzwi, należy zauważyć, że odwołujący zadeklarował wprawdzie wykonanie w pojeździe trzyczłonowym 8 drzwi na stronę, ale w układzie 3-2-3, zamiast w oczekiwanym przez zamawiającego 2-2-2-2. Tymczasem układ 3-2-3 skutkuje tym, że drzwi nie są równomiernie rozstawione, co widać też na rysunku zawartym w dowodzie złożonym przez odwołującego pn. „Analiza przepływu pasażerów w pojeździe FPS Plus podczas postoju pojazdu”. O ile z dowodu tego wynika, że bez względu na układ drzwi liczbowo przepływ pasażerów jest podobny, o tyle odwołujący nie uwzględnił sytuacji wyjątkowych, w których konieczna byłaby ewakuacja, a wtedy ci pasażerowie, którzy w przypadku pojazdu trzyczłonowego znajdowaliby się w środkowym jego członie, mieliby do pokonania większą odległość do najbliższych drzwi niż pasażerowie ze skrajnych członów, co mogłoby negatywnie wpływać na bezpieczeństwo. Tym samym wymóg równomiernego rozstawienia drzwi w pojeździe stanowi uzasadnioną potrzebę zamawiającego.

Wprawdzie w pkt 2 ppkt 2.9. poz. 17 pkt 4 tabeli OPZ zamawiający określił wymóg zachowania równomiernego rozstawienia drzwi na członie (a nie w pojeździe), ale nie można zapominać, że wymóg ten został określony przy założeniu, że pojazdy będą czteroczłonowe. Przy takiej liczbie członów równomierne rozstawienie drzwi w układzie 2-2-2-2 staje się naturalne w przeciwieństwie do sytuacji, gdy pojazd jest trzyczłonowy. Stąd też wymaganie z pkt 2 ppkt 2.9. poz. 17 pkt 4 tabeli OPZ należy rozumieć z uwzględnieniem podstawowego wymogu zamawiającego, tj. wymogu, aby EZT był czteroczłonowy.

Biorąc zatem pod uwagę konieczność składania przez wykonawców porównywalnych ofert, a także uzasadnione potrzeby zamawiającego w zakresie instalacji określonych urządzeń oraz równomiernego rozstawienia drzwi w celu zapewnienia bezpieczeństwa pasażerom, Izba stwierdziła, że wymóg zaoferowania pojazdu czteroczłonowego i będący jego konsekwencją wymóg wykonania drzwi w układzie 2-2-2-2 nie narusza art. 16 i art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odwołanie KIO 899/23.

Zarzut dotyczący z § 16 ust. 16 lit. g PPU.

Zgodnie z art. 436 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

- 2) warunki zapłaty wynagrodzenia;
- 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
 - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
 - 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
 - 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
 - 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

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.

Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Zgodnie z § 16 ust. 16 lit. g PPU:

16. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu Dostawy EZT wskazanego w ust. 3 niniejszego paragrafu (Dostawa dodatkowych EZT w ramach Prawa Opcji) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:

g) wstrzymuje się możliwość waloryzacji wynagrodzenia, w przypadku, gdy Wykonawca opóźnia się w Dostawie któregokolwiek z EZT.

Wyżej przytoczonym postanowieniem PPU zamawiający wyłączył na jakiś czas obowiązek dokonania waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku, gdy pozostaje on w zwłoce w dostawie któregokolwiek z EZT (zmiana opóźnienia na zwłokę wynika z uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 5).

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że w ww. postanowieniu nie zostało określone, na jaki okres nastąpi wstrzymanie waloryzacji wynagrodzenia. W szczególności z postanowienia tego nie wynika jasno, że jest to okres do momentu ustania zwłoki.

Przede wszystkim jednak należy podkreślić, że ww. postanowienie pozostaje w sprzeczności z celem instytucji waloryzacji wynagrodzenia, którym jest zapewnienie równowagi ekonomicznej stron umowy w trakcie jej trwania poprzez dostosowanie wysokości wynagrodzenia do zmieniających się okoliczności, określonych uprzednio w tej umowie. Instytucja ta nie powinna być natomiast wykorzystywana do innych celów, w tym do ochrony zamawiającego przed nieterminowym wykonywaniem umowy przez wykonawcę. Takim celowi może służyć ustanowienie kary umownej, co zresztą zamawiający także przewidział w § 23 ust. 2 PPU. Tym samym w świetle postanowień PPU zwłoka w dostawie EZT zagrożona jest podwójną sankcją w postaci kary umownej i wstrzymania waloryzacji (w dodatku na niedookreślony okres).

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że ww. postanowieniem zamawiający przekroczył granice swobody umów i naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i zgodnie z żądaniem odwołującego Izba nakazała usunięcie § 16 ust. 16 lit. g PPU.

Zarzut dotyczący § 23 ust. 2 pkt 16 PPU.

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.

Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Zgodnie z § 23 ust. 2 pkt 16 PPU:

Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu następujące kary umowne:

16) W razie braku wymaganego Umową współdziałania ze strony Wykonawcy, do realizacji którego Wykonawca został wezwany przez Zamawiającego z określeniem wymaganej formy współdziałania i jednoczesnym określeniem czasu do realizacji wezwania, nie krótszym niż 14 dni, Zamawiający naliczy karę w wysokości 1x zł tj. za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Przy czym nie tylko należna z tego tytułu suma powinna zostać określona w umowie, ale także konkretne zachowanie, którego zaistnienie będzie skutkowało nałożeniem kary umownej. W przypadku ww. postanowienia, mimo użytego sformułowania „wymaganego Umową współdziałania”, nie zostało jasno określone, co zamawiający rozumie przez „współdziałanie”. W szczególności pojęcie to nie zostało zdefiniowane w PPU, jak też omawiane postanowienie nie zawiera odniesienia do żadnych innych postanowień PPU zawierających, wg zamawiającego, przypadki współdziałania i z żadnego postanowienia nie wynika również, że chodzi o zachowania, którym nie przypisano w PPU określonych terminów lub kar umownych. Tym samym wykonawcy nie mają wiedzy na temat tego, jakie konkretnie zachowania będą oznaczały dla zamawiającego brak współdziałania po stronie

wykonawcy i będą zagrożone nałożeniem kary umownej. Z § 23 ust. 2 pkt 16 PPU wynika, że dowiedzą się tego dopiero z wezwania, w którym zamawiający określi wymaganą formę współdziałania i czas na realizację wezwania nie krótszy niż 14 dni. Stosowanie tego postanowienia grozi zatem możliwością nakładania przez zamawiającego kar umownych w sposób arbitralny.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że poprzez takie ukształtowanie ww. postanowienia zamawiający naruszył zasady nakładania kar umownych, nadużył swojej dominującej pozycji przekraczając granice swobody umów i w efekcie naruszył art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 483 § 1 i art. art. 353¹ kc. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i zgodnie z żądaniem odwołującego Izba nakazała usunięcie § 23 ust. 2 pkt 16 PPU.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), tj.:

- § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) – w sprawie o sygn. akt KIO 895/23,
- § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 – w sprawie o sygn. akt KIO 899/23.

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

Przewodniczący

.....

.....