WYROK

z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **16 sierpnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **3 sierpnia 2023 r.**

przez wykonawcę: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** [„Odwołujący"]

w postępowaniu dotyczącym zawarcia umowy ramowej pn. *Dostawa Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych do świadczenia kolejowych usług przewozowych, świadczenia usługi kompleksowej obsługi serwisowo-utrzymaniowej oraz dostawę pakietu części zamiennych* (IS-I.272.5.2023)

prowadzonym wspólnie przez zamawiających: **Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie, Koleje Małopolskie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

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

Województwo Małopolskie z siedzibą w Krakowie oraz Koleje Małopolskie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie{dalej: „Zamawiający"} prowadzą wspólnie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", „pzp" lub „Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej na dostawy pn. *Dostawa Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych do świadczenia kolejowych usług przewozowych, świadczenia usługi kompleksowej obsługi serwisowo-utrzymaniowej oraz dostawę pakietu części zamiennych* (IS-I.272.5.2023).

Ogłoszenie o tym postępowaniu 20 czerwca 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S_117 pod poz. 366029.

Wartość tej umowy ramowej przekracza progi unijne.

3 sierpnia 2023 r. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy {dalej: „Pesa" lub „Odwołujący"} wniosły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia {„SWZ"}, która została opublikowana 25 lipca 2023 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającym naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 387 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc"} w zw. z art. 8 oraz art. 16 pkt 1 ustawy pzp – przez określenie niemożliwych do spełnienia terminów wykonania zamówienia w zakresie dostawy pojazdów, które nie uwzględniają istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu dostawy każdego pojazdu we wszystkich postanowieniach SWZ na 34-36 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej, w tym nadanie następującego brzmienia poniższym postanowieniom SWZ.

1.Pkt IV.6.2) *Zamawiający wymaga, aby Wykonawca realizował umowę wykonawczą w zakresie dostawy pojazdów w okresie od dnia jej podpisania do czasu dostarczenia pojazdów objętych umową wykonawczą w terminie zgodnym z ofertą, jednak nie dłużej niż 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej.*

2.Pkt XVI lp. 3 *Dla kryterium: Termin dostawy pojazdów:*

Termin dostawy pojazdu czteroczłonowego lub pięcioczłonowego

Sposób obliczania punktów w kryterium PK3:

W kryterium Termin dostawy dla pojazdu czteroczłonowego lub pięcioczłonowego Zamawiający przyzna następującą punktację:

- *Zaoferowanie przez Wykonawcę terminu dostawy do 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej dla*

każdego zamówionego pojazdu – oferta otrzyma 0 punktów

- *Zaoferowanie przez Wykonawcę terminu dostawy do 35 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej dla każdego zamówionego pojazdu – oferta otrzyma 15 punktów*
- *Zaoferowanie przez Wykonawcę terminu dostawy do 34 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej dla każdego zamówionego pojazdu – oferta otrzyma 30 punktów*

Punkty w kryterium „Termin dostawy pojazdów" będą przyznawane na podstawie złożonego oświadczenia Wykonawcy w formularzu ofertowym.

Jeżeli w formularzu ofertowym Wykonawca nie wskaże żadnego terminu realizacji, przyjmuje się, że oferuje maksymalny termin dostawy tj. do 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Oferta Wykonawcy, który zaoferuje dłuższy termin dostawy pojazdu od maksymalnego, wymaganego zgodnie z treścią SWZ (36 miesiące od dnia zawarcia umowy), zostanie uznana za niezgodną z warunkami zamówienia i odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W przypadku zaznaczenia w formularzu ofertowym więcej niż jednego terminu dostawy, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ramach uzasadnienia zarzut został doprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne wynikające z odwołania}

Zamawiający w pierwotnej treści SWZ sformułowali wymóg dostawy pasażerskich pojazdów szynowych {dalej: „pojazdy"} kategorii elektrycznych zespołów trakcyjnych {dalej: „EZT"} od20 do 22 miesięcy od daty zawarcia umowy wykonawczej, przy czym zaoferowanie krótszych terminów było punktowane w ramach kryterium oceny ofert.

W związku z taką treścią SWZ Odwołujący wniósł odwołanie, rozpatrywane pod sygnaturą akt KIO1872/23, które co do zarzutu dotyczącego terminu dostawy zostało uwzględnione przez Zamawiającego, co było podstawą umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego przez Izbę.

25 lipca 2023 r. Zamawiający opublikowali dokument pn. „2023_pytania i odpowiedzi", w którym w odpowiedzi na pytanie nr 156 określił wymagany termin dostawy poszczególnych pojazdów jako nie dłuższy niż 36 miesięcy od daty zawarcia umowy wykonawczej. Dodatkowo w opublikowanej ujednoliconej treści SWZ Zamawiający w opisie wspomnianego kryterium zmienili jego wagę na 30% oraz liczbę punktów przyznawanych za następujące terminy dostawy: do 36 miesięcy – 0 pkt, do 30 miesięcy – 15 pkt, do 25 miesięcy – 30 pkt.

Dla prawidłowego określenia terminu, w jakim możliwe jest zbudowanie, przeprowadzenie niezbędnych badań i uzyskanie homologacji oraz dostarczenie pojazdu szynowego, niezbędne jest uwzględnienie następujących uwarunkowań tych etapów oraz zachodzących między nimi zależności.

Po pierwsze, producenci co prawda dysponują projektem bazowym pojazdu, jednak każdorazowo konieczne jest dokonanie szeregu zmian w celu dostosowania go do specyficznych wymagań danego zamówienia. W szczególności w ramach opisu przedmiotu zamówienia pewne obszary są pozostawiane do uzgodnienia z wykonawcą po zawarciu umowy, co dodatkowo wstrzymuje zamawianie komponentów niezbędnych do budowy pojazdów. Stąd w harmonogramie przedsięwzięcia należy uwzględnić nie tylko czas niezbędny na przeprowadzenie uzgodnień technicznych, ale także na przeprowadzenie prac projektowych uwzględniających rezultaty tych uzgodnień.

W niniejszym postępowaniu obszarów, które Zamawiający pozostawili do późniejszego uzgodnienia, jest blisko sześćdziesiąt. Ich wpływ na termin projektowania i produkcji pojazdów jest różny, jednak nawet na pierwszy rzut oka nieskomplikowany wymóg może mieć istotny wpływ na dalsze etapy realizacji, w tym determinować możliwość dostarczenia komponentu, a w konsekwencji pojazdu, w określonym terminie.

Przykładem takiego obszaru jest uzgodnienie kolorystyki wnętrza i zewnętrza pojazdów. Zgodnie z pkt 66 Załącznika nr 1C do SWZ wytyczne dotyczące kolorystyki zewnętrznej i wewnętrznej EZT mają zostać przekazane wykonawcy przez Zamawiających do 3 miesięcy po podpisaniu umowy wykonawczej. W ramach analizy ryzyka wykonawca powinien założyć wariant najmniej korzystny, czyli 3 miesiące. Dopiero po uzgodnieniu tej kolorystyki wykonawca będzie mógł zamówić komponenty, gdyż kolor (np. według palety RAL) określany jest w momencie ich zamawiania i nie może być później modyfikowany, co dotyczy zarówno napędu, jak i drzwi pojazdu, których termin dostawy wynosi aktualnie odpowiednio 14 i 10 miesięcy.

Po drugie, dynamicznie zmieniające się przepisy dotyczące systemów bezpieczeństwa pojazdów powodują konieczność aktualizacji wyposażenia i oprogramowania pojazdów, co oznacza konieczność prowadzenia dodatkowych badań homologacyjnych, nawet w przypadku, gdy pojazd bazowy danego typu był już wcześniej dopuszczony do eksploatacji.

Po trzecie, wpierw pandemia COVID-19, a następnie kryzys na globalnych rynkach surowców wywołany wojną w Ukrainie spowodowały zaburzenia łańcuchów dostaw i wydłużenie terminów dostaw wielu kluczowych komponentów niezbędnych do budowy pojazdu szynowego nawet do 14 miesięcy. W szczególności nowoczesne pojazdy szynowe są wyposażone w zaawansowane systemy elektroniczne, a globalny kryzys na rynku półprzewodników (ang. *chip shortage*)

powoduje, że terminy dostaw w zasadzie wszystkich urządzeń wyposażonych w układy scalone, czyli większości komponentów w pojeździe szynowym, uległy znacznemu wydłużeniu.

Po czwarte, dopiero po ustaleniu terminów dostępności komponentów można przejść do ustalenia, jak długo potrwają zabudowa i montaż pojazdu, jego uruchomienie, testy oraz uzyskanie dopuszczenia pojazdu do eksploatacji.

Po piąte, uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdów w procedurze administracyjnej prowadzonej przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego przy udziale Europejskiej Agencji Kolejowej (ERA), który dla nowego typu pojazdu wynosi 13-14 miesięcy.

Reasumując, aktualnie wykonanie wszystkich powyższych czynności jest obiektywnie niemożliwe w terminie 25 czy nawet 30 miesięcy. W konsekwencji terminy punktowane w ramach kryterium oceny ofert mogą być dotrzymane jedynie przez wykonawcę, który wyprodukował już takie same pojazdy jak te, których dostawa jest przedmiotem zamówienia.

Natomiast przy uśrednionej cenie pięcio- i czteroczłonowego elektrycznego zespołu trakcyjnego wynoszącej 30 mln zł, uwzględniając 60-procentową wagę kryterium „Cena pojazdu", jeden punkt w kryterium terminu dostawy pojazdów przekłada się na 0,5 ml zł, co oznacza, że skompensowanie 15 utraconych punktów w tym kryterium wymaga obniżenia ceny jednego pojazdu o 7,5 mln zł, czyli około 25% szacowanej wartości nowego pojazdu.

Nie ma obecnie żadnego źródła, z którego środki pochodzące z UE byłyby wypłacane, jak również Zamawiający nie zawarli z żadnym z podmiotów stosownej umowy, której przedmiotem byłoby otrzymanie takiej dotacji.

Jak wskazano w opracowaniu Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Pozacenowe kryteria oceny ofert v. 2.0 (UZP 2020 r.)", kryterium terminu dostawy tylko w niektórych, bardzo nielicznych przypadkach powinno być traktowane jako kryterium jakościowe. Co do zasady skrócenie czasu na dostarczenie produktu, negatywnie wpływa bowiem na jego jakość, przyczyniając się jednocześnie do znacznego wzrostu ceny.

{okoliczności prawne wynikające z odwołania}

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. Natomiast według art. 99 ust. 4 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający nie powinien więc stawiać takich wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia, które są na tyle rygorystyczne, że mogą ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Stosownie do ugruntowanego w orzecznictwie stanowiska dowolność zamawiającego w kształtowaniu opisu przedmiotu zamówienia, w tym również kryteriów oceny ofert, jest ograniczona zasadami udzielania zamówień, a zatem wyrażoną w art. 16 ustawy pzp zasadą proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jak również uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Analogiczne wymagania SWZ dotyczące terminu dostawy zostały uznane przez Krajową izbę Odwoławczą za naruszające przepisy ustawy pzp oraz niedopuszczalne. Na skutek odwołań wniesionych wobec treści SWZ w dwóch postępowaniach prowadzonych niemal równolegle z niniejszym przez Województwo Mazowieckie na dostawy: (1) pojazdów elektrycznych (MWZ7.27.43.2023) oraz (2) elektryczno-akumulatorowych zespołów trakcyjnych (MWZ7.27.47.2023), w sprawach o sygn. aktKIO 1741/23 oraz KIO 1797/23 Izba uwzględniła odwołania, w których kwestionowany był termin dostawy określony: (ad 1) na 24 miesiące od dnia zawarcia umowy dla pierwszego pojazdu oraz 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy dla kolejnych pojazdów, (ad 2) datą 31 maja 2026 r. (co oznacza około 35 miesięcy od ogłoszenia postępowania).

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 1 czerwca 2022 r. sygn. akt: KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22 Izba wskazała, że *…terminy dostaw określane przez Zamawiającego powinny mieć oparcie w warunkach rynkowych (…). Określając termin dostawy Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić pełen proces, jakiego wymagać będzie dostawa wyprodukowanego dopiero na jego zlecenie pojazdu, a to obejmuje również etap związany z dostawą kluczowych komponentów, których produkcja uzależniona jest od składanych zamówień. Według szacunków czas oczekiwania na komponenty może wynosić 11-14 miesięcy.*

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającym naruszenie przepisów, jak w petitum odwołania, wywodząc dodatkowo, co następuje.

Po pierwsze, że realny termin dostawy tego typu pojazdu aktualnie, przy uwzględnieniu powyżej opisanych etapów produkcji i realizacji umowy, wynosi około 34-36 miesięcy. Stąd określone przez Zamawiających terminy dostaw, które dodatkowo stanowią kryterium oceny ofert, są nierealistyczne i zbyt krótkie.

Po drugie, że co prawda Zamawiający określili termin dostawy pojazdu jako kryterium oceny ofert, czyli w taki sposób, aby oferent sam mógł zdecydować, w jakim czasie jest w stanie taki pojazd zaprojektować, zbudować oraz dopuścić do eksploatacji, niemniej narusza to wskazane w ramach zarzutu przepisy.

Po trzecie, że przyznawanie najwyższej liczby punktów za zaoferowanie dostawy w terminie, który jest obiektywnie i przy uwzględnieniu wyżej opisanych realiów rynkowych niemożliwy do spełnienia, znacząco wpływa na uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu.

Po czwarte, że ewentualne uzasadnianie skracania wymaganego terminu dostawy czysto potencjalną możliwością pojawienia się w przyszłości nowych źródeł dofinansowania, jest niedopuszczalne.

W odpowiedzi na odwołanie z 14 sierpnia 2023 r. Zamawiający wnieśli o jego oddalenie, następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

{okoliczności faktyczne wynikające z odpowiedzi na odwołanie}

W ramach uwzględnienia zarzutów poprzednio wniesionych odwołań Pesy i Newagu, zgodzono się z ich żądaniami wydłużenia maksymalnego terminu dostawy pojazdów do 36 miesięcy. Jednak z uwagi na rozbieżne żądania co do krótszych terminów dostaw przewidziano następującą punktację: do 30 miesięcy – 10 pkt, do 25 miesięcy – 20 pkt. Dodatkowo zmieniono na 20% wagę tego kryterium.

25 lipca 2023 r. opublikowano wyjaśnienia treści SWZ uwzględniające uznanie w powyższym zakresie zarzutów odwołań. Jednakże z uwagi na konieczność poprawy omyłki rachunkowej co do sumowania punktów w ramach ogólnego wzoru przyjętego dla pozacenowych kryteriów oceny ofert (termin oraz gwarancja) oraz zmianę wagi kryteriów, określono następującą punktację za skrócenie terminu dostawy jako kryterium o wadze 30%: 30 miesięcy – 15 pkt, 25 miesięcy – 30 pkt.

Ponadto pkt 66. Załącznika nr 1C do SWZ nadano brzmienie:*Wytyczne dotyczące kolorystyki EZT zostaną przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego niezwłocznie po podpisaniu Umowy wykonawczej.*

Uzasadnioną potrzebą Zamawiających co do takiego ukształtowania preferowanych terminów dostaw jest związana z wystąpieniem 15.06.2023 r. do Centrum Unijnych Projektów Transportowych (CUPT) z wnioskiem, który aktualnie jest rozpoznawany w procedurze zmierzającej do pozyskania dofinansowania ze środków pochodzących z UE w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności. Przy czym „Regulamin wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem z Planu Rozwojowego" niezależnie od ostatecznej decyzji o wypłacie zobowiązania zobowiązuje do zrealizowania projektu (dostawy, odbioru i zapłaty wynagrodzenia) w nieprzekraczalnym terminie do końca czerwca 2026 r.

Niesporne jest, że dostawa pojazdów do 36 miesięcy jest obiektywnie możliwa do spełnienia, również przez Odwołującego, natomiast kwestionowanie kryterium terminu dostawy jako takiego jest na obecnym etapie spóźnione. Skrócenie terminu dostawy nie jest obligatoryjne.

Zamawiający nie wymagają całkowicie nowej konstrukcji pojazdu, co wiązałoby się z przeprowadzeniem czasochłonnej procedury, na którą powołuje się Odwołujący. Opis przedmiotu zamówienia dopuszcza pojazdy posiadające już homologację. W szczególności Pesa wprowadzała na rynek pojazdy, które w przeważającej mierze spełniały wymagania określone przez Zamawiającego. Natomiast decyzją wyłącznie biznesową producenta jest ewentualne wprowadzenie nowej platformy pojazdów.

Niezależnie od powyższego w ramach procedury rozeznania rynku przed wszczęciem przedmiotowego postępowania Zamawiający otrzymał od Pesy szacunkowe wyceny wraz ze wskazaniem terminu dostawy do 36 miesięcy.

W ramach innych podobnych postępowań przetargowych przyjęto terminy dostawy krótsze niż ustalone w niniejszym postępowaniu:

- Koleje Mazowieckie w 2023 r. – do 31 maja 2026 r., w przypadku zawarcia umowy wykonawczej w terminie do 30 kwietnia 2024 r., 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej, w przypadku zawarcia jej po 30 kwietnia 2024 r.;
- przetarg z 2022 r., gdzie termin dostawy został określony i był punktowany w przedziale 24-36 miesięcy;
- Koleje Śląskie w 2023 r. – pierwsze 2 szt. EZT wraz z pakietem naprawczym nie później niż w terminie 24 miesięcy od podpisania umowy (chyba że wykonawca zaoferował krótszy termin), trzecia szt. EZT nie później niż 25 miesięcy od podpisania umowy (chyba, że wykonawca zaoferował krótszy termin.

{wnioski wynikające z odpowiedzi na odwołanie}

W tych okolicznościach bezpodstawny jest zatem zarzut naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp, zobowiązujących do opisu przedmiotu zamówienia m.in. uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zakazujących opisywać przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez określenie niemożliwych do spełnienia terminów wykonania zamówienia w zakresie dostawy pojazdów.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Legitymacja Odwołującego – którzy zakwestionował postanowienia SWZ jako naruszające przepisy ustawy pzp, gdyż jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie tych zamówień na warunkach odpowiadających tym przepisom – spełnia powyższe przesłanki, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zarówno obecne i poprzednie odwołanie Pesy zawierają w pkt 1. *petitum* identycznie sformułowany zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 387 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 oraz art. 16 pkt 1 ustawy pzp – przez określenie niemożliwych do spełnienia terminów wykonania zamówienia w zakresie dostawy pojazdów, które nie uwzględniają istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia.

Również uzasadnienie powyższego zarzutu, czyli podniesione dla jego sprecyzowania okoliczności faktyczne i prawne w przeważającej mierze są tożsame dla obydwu odwołań, przy czym te wspólne okoliczności wprost odnoszą się *de facto* do kwestionowania obligatoryjnego terminu wykonania zamówienia.

Dopiero w uzasadnieniu drugiego odwołania zamieszczone zostały dodatkowe sformułowania wprost odnoszące się do terminu dostawy jako kryterium oceny ofert, co ostatecznie sprowadza się do wyrażenia poglądu, że argumentacja faktyczna i prawna podnoszona w poprzednim odwołaniu dla zakwestionowania obligatoryjnego terminu wykonania tego zamówienia jest również aktualna w kontekście terminów fakultatywnych, których zaoferowanie jest punktowane.

Odwołujący wycofał się bowiem na rozprawie z podnoszenia, z powołaniem się na pogląd prezentowany przez Urząd Zamówień Publicznych, najdalej idącego zarzutu, czyli kwestionowania kryterium terminu dostaw jako takiego [co zostało odnotowane w protokole rozprawy].

Niezależnie od powyższego termin na podniesienie tak daleko idącego zarzutu, zmierzającego w istocie do usunięcia tego kryterium, należałoby liczyć od opublikowania ogłoszenia o tym zamówieniu i udostępnienia SWZ, które od początku przewidywały termin dostawy jako kryterium oceny ofert, co zresztą trafnie zostało podniesione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Poza wszelkim sporem są następujące fakty:

- umorzenie przez Izbę postępowania z poprzedniego odwołania Pesy w zakresie powyższego zarzutu na skutek jego uwzględnienia przez Zamawiających [patrz pkt 1. sentencji wyroku łącznego w sprawach sygn. akt: KIO 1872, KIO 1879/23];
- dokonanie zmiany SWZ zgodnie z żądaniem zgłoszonym w związku z powyższym zarzutem co do wydłużenia obligatoryjnego terminu dostawy do 36 miesięcy od dnia podpisania umowy wykonawczej;
- dokonanie zmiany SWZ niezgodnie z żądaniem zgłoszonym w związku z tym samym zarzutem dla fakultatywnych terminów punktowanych w ramach kryteriów oceny ofert (35 miesięcy – 10 pkt i 34 miesiące – 20 pkt).

W tych okolicznościach nie było podstaw, aby odrzucić obecne odwołanie na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy pzp, jak chciałby Zamawiający, gdyż w związku z umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie, Izba nie rozpoznawała okoliczności faktycznych i prawnych, na których opierał się ten zarzut.

Jednakże wskazanie na naruszenie tych samych przepisów oraz podniesienie w zasadzie tych samych okoliczności co poprzednio, o tyle ma znacznie dla niniejszej sprawy, o ile w niewielkim zakresie dotyczą one problematyki terminu dostawy jako kryterium oceny ofert.

Również wskazane w ramach zarzutów odwołania przepisy art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, a nie kryteriów oceny ofert.

Z kolei ponieważ 36-miesięczny obligatoryjny termin wykonania zamówienia nie jest przedmiotem zaskarżenia w tej sprawie, bezprzedmiotowe jest wskazywanie na naruszenie art. 387 Kodeksu cywilnego, który w § 1 stanowi, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

W rezultacie spośród przepisów wskazanych w odwołaniu tylko art. 16 pkt 1 ustawy pzp, określający jako zasady udzielania zamówień przygotowanie i prowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, można uznać za odnoszący się do kryteriów oceny ofert.

Nie sposób uznać za wykazaną obiektywną niemożność zrealizowania dostawy pojazdów w ciągu 25 czy nawet 30 miesięcy w sytuacji, gdy opiera się to m.in. na założeniu, że dopiero 3 miesiące po zawarciu umowy dojdzie do uzgodnienia kolorystyki wewnętrznej i zewnętrznej pojazdów, gdyż nie znajduje oparcia w aktualnym brzmieniu pkt 66

Załącznika nr 1C do SWZ, z którego jednoznacznie wynika, że nastąpi to niezwłocznie po podpisaniu umowy wykonawczej. Tymczasem na tym bezprzedmiotowym założeniu opiera się jedyny skonkretyzowany w odwołaniu przykład, w jaki to sposób obszary pozostawione do uzgodnień na etapie po zawarciu umowy wykonawczej miałyby opóźniać zamawianie u producentów zewnętrznych komponentów niezbędnych do wyprodukowania pojazdów.

Nie zostało również wykazane, że opis przedmiotu zamówienia wymusza zaoferowanie zupełnie nowego typu pojazdu kolejowego, dla którego przeprowadzenie badań, certyfikacji i uzyskania zezwolenia zajmuje według Instytutu Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie co najmniej 14 miesięcy. Bez znaczenia jest zatem, czy ta druga okoliczność znajduje oparcie w opinii tej instytucji złożonej jako dowód [oznaczony jako O4], gdyż pozostaje to w oderwaniu od warunków tego zamówienia, których w odwołaniu choćby syntetycznie nie przybliżono. Nie uległo to zmianie nawet po tym, jak w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wprost wskazał, że parametry opisu przedmiotu zamówienia dopuszcza pojazdy posiadające już homologację, które w nieznacznym stopniu będą wymagały dostosowania, co do tyczy również EZT produkowanych przez Pesę, co należy poczytać na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy pzp za okoliczność przyznaną przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego w istocie zgłoszona jako dowód opinia prywatna mogłaby być co najwyżej poczytana jako stanowisko własne Odwołującego, które jednak w tym przypadku znacząco wykracza poza zakres ogólnikowych okoliczności zawartych w uzasadnieniu odwołania, więc stanowi niedopuszczalną próbę rozszerzenia zarzutu odwołania po upływie zawitego terminu na jego wniesienie. Tymczasem data, jaką opatrzone jest ta opinia wskazuje, nie było przeszkód, aby choćby załączyć ją do odwołania.

Na tej samej zasadzie zgłoszony jako dowód [oznaczony jako O5] harmonogram obrazujący proces wykonania pierwszego egzemplarza pięcioczłonowego EZT w podziale na kilkanaście etapów (niektóre częściowo realizowane równolegle), oraz etapy wykonania kolejnych egzemplarzy (do czternastego włącznie), jest wprost określonym twierdzeniem Odwołującego co do faktów, które również uprzednio powinno znaleźć się w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego zarówno ten harmonogram, jak i złożone na rozprawie dowody z ofert producentów trzech kluczowych komponentów, mogą co najwyżej obrazować wewnętrzne uwarunkowania organizacyjne oraz zewnętrzne uwarunkowania handlowe właściwe dla Pesy jako producenta EZT.

Nie sposób przy tym nie zauważyć, że wspomniane oferty zostały złożone w odpowiedzi na zapytania Pesy, których jednak nie przedstawiono, co niweczy ich walor dowodowy, gdyż pozbawia Izbę możliwości wszechstronnej oceny tych wniosków dowodowych.

Nie sposób również stwierdzić, co stoi na przeszkodzie, aby Pesa jako producent EZT sukcesywnie składała zamówienia na kluczowe podzespoły z odpowiednim wyprzedzeniem, a następnie, w razie niewygrania tego lub innych przetargów, je anulowała. Dla profesjonalisty, jakim na rynku kolejowych pojazdów szynowych niewątpliwie jest Pesa, oczywiste powinno być prowadzenie takiej polityki biznesowej zamawiania u podmiotów trzecich podzespołów, aby była możliwa niezakłócona produkcja kolejnych EZT, które przecież produkuje seryjnie nie tylko na potrzeby zamówień wynikłych z tej umowy ramowej.

Przede wszystkim, nawet jeżeli przyjąć, że dostarczenie tych trzech kluczowych komponentów [jak podano do protokołu: silnika, napędu i sprzęgu] nie nastąpi wcześniej niż 11-12 miesięcy od ich zamówienia przez Pesę, w żaden sposób nie wykazuje to, że nie jest możliwe dostarczenie EZT zgodnych z opisem tego zamówienia w ciągu 25 miesięcy od zawarcia umowy wykonawczej.

W konsekwencji Odwołujący ani nie wykazał, ani choćby nie uprawdopodobnił swojej tezy, że punktowane w ramach kryterium oceny ofert terminy dostaw faworyzują innych niż Pesa wykonawców, którzy mają już na stanie EZT odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia tej umowy ramowej. Co więcej takie stanowisko pośrednio potwierdza, że wbrew temu, co podniesiono w odwołaniu na potrzeby wywiedzenia długości procesu homologacji pojazdu nowego typu, nie ma takiej konieczności, co z kolei potwierdza stanowisko Zamawiającego w tym zakresie.

Końcowa część preambuły zamieszczonej we Wzorze umowy ramowej (stanowiącej załącznik nr 1D do SWZ) zawiera oświadczenie, że: *Zamawiający będzie się ubiegał o dofinansowanie zamówień udzielonych na podstawie umów wykonawczych do umowy ramowej ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, w tym w zakresie zakupu 14 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności pod kątem spełniania zasady „nie czyń poważnych szkód" środowisku tj. do no significant harm (DNSH). Szczegółowe zasady wprowadzenia DNSH, możemy znaleźć po adresem:.* Informację o takiej możliwości zawarta została również w ogłoszeniu oraz w dokumencie głównym SWZ.

Co więcej, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający 15.06.2023 r. wystąpił do Centrum Unijnych Projektów Transportowych (CUPT) z wnioskiem, który aktualnie jest rozpoznawany w procedurze zmierzającej do pozyskania takiego dofinansowania. Przy czym „Regulamin wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem z Planu Rozwojowego", niezależnie od ostatecznej decyzji o wypłacie środków, zobowiązuje do zrealizowania projektu (dostawy, odbioru i zapłaty wynagrodzenia) w nieprzekraczalnym terminie do końca czerwca 2026 r.

Odwołujący nie był w stanie rzeczowo odnieść się do tych okoliczności, pozostając przy stanowisku, że kwestia uzyskania powyższego dofinansowania jest bez znaczenia w kontekście określenia terminu dostaw.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp z 2004 r.; dalej: „popzp") Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzeczniczą konsekwentnie prezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Jak to już powyżej ustalono okoliczności podniesione w odwołaniu nie wskazują na naruszenie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że według poglądów doktryny i orzecznictwa art. 387 § 1 kc dotyczy wyłącznie przedmiotowej niemożności, polegającej na obiektywnej niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uwarunkowanej ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu wiedzy i techniki. Natomiast przywołany przepis nie znajduje zastosowania w przypadku subiektywnej niemożności świadczenia, czyli wynikającej z braku wiedzy lub właściwości po stronie dłużnika (np. braku umiejętności fachowych, braku niezbędnych zezwoleń na świadczenie określonych usług) {zob.: A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III – Zobowiązania. Część ogólna, LEX 2014; A. Rzetecka-Gil [w:], Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna, LEX/el., 2011; wyroki Sądu Najwyższego z: 18 maja 2011 r. sygn. akt III CSK 217/10, LEX nr 846590, 20 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 611/08, LEX nr 527123, 8 maja 2002 r. sygn. akt III CKN 1015/99, LEX nr 55497, 8 stycznia 2009 r. sygn. akt I CSK 239/08, LEX nr 523627}.

Ponadto czym innym jest niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalej). Przepis art. 387 § 1 kc odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu (*verbe legis:* „umowa o świadczenie niemożliwe") [zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt V CSK 379/09, LEX nr 794585].

Tymczasem w rozpoznawanej sprawie podstawą faktyczną zarzutu jest *de facto* deklarowana przez Odwołującego niezdolność do wykonania zamówienia wykonawczego w terminach realizacji, które są punktowane w ramach kryterium oceny ofert, a zatem subiektywna niemożność dochowania terminu, którego Odwołujący nie musi zaoferować.

Jednocześnie taki stan rzeczy nie potwierdza, że Zamawiający określając te terminy nie dochował zasady równego traktowania wykonawców czy naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, do czego w istocie sprowadza się ogólnikowy zarzut odwołania. Jak konsekwentnie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie warunki zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia czy pozacenowe kryteria oceny ofert w każdym przypadku zawężają wprost (opis przedmiotu zamówienia) lub pośrednio (opis innych niż cena kryteriów oceny ofert) konkurencję do takich wykonawców, którzy zdolni są tym obligatoryjnym i fakultatywnym warunkom sprostać. Nie przesądza to automatycznie o naruszeniu wspomnianych zasad udzielania zamówień, gdy nie zostało co najmniej uprawdopodobnione, że ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia czy opisu kryterium oceny ofert w określony sposób nie odzwierciedla uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a jest wyłącznie przejawem arbitralnego preferowania określonych rozwiązań lub wykonawców funkcjonujących na rynku.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku,

na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis od odwołania.