KIO 1678/25

WYROK

Warszawa, dnia 2 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Joanna Gawdzik-Zawalska

Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2025 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Mobility sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz Siemens Mobility GmbH (członek konsorcjum) z siedzibą w Monachium w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - „PKP Intercity" S.A. z siedzibą w Warszawie
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego - wykonawcy Stadler Polska sp. z o.o.
z siedzibą w Siedlcach

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 5.a petitum odwołania,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł (siedemnaście złotych) z tytułu opłaty skarbowej;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..

……

……

UZASADNIENIE

Zamawiający - „PKP Intercity" S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024r., poz. 1320; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem jest „Dostawa 42 piętrowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług utrzymania".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr wydania Dz.U. S: 201/2024 z dnia 15.10.2024 r., nr publikacji ogłoszenia: 621029-2024.

W dniu 28 kwietnia 2025r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Mobility sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Warszawie oraz Siemens Mobility GmbH (członek konsorcjum) z siedzibą w Monachium (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ"). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 384 pkt 2 Pzp, art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp poprzez ustanowienie zbyt krótkiego, 92-dniowego, terminu składania ofert w Postępowaniu wyznaczonego na dzień 17 lipca 2025 r., nieuwzględniającego czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty (w tym złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia), ograniczającego konkurencję i w sposób negatywny wpływającego na realizację zasad nieuczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności;

2. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 387 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej „k.c."), art. 353(1) k.c., art. 58 §1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez wymaganie w rozdziale VI pkt 1 ppkt 1) SWZ oraz w §22 ust. 2 projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 2 do SWZ) aby dostawa pierwszych dwóch pojazdów nastąpiła w terminie 44 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia podczas gdy taki termin stanowi wymóg nierealny, zbyt krótki i obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu

uczciwej konkurencji;

3. art. 353(1) kc w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 2 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 483 ust. 1 kc i art. 484 ust. 2 kc poprzez jednostronne ustalenie projektowanego postanowienia umowy w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, niejednoznacznie, nieproporcjonalnie, nieprzejrzyście, jak również w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszając cel ustalania kar umownych, w zakresie w jakim Zamawiający wymagał kary umownej za zwłokę oraz za odstąpienie za zwłokę w dostawie jednego Pojazdu w wysokości nawet łącznie 40% łącznej wartości dostawy,

4. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 k.c., art. 5 k.c., 471 k.c. oraz art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 433 pkt 1 i 3 Pzp poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie projektowanych postanowień umowy (§ 42 pkt 1 oraz § 43 ust. 11) w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, zakazem stosowania abuzywnych postanowień umownych, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem, w tym nałożenie na Wykonawcę (i) ciężaru udowodnienia okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, oraz (ii) odpowiedzialności na zasadzie ryzyka za nieprawidłowości i zdarzenia pozostające poza kontrolą Wykonawcy, co jest wyrazem nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej;

5. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez wskazanie wymagania, zgodnie z którym:

a) minimalna moc ciągła pojazdu musi wynosić P ≥ 5 MW (pkt 2.28 OPZ - Załącznika

nr 1 do SWZ); oraz

b) silniki trakcyjne asynchroniczne mają być sterowane mikroprocesorowo. W przypadku uszkodzenia silnika wymagana jest możliwość wyłączenia każdego silnika z osobna. Dopuszcza się wyłączenia silników parami przy zachowaniu prędkości eksploatacyjnej minimum 160 km/h. (pkt 2.33 ppkt 2.5 OPZ – Załącznika nr 1 do SWZ)gdyż wymagania te są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, co powoduje opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmierny oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania oraz zasadę proporcjonalności.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1. wydłużenia terminu składania ofert, co najmniej do dnia 17 września 2025 r., wraz z jednoczesną zmianą terminu otwarcia ofert oraz terminu związania ofert, to jest w sposób uwzględniający konsekwencje wprowadzenia ww. zmiany
2. zmianę pkt 1 ppkt 1 w rozdziale VI SWZ, tj. aktualne brzmienie:

„1) dostawa pierwszych 2 Pojazdów - w terminie do 44 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia":

zmienić na:

„1) dostawa pierwszych 2 Pojazdów - w terminie do 52 miesiąca od dnia udzielenia zamówienia;"

3. zmianę §22 ust. 2 projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 2 do SWZ), tj.aktualne brzmienie: „Wykonawca zobowiązany jest opracować i przedstawić Zamawiającemu do akceptacji propozycję Harmonogramu dostaw w terminie do 90 dni od dnia zawarcia Umowy. Harmonogram dostaw sporządzony być winien w rozbiciu miesięcznym oraz wskazywać co najmniej terminy realizacji następujących etapów produkcji każdego Pojazdu: odbiór cząstkowy Pudła, odbiór fabryczny, odbiór końcowy, jak również terminy realizacji poszczególnych etapów badań homologacyjnych i procesu uzyskiwania Zezwolenia oraz dokumentów dopuszczających Pojazdy do eksploatacji na infrastrukturze kolejowej Czech oraz terminy przekazywania Zamawiającemu Dokumentacji. Harmonogram dostaw winien uwzględniać co najmniej cztery kamienie milowe, oznaczające zakończenie i/lub rozpoczęcie ważnych faz realizacji dostawy Pojazdów tj. odbiór konstrukcji Pudeł Pojazdów, odbiór fabryczny każdego Pojazdu, odbiór końcowy każdego Pojazdu, uzyskanie dokumentu uprawniającego do eksploatacji w Polsce i Czechach oraz zakładać następujące terminy dostaw Pojazdów:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia Umowy)	**Liczba odebranych Pojazdów narastająco**
do końca **44** miesiąca	co najmniej 2
do końca 56 miesiąca	co najmniej 13
do końca 68 miesiąca	co najmniej 30
do końca 77 miesiąca	co najmniej 42

zmienić na: „Wykonawca zobowiązany jest opracować i przedstawić Zamawiającemu do akceptacji propozycję Harmonogramu dostaw w terminie do 90 dni od dnia zawarcia Umowy. Harmonogram dostaw sporządzony być winien w rozbiciu miesięcznym oraz wskazywać co najmniej terminy realizacji następujących etapów produkcji każdego Pojazdu: odbiór cząstkowy Pudła, odbiór fabryczny, odbiór końcowy, jak również terminy realizacji poszczególnych etapów badań homologacyjnych i procesu uzyskiwania Zezwolenia oraz dokumentów dopuszczających Pojazdy do eksploatacji na infrastrukturze kolejowej Czech oraz terminy przekazywania Zamawiającemu Dokumentacji. Harmonogram dostaw winien uwzględniać co najmniej cztery kamienie milowe, oznaczające zakończenie i/lub rozpoczęcie ważnych faz realizacji dostawy Pojazdów tj. odbiór konstrukcji Pudeł Pojazdów, odbiór fabryczny każdego Pojazdu, odbiór końcowy każdego Pojazdu, uzyskanie dokumentu uprawniającego do eksploatacji w Polsce i Czechach oraz zakładać

następujące terminy dostaw Pojazdów:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia Umowy)	Liczba odebranych Pojazdów narastająco
do końca **52** miesiąca	co najmniej 2
do końca 56 miesiąca	co najmniej 13
do końca 68 miesiąca	co najmniej 30
do końca 77 miesiąca	co najmniej 42

Gdzie:
a) *eksploatacja obserwowana opisana w § 23 Umowy musi zostać zakończona nie później niż do końca 55 miesiąca,*
b) d*okument uprawniający do eksploatacji w Polsce musi być dostarczony wraz z pierwszymi 2 Pojazdami,*
c) dokument uprawniający do eksploatacji w Czechach zostanie dostarczony nie później niż z 30. Pojazdem.”.

4. zmianę § 36 ust. 13 umowy, tj. aktualne brzmienie § 36 ust. 13 umowy: „Wykonawca zapłaci karę umowną w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy w całości lub w części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 20% łącznej ceny dostawy 42 Pojazdów i 30 Pojazdów dodatkowych netto.”

zmienić na: „Wykonawca zapłaci karę umowną w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy w całości lub w części, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% łącznej ceny dostawy 42 Pojazdów i 30 Pojazdów dodatkowych netto, z zastrzeżeniem, że w przypadku gdy do odstąpienia od umowy z powodu zwłoki w dostawie Pojazdu doszło po dokonania odbioru końcowego pierwszego Pojazdu to wysokość kary umownej to 10% ceny łącznej nieodebranych Pojazdów i Pojazdów dodatkowych netto.”

5. zmianę §42 pkt 1 projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 2 do SWZ), tj.aktualne brzmienie: „Z zakresu usług utrzymania technicznego Pojazdów wyłączone są, z zastrzeżeniem § 40 ust. 4 pkt 2) Umowy: 1) naprawy uszkodzeń powstałych w wyniku wypadków niespowodowanych Wadą Pojazdu lub Wadą Dokumentacji, nieprawidłowej obsługi lub eksploatacji Pojazdu, aktów wandalizmu i kradzieży, jak również działania Siły wyższej, przy czym każda ze wskazanych okoliczności, oznaczona jako sporna w protokole, o którym mowa w § 39 ust. 25 Umowy, na wniosek Zamawiającego, winna być przez Wykonawcę udowodniona;”

zmienić na: „Z zakresu usług utrzymania technicznego Pojazdów wyłączone są, z zastrzeżeniem § 40 ust. 4 pkt 2) Umowy: 1) naprawy uszkodzeń powstałych w wyniku wypadków niespowodowanych Wada Pojazdu lub Wada Dokumentacji, nieprawidłowej obsługi lub eksploatacji Pojazdu, aktów wandalizmu i kradzieży, jak również działania Siły wyższej;”

6. zmianę §43 ust. 11 projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 2 do SWZ), tj.aktualne brzmienie: „11. Każde zdarzenie, o którym mowa w niniejszym paragrafie winno zostać udokumentowane przez Wykonawcę, wraz z przedstawieniem analizy zaistniałych nieprawidłowości, zidentyfikowanej przyczyny zdarzenia wraz ze wskazaniem konkretnej wadliwej części, elementu, zespołu, podzespołu lub systemu, który doprowadził do zdarzenia. Zamawiający będzie wspierał Wykonawcę, dostarczając mu bez zbędnej zwłoki, wszelkie będące w posiadaniu Zamawiającego, a informacje niebędące w posiadaniu Wykonawcy informacje niezbędne w ocenie Zamawiającego do udokumentowania zdarzenia. Na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że do zdarzenia doszło z innych niż Wada, Awaria, Uszkodzenie/Usterka przyczyn. W przypadku braku możliwości zidentyfikowania przyczyn nieprawidłowości Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zdarzenie na zasadzie ryzyka. W przypadku sporu pomiędzy Stronami co do przyczyny zdarzenia, Wykonawca ma prawo zwrócić się o jego rozstrzygnięcie do niezależnego eksperta/podmiotu, wybranego zgodnie przez obie Strony, w terminie nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych od powstania sporu. Brak uzgodnienia osoby niezależnego eksperta/podmiotu przez Strony we wskazanym terminie uprawnia Zamawiającego do jednostronnego wyboru tego podmiotu. Rozstrzygnięcie sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu winno nastąpić maksymalnie w terminie 3 miesięcy od zaistnienia zdarzenia. Koszty rozstrzygnięcia zawisłego sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu ponosi Strona na rzecz której rozstrzygnięcie eksperta było negatywne. Brak podjęcia próby rozstrzygnięcia sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu lub niedotrzymanie terminów, o których mowa powyżej skutkuje ostateczną kwalifikacją zdarzenia jako zdarzenia, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.”

zmienić na: „Każde zdarzenie, o którym mowa w niniejszym paragrafie winno zostać udokumentowane przez Wykonawcę, wraz z przedstawieniem analizy zaistniałych nieprawidłowości, zidentyfikowanej przyczyny zdarzenia wraz ze wskazaniem konkretnej wadliwej części, elementu, zespołu, podzespołu lub systemu, który doprowadził do zdarzenia. Zamawiający będzie wspierał Wykonawcę, dostarczając mu bez zbędnej zwłoki, wszelkie będące w posiadaniu Zamawiającego, a informacje niebędące w posiadaniu Wykonawcy informacje niezbędne w ocenie Zamawiającego do udokumentowania zdarzenia. W przypadku sporu pomiędzy Stronami co do przyczyny zdarzenia, Wykonawca ma prawo zwrócić się o jego rozstrzygnięcie do niezależnego eksperta/podmiotu, wybranego zgodnie przez obie Strony, w terminie nie dłuższym niż 7 dni kalendarzowych od powstania sporu. Brak uzgodnienia osoby niezależnego eksperta/podmiotu przez Strony we wskazanym terminie uprawnia Zamawiającego do jednostronnego wyboru tego podmiotu. Rozstrzygnięcie sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu winno nastąpić maksymalnie w terminie 3

miesięcy od zaistnienia zdarzenia. Koszty rozstrzygnięcia zawisłego sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu ponosi Strona na rzecz której rozstrzygnięcie eksperta było negatywne. Brak podjęcia próby rozstrzygnięcia sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu lub niedotrzymanie terminów, o których mowa powyżej skutkuje ostateczną kwalifikacją zdarzenia jako zdarzenia, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca."

7. wykreślenie w pkt 2.28 OPZ - Załącznika nr 1 do SWZ wymogu, że minimalna moc ciągła pojazdu musi wynosić P ≥ 5 MW;

8. zmianę pkt 2.33 ppkt 2.5 OPZ - Załącznika nr 1 do SWZ, tj<u>aktualne brzmienie</u>: "Silniki trakcyjne asynchroniczne, sterowane mikroprocesorowo. W przypadku uszkodzenia silnika wymagana jest możliwość wyłączenia każdego silnika z osobna. Dopuszcza się wyłączenia silników parami przy zachowaniu prędkości eksploatacyjnej minimum 160 km/h."

zmienić na: "5) Silniki trakcyjne asynchroniczne, sterowane mikroprocesorowo. W przypadku uszkodzenia silnika wymagana jest możliwość wyłączenia każdego silnika z osobna lub wyłączenia silników parami, przy zachowaniu zdolności do jazdy i zapewnieniu zakończenia dziennego obiegu.".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył o uwzględnieniu zarzutu nr 5a petitum odwołania i poinformował o opublikowaniu zmiany SWZ w tym zakresie, ponadto wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

<u>odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.</u>

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba działając na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym zarzutu nr 5a) petitum odwołania. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający uwzględniając powyższy zarzut dotyczący minimalnej mocy ciągłej Pojazdu dokonał w dniu 23 maja 2025 r. modyfikacji postanowień zmianę SWZ i usunął wymóg dotyczący mocy ciągłej pojazdu. Wyjaśnił, że jego miejsce wprowadzono inny parametr pojazdu – minimalne osiągi trakcyjne. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że przestał istnieć substrat zaskarżenia, tj. postanowienie zakwestionowane w pkt 5a) odwołania, co spowodowało, że orzekanie w tym zakresie stało się zbędne.

Izba dopuściła następujące dowody złożone i zawnioskowane przez Odwołującego:

1 - zestawienie terminów dotyczących składania ofert mający na celu wykazanie zasadności zarzutu dotyczącego zmiany terminu składania ofert, przekazuje załączniki do zestawienia z dowodu 1;

2 - wnosi o przeprowadzenie dowodu ze slajdów prezentacji wykonanych w trakcie trwania dialogu konkurencyjnego, w tym ze:

a) slajdu nr 65 z 10.03.2025 na okoliczność poinformowania Zamawiającego o czasie potrzebnym na dostawę pierwszych dwóch pociągów, który wynosi 56 miesięcy;

b) slajdu nr 19 z 29.01.2025 na okoliczność dotyczącą zarzutu wyłączania silników parami, tj. zarzutu 5.2;

c) slajdu nr 14 z 10.03.2025 na okoliczność, że Zamawiający był informowany, że określone kary pieniężne przewyższają standardy rynkowe;

d) slajdu nr 21 z 10.03.2025 na okoliczność, że Zamawiający był informowany przez Odwołującego, że brak jest zasadności wprowadzania odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka w sytuacji, gdy wykonawca nie ma kontroli nad pojazdami;

e) slajdu nr 23 z 10.03.2025 na okoliczność, że Zamawiający był informowany przez Odwołującego na okoliczność wejścia w życie przepisów aktu o cyberodporności;

3 - zestawienie kar umownych za odstąpienie na okoliczność wykazania ich wysokości oraz wskazania przykładowych innych kar umownych w innych postępowaniach;

4 - dotyczący harmonogramu dostaw pierwszych dwóch pojazdów, w tym artykuły prasowe z rynku kolejowego na okoliczność wykazania nierealnego terminu dostaw;

5 - rysunek przykładowy - schemat pociągu mający być przedmiotem dostaw na okoliczność wykazania zasadności zarzutu dotyczącego terminu składania ofert i harmonogramu dostaw.

Izba dopuściła następujące dowody złożone i zawnioskowane przez Zamawiającego:

6 - Porównanie wersji OPZ (przekazanego wraz z zaproszeniem do dialogu oraz z SWZ);

7 - Zapis strony internetowej Zamawiającego dot. Systemu Kwalifikowania Dostawców;

8 - Zapis strony internetowej przywołanej w przypisie dolnym nr 4 na stronie 11;

9 - Zapis strony internetowej przywołanej w przypisie dolnym nr 5 na stronie 11;
10 - Zapis strony internetowej przywołanej w przypisie dolnym nr 6 na stronie 11;
11 - Analiza przebiegu postępowań;
12 - Procedura zasady przeprowadzania autoryzacji P302
13 - Zapis strony internetowej przywołanej w przypisie dolnym nr 10 na stronie 32;
14 - Zapis strony internetowej przywołanej w przypisie dolnym nr 11 na stronie 33;
15 - Zmiana treści specyfikacji warunków zamówienia nr 4 z dnia 23 maja 2025 r. (BIZ-073-1084/2025).
16 – teczka z dowodami złożonymi na posiedzeniu Izby.

Zarzut nr 1 – przypomnieć należy, że przedmiotem powyższego zarzutu była kwestia ustanowienia przez Zamawiającego 92-dniowego terminu składania ofert, który w opinii Odwołującego był terminem zbyt krótkim z uwagi na następujące okoliczności:
- obszerność dokumentacji, liczne zmiany w wersji ostatecznej,
- złożoność zamówienia,
- wyznaczenie terminu bez uwzględnienia okresu wakacji i dni wolnych,
- negocjacje z podwykonawcami i dostawcami. Odwołujący wskazał, że aby prawidłowo skalkulować ofertę Wykonawca sam musi najpierw uzyskać oferty od:
a) dostawców komponentów,
b) dostawców rozwiązań technologicznych,
c) potencjalnych usługodawców w zakresie utrzymania podzespołów i podsystemów pojazdów, gdzie wszyscy wiodący producenci są dużymi międzynarodowymi korporacjami i przy tej wartości kontraktu, przygotowanie oferty może zająć ponad miesiąc,
d) instytucji finansowych w zakresie chociażby uzyskania wadium na kwotę 138 000 000 zł – gdzie przy tej wartości inwestycji, będzie to wniosek rozpatrywany na najwyższym poziomie organizacji, co może zająć także ponad miesiąc,
e) Jednostek Badawczych (typu DeBo, NoBo, AsBo) niezbędnych do procesu uzyskania dopuszczenia do ruchu jak również dostępności torów doświadczalnych.
- Współpraca międzynarodowa – Odwołujący wskazał, że udział w tym przetargu podmiotów, czy podwykonawców zagranicznych, zgodnie z medialnymi doniesieniami, może być wysoki. Ponadto Odwołujący, który złożył ofertę w konsorcjum Siemens Mobility sp. z o.o. oraz Siemens Mobilility GmbH będzie przygotowywał ofertę w anglojęzycznym zespole międzynarodowym. Ustalenie wspólnych rozwiązań, przydzielenie obowiązków, zapewnienie
zgodności między stronami jest z natury procesem bardzo czasochłonnym.
- tłumaczenie obszernej dokumentacji na język polski,

Odwołujący wskazał, że brak wydłużenia terminu składania ofert spowoduje, że wykonawcy mogą złożyć oferty mniej korzystne, w tym droższe, z uwagi na zbyt krótki czas na rzetelne skalkulowanie modelu finansowego. Takie działanie narusza przez Zamawiającego zasadę efektywności zgodnie z którą zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które może przeznaczyć lub uzyskanie najlepszych efektów np. gospodarczych lub społecznych w stosunku do poniesionych nakładów. To Zamawiający powinien rozważyć czy ma możliwość w sytuacji braku wydłużenia terminu składania ofert przyjąć mniej korzystną ofertę. W ostateczności, Odwołujący może zdecydować, że nie składa oferty w związku z tym, że nie był w stanie prawidłowo oszacować ryzyka. W tym znaczeniu działanie Zamawiającego należałoby oceniać jako naruszenie zasady efektywności i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że Zamawiający miał świadomość, że potrzebny czas na przygotowanie takiej oferty to 5-6 miesięcy. Odwołujący informował go o tym w trakcie dialogu technicznego przed ogłoszeniem postępowania (dowody nr 1).

Izba zważyła:

Zgodnie z przepisem art. 384 pkt 2 Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty.

Z powyższego przepisu wynika więc, że w postępowaniu w udzielenie zamówienia sektorowego w trybie dialogu konkurencyjnego nie ma ustawowego, minimalnego terminu składania ofert. Dlatego też na Zamawiającym ciąży jedynie obowiązek do wyznaczenia tego terminu z uwzględnieniem czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty. W ocenie składu orzekającego termin wyznaczony przez Zamawiającego spełnia wymogi wynikające z powyższego przepisu, a Odwołujący nie wykazał żadnych obiektywnych okoliczności uniemożliwiających złożenie oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Przywołane przez Odwołującego okoliczności, jak słusznie zauważył Zamawiający, dotyczą de facto wszystkich wykonawców i każdy z nich musi zapewnić pracę przedsiębiorstwa nawet w okresie urlopowym. Również w opinii Izby konieczność przeprowadzenia negocjacji z podwykonawcami i dostawcami, współpraca międzynarodowa, tłumaczenie dokumentacji nie stanowi nadzwyczajnych zdarzeń i okoliczności, bowiem

każdy z wykonawców w taki sposób musi się do postępowania przygotować. Co istotne, określony przez Zamawiającego termin dotyczy w takiej samej mierze pozostałych wykonawców. Wszyscy będą dysponować takim samym czasem na przygotowanie oferty, jednak żaden z nich nie zakwestionował długości terminu, a co istotne Przystępujący po stronie Zamawiającego wprost potwierdził, że termin ten jest wystarczający. Również zauważyć należy, że wykonawcy brali udział w dialogu konkurencyjnym od października 2024r. a więc w ocenie Izby już od tego czasu mieli wiedzę o głównych założeniach dotyczących przedmiotu zamówienia. Również w opinii Izby Odwołujący nie wykazał, aby fakt zmiany technologii, w której ma zostać wyprodukowany przedmiot zamówienia wpływał istotnie na możliwość przygotowania i sporządzenia oferty, tym bardziej, że jak wskazał Przystępujący, Zamawiający pierwotnie oczekiwał produkcji wagonów dwusystemowych, a na późniejszym etapie koncepcję zmienił. Dlatego Izba w składzie orzekającym uznała, że żądanie zmiany terminu składania ofert na dzień 29.08 (modyfikacja żądania na posiedzeniu) jest niezasadne. Izba uznała również, że sam fakt przedłużenia terminów składania ofert w innych postępowaniach w żaden sposób nie potwierdza niemożności złożenia ofert w zakreślonym terminie, tym bardziej że jak wskazał Zamawiający na rozprawie nie jest wykluczone, że w toku niniejszego postępowania zaistnieje konieczność wydłużenia tego terminu.

Zarzut nr 2 – dotyczący postanowień zawartych w rozdziale VI pkt 1 ppkt 1) SWZ oraz w §22 ust. 2 projektowanych postanowień umownych (Załącznik nr 2 do SWZ). Wskazać należy, że zdaniem Odwołującego, 44-miesięczny termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów objętych zamówieniem jest nierealny, zbyt krótki i obiektywnie niemożliwy do spełnienia przy zachowaniu uczciwej konkurencji. Odwołujący zauważył, że w tym Postępowaniu mamy do czynienia z największym tego typu zamówieniem w historii działalności Zamawiającego. Zamówienie o takiej skali to nie tylko wyzwanie dla Zamawiającego, ale przede wszystkim dla wykonawcy, który złoży ofertę na jego realizację, a następnie będzie musiał je wykonać w przewidzianych w umowie terminach. O skali zamówienia świadczy również fakt, że wnioski do udziału w Postępowaniu złożyło tylko trzech Wykonawców zdolnych do jego realizacji. Co więcej w doniesieniach medialnych sformułowano tezę, że żaden z polskich wykonawców nie byłby w stanie samodzielnie zrealizować takiego zamówienia. Odwołujący wskazał, w oparciu o powyższe informacje oraz swoje dotychczasowe doświadczenie, uważa, że czas dostawy w chwili podpisania umowy wykonawczej powinien wynosić co najmniej 52 miesiące dla pierwszych dwóch Pojazdów.

Wskazać w tym miejscu należy, że Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron postępowania zmodyfikował pierwotne żądanie dotyczące nakazania Zamawiającemu dokonania zmiany w następujący sposób: „Wykonawca zobowiązany jest opracować i przedstawić Zamawiającemu do akceptacji propozycję Harmonogramu dostaw w terminie do 90 dni od dnia zawarcia Umowy. Harmonogram dostaw sporządzony być winien w rozbiciu miesięcznym oraz wskazywać co najmniej terminy realizacji następujących etapów produkcji każdego Pojazdu: odbiór cząstkowy Pudła, odbiór fabryczny, odbiór końcowy, jak również terminy realizacji poszczególnych etapów badań homologacyjnych i procesu uzyskiwania Zezwolenia oraz dokumentów dopuszczających Pojazdy do eksploatacji na infrastrukturze kolejowej Czech oraz terminy przekazywania Zamawiającemu Dokumentacji. Harmonogram dostaw winien uwzględniać co najmniej cztery kamienie milowe, oznaczające zakończenie i/lub rozpoczęcie ważnych faz realizacji dostawy Pojazdów tj. odbiór konstrukcji Pudeł Pojazdów, odbiór fabryczny każdego Pojazdu, odbiór końcowy każdego Pojazdu, uzyskanie dokumentu uprawniającego do eksploatacji w Polsce i Czechach oraz zakładać następujące terminy dostaw Pojazdów:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia Umowy)	**Liczba odebranych Pojazdów narastająco**
do końca **52** miesiąca	co najmniej 2
do końca 56 miesiąca	co najmniej 13
do końca 68 miesiąca	co najmniej 30
do końca 77 miesiąca	co najmniej 42

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego harmonogramu dostaw to również w ocenie Izby nie zostało wykazane przez Odwołującego, że dostawa w określonym przez Zamawiającego terminie będzie niemożliwa. De facto cała narracja Odwołującego sprowadzała się do próby wykazania, że Odwołujący nie jest w stanie przygotować się do dostawy pojazdu w wyznaczonym terminie. Nie wykazał natomiast, że takiej dostawy obiektywnie nie może wykonać żaden z wykonawców, a co istotne wykonawca Stadler wprost potwierdził, że termin ten jest jak najbardziej realny. Okoliczność natomiast, że Odwołujący nie będzie mógł wyprodukować pojazdu w zakreślonym terminie nie powoduje automatycznie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp oraz art. 387 §1 kc i art. 353(1) k.c., art. 58 §1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. Argumenty podnoszone na rozprawie co do konieczności dostosowania przedmiotu zamówienia do norm obowiązujących na terenie UE również nie zostało wykazane. Odwołujący okoliczności te przywołał, nie przedstawił jednak żadnych wiarygodnych dowodów to potwierdzających.

Kolejno wskazać należy, że Izba uznała również, że Zamawiający wykazał swoje uzasadnione potrzeby skutkujące koniecznością określenia takiego harmonogramu dostaw. Zamawiający szczegółowo wyjaśnił, że wymagany termin dostaw Pojazdów, który rozpoczyna się wraz z dostawą dwóch pierwszych Pojazdów, jest terminem

wynikającym ze Strategii Spółki, w której przeanalizowano przyszłą sytuację taborową a także zmiany wynikające z wprowadzenia IV Pakietu Kolejowego czyli otwarcia rynku kolejowego w Polsce i liberalizacji rynku kolejowych połączeń pasażerskich od 2030r. Zamawiający podkreślił także zakup taboru nie jest celem samym w sobie, projekt, którego elementem jest prowadzone postępowanie zakupowe obejmuje zakup i rozpoczyna po stronie Zamawiającego szereg innych czynności, które ostatecznie mają złożyć się na sprawne i bezpieczne wdrożenie do obsługi pasażerów nowej floty pojazdów. Ponadto wskazał, że „Terminy dostaw piętrowych elektrycznych zespołów trakcyjnych ("EZT") są ściśle powiązane z zapotrzebowaniem Spółki na tabor i planowanymi wyłączeniami z eksploatacji innych pojazdów na przeglądy poziomu 5 (P5 - najwyższy poziom utrzymania taboru kolejowego, oznacza długotrwałe, stałe wyłączenie w celu dokonania kompleksowych napraw). Podkreślił, że nie ma wpływu na terminy wyłączeń pojazdu kolejowego na przegląd/naprawę danego poziomu – wynikają one z Dokumentacji Systemu Utrzymania opracowywanej przez producenta taboru. Po przekroczeniu odpowiedniego przebiegu lub czasu pojazd musi zostać wyłączony celem wykonania odpowiednich prac serwisowych, a w przypadku naprawy P5 - generalnego remontu po 15 latach użytkowania. Dwie floty pojazdów, którymi obecnie dysponuje Zamawiający liczące po 20 EZT każda, których dostawy miały miejsce w latach 2014-2016 roku od 2029 roku, zgodnie z cyklem przeglądowo-naprawczym zostaną poddane naprawom na piątym poziomie utrzymania. Pojazdy te są aktualnie w pełni wykorzystywane do obsługi połączeń dotowanych. Tymczasowo nowe Pojazdy zakupione w ramach Postępowania zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego założeniami wypełniałyby lukę, która powstanie w czasie napraw tego taboru.

Uwzględniając powyższe stanowisko Zamawiającego oraz stanowisko Odwołującego, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisu art. 387 kc, czyli okoliczności, że określony w SWZ termin realizacji dostaw 2 pierwszych pojazdów jest niemożliwy do wykonania. Niemożliwość świadczenia, o której mowa w art. 387 § 1 k.c. „musi być o charakterze: obiektywnym, pierwotnym i trwałym. Świadczenie jest obiektywnie niemożliwe, jeśli nie może go spełnić nie tylko dłużnik, ale każda inna osoba, natomiast świadczenie jest subiektywnie niemożliwe wówczas, gdy nie może go spełnić wyłącznie dłużnik.".

Z tego względu zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 3 – Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział karę umowną za odstąpienie od umowy wysokości 20% łącznej ceny dostawy 42 Pojazdów i 30 Pojazdów dodatkowych netto. W przypadku kary umownej za odstąpienie doszło do wyznaczenia kary w nadmiernej wysokości, niezgodnej ze standardem rynkowym. Ponadto Odwołujący wskazywał, że istnieje także nieproporcjonalność w naliczeniu kar umownych z następujących powodów:

1) Kara umowna za zwłokę w dostawie została opisana w następujący sposób:

„Wykonawca zapłaci kare umowną za zwłokę w dostawie Pojazdu lub Pojazdu dodatkowego w stanie wolnym od Wad, wraz z Oprogramowaniem lub Oprogramowaniem Producenta i licencjami w stosunku do terminu określonego odpowiednio w Harmonogramie dostaw lub harmonogramie dostaw Pojazdów dodatkowych, o którym mowa w § 4 ust. 9 Umowy – karę umowną w wysokości 0,015% Ceny Pojazdu netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, przy czym maksymalna wysokość kar umownych z tytułu zwłoki w dostawie danego Pojazdu lub Pojazdu dodatkowego nie przekroczy łącznie 20% łącznej ceny dostawy 42 Pojazdów netto, oraz odpowiednio 20% łącznej ceny dostawy 30 Pojazdów dodatkowych netto;

2) Wykonawca zapłaci kare umowną za odstąpienie od umowy w całości lub w części, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – w wysokości 20% łącznej ceny dostawy 42 Pojazdów i 30 Pojazdów dodatkowych netto.

3) Kary umowne mogą być dochodzone z każdego tytułu odrębnie. (§ 36 ust. 5 umowy)

4) Odstąpienie od umowy nie powoduje wygaśnięcia kar umownych należnych z tytułu okoliczności zaistniałych przed dniem odstąpienia od umowy lub w związku z nimi.

Według Odwołującego z powyższych postanowień wynika, że Zamawiający w przypadku zwłoki w dostawie Pojazdu i odstąpienia od umowy z tego powodu może naliczyć dwie kary umowne w łącznej wysokości 40% wartości dostaw wszystkich pojazdów.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 8 ust. 1 Umowy „Wykonawca na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym ponosi pełną odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy do wysokości 30% wynagrodzenia umownego netto należnego Wykonawcy za wykonanie danej części Umowy, którego dotyczy naruszenie". W świetle tego postanowienia łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania części II Umowy ograniczona jest do 30% wartości wynagrodzenia umownego netto należnego Wykonawcy za wykonanie części II Umowy.

Ponadto, § 36 ust. 6 Umowy stanowi, iż „Maksymalna, sumaryczna wysokość kar umownych naliczonych w ramach realizacji części II Umowy nie przekroczy:

1) w przypadku zamówienia podstawowego 25 % łącznej ceny dostawy 42 Pojazdów;

2) w przypadku skorzystania z Prawa Opcji 25% łącznej ceny dostawy zamówionych Pojazdów dodatkowych.

Przechodząc do analizy ww. postanowień umownych, przede wszystkim należy zauważyć, że zapłata kary umownej stanowi sankcję cywilnoprawną przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Kara umowna co do zasady zastępuje zatem odszkodowanie, a ponadto pełni rolę motywacyjną i represyjną. Izba podziela przy tym stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym wysokość kar umownych powinna być dostosowana do specyfiki danego zamówienia. Należy jednak zauważyć, że szacunkowa wartość zamówienia za zamówienie podstawowe z opcją to ok. 13 mld złotych, zatem z pewnością wartość tego zamówienia nie jest mała. W dodatku z uwagi na konieczność dostawy pojazdów w ściśle określonym przedziale czasowym, o czym była mowa w zarzucie nr 2, ma ono niebywałe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania Zamawiającego na rynku kolejowym. Tym samym nie można stwierdzić, aby wysokość kar umownych była w tym wypadku oderwana od specyfiki zamówienia. Odwołujący nie wykazał także, że w sposób rażący odbiega od standardów rynkowych i jest całkowicie nieekwiwalentna do wysokości potencjalnej szkody. Izba stwierdziła ponadto, że z przywołanych postanowień umownych wynika, że Zamawiający w przypadku zwłoki w dostawie Pojazdu i odstąpienia od Umowy z tego powodu nie może – wbrew twierdzeniom Odwołującego - naliczyć dwu dwóch kar umownych w łącznej wysokości 40% wartości dostaw wszystkich pojazdów, co potwierdził w toku postępowania odwoławczego Zamawiający. Izba stwierdziła także, że uprawnionym jest również ustalenie przez Zamawiającego kar umownych zastrzeżonych w § 36 ust. 1 pkt 4), 5) oraz 13) Umowy w wysokości 20% łącznej ceny dostawy. Powyższe postanowienie pozostaje w zgodzie z art. 483 § 1 kc, zgodnie z którym strony mogą zastrzec w umowie karę umowną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W ocenie Izby uwzględniając charakter umowy, jej ważkość dla Zamawiającego kara ta została ustalona na poziomie racjonalnym i proporcjonalnym do ryzyka Zamawiającego, jakie wiąże się z niewywiązaniem się Wykonawcy z przyjętych zobowiązań. Co istotne Odwołujący nie wykazał, aby niemożliwe było poniesienie przez Zamawiającego szkody odpowiadającej wysokości tych kar i okoliczności sprawy również nie wskazują na takie zagrożenie. Biorąc zatem pod uwagę wartość i specyfikę niniejszego zamówienia, wysokość kar nieodbiegającą co do zasady od standardów rynkowych oraz funkcję kary umownej: nie tylko kompensacyjną i represyjną, ale przede wszystkim motywującą, Izba stwierdziła, że zarzut nr 3 nie jest zasadny. W szczególności Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 483 ust. 1 kc i art. 484 ust. 2 kc i art. 353(1) kc, skoro łączna maksymalna wysokość kar umownych nie została ustalona w sposób sprzeczny z właściwością stosunku prawnego, z zasadami współżycia społecznego oraz ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy.

Zarzut nr 4 - Odwołujący uzasadniając przedmiotowy zarzut wskazał co następuje:
„Zgodnie z § 42 pkt 1 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 2 do SWZ):
„Z zakresu usług utrzymania technicznego Pojazdów wyłączone są, z zastrzeżeniem § 40 ust.
4 pkt 2) Umowy:
1) naprawy uszkodzeń powstałych w wyniku wypadków niespowodowanych Wada Pojazdu lub Wada Dokumentacji, nieprawidłowej obsługi lub eksploatacji Pojazdu, aktów wandalizmu i kradzieży, jak również działania Siły wyższej, przy czym każda ze wskazanych okoliczności, oznaczona jako sporna w protokole, o którym mowa w § 39 ust. 25 Umowy, na wniosek Zamawiającego, winna być przez Wykonawcę udowodniona;"
Z wyżej wymienionego postanowienia wynika, że usługi utrzymania świadczone przez Wykonawcę nie obejmują naprawy uszkodzeń spowodowanych zdarzeniami niezależnymi od
Wykonawcy oraz przez niego niezawinionymi jak np. nieprawidłowa eksploatacja Pojazdu, akty wandalizmu czy kradzieży. Niezależnie od tego, Zamawiający przewiduje w drugiej części
zdania pkt 1, że każda ze wskazanych okoliczności oznaczona jako sporna w protokole (np. akt wandalizmu, kradzieży czy nieprawidłowa eksploatacja) powinna być (na wniosek Zamawiającego) udowodniona przez Wykonawcę.
Idąc dalej, w §43 ust. 11 Zamawiający przewiduje, że: „Każde zdarzenie, o którym mowa w niniejszym paragrafie winno zostać udokumentowane przez Wykonawcę, wraz z przedstawieniem analizy zaistniałych nieprawidłowości, zidentyfikowanej przyczyny zdarzenia wraz ze wskazaniem konkretnej wadliwej części, elementu, zespołu, podzespołu lub systemu, który doprowadził do zdarzenia. Zamawiający będzie wspierał Wykonawcę, dostarczając mu bez zbędnej zwłoki, wszelkie będące w posiadaniu Zamawiającego, a informacje niebędące w posiadaniu Wykonawcy informacje niezbędne w ocenie Zamawiającego do udokumentowania zdarzenia. Na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że do zdarzenia doszło z innych niż Wada, Awaria, Uszkodzenie/Usterka przyczyn. W przypadku braku możliwości zidentyfikowania przyczyn nieprawidłowości Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zdarzenie na zasadzie ryzyka. W przypadku sporu pomiędzy Stronami co do przyczyny zdarzenia, Wykonawca ma prawo zwrócić się o jego rozstrzygnięcie do niezależnego eksperta/podmiotu, wybranego zgodnie przez obie Strony, w terminie nie dłuższym niż 7 dni kalendarzowych od powstania sporu. Brak uzgodnienia osoby niezależnego eksperta/podmiotu przez Strony we wskazanym terminie uprawnia Zamawiającego do jednostronnego wyboru tego podmiotu. Rozstrzygnięcie sporu przez

niezależnego eksperta/podmiotu winno nastąpić maksymalnie w terminie 3 miesięcy od zaistnienia zdarzenia. Koszty rozstrzygnięcia zawisłego sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu ponosi Strona na rzecz której rozstrzygnięcie eksperta było negatywne. Brak podjęcia próby rozstrzygnięcia sporu przez niezależnego eksperta/podmiotu lub niedotrzymanie terminów, o których mowa powyżej skutkuje ostateczną kwalifikacją zdarzenia jako zdarzenia, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca."
Z § 43 ust. 11 wynika natomiast, że Wykonawcę obciąża ciężar udowodnienia, że do zdarzenia
doszło z innych niż Wada (jak również Awaria czy Uszkodzenie lub Usterka) przyczyn. Jeśli Wykonawca nie jest w stanie tego udowodnić to ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka.
W ocenie Odwołującego obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka w sytuacji, gdy nie będzie miał możliwości sprostania ciężarowi dowodu (z przyczyn od niego niezależnych) stanowi nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej oraz wprowadza postanowienie skrajnie niekorzystne dla wykonawców, naruszające równowagę stron umowy i prowadzące do naruszenia praw podmiotowych wykonawców oraz zasad współżycia społecznego.".
Odnosząc się do powyższego zarzutu wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 433 Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:
1.odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
2.naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W tym stanie faktycznym Odwołujący podniósł, że wskazane wyżej kary umowne są karami niezależnymi od winy od winy Wykonawcy. Izba uznała jednak, że Zamawiający ma prawo określić odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka, a nie winy, co potwierdziły wcześniejsze wyroki sądów powszechnych. Zamawiający bowiem działając w interesie publicznym, określa istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, bądź też przedstawia wykonawcom projekt umowy. "Prawa i obowiązki stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym podział ryzyk, charakteryzuje brak symetryczności wynikający częściowo z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym np. regulacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę, prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy czy też prawo rozwiązania umowy. (...) Na gruncie ustawy Pzp zasadniczo dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający, przygotowując umowę o zamówienie publiczne, przypisuje większość ryzyk kontraktowych wykonawcy. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. SO we Wrocławiu, który w wyroku z 14.4.2008 r. (X Ga 67/08, niepubl.) uznał, że "błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego". (M. Śledziewska, Proces udzielania zamówień publicznych, Warszawa 2019) Przepisy ustawy Pzp modyfikują bowiem zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów, tj. art. 353¹ k.c., w myśl którego "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". Znajduje to odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Skoro więc Zamawiający działa w interesie publicznym to ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb zbiorowości ludzkiej. Ryzyko to przewyższa zatem normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Co więcej, jak wynika z ukształtowanego orzecznictwa Izby, "o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k.c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) Zamawiający nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach". (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10). Tak więc Zamawiający ma prawo nie tylko do określenia wysokich standardów realizacji zamówienia, zwłaszcza usługi o tak ważnym aspekcie społecznym, ale także do obwarowania obowiązków wykonawcy karami umownymi i oczekiwania, że przedmiot umowy będzie wykonywany i zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy.
#x200eCo istotne Zamawiający konstruując zakwestionowane w zarzucie 4 postanowienia wzoru umowy przewidział mechanizm umożliwiający Wykonawcy przedstawienie okoliczności wyłączających jego winę lub odpowiedzialność, m.in. poprzez wykazanie, że dana nieprawidłowość była następstwem działania osób trzecich lub siły wyższej. W takim przypadku to na Wykonawcy, jako stronie profesjonalnej, spoczywa ciężar wykazania, że konkretne zdarzenie nie miało związku z jakością dostarczonych Pojazdów ani ich utrzymaniem. Takie ukształtowanie obowiązków dowodowych jest zgodne z utrwalonymi zasadami prawa cywilnego, w szczególności art. 471 kc, który odwraca ogólną zasadę ciężaru dowodu poprzez wprowadzenie domniemania winy dłużnika za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania. Izba zgodziła się również z Zamawiającym, że art. 473 kc wprost pozwala na przyjęcie przez dłużnika przez umowę

odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Dlatego też Izba stwierdziła, że nałożenie, na podstawie § 43 ust. 11 postanowień Umowy, na Wykonawcę w ograniczonym zakresie odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, nie narusza zasady swobody umów. Co również istotne Zamawiający wykazał, że Wykonawca poniesie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka jedynie w niezwykle rzadko występującej sytuacji, gdy dochodzi do awarii, która nie wynika z winy Wykonawcy, a jednocześnie diagnostyka nie jest w stanie zidentyfikować jej przyczyn i nie zostaną wykazane przesłanki egzoneracyjne. W ocenie Zamawiającego, powyższe w możliwie optymalny sposób zabezpiecza interes Zamawiającego oraz tym samym interes publiczny (niezawodność kolei), nie obciążając Wykonawcy ponad miarę.

Zakwestionowane postanowienia umowne są zatem w pełni dopuszczalne i w żadnym wypadku nie stanowią nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, czy rzekomej pozycji dominującej, a zatem wskazany zarzut Odwołującego nie może zostać oceniony jako zasadny.

Zarzut nr 5b) – Odwołujący uzasadniając zarzut wskazał, że „wymóg utrzymania prędkości eksploatacyjnej min. 160km/h tylko w przypadku wyłączania silników parami wprowadza nierówność konkurencyjną. Ograniczenie to faworyzuje rozwiązania techniczne jednego producenta (tj. firmy Stadler), który stosuje osobne falowniki do zasilania poszczególnych silników. Takie podejście może prowadzić do sytuacji, w której tylko jeden producent jest w stanie spełnić te wymagania, co ogranicza konkurencję na rynku i może prowadzić do monopolizacji dostaw.

Co więcej, wymóg dotyczący zachowania prędkości eksploatacyjnej na poziomie 160km/h dotyczy (w aktualnym brzmieniu) wyłącznie sytuacji, w której silniki wyłączane są parami. Świadczy to o jednoznacznym ograniczeniu konkurencji. Stąd Odwołujący domaga się aby Zamawiający wprowadził wymóg "zachowania zdolności do jazdy i zapewnieniu zakończenia dziennego obiegu" (zgodnie z wnioskiem w pkt III.9) w odniesieniu do sytuacji, w której (i) silniki wyłączane są osobno, jak i sytuacji, w której (ii) silniki wyłączane są parami.

Po drugie, z technicznego punktu widzenia, wymóg ten nie uwzględnia rzeczywistej dynamiki awarii silników trakcyjnych. W wielu przypadkach awaria silnika wymaga zmniejszenia prędkości eksploatacyjnej, co jest naturalnym i bezpiecznym podejściem. Wymóg utrzymania prędkości eksploatacyjnej na poziomie 160 km/h przy wyłączaniu silników parami może prowadzić do nadmiernego obciążenia pozostałych silników, co z kolei może zwiększać ryzyko ich awarii.

Po trzecie, obecne wymagania mogą prowadzić do zwiększenia kosztów pojazdu i jego utrzymania. Konieczność stosowania osobnych falowników dla każdego silnika zwiększa złożoność systemu trakcyjnego, co przekłada się na wyższe koszty produkcji i utrzymania. Ponadto, w normalnym trybie pracy, nadmierna wydajność pojazdu może prowadzić do nieefektywnego wykorzystania energii, co jest sprzeczne z kryteriami oceny, które zakładają efektywność energetyczną.

Wreszcie, z punktu widzenia efektywności operacyjnej, w przypadku awarii jednego z wózków trakcyjnych, pozostałe 75% mocy trakcyjnej powinno być wystarczające do kontynuowania operacji przy nieznacznie obniżonej wydajności. Takie podejście pozwala na bezpieczne zakończenie cyklu operacyjnego i dojazd do warsztatu bez konieczności utrzymywania maksymalnej prędkości, co jest bardziej efektywne i ekonomiczne."

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 23 maja 2025r. dokonał zmiany SWZ, tj. przywrócił pierwotny wymóg zawarty w warunkach zamówienia tj.: „*Dopuszcza się wyłączenia silników parami przy zachowaniu maksymalnej prędkości eksploatacyjnej*".

Dowód: zmiana treści specyfikacji warunków zamówienia nr 4 z dnia 23 maja 2025 r. (BIZ-073-1084/2025) – pkt nr 4.

Odwołujący na posiedzeniu zmodyfikował żądanie zawarte w odwołaniu w następujący sposób: „*Silniki trakcyjne asynchroniczne, sterowane mikroprocesorowo. W przypadku uszkodzenia silnika wymagana jest możliwość wyłączenia każdego silnika z osobna lub wyłączenia silników parami. Wyłączenie silnika lub dwóch silników nie może spowodować spadku prędkości eksploatacyjnej poniżej 160 km/h*".

Izba zważyła:

Przechodząc do rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu podkreślić należy, że prawem Zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Izba przy tym podkreśla, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: „Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (…) na kwestie:

"uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r.,
sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też
"obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11),
Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie,
w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia
17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6
k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Jednakże, w kontekście

art. 99 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11).

W konsekwencji zgodzić należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający przedstawił przekonującą argumentację i powody dla których ustanowił wymóg, aby w sytuacji wyłączenia silników parami pojazdy w dalszym ciągu zachowały maksymalną prędkość eksploatacyjną. Zamawiający na rozprawie podkreślił również, że powyższy wymóg obowiązuje również w sytuacji wyłączenia tylko jednego silnika, a więc również wtedy pojazdy muszą zachować maksymalną prędkość eksploatacyjną. Co więcej Zamawiający podkreślił, na co przedłożył dowód nr 13, że w przypadku opóźnień pociągów na przewoźnika zostają nałożone wielomilionowe kary. Dlatego też Izba w składzie orzekającym uznała, że postawienie w OPZ wymogu osiągania maksymalnej prędkości eksploatacyjnej w razie awarii jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Izba stwierdziła również, że Odwołujący powinien w ramach przedstawianej argumentacji oraz dowodów na jej poparcie przekonać Izbę, że wprowadzony przez Zamawiającego wymóg ogranicza konkurencję i narusza zasadę proporcjonalności. Takich dowodów nie złożono. Odwołujący w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił, że powyższe rozwiązanie taką konkurencję narusza. Podkreślić jednak należy, że zasady zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności nie oznaczają, że Zamawiający ma obowiązek dopuścić rozwiązania, które są nieadekwatne i nie spełniają podstawowych wymagań Zamawiającego.

Z tego względu zarzut został oddalony.

O kosztach O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……

……

……