

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 2 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**  
**Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Mlącka**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2024 r. przez wykonawcę: **H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **„PKP Intercity” S.A., Al. Jerozolimskie 142 A, 02-305 Warszawa**,

.....  
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz**,

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawcy: **H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. 223/229, 61-485 Poznań**, uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący: .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – „PKP Intercity” S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Dostawa 35 dwunapędowych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług utrzymania”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 00792910-2023, numer wydania Dz.U. S: 250/2023

W dniu 8 stycznia 2024 r. wykonawca: H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, stosownie do przepisu art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) i ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, jak również w sposób nieproporcjonalny i nadmierny, tj. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem:

*„Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał:*

*i. dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 7 (siedmiu) pojazdów trakcyjnych i*

*ii. co najmniej 10 (dziesięć) usług utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujących czynności utrzymaniowe na 2-gim poziomie utrzymania, co najmniej 4 (cztery) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności utrzymaniowe na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 3 (trzy) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności na 4-tym poziomie utrzymania.*

*Za pojazd trakcyjny w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) i (ii.) powyżej, uznaje się pojazd (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę) posiadający własny układ napędowy zarówno autonomiczny (np. działający w oparciu o silnik spalinowy, wodór, baterie) jak i nieautonomiczny wymagający zastosowania zewnętrznego źródła zasilania (tj. pojazdy elektryczne zasilane z sieci trakcyjnej). Za dostawę w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) fabrycznie nowych pojazdów trakcyjnych.*

*Za naprawę okresową w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).*

*(...)*

*Za usługi utrzymania w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (ii.) powyżej, uznaje się usługi utrzymania odpowiednio na poziomie P2, poziomie P3 i poziomie P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.). (...)"*

– Rozdział VIII ust. 2 pkt 1 lit. d SWZ oraz pkt 5.1.9 Ogłoszenia o zamówieniu;

2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, art. 436 pkt 1 Pzp oraz art. 3531 w zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań mających wpływ na przygotowanie oferty, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty, nieadekwatny, naruszający uczciwą konkurencję, naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy w zakresie, w jakim Zamawiający określił zbyt krótki, nierealny termin realizacji zamówienia:

*„Dostawa dwóch pierwszych Pojazdów nastąpi w terminie do 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Dostawa kolejnych Pojazdów nastąpi nie później niż w terminach wskazanych w poniższym harmonogramie ramowym:*

Termin dostawy	Dostępność pojazdów
(miesiące liczone	do eksploatacji
od zawarcia umowy)	(narastająco)
do końca 30 m-ca	4
do końca 42 m-ca	16

- Rozdział VI pkt 1 SWZ, §19 ust. 2 umowy, pkt 5.1 Ogłoszenia o zamówieniu;

3. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 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) parametr skrajni został sformułowany następująco:

- „- Górna od 400 mm powyżej główki szyny G1

- Dolna do 400 mm powyżej główki szyny G11

Zgodnie z PN-EN 15273-2” – pkt 1 OPZ poz. 2 tabeli 1”;

- „Zgodne z wymaganiami TSI LOC&PAS i PN-EN 15273-2 i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z późn. zm.). Kinematyczny kontur odniesienia, wraz ze związanymi z nim zasadami powinien mieścić się w zarysie odniesienia G1 dla części górnej oraz G11 dla części dolnej zgodnie z TSI INF. Zakładany współczynnik kołysania bocznego (lub podatności) do celów obliczeń skrajni należy uzasadnić na podstawie obliczeń lub pomiarów określonych normą PN-EN 15273-2” – pkt 3 OPZ poz. 3.2.1 tabeli 2;

b) wskazano następujący parametr nacisku na osi na tor: „Zgodnie z wymaganiami TSI LOC&PAS. Nie więcej niż 175 kN” – pkt 1 OPZ poz. 4 tabeli 1;

c) wskazano następujący parametr dotyczący rozmieszczenia drzwi w pojeździe: „Zgodnie z wymaganiami TSI LOC&PAS, TSI PRM oraz PN-EN 14752. Rozmieszczenie drzwi wejściowych do członów, minimum jedne drzwi dla każdej stron pojedynczego członu, dla członów dłuższych niż 25 m – dwie pary drzwi, zapewniające równomierny dostęp z obszarów pasażerskich (...)” – pkt 5 OPZ poz. 5.2 tabeli;

4. art. 439 ust. 1 w zw. z art. 439 ust. 2 pkt 1) i 2) lit. b Pzp w zw. z art. 439 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)-3) Pzp w zw. z art. 3531 oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunków realizacji zamówienia w sposób naruszający ww. przepisy i prowadzący do naruszenia równowagi stron umowy oraz uniemożliwiający zapewnienia ekwiwalentności świadczeń stron umowy i zniwelowania ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego w zakresie, w jakim Zamawiający określił, iż waloryzacja cen jednostkowych dostaw Pojazdów będzie realizowana z uwzględnieniem następujących postanowień:

*„Ceny jednostkowe pierwszych czterech Pojazdów oraz Pojazdów, których termin dostawy przypada na ten sam rok kalendarzowy, co dostawa któregokolwiek z pierwszych czterech Pojazdów, nie będą waloryzowane, natomiast ceny kolejnych Pojazdów zostaną zwaloryzowane w przypadku złożenia wniosku o waloryzację, w oparciu o formułę waloryzacyjną określoną w Załączniku Nr 16 do Umowy, tj. przy pierwszej waloryzacji w stosunku do cen jednostkowych z oferty, oraz przy każdej kolejnej waloryzacji względem cen jednostkowych uprzednio zwaloryzowanych”,  
„Pierwsza waloryzacja może nastąpić od początku roku kalendarzowego po roku, w którym nastąpiła dostawa czterech pierwszych Pojazdów, albo miała nastąpić zgodnie z harmonogramem, a opóźnienie nie jest zawinione przez Wykonawcę. Po pierwszej waloryzacji, dopuszczalna jest waloryzacja cen jednostkowych niż raz na rok”*

- §3 ust. 4 pkt 1 i 3 umowy;

5. art. 97 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez ustalenie wadium w rażąco wygórowanej wysokości 13.700.000 zł – Rozdział XVIII ust. 1 SWZ, pkt 5.1.12 Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ, Ogłoszenia o zamówieniu i wzoru umowy poprzez:

1. zmianę Rozdziału VIII ust. 2 pkt 1 lit. d SWZ oraz pkt 5.1.9 Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

*„Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał:*

*i. dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 7 (siedmiu) pasażerskich pojazdów kolejowych*

*i*

*ii. co najmniej 4 (cztery) usługi utrzymania pasażerskich pojazdów kolejowych obejmujące czynności utrzymaniowe na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 3 (trzy) usługi utrzymania pasażerskich pojazdów kolejowych obejmujące czynności na 4-tym poziomie utrzymania.*

*Za pasażerski pojazd kolejowy w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) i (ii.) powyżej uznaje się pojazd kolejowy (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę, wagon pasażerski), przeznaczony do przewozu osób i dopuszczony do kursowania po liniach PKP PLK.*

*Za dostawę w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) fabrycznie nowych pasażerskich pojazdów kolejowych*

*Za naprawę okresową w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).*

*(...)*

*Za usługi utrzymania w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (ii.) powyżej, uznaje się usługi utrzymania odpowiednio na poziomie P3 i poziomie P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.). (...)"*

- pozostała treść warunku zdolności technicznej i zawodowej bez zmian;

2. modyfikację terminu realizacji zamówienia określonego w Rozdziale VI pkt 1 SWZ, §19 ust. 2 umowy, pkt 5.1 Ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, aby:
  - a) dostawa dwóch pierwszych Pojazdów nastąpiła w terminie do 42 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.
  - b) dostawa kolejnych Pojazdów nastąpiła nie później niż w terminach wskazanych w poniższym harmonogramie ramowym:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia umowy)	Dostępność pojazdów do eksploatacji (narastająco)
do końca 42 m-ca	2
do końca 51 m-ca	16
do końca 60 m-ca	35

3. Zmianę parametru skrajni w pkt 1 OPZ poz. 2 tabeli 1 oraz w pkt3 OPZ poz. 3.2.1 tabeli 2 w ten sposób, że dopuszczona zostanie również możliwość zaoferowania pojazdów zaprojektowanych według skrajni G2 w rozumieniu normy PN-EN 15273-2;

4. Zmianę pkt 1 OPZ poz. 4 tabeli 1 w ten sposób, że maksymalny nacisk osi na tor będzie wynosić  $\leq 185$  kN;

5. Doprecyzowanie pkt 5 OPZ poz. 5.2 tabeli poprzez wskazanie, że długość członu (w rozumieniu wymagania w zakresie liczby drzwi przypadających na człon) to warunek funkcjonalny określający długość pudła członu dostępną dla pasażerów;

6. Modyfikację §3 ust. 4 pkt 1 i 3 umowy w następujący sposób:

*„1) Ceny jednostkowe pierwszych dwóch Pojazdów nie będą waloryzowane, natomiast ceny kolejnych Pojazdów zostaną zwaloryzowane w przypadku złożenia wniosku o waloryzację, w oparciu o formułę waloryzacyjną określoną w Załączniku Nr 16 do Umowy, tj. przy pierwszej waloryzacji w stosunku do cen jednostkowych z oferty, oraz przy każdej kolejnej waloryzacji względem cen jednostkowych uprzednio zwaloryzowanych”*,

*„3) Pierwsza waloryzacja może nastąpić od początku roku kalendarzowego po roku, w którym nastąpiła dostawa dwóch pierwszych Pojazdów, albo miała nastąpić zgodnie z harmonogramem, a opóźnienie nie jest zawinione przez Wykonawcę. Po pierwszej waloryzacji, dopuszczalna jest waloryzacja cen jednostkowych Pojazdów w każdym roku kalendarzowym realizacji Umowy, jednak nie częściej niż raz na rok”;*

7. Zmianę Rozdziału XVIII ust. 1 SWZ, pkt 5.1.12 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez obniżenie wysokości wadium do 6.000.000 zł.

Wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 25 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1.

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

*„Zamawiający wymaga, by Wykonawca w okresie ostatnich **7 lat** liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał:*

*i. dostawę (dostawy) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) lub naprawę okresową (naprawy okresowe) z modernizacją (modernizacjami) - łącznie nie mniej niż 7 (siedmiu) pasażerskich pojazdów kolejowych*

*i*

*„ii. co najmniej 4 (cztery) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności utrzymaniowe na 3-im poziomie utrzymania oraz co najmniej 3 (trzy) usługi utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujące czynności na 4-tym poziomie utrzymania.*



*Za pojazd trakcyjny w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) i (ii.) powyżej, uznaje się pojazd (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę) posiadający własny układ napędowy zarówno autonomiczny (np. działający w oparciu o silnik spalinowy, wodór, baterie) jak i nieautonomiczny wymagający zastosowania zewnętrznego źródła zasilania (tj. pojazdy elektryczne zasilane z sieci trakcyjnej).*

*Za dostawę w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się dostawę w rozumieniu art. 605 ustawy z 23.4.1964 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) fabrycznie nowych pojazdów trakcyjnych.*

*Za naprawę okresową w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się usługi utrzymaniowe na poziomie P5 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. 2016 r. poz. 226 ze zm.).*

*Za modernizację w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (i.) powyżej, uznaje się prace modyfikacyjne zgodnie z § 2 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.10.2005 w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.).*

*Za usługi utrzymania w rozumieniu warunku określonego w ust. 2 pkt 1 lit. d (ii.) powyżej, uznaje się usługi utrzymania odpowiednio na poziomie P3 i poziomie P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 226 ze zm.). (...)"*

Zamawiający dokonał zmiany opisanego warunku poprzez usunięcie wymogu wykazania się doświadczeniem dotyczącym wykonania co najmniej dziesięciu usług utrzymania pojazdów trakcyjnych obejmujących czynności utrzymaniowe na 2-gim poziomie utrzymania uwzględniając argumentację Odwołującego dotyczącą zakresu poszczególnych poziomów przeglądów wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (tekst jedn. Dz.U. 2016, poz. 226).

Nadto, niezależnie od żądania Odwołującego, Zamawiający wydłużył referencyjny okres doświadczenia, którego dotyczy warunek z 5 do 7 lat.

Jednocześnie Zamawiający nie uwzględnił wniosku Odwołującego w zakresie zastąpienia pojęcia „pojazdu trakcyjnego” zdefiniowanego w SWZ jako „pojazd (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę) posiadający własny układ napędowy zarówno autonomiczny (np. działający w oparciu o silnik spalinowy, wodór, baterie) jak i nieautonomiczny wymagający zastosowania zewnętrznego źródła zasilania (tj. pojazdy elektryczne zasilane z sieci

trakcyjnej)”, pojęciem „pasażerski pojazd kolejowy”, za który, zgodnie z definicją zaproponowaną przez Odwołującego, należy uznać „pojazd kolejowy (tj. zespół trakcyjny, lokomotywę, wagon pasażerski), przeznaczony do przewozu osób i dopuszczony do kursowania po liniach PKP PLK.”

W zakresie zarzutu nr 2.

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ, załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy) oraz Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

„2. Dostawa dwóch pierwszych Pojazdów nastąpi w terminie do 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Dostawa kolejnych Pojazdów nastąpi nie później niż w terminach wskazanych w poniższym harmonogramie ramowym:

Termin dostawy (miesiące liczone od zawarcia umowy)	Dostępność pojazdów do eksploatacji (narastająco)
do końca 36 m-ca	4
do końca 42 m-ca	16
do końca 60 m-ca	35

W wyniku zmiany SWZ, Zamawiający wydłużył termin dostawy dwóch pierwszych pojazdów z 24 do 30 miesięcy, zaś kolejnych dwóch z 30 do 36 miesięcy. W ocenie Zamawiającego powyższe terminy realizacji zamówienia są terminami realnymi, uwzględniającymi zarówno uzasadnione potrzeby Zamawiającego, jak i wszystkie wymagania mające wpływ na przygotowanie oferty, określonymi w oparciu o rzeczywiste, panujące na rynku uwarunkowania.

W zakresie zarzutu nr 3 lit. a)

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 1 do SWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

„- Górna od 400 mm powyżej główki szyny G1 lub G2  
- Dolna do 400 mm powyżej główki szyny G11 lub G12  
Zgodnie z PN-EN 15273-2”

W konsekwencji, Zamawiający zmienił również brzmienie Załącznika nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, 3.2 Oddziaływanie między pojazdem szynowym a torem i skrajnią, Tabela, pkt 3.2.1, Nazwa: Skrajnia, treść w kolumnie Wymagania zdanie drugie w następujący sposób:

„Kinematyczny kontur odniesienia, wraz ze związanymi z nim zasadami powinien mieścić się w zarysie odniesienia G1 **lub** G2 dla części górnej oraz G11 **lub** G12 dla części dolnej zgodnie z TSI INF.”

W zakresie zarzutu nr 3 lit. b)

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 1 do SWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

*„Zgodnie z wymaganiami TSI LOC&PAS. Nie więcej niż 177 kN.”*

Zamawiający częściowo przychylił się do wniosku Odwołującego, tj. zwiększył maksymalną wartość nacisku osi na tor z 175 kN na 177 kN.

W zakresie zarzutu nr 3 lit. c)

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 1 do SWZ (Opisu Przedmiotu Zamówienia). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

*„Rozmieszczenie drzwi wejściowych do członów:*

- minimum jedne drzwi dla każdej stron pojedynczego członu,*
- dwie pary drzwi, zapewniające równomierny dostęp z obszarów pasażerskich dla wewnętrznej długości członu większej niż 25 m mierzony od powierzchni płaskiej ściany działowej przejścia międzyczłonowego do powierzchni płaskiej wyjścia z kabiny **maszynisty** (do przedziału pasażerskiego) bądź naprzeciwległej powierzchni płaskiej ściany działowej przejścia międzyczłonowego członu.”*

W zakresie zarzutu nr 4

Zamawiający częściowo przychylił się do żądania Odwołującego i w dniu 22 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści załącznika nr 2 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy). Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

*„1) Ceny jednostkowe pierwszych czterech Pojazdów nie będą waloryzowane, natomiast ceny kolejnych Pojazdów zostaną zwaloryzowane w przypadku złożenia wniosku o waloryzację, w oparciu o formułę waloryzacyjną określoną w Załączniku Nr 16 do Umowy, tj. przy pierwszej waloryzacji w stosunku do cen jednostkowych z oferty, oraz przy każdej kolejnej waloryzacji względem cen jednostkowych uprzednio zwaloryzowanych. [...]*

*3) Po pierwszej waloryzacji, dopuszczalna jest waloryzacja cen jednostkowych Pojazdów w każdym kolejnym roku kalendarzowym realizacji Umowy, jednak nie częściej niż raz na rok.”*

Zamawiający utrzymał postanowienie § 3 ust. 4 pkt 1) projektu umowy, zgodnie z którym pierwsza waloryzacja wynagrodzenia może mieć miejsce dopiero po dostawie czterech pierwszych pojazdów.

W zakresie zarzutu nr 5

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i w dniu 17 stycznia 2024 r. dokonał zmiany treści SWZ i Ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób. Poniżej brzmienie zapisu po zmianie:

*„Wykonawca obowiązany jest do wniesienia wadium w kwocie 6 000 000,00 zł.”*

W dniu 26 stycznia 2024 r. wykonawca NEWAG S.A., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania.

Wykonawca NEWAG S.A., pismem z dnia 29 stycznia 2024 r., złożył oświadczenie, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania.

W toku posiedzenia z udziałem stron Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 29 stycznia 2024 r. dokonał kolejnych zmian treści postanowień SWZ dotyczących Rozdziału VIII Kwalifikacja podmiotowa wykonawców ust. 2 pkt 1 lit d zdanie pierwsze, zdanie czwarte, zdanie piąte, zdanie szóste, po zdaniu siódmym – dodane zdanie dodatkowe.

W związku z dokonanyimi zmianami postanowień SWZ, Zamawiający zmienił treść Części IV Sekcja C pkt 1b JEDZ.

Ponadto, w dniu 1 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał kolejnych zmian treści postanowień SWZ:

– w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) 1. Opis przedmiotu zamówienia Tabela 1 Zasadnicze parametry techniczne i warunki eksploatacji Pojazdów Lp.4 Parametr: Maksymalny nacisk osi na tor, w kolumnie Wymagania zostały dodane dodatkowe zdania;

- w zakresie Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) 3.2 Oddziaływanie między pojazdem szynowym a torem i skrajnią, Tabela pkt 3.2.2.1 Nazwa: Parametr: nacisk osi na tor, w kolumnie Wymagania zostały dodane dodatkowe zdania.

Zamawiający w dniu 29 stycznia 2024 r. dokonał również zmiany ogłoszenia o zamówieniu, nie wydłużając terminu składania ofert.

Odwołujący cofnął w toku posiedzenia zarzut nr 1 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego dotyczącej „pojazdu trakcyjnego”, a także zarzut nr 4 w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego dotyczącej treści § 3 ust. 4 pkt 1 i 3 wzoru umowy.

**W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:**

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 i pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 Pzp.

Izba stwierdziła, że w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania oraz wobec braku wniesienia sprzeciwu w tym zakresie przez uczestnika postępowania - wykonawcę NEWAG S.A., który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu w tej części na podstawie art. 568 pkt 3 w związku z art. 522 ust. 4 Pzp. W zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego powyższe zarzuty zostały cofnięte przez Odwołującego (dotyczy zarzutu nr 1 i 4 odwołania).

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania, których Zamawiający nie uwzględnił, lecz jednocześnie dokonał istotnych zmian treści postanowień SWZ (i w konsekwencji treści ogłoszenia o zamówieniu), które były przedmiotem odwołania, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe, z uwagi na fakt, że treść postanowień SWZ, która stanowiła podstawę do sformułowania zarzutów i wniesienia odwołania przestała istnieć na dzień rozpoznania odwołania. Dokonanie przez Zamawiającego zmian treści SWZ w prowadzonym postępowaniu przed rozpoznaniem wniesionego odwołania przez KIO powoduje, że czynności, stanowiące substrat zaskarżenia – określone postanowienia SWZ - wobec których zostało wniesione odwołanie, przestały istnieć, co powoduje *de facto* brak substratu zaskarżenia w postępowaniu. Izba stwierdziła w tym stanie rzeczy, że zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie w oparciu o art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

.....

.....