

Sygn. akt: KIO 628/16
KIO 632/16

WYROK
z dnia 17 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Agata Mikołajczyk**
Aneta Mlącka

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 5 i 13 maja 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 22 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa** z siedzibą w Warszawie przy ul. Żelaznej 59A lok. 0026, 00-848 Warszawa (sygn. akt KIO 628/16);
- B) w dniu 22 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego **NEWAG Spółka Akcyjna** z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz (sygn. akt KIO 632/16)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Łódzka Kolej Aglomeracyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi przy Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź

przy udziale

wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 628/16 i KIO 632/16 po stronie Odwołujących się

wykonawcy **NEWAG S.A.** z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 628/16 po stronie Zamawiającego

wykonawcy **Stadler Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Siedlcach przy ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 628/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

- A. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany w ogłoszeniu i siwz opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu (kwalifikacje techniczne) w taki sposób, aby podstawą weryfikacji wiedzy i doświadczenia wykonawcy nie była dostawa pojazdów wyposażonych w system ETCS wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu klejowego zgodnego z TSI (sygn. akt KIO 628/16);
- B. Uwzględnia odwołanie wniesione przez NEWAG S.A. i nakazuje Zamawiającemu usunięcie lub dokonanie zmiany zapisu § 30 ust. 3 IPU dotyczącego obowiązku wykonawcy utrzymywania stanu magazynowego części zamiennych, tak aby usunąć stan niepewności co do zakresu rzeczowego i jakości części zamiennych oraz ekwiwalentności dodatkowego świadczenia wykonawcy, które wykracza poza zasadniczy przedmiot zamówienia (sygn. akt KIO 632/16).
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego – Łódzką Kolej Aglomeracyjną Sp. z o.o. w sprawach połączonych (sygn. akt KIO 628/16 i KIO 632/16) i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 628/16) oraz Newag S.A. z/s w Nowym Sączu (sygn. akt KIO 632/16), tytułem wpisów od odwołań.
- 2.2 zasądza od Zamawiającego – Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o., na rzecz Odwołujących: Polski Związek Pracodawców Budownictwa (sygn. akt KIO 628/16) oraz NEWAG S.A. (sygn. akt KIO 632/16) kwotę **38.700 zł 60 gr.** (słownie: trzydzieści osiem tysięcy siedemset złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów stron poniesionych w związku z wpisami od odwołań oraz wynagrodzeniem pełnomocników, w tym:
- A) na rzecz Odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa kwotę **20.100 zł 60 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy sto złotych sześćdziesiąt groszy) - w sprawie KIO 628/16,
- B) na rzecz Odwołującego NEWAG S.A. kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - w sprawie KIO 632/16.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o. w Łodzi w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania w ramach projektu „Budowa Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej Etap II”* (nr postępowania: 6/ZFP/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2016/S 072-126646 w dniu 13 kwietnia 2016 r., wobec postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), zostały wniesione odpowiednio w dniach 22 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: Polski Związek Przedsiębiorców Budownictwa w Warszawie (sygn. akt KIO 628/16) oraz Newag S.A. z/s w Nowym Sączu (sygn. akt KIO 632/16).

Zamawiający opublikował treść siwz na stronie internetowej w dniu 13.04.2016 r.

I. Sygn. akt KIO 628/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 628/16 Odwołujący – Polski Związek Przedsiębiorców Budownictwa (dalej jako PZPB) zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy, tj. art. 22 ust. 1 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, polegające na:

- A. żądaniu wykazania przez wykonawcę, że wykonał należycie co najmniej jedno zamówienie, w ramach którego dostarczył co najmniej 4 fabryczne nowe elektryczne zespoły trakcyjne;
- B. żądaniu wykazania przez wykonawcę, że dostarczone przez niego elektryczne zespoły trakcyjne były wyposażone w urządzenia systemu ETCS co najmniej poziomu 1 oraz, że elektryczne zespoły trakcyjne dostarczone zostały wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnie z TSI lub dokumentem równoważnym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień punktu III.2.3 p.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 6.2.2 siwz w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez wskazanie na dostawę 4 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, które uzyskały dopuszczenie do eksploatacji w co najmniej jednym państwie członkowskim Unii Europejskiej oraz dostawę co najmniej jednego pojazdu kolejowego wyposażonego w urządzenia pokładowe systemu

ETCS co najmniej poziomu 1 lub wykonanie świadczenia polegającego na wyposażeniu pojazdu kolejowego w urządzenia pokładowe systemu ETCS co najmniej poziomu 1.

Zgodnie z art. 179 ust. 2 ustawy środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz przysługują również organizacjom wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpis z dnia 22 lipca 2005 r., decyzją nr LO/2693/05). Tym samym Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 Ustawy Odwołujący podniósł, iż wymaganie doświadczenia w realizacji co najmniej jednego zamówienia obejmującego dostawę co najmniej 4 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych oznacza dopuszczalność posłużenia się doświadczeniem w całości wykonanym należycie. Tym samym realizacja zamówienia o znacznie szerszym zakresie, np. na dostawę 50 pojazdów, z których zaledwie kilka było dostarczonych nienależycie, uniemożliwia wykonawcy spełnienie tak postawionego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego właściwym jest ocena doświadczenia polegającego na należytych zrealizowaniu dostawy 4 elektrycznych zespołów trakcyjnych, niezależnie od zakresu i liczby zamówień, w ramach których łącznie dostarczono 4 pojazdy. Nie ma podstaw do tego, aby Zamawiający oceniał należyte wykonanie całości zamówienia, którego tylko niewielką część może stanowić dostawa 4 sztuk pojazdów. Obecny wymóg, jest nadmierny do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

W zakresie wymagania dotyczącego wyposażenia w urządzenia systemu ETCS co najmniej poziomu 1 oraz zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI, Odwołujący podnosi, jego nieproporcjonalność oraz ograniczenie konkurencji w postępowaniu, z udziału w którym wykluczeni są wykonawcy, którzy zrealizowali dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych i dają należytą rękojmię realizacji zamówienia, ale nie spełniają dodatkowych warunków postawionych przez Zamawiającego, ponieważ posiadają tylko doświadczenie w dostawie zespołów trakcyjnych bez wyposażenia w urządzenia pokładowe systemu ETCS, w które zostały wyposażone już po dostawie; dostawie elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z dokumentem dopuszczającym do eksploatację pojazdu kolejowego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego niezgodnego z TSI, tj. w oparciu o dopuszczalne odstępstwa od stosowania TSI lub świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, tj. w oparciu o przepisy przejściowe ustawy o transporcie kolejowym); dostawie elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego, niezgodnego z TSI, tj. w oparciu o dopuszczalne odstępstwa od stosowania TSI, z późniejszym dostarczeniem zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub dostarczeniem

dokumentów potwierdzających zgodność z TSI; dostawie spalinowych zespołów trakcyjnych wyposażonych w urządzenia pokładowe systemu ETCS, co najmniej poziomu 1, wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego; dostawie lokomotyw wyposażonych w urządzenia pokładowe systemu ETCS co najmniej poziomu 1.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i obowiązku zachowania proporcjonalności w zakresie sformułowania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nastąpiło na dwóch płaszczyznach: w zakresie żądania doświadczenia w dostawie pojazdów wyposażonych w urządzenia systemu ETCS poziom 1 (A) oraz w zakresie żądania doświadczenia w dostawie pojazdu wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub dokumentem równoważnym (B).

A.

Europejski System Sterowania Pociągiem (ETCS) jest to system sterowania ruchem kolejowym, stanowiący część wdrażanego w Unii Europejskiej systemu ERTMS, który ma zapewnić interoperacyjność transportu kolejowego, czyli możliwość swobodnego poruszania się pociągów w sieciach kolejowych poszczególnych państw UE bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw lub maszynistów. Urządzenia pokładowe systemu ETCS nie są produkowane przez producentów pojazdów kolejowych samodzielnie, ale są im dostarczane przez poddostawców. Obecnie na rynku polskim dwa podmioty oferują urządzenia systemu bezpieczeństwa – Alstom oraz Siemens. Dostawca systemu ETCS odpowiada za weryfikację dokumentacji projektowej pojazdu oraz przygotowanie instrukcji montażu i uruchomienia urządzeń. W identyczne urządzenia wyposażone są pojazdy spalinowe, zatem wyłączenie doświadczenia w dostawie pojazdów spalinowych wyposażonych w urządzenia pokładowe systemu ETCS co najmniej poziom 1, w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ urządzenia te są identyczne w przypadku pojazdów spalinowych i elektrycznych. W przedmiotowej sprawie brak zasadniczych różnic między umiejętnościami wykonawcy niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia, a umiejętnościami nabytymi przy świadczeniach, o uznanie których ubiega się Odwołujący. Pomimo różnic w zakresie napędu pojazdów, umiejętności wykonawcy niezbędne do dostarczenia pojazdu kolejowego wyposażonego w system bezpieczeństwa ETCS są takie same i tym samym nie ma powodu do ograniczenia kręgu uprawnionych do udziału w postępowaniu. Zmiana o jaką wnosi Odwołujący polegać ma na dopuszczeniu doświadczenia w dostawie pojazdu kolejowego (bez względu na rodzaj napędu) wyposażonego w urządzenia pokładowe systemu ETCS co najmniej poziomu 1.

B.

Żądane zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI jest wydawane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, zgodnie z przepisami ustawy o transporcie kolejowym (Dz. U.2015.1297), w której dzieli się pojazdy na zgodne z TSI i niezgodne z TSI (art. 23b), obowiązującymi w dniu wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji tych pojazdów. Przepisy przejściowe ustawy o transporcie kolejowym przewidują możliwość dopuszczenia do eksploatacji pojazdu kolejowego na podstawie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego oraz deklaracji zgodności z dopuszczonym typem.

Techniczne Specyfikacje Interoperacyjności są to ogłaszane przez Komisję Europejską szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne, procedury i metody oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności kolei. W przypadku dotychczasowych dostaw pojazdów nie było niezbędne zapewnienie pełnej zgodności z TSI dla uzyskania dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego. Możliwe było dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego, jako niezgodnego z TSI w oparciu o tzw. odstępstwa przewidziane w poszczególnych TSI, np. w przypadku umów podpisanych przez wejściem w życie danych TSI lub w przypadku projektów rozpoczętych przed wejściem w życie danych TSI. Tryb dopuszczenia pojazdu kolejowego, jako zgodnego z TSI będzie obowiązkowy dopiero od dnia 1 czerwca 2017 r. (upływ okresu przejściowego dla rozporządzenia Komisji Europejskiej (UE) nr 1302/2014 z 18.11.2014 r. w sprawie technicznych specyfikacji interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu „Tabor – lokomotywy i tabor pasażerski”). Z upływem okresu przejściowego nie będzie możliwe powołanie się na przesłanki umożliwiające zwolnienie ze spełnienia wymogów zawartych w poszczególnych TSI.

Uzyskanie dopuszczenia pojazdu kolejowego do eksploatacji w trybie pojazdu niezgodnego z TSI nie przesądza, że pojazd ten rzeczywiście jest niezgodny z TSI, ale wskazuje tylko na tryb uzyskania dopuszczenia. Uzyskanie dopuszczenia w innym trybie przewidzianym obowiązującymi przepisami nie przesądza, że dany producent pojazdu kolejowego nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia. Z uwagi na zmianę stanu prawnego i wejście w życie nowych TSI z dniem 1 stycznia 2015 r., pojazdy, których dostawa stanowi przedmiot zamówienia będą spełniały inne normy, niż pojazdy referencyjne.

Wg wiedzy Odwołującego żaden wykonawca nie spełnia warunku polegającego na dostawie pojazdów elektrycznych wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI. Obecnie takie zezwolenia uzyskały dwa podmioty: Stadler Polska Sp. z o.o. dla pojazdu serii Flirt typu L-4268 oraz dla pojazdu typu Flirt 3 serii ED160 (uzyskane po dostawie pojazdów realizowanej w 2014 r. i 2015 r., odpowiednio w dniu 23.12.2015 dla Flirt 3 serii ED160 oraz 20.11.2015 r. dla Flirt typu L-4268) oraz Alstom

Ferrovial S.p.A dla pojazdu dużych prędkości typu EMU250PKP (ED250). Pojazdy dostarczane przez Stadler posiadały zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego niezgodnego z TSI. Zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji elektrycznego zespołu trakcyjnego zgodnego z TSI dotyczy pojazdu ED250, tj. pojazdu dużych prędkości o charakterystyce dalekiej od pojazdów, których dostawa jest przedmiotem zamówienia. Przy ilości zamawianych pojazdów (poniżej 20 sztuk) należy zakładać, iż o zamówienie ubiegać się będzie trzech krajowych producentów, z których żaden nie legitymuje się wymaganym doświadczeniem.

Odwołując się do definicji rynku właściwego odwołujący wskazał, iż warunki panujące na polskim rynku dostaw pojazdów kolejowych mogą być odróżnione od rynku obszarów sąsiadujących z uwagi na właściwości oceny pojazdów, a także z uwagi na aktywną działalność konkretnych podmiotów na tym rynku.

Konieczność zachowania proporcjonalności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu wymaga, aby były one uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności zamówienia lub warunkami jego realizacji. Stawiane wymagania nie mogą przy tym ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy obiektywnie są zdolni do jego wykonania w sposób należyty. Ograniczanie konkurencji gwarantowanej Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów (wyrok ETS z 23.12.2009r., C-376/08, wyrok ETS z 27.10.2005, C-234/03, wyrok ETS z 16.09.1999 r. C-414/97).

II. Sygn. akt KIO 632/16

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 632/16 Odwołujący – Newag S.A. z/s w Nowym Sączu zaskarżył treść siwz w części naruszające art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Ustawy oraz art. 353 (1) k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy, wykraczające poza swobodę kształtowania stosunków zobowiązaniowych, co mogłoby doprowadzić do częściowej lub całkowitej nieważności zawartej umowy, polegające na:

1. zobowiązaniu wykonawcy do przedstawienia pojazdu zastępczego w czasie obowiązywania gwarancji za wady udzielonej na pojazd i czynności utrzymaniowe (§ 24 ust. 10 i § 37 ust. 8 wzoru umowy);
2. zobowiązaniu wykonawcy do przechowywania pojazdu, po dokonaniu odbioru końcowego, bez sprecyzowania końcowego terminu przechowania (§ 19 ust. 16 wzoru umowy);

3. wyłączeniu prawa potrącenia wierzytelności wykonawcy z jednoczesnym brakiem tego rodzaju wyłączenia odnośnie wierzytelności zamawiającego (§ 8 ust. 3 wzoru umowy);
4. zastrzeżeniu kar umownych oraz prawa do odstąpienia/wypowiedzenia za „opóźnienie” w wykonywaniu zobowiązań oraz określenie kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej (§ 11, 26, 41 i 42 wzoru umowy);
5. zobowiązaniu do utrzymywania części zamiennych w celu wykonania czynności wyłączonych z przedmiotu zamówienia w terminie 30 dni od zgłoszenia, co wykracza poza przedmiot zamówienia, bez określenia zakresu wymaganych części zamiennych (§ 30 ust. 3 wzoru umowy);
6. przyznaniu Zamawiającemu prawa do jednostronnego odroczenia płatności wynagrodzenia 3 miesiące z przyczyn niezależnych od wykonawcy (§ 23 ust. 14);
7. wskazanie, iż podstawą do wystawienia faktury VAT i uznania dostawy za wykonaną jest protokół końcowy bez jakichkolwiek zastrzeżeń (§ 16 ust. 2, § 19 ust. 14, §23 ust. 5);
8. zobowiązanie wykonawcy do naprawy szkody wynikającej z awarii pojazdu bez określenia, czy szkoda uwzględnia otrzymane od ubezpieczyciela odszkodowanie (§ 4 ust. 2 i 3 wzoru umowy).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień wzoru umowy w sposób przez niego wskazany w treści odwołania, tj. usunięcie zobowiązania z § 24 ust. 10 i § 37 ust. 8 wzoru umowy, usunięcie zobowiązania z § 19 ust. 16 wzoru umowy, wyłączenie prawa potrącenia wierzytelności wykonawcy lub zastrzeżenie analogicznego wyłączenia dla wierzytelności zamawiającego, zastrzeżenie kar umownych i prawa do odstąpienia/wypowiedzenia za „zwłokę” oraz obniżenie kar umownych, usunięcie zobowiązania z § 30 ust. 3 wzoru umowy, usunięcie prawa zamawiającego do wstrzymania płatności przez okres 3 miesięcy z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia, Odwołujący podniósł, iż jest producentem pojazdów stanowiących przedmiot zamówienia, spełnia warunki udziału w postępowaniu i zamierza ubiegać się o zamówienie, a podniesione przez niego postanowienia siwz uniemożliwiają prawidłowe sporządzenie oferty.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do granic zasady swobody umów i przysługującego Zamawiającemu prawa kształtowania przyszłej umowy, która powinna być jednoznaczna i precyzyjna, tak aby możliwe było skalkulowanie ryzyka oraz kosztów. Ponadto, wzoru umowy nie może zawierać postanowień sprzeciwiających się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W części postanowień

Zamawiający miał dopuścić się przekroczenia granic swobody, jaką ma Zamawiający przy kształtowaniu postanowień przyszłej umowy.

Ad 1)

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do zapewnienia pojazdu zastępczego o parametrach technicznych nie gorszych od pojazdów dostarczonych w razie wystąpienia wady, objętej udzieloną gwarancją, powodującej wyłączenie pojazdu z eksploatacji (§ 24 ust. 10 i § 37 ust. 8 wzoru umowy).

Nieprecyzyjność tych postanowień dotyczy braku określenia równoważności pod kątem technicznym pojazdu zastępczego, co może prowadzić do konieczności wyprodukowania identycznego pojazdu wyłącznie na użytek ewentualnego wykorzystania jako pojazd zastępczy, czy też Zamawiający wymaga tylko równoważności technicznej w zakresie najważniejszych funkcji pojazdu. Ponadto, zobowiązanie to prowadziło do pokrzywdzenia wykonawcy i nieuzasadnionego biorąc pod uwagę charakter umowy – dostawa pojazdów szynowych. Zamawiający wymaga zapewnienia pojazdu szynowego, którego koszt wyprodukowania to kilkanaście milionów złotych i to bez możliwości wcześniejszego usunięcia wad powodujących wyłączenie z eksploatacji pojazdu. Dostarczenie pojazdu zastępczego również wymaga dodatkowego czasu niezbędnego na przejazdy i kwestie formalno-prawne. Skoro Zamawiający zamawia 14 pojazdów, to brak jest racjonalnego uzasadnienia dla oczekiwania aby wykonawca wyprodukował ich większą ilość, a interesy Zamawiającego są w wystarczający sposób zabezpieczone przez kary umowne zastrzeżone na okoliczność nieterminowego usuwania wad oraz prawa do usunięcia wad przez Zamawiającego na koszt wykonawcy (§ 24 ust.11).

Ad 2)

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przechowania pojazdu po odbiorze końcowym, który odbywa się u Zamawiającego, do czasu włączenia pojazdu do eksploatacji.

W ocenie Odwołującego nie ma to uzasadnienia, gdyż po odbiorze końcowym własność pojazdu przechodzi na Zamawiającego, co więcej w trakcie odbioru końcowego pojazd jest już w posiadaniu Zamawiającego i to u niego odbywa się odbiór końcowy. Nie ma zatem uzasadnienia do odbierania sprzedanego pojazdu od Zamawiającego i jego przechowywania u wykonawcy. Ponadto, to od decyzji Zamawiającego uzależnione jest włączenie pojazdu do eksploatacji, co oznacza że wykonawca może być zobowiązany do przechowania pojazdu na jego koszt przez nieokreślony czas. Wskazuje na niemożliwe do oszacowania ryzyko i koszty wykonania obowiązku przy sporządzaniu oferty.

Ad 3)

Wyłączenie prawa potrącenia przez wykonawcę jego wierzytelności wobec Zamawiającego z wierzytelnościami Zamawiającego, w ocenie Odwołującego byłoby nieważne z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter art. 498 KC. Ponadto, klauzula ta powinna jednakowo dotyczyć obydwu stron.

Ad 4)

Zastrzeżone kary umowne i odstąpienie/wypowiedzenie w razie „opóźnienia” w wykonywaniu zobowiązań budzi wątpliwości interpretacyjne, albowiem kara umowna zgodnie z art. 484 kc jest formą zryczałtowanego odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z czym ma się do czynienia w razie winy dłużnika. Stąd właściwym określeniem dla kary umownej jest „zwłoka”, a zastrzeganie kary umownej za „opóźnienie” może prowadzić do sporów i wątpliwości interpretacyjnych co do ważności i skutków prawnych przedmiotowych klauzul umownych. Ponadto, Odwołujący mając na uwadze przykładowe postępowania wskazał, iż kary są rażąco wygórowane i nie przystają do charakteru naruszeń, odnośnie których je przewidziano.

Ad 5)

Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek utrzymywania części zamiennych, tak aby było możliwe usunięcie w terminie 30 dni usterek i awarii, które zostały wyłączone z zakresu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może nakładać na wykonawcę obowiązków, które nie są związane z przedmiotem zamówienia, a zatem nie są objęte wynagrodzeniem. Ponadto, Zamawiający nie sprecyzował jakie części zamienne miałby utrzymywać wykonawca i czy zobowiąże się je odkupić po wygaśnięciu umowy. Jeżeli wykonawca miałby składować wszelkie części zamienne, to musiałby ponieść koszt materiałowy co najmniej jednego dodatkowego pojazdu.

Ad 6)

Zamawiający przewidział dla siebie prawo do jednostronnego przedłużenia sobie terminu płatności wynagrodzenia umownego o 3 miesiące w razie problemów z wypłatą dofinansowania, bez prawa wykonawcy do żądania odsetek, co prowadziłoby do naruszenia maksymalnych terminów zapłaty w transakcjach handlowych, wynikających z art. 7 Ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, bezwzględnie obowiązujących.

Ad 7)

Zamawiający wskazał, iż uzna dostawę za wykonaną w razie podpisania protokołu odbioru końcowego bez jakichkolwiek zastrzeżeń, co może prowadzić do wątpliwości w razie drobnych, błahych uchybień, które nie mogą stanowić podstawy do odmowy odbioru.

Odwołujący wnosi o sprecyzowanie, iż dostawa jest uważana za wykonaną w razie braku istotnych zastrzeżeń (definicja istotności wad zawarta jest we wzorze umowy).

Ad 8)

Zdaniem Odwołującego zakres odpowiedzialności wykonawcy w razie zawinionej awarii pojazdu jest nieprecyzyjna, ponieważ nie wskazano, czy przy określeniu wysokości szkody Zamawiający ma obowiązek uwzględnić odszkodowanie, które wypłaci ubezpieczyciel. Należy bowiem wskazać, iż zgodnie z § 5 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający ma obowiązek ubezpieczyć pojazd od wszelkich szkód.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Zamawiający w odpowiedzi na oba odwołania dołączył informację o dokonanej pismem z dnia 04.05.2016r. zmianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części III – Istotne Postanowienia Umowy (dalej: „IPU”), które w części czyniły zadość żądaniom Odwołującego NEWAG, co ten ostatni przyznał na rozprawie wskazując na bezprzedmiotowość części zarzutów opisanych w pkt 2 i 6 odwołania.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 628/16 skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy: NEWAG oraz STADLER, a po stronie Odwołującego PESA, natomiast w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 632/16 po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca PESA. Postępowanie odwoławcze odbyło się z udziałem wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu.

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 5 oraz 13 maja 2016 r. uznała, iż nie występują przeszkody uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne podnoszonych zarzutów i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba ustaliła stan faktyczny stanowiący podstawę rozstrzygnięcia o zasadności podniesionych zarzutów w obu odwołaniach.

I. Odwołanie PZPB (sygn. akt KIO 628/16).

W odwołaniu PZPB sformułował wobec Zamawiającego zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 Ustawy w odniesieniu do ustalonego sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w którym Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należytego wykonania co najmniej jednego zamówienia w ramach, którego dostarczone zostały, co najmniej 4 fabrycznie nowe elektryczne zespoły trakcyjne wyposażone w urządzenia systemu ETCS co najmniej poziom 1 wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI lub dokumentem równoważnym. Odwołujący zakwestionował wskazane postanowienie ogłoszenia (III.2.3 p.1) oraz siwz (rozdział 6.2.2 IDW) na dwóch płaszczyznach, tj. konieczności wykazania się doświadczeniem w dostawie EZT w ilości czterech sztuk w ramach jednego zamówienia oraz żądania wykazania się doświadczeniem w dostawie EZT wyposażonych w urządzenia systemu ETCS co najmniej poziomu 1 wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnie z TSI lub dokumentem równoważnym.

Przedmiot zamówienia, którego wykonanie zostanie powierzone wykonawcy wyłonionemu w postępowaniu obejmuje dostawę 14 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT), wyposażonych w urządzenia ETCS poziom 2, zgodnych z TSI wraz z uzyskaniem dla nich zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI, stanowiące kolejny etap budowy kolei aglomeracyjnej w Łodzi. Zamawiający wyjaśniał, iż zamówienie referencyjne ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. Z punktu widzenia Zamawiającego dwa kluczowe elementy zamówienia zostały ujęte w treści warunku, tj. doświadczenie w dostawie co najmniej 4 EZT wyposażonych w ETCS co najmniej poziomu 1 oraz doświadczenie w uzyskaniu zezwolenia na dopuszczenie EZT wyposażonych w ETCS co najmniej poziomu 1 do eksploatacji jako zgodnych z TSI (strona 8 odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający na podstawie własnych doświadczeń, jak i doświadczeń innych zamawiających tabor kolejowy zgodny z TSI i dopuszczony do eksploatacji, jako zgodny w TSI uznał, iż proces certyfikacji i uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI jest bardzo skomplikowanym, długotrwałym, a jednocześnie kluczowym elementem realizacji zamówienia na dostawę taboru. Dlatego też ten kluczowy element uwzględnił w procedurze weryfikacji wykonawców w zakresie posiadanego przez nich doświadczenia dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia (odpowiedź na odwołanie z 04.05.2016 r., str. 8). Zamawiający uznawał za niewystarczające doświadczenie

w dopuszczeniu do eksploatacji pojazdu niezgodnego z TSI (z dopuszczonymi odstępstwami od TSI), jak również w uzyskaniu dopuszczenia do eksploatacji pojazdu na podstawie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego (które dotyczy taboru: metra, pojazdów wąskotorowych, pojazdów bocznicowych i pojazdów kolejowych dla sieci kolejowych funkcjonalnie wyodrębnionych z systemu kolei pod warunkiem, że sieci te są przeznaczone wyłącznie do prowadzenia pasażerskich przewozów lokalnych, oraz miejskich lub podmiejskich realizowanych przez przewoźników działających wyłącznie w obrębie tych sieci). Zamawiający wyjaśniał, iż uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji dla pojazdu zgodnego z TSI jest konieczne od 1 czerwca 2011 r. dla wszystkich pojazdów nowych typów, dla których nie uzyskano formalnego odstępstwa, jako warunku bez spełnienia, którego wprowadzenie nowego typu pojazdu do eksploatacji na sieci kolejowej jest niemożliwe (str. 15 odpowiedzi na odwołanie), a zamiarem Zamawiającego nie jest nabycie pojazdów niezgodnych z TSI. Jednocześnie Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż od 2012 r. nie mogą być zamawiane nowe EZT bez wyposażenia w system sterowania ruchem ETCS (w związku z decyzjami Komisji Europejskiej albo rozporządzeniami mającymi bezpośrednie zastosowanie w porządku krajowym), co miało wskazywać na możliwość zdobycia wymaganego w tym postępowaniu doświadczenia przez wszystkich producentów pojazdów przy dotychczas realizowanych zamówieniach na obszarze Polski oraz pozostałych państw członkowskich.

Doświadczenie własne Zamawiającego dotyczy ogłoszonego w 2012 r. postępowania obejmującego dostawę 20 EZT wyposażonych w system ETCS, stanowiące pierwszy etap realizowanego projektu „Budowy systemu Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej”, do udziału w którym dopuszczeni zostali wykonawcy legitymujący się doświadczeniem w dostawie *co najmniej 4 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych* (dot. zadania I – ogłoszenie z 16.03.2012 TED 2012/S 53-087078). W ramach pierwszego postępowania Zamawiający wymagał dostarczenia wraz z dostawą pojazdów wyposażonych w system ETCS zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego lub dokumentu równoważnego. Jednocześnie dopuścił możliwość przedstawienia terminowego (czasowego) zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu lub dokumentu równoważnego (§ 15.10 umowy nr 38/2012 z 13.12.2012 r.). Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż dokumentem terminowym mogły być zezwolenia na dopuszczenie pojazdu niezgodnego z TSI, ale także świadectwa dopuszczenia. W postępowaniu tym oferty złożyli dwaj wykonawcy, tj. STADLER i PESA, a zamówienie udzielone zostało wykonawcy STADLER, który uzyskał w listopadzie 2015 r. zezwolenie na dopuszczenie dla nowego typu pojazdu zgodnego z TSI, tj. FILIRT3 serii ED160. Na podstawie przedłożonej do akt sprawy kopii umowy z 13.12.2012 r. wraz z

aneksem nr 5 z dnia z 12.06.2014 r. Izba ustaliła, iż w trakcie realizacji umowy dostarczone zostały Zamawiającemu zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego niezgodnego z TSI (w terminie do 13.06.2014 r., g. 14:00), a w terminie dostawy trzeciej partii pojazdów miało być przedstawione Zamawiającemu zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnego z TSI wyposażonego w urządzenia ETCS poziom 2. Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, iż w trakcie realizacji umowy zaszła potrzeba doprecyzowania terminologii wynikającej z nowych przepisów i użytych tam pojęć zezwolenie na pojazd niezgodny TSI i zezwolenie na pojazd zgodny z TSI, a pojęcie podsystemu zastąpiono wskazaniem na pojazd.

Wg złożonego do akt sprawy wyciągu z wykazów prowadzonych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, sporządzonego na dzień 11.05.2016 r., dopuszczenie do eksploatacji jako pojazdów zgodnych z TSI wydane zostało bezterminowo dla pojazdu FILRT3 serii ED160, natomiast ważne świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu posiadają pojazdy typu 22WE i 41WE (wystawione dla PESY) oraz 31WE (wystawione dla NEWAG). Wg danych prezentowanych przez Odwołującego wynika, iż tylko dla jednego typu pojazdu wydane zostało zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji po liniach kolejowych na obszarze Polski, jako pojazdu zgodnego z TSI, tj. pojazdu FLIRT3 serii ED160. (wystawione dla Stadler).

Wykonawca PESA oświadczył, że obecnie jest w trakcie procedury uzyskania zezwolenia dla pojazdów dostarczonych dla PKP Intercity jako zgodnych z TSI, a dostarczonych wraz z zezwoleniem na pojazd niezgodny z TSI (zgodnie z warunkami umowy nie było wymagany dla tego zamówienia dostarczenie zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI) i dopiero na podstawie aneksu do umowy PESA zobowiązana jest dostarczyć zezwolenie wystawione dla pojazdu zgodnego z TSI w terminie, który jeszcze nie upłynął. Na tą okoliczność przedłożył pismo Instytutu Kolejnictwa z 11.05.2016 r., w którym wskazano, iż dla pojazdów 43 WE Dart wydane zostały pośrednie certyfikaty zgodności WE z wymaganiami TSI NOI, SRT i PRM oraz certyfikat pojazdu niezgodnego z TSI, które były podstawą otrzymania zezwolenia na eksploatację wydanego przez Prezesa UTK. Obecnie przygotowywane są badania systemu ETCS poziom 2 (wcześnie – w 2015 r. nie było możliwości ich wykonania, gdyż jedyny odcinek badawczy w Polsce był w czasie procesu certyfikacji i dopuszczeń) i po otrzymaniu pozytywnych wyników tych badań, Instytut Kolejnictwa będzie mógł zakończyć proces certyfikacji pojazdu Dart, jako pojazdu zgodnego ze wszystkimi obowiązującymi TSI.

Przystępujący Stadler przedstawił zestawienie wszystkich producentów, dla których pojazdów wydano zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, z wyposażeniem w system ETCS co najmniej poziomu 1, obejmujące 9 pozycji, z których trzy dotyczą wydanych w Polsce zezwoleń dla pojazdów: FLIRT3 (Stadler) użytkowanych przez

PKP IC oraz ŁKA i ED250 (Alstom Ferroviaria S.p.A) użytkowanych przez PKP IC. Do wykazu załączono wydruki z europejskiego rejestru typu pojazdów (ERATV). Pozostali producenci pojazdów, którzy uzyskali zezwolenia na dany typ pojazdu zgodny z TSI, wyposażony w system ETCS w krajach europejskich to: Alstom Transport (pojazdy: AGV 11, TGV 2N23UH,), Bombardier Transportation (pojazd V300ZEFIRO), Alstom (pojazd TGV2N23UA), Siemens AG (AM08 Desiro), Alstom Ferroviaria S.p.A (pojazd ETR610 2S).

Odwołujący przedstawił zestawienie postępowań prowadzonych w Polsce w latach 2012-2015. (17 pozycji) dotyczących dostawy EZT, w których warunkiem udziału nie było doświadczenie w dostawie EZT wyposażonych w system ETCS poziom 1 wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji jako pojazdu zgodnego z TSI. W każdym z tych postępowań Pesa składała oferty i konkurowała albo ze Stadlerem albo Newagiem lub łącznie z tymi podmiotami występującymi w konsorcjum. Przedłożone przez Przystępującego Stadler zestawienie postępowań obejmowało większy przedział czasowy obejmujący postępowania prowadzone od 2005 r., w których udział podmiotów zagranicznych był szerszy, a w odniesieniu do okresu 2012-2013 informacja o podmiotach uczestniczących w postępowaniach została uzupełniona o wskazanie podmiotu CAF (Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A.), Bombardier i Skoda w postępowaniach prowadzonych przez PKP IC w 2012 r. i 2013 r. na dostawę 20 ETZ oraz 10 piętrowych EZT).

Izba zważyła.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 Ustawy w części zasługiwał na uwzględnienie.

Decydującym o stanowisku Izby była ta część zarzutu, w której Odwołujący kwestionował warunek udziału w postępowaniu, jako nieproporcjonalny z uwagi na brak uzasadnienia żądania wykazania się dostawą EZT wyposażonych w system ETCS co najmniej poziom 1 wraz z zezwoleniem wydanym dla pojazdu zgodnego z TSI. W zakresie żądania wykazania się w ramach jednego zamówienia dostawą 4 sztuk EZT Izba nie uznała, aby prowadziło to do naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 Ustawy.

W części oddalonej, tj. wskazania na wymóg doświadczenia w dostawie co najmniej 4 pojazdów EZT w ramach jednego zamówienia, Izba uwzględniła złożone na rozprawie oświadczenia stron i uczestników postępowania dotyczące ilości realizowanych dostaw w postępowaniach prowadzonych od 2005 roku (zestawienia), jak również zakres przedmiotowego zamówienia obejmujący dostawę 14 EZT. Powyższe okoliczności wskazywały, iż warunek w tej części związany był z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, poprzez wskazanie ilości referencyjnej dostawy na poziomie 4 sztuk w jednym zamówieniu, która nie była nadmierna, a jednocześnie pozwalała na stwierdzenie zdolności produkcyjnych oraz organizacyjnych wykonawcy koniecznych do wykonania

dostawy w dużo większym zakresie. Historia prowadzonych dotychczas w Polsce postępowań wskazuje, iż taki sposób opisu wymagania nie odbiega od poziomu przyjmowanego powszechnie przy tego rodzaju zamówieniach. W ocenie Izby, żądanie złączenia warunku w kierunku dopuszczenia możliwości wykazania się zrealizowanymi łącznie w ramach kilku umów 4 dostawami EZT, sprowadzałaby badanie doświadczenia do poziomu znacząco odbiegającego od wymagań, jakie wiążą się z przedmiotowym zamówieniem. W postępowaniu mogliby wówczas złożyć oferty wykonawcy, których dotychczasowe doświadczenie sprowadzałoby się do pojedynczych dostaw pojazdów, przy których nie musieli mieć do czynienia trudnościami, z jakimi może spotkać się wykonawca realizując dostawę większej ilości pojazdów, a które mogą decydować o terminowej realizacji umowy. Ponadto, mogłoby to prowadzić do konieczności uznania, jako wystarczającego doświadczenia wykonawcy, któremu udało się tylko w niewielkim zakresie wykonać zamówienie, co stałoby w sprzeczności z celem badania, które powinno zmierzać do stwierdzenia, iż wykonawca posiada wymaganą dla prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia wiedzę i doświadczenie.

Przechodząc do uwzględnionej części zarzutu odnoszącego się do opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w dostawie EZT wyposażonych w system ETCS co najmniej poziom 1 wraz z zezwoleniem wydanym dla pojazdu zgodnego z TSI, Izba uznała to wymaganie za nieproporcjonalne, a tym samym naruszające art. 22 ust. 1 i 4 Ustawy. Izba uwzględniła okoliczności dotyczące przedmiotu zamówienia, wprowadzania i zakresu obowiązywania technicznych specyfikacji interoperacyjności (TSI) oraz warunków dopuszczania do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, a także zasady na jakich dotychczas były realizowane dostawy EZT w Polsce, w tym między innymi na rzecz Zamawiającego przy I etapie budowy Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej (ŁKA).

W pierwszej kolejności Izba uwzględniła okoliczność związaną z przeznaczeniem kupowanych w tym postępowaniu pojazdów, które mają być dostarczone w ramach projektu „Budowa Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej”, do prowadzenia pasażerskich przewozów lokalnych oraz miejskich realizowanych przez przewoźnika wyłącznie w obrębie tych sieci, tj. Łódzką Kolei Aglomeracyjną Sp. z o.o. (pasażerski przewoźnik aglomeracyjny). Mając na uwadze wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące podstawy dopuszczenia do eksploatacji pojazdów kolejowych Izba uznała, iż żądanie doświadczenia w uzyskaniu zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydane dla pojazdu zgodnego z TSI było nadmierne, gdyż dotychczas dostarczane dla Zamawiającego pojazdy zgodne z TSI mogły być użytkowane również na podstawie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, które wydawane jest między innymi dla pojazdów kolejowych dla sieci kolejowych funkcjonalnie wyodrębnionych z systemu kolei pod warunkiem, że sieci te są przeznaczone

wyłącznie do prowadzenia pasażerskich przewozów lokalnych, oraz miejskich lub podmiejskich realizowanych przez przewoźników działających wyłącznie w obrębie tych sieci. Zamawiający na rozprawie przyznał, iż w pierwszym postępowaniu nie stawiał takiego wymagania jakie obecnie jest przedmiotem zarzutu, co pozwala przyjąć, iż nie było ono niezbędne dla stwierdzenia, czy wykonawcy będą zdolni wykonać przedmiot zamówienia obejmujący dostawę pojazdów wyposażonych w system ETCS. Konieczność zaostrożenia wymagań w obecnym postępowaniu obejmującym II etap budowy ŁKA była przez Zamawiającego uzasadniana tym, iż zdobyte przy pierwszym postępowaniu doświadczenie uświadomiło mu stopień skomplikowania i złożoności procedury dopuszczenia do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI. Jednocześnie Zamawiający podkreślał, iż wszyscy dotychczasowi dostawcy pojazdów mieli możliwość zdobycia stosownego doświadczenia w związku z ubieganiem się o zamówienia prowadzone już od 2012 r.

Odnosząc się do tej argumentacji Izba stwierdziła, iż nie jest ona wystarczająca dla uznania wymagania za proporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jego utrzymanie w dotychczasowym kształcie może ograniczać dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania, które dotychczas były czynnym uczestnikiem rynku właściwego. Oceny tej Izba dokonała w oderwaniu od ustalenia, który z uczestników rynku nie mógłby wziąć udziału w postępowaniu, przyjmując za podstawę stanowiska wyłącznie okoliczności podnoszone przez Zamawiającego, które miały uzasadniać zaostrożenie kryteriów ubiegania się o zamówienie w tym postępowaniu. Uwzględniając okres trzech lat, w jakim wykonawcy mieliby zdobyć konieczne doświadczenie w dostawie 4 EZT wyposażonych w system ETCS poziomu 1 wraz z zezwoleniem dla pojazdu zgodnego z TSI, liczony wstecz od terminu składania ofert (30.05.2016 r.), referencyjna dostawa musiała być wykonana nie wcześniej niż pod koniec maja 2013 r. Jednocześnie Zamawiający przyznał, iż pojazdy wyposażone w system ETCS dotychczas dostarczone były dla PKP IC oraz ŁKA w postępowaniach ogłoszonych w 2012 r. i 2013 r. Zamawiający w oparciu o własne analizy stwierdził, iż wszyscy dostawcy pojazdów mieli możliwość wykonania dostawy pojazdów wyposażonych w system ETCS wraz z uzyskaniem zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI. Stwierdzenie to jednak nie czyni z wymagania proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia, może jedynie wpływać na ustalenie, czy nie prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Zasadniczym dla rozstrzygnięcia pozostawało wskazanie, czy wymaganie doświadczenia w procedurze uzyskania zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI nie było nadmiernym dla ustalenia, czy wykonawca posiada konieczne doświadczenie dla wykonania dostawy pojazdu wyposażonego w ETCS, który uzyska zezwolenie do eksploatacji dla pojazdu zgodnego z TSI. Zamawiający zasadniczo uzasadniał konieczność weryfikacji doświadczenia wykonawcy w tym obszarze złożonością procedury certyfikacji pojazdów i

uzyskania zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI, wskazując na różnice w zakresie badania dla pojazdów zgodnych i niezgodnych z TSI. Nie budziło natomiast sporu, iż przy wszystkich krajowych postępowaniach, w których dotychczas zamawiano EZT wyposażone w ETCS wykonawcy realizujący te dostawy nie mieli wcześniej doświadczenia w uzyskaniu zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI. Na podstawie pisma Instytutu Kolejnictwa z 11.05.2016 r., oraz wyjaśnień składanych na rozprawie Izba ustalił, iż w 2015 r. nie było jeszcze możliwe przeprowadzenie testów działania systemu ETCS na odcinku badawczym PKP-PLK, który był w tym czasie w procesie certyfikacji i dopuszczeń. Powyższe spowodowało utrudnienia dla wykonawców w uzyskaniu zezwolenia na eksploatację wydanego przez Prezesa UTK. Z danych ERATV (Europejski Rejestr Typów Pojazdów) oraz zestawienia obejmującego postępowania przygotowanego przez Przystępującego Stadler wynika, iż zezwolenia dla pojazdów zgodnych z TSI dostarczanych w Polsce dotychczas przed podmioty zagraniczne (Alstom Ferroviaria S.p.A oraz Stadler) wydane zostały odpowiednio: 11.09.2014r. (zamówienie dla PKP IC ogłoszone 08.08.2008r.) i 20.10.2015r. (zamówienie dla ŁKA ogłoszone 16.03.2012 r.) i 23.12.2015r. (zamówienie dla PKP IC ogłoszone 04.12.2012 r.). Powyższe wskazuje zatem, że jedynie te podmioty, które jako pierwsze wygrały przetargi ogłoszone w Polsce nie później niż 2012 i 2013 r. mogły wykazać się doświadczeniem w dostawie pojazdów, dla których wydane zostały zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI, chociaż aby o nie się ubiegać nie musiały wykazać się doświadczeniem w zabudowie systemu ETCS oraz uzyskaniu zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI. Zamawiający w obecnym postępowaniu dopuścił dokument równoważny do zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI, przez który rozumiał dokument wystawiony w innym państwie członkowskim dla pojazdu zgodnego z TSI. Na chwilę obecną zezwolenia takie uzyskali producenci pojazdów spoza Polski, tj. trzy podmioty z grupy Alstom (Alstom, Alstom Transport, Alstom Ferroviaria S.p.A.), Siemens AG, Stadler, Bombardier Transportation.

Procedura uzyskania odpuśczenia dotyczy trzech etapów, jakie musi przeprowadzać producent pojazdu, aby uzyskać dopuszczenie dla pojazdu zgodnego z TSI, związanych z przygotowaniem testów typu, wymagające różnego zakresu w zależności od tego czy pojazd jest zgodny czy niezgodny z TSI, przygotowania dokumentacji technicznej i uzyskania odpowiednich certyfikatów WE. Stadler wskazywał, iż proces ten wymaga dużego zaangażowania czasowego i znajomości procedury, w szczególności związanej z oceną parametrów bezpieczeństwa w tunelach, bezpieczeństwa przed wykolejeniem, jak i również samego badania systemu ETCS i ewentualnych zakłóceń pracy. Sprowadzane są parametry pojazdu na zgodność z wytycznymi TSI, a obowiązkiem producenta jest przedłożenie dowodów, na podstawie których wydawana jest decyzja, to jest dokumentów potwierdzających, że wymagania są spełnione. Dla uzyskania zezwolenia dla pojazdu

wyposażonego w system ETCS konieczne jest jego zainstalowanie na pojeździe, co wymaga integracji z urządzeniami sterującymi. Okolicznością niesporną było, iż system ETCS dostarczany jest w większości przypadków przez podmioty zewnętrzne, a po stronie producenta pojazdu spoczywa przygotowanie pojazdu do zabudowy systemu.

Należy również zauważyć, iż obowiązek zapewnienia interoperacyjności systemu kolei nałożony na państwa członkowskie Decyzją Komisji Europejskiej 2012/88/UE z dnia 25 stycznia 2012 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie”, zmienionej decyzją Komisji 2012/696/UE z 06.11.2012 r. (zwaną TSI CCS) oznacza, iż pojazd kolejowy musi być zgodny ze wszystkimi TSI, które są aktualne na dzień wydania zezwolenia, obowiązujących w chwili dopuszczenia ich do eksploatacji. W każdej z TSI (Techniczna Specyfikacja Interoperacyjności) zostały określone okresy przejściowe umożliwiające stosowanie uprzednio obowiązującej TSI.

Odnosząc powyższe okoliczności do oceny, czy wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w dostawie EZT wyposażonych w urządzenia systemu ETCS co najmniej poziomu 1 wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego zgodnie z TSI lub dokumentem równoważnym, Izba uznała, iż wymaganie to w zakresie w jakim konieczne jest wykazanie się dostawą pojazdów wraz z zezwoleniem na dopuszczenie dla pojazdu zgodnego z TSI jest nadmiernym dla oceny, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 8.05.2014 r., sygn. XII Ga 211/14, iż *podanie opisu pozwala na ocenę przez wykonawcę czy spełnia on warunki dookreślone przez zamawiającego i może się ubiegać o zamówienie. Opis sposobu oceny spełnienia warunków powinien zapewniać przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych – równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Przepis art. 22 ust. 4 posługuje się nakazem takiego dokonywania opisu, aby był on związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny. Nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia należy interpretować jako możliwość konkretyzacji warunku (dokonania opisu) z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować szeroko – jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający może więc warunki powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę*

przedmiotu zamówienia. (...). Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na kształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nienadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji(...).

Przenosząc powyższe na stan faktyczny w niniejszej sprawie Izba uznała, iż opis spełnienia warunku nie odbiega od zakresu świadczenia, które ma być zrealizowane, a które obejmuje samą dostawę pojazdu spełniającego obowiązujące normy TSI (w tym dotyczące systemu sterowania ruchem) i który uzyska dopuszczenie do eksploatacji, jako pojazd zgodny z TSI. Istotnym dla rozstrzygnięcia pozostawało ustalenie, czy wymaganie to nie jest nadmiernym, czyli nieproporcjonalnym, a przez to naruszającym warunki uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający słusznie wskazywał, iż jest uprawniony do postawienia nawet wysokich warunków udziału w postępowaniu w celu wyeliminowania części podmiotów, których doświadczenie obiektywnie nie będzie wystarczające do tego, aby należycie wykonać zamówienie. Izba nie podważa tego stwierdzenia, które wyraża istotę i cel stawiania wymagań wobec podmiotów, które miałyby wykonywać zamówienie. Zamawiający nie może być pozbawiony możliwości wskazania koniecznych do spełnienia kryteriów na podstawie, których będzie mógł ocenić, że dany podmiot jest przygotowany do tego, aby należycie wykonać zamówienie, a więc będzie mógł skorzystać z doświadczenia jakie dotychczas zdobył, co pozwoli uniknąć niepowodzeń przy realizacji zadań finansowanych z środków publicznych. Nie można jednak zapominać, iż wymagania mają na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom zdolnym do jego właściwego i terminowego wykonania. Jeżeli wymagania zamawiającego zmierzają do zaostrzenia wymagań wobec dotychczas stosowanych przy porównywalnych zamówieniach istnieje niebezpieczeństwo istotnego wpływu na konkurencję w tym i kolejnych postępowaniach, poprzez ograniczenie udziału w postępowaniach części podmiotom, które dotychczas z powodzeniem realizowały dostawy EZT. Koniecznym staje się zatem ustalenie, czy istnieje obiektywna potrzeba zaostrzenia wymagań, która uzasadniałaby wykluczenie z udziału w postępowaniu części potencjalnych wykonawców, którzy dotychczas konkurowali pomiędzy sobą na rynku właściwym.

Izba uznała, iż Zamawiający takich obiektywnych powodów nie przedstawił. Samo wskazanie na doświadczenie z poprzedniego postępowania, które uświadomiło Zamawiającemu skalę obowiązków i złożoność czynności jakie wymagają uzyskania zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI nie jest jeszcze wskazaniem obiektywnych przyczyn, które miałyby stanowić cezurę dla wykonawców, którzy dotychczas realizowali tego rodzaju dostawy, przy których, co ważne, nie musieli wykazać się doświadczeniem w uzyskaniu zezwolenia na dopuszczenie pojazdu zgodnego z TSI, chociaż normy te obowiązywały w różnym zakresie od początku XXI wieku. Jak wynika z przedłożonych dowodów, dopiero przy dostawach realizowanych w Polsce po 2012 r. wykonawcy byli zobowiązani do uzyskania zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI wyposażonego w system ETCS, który to obowiązek był nakładany w trybie aneksów do umów. Ważnym zauważeniem jest fakt, iż o możliwości ubiegania się o to zamówienie, przy obecnym kształcie warunku decydować może to, że dany podmiot zdążył zakończyć procedurę uzyskania zezwolenia na pojazdy dostarczone i wyposażone w system ETCS, eksploatowane do tego momentu na podstawie zezwolenia dla pojazdu niezgodnego z TSI (co miało miejsce w przypadku pojazdów Flirt3 oraz Dart). W ocenie Izby, samo przejście procedury dopuszczenia do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, prowadzonej zasadniczo przez podmiot zewnętrzny z udziałem wykonawcy, nie może przesądzać o uznaniu, że wykonawca jest zdolny i przygotowany do wykonania zamówienia, gdyż wynik sprawdzenia pojazdu nie jest już od niego zależny i nie może mieć wpływu na sposób i zakres badania, a jak wskazuje doświadczenie, możliwości przeprowadzenia sprawdzenia działania systemu ETCS na terenie Polski jeszcze w 2015 r., była wyłączona. Powyższe nie umniejsza znaczenia, jakie dla Zamawiającego ma uzyskanie dopuszczenia do eksploatacji dostarczonych pojazdów zgodnych z TSI, co w ocenie Izby stanowi jednak zagadnienie odrębne od oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Kwestia badania produktu na zgodność z TSI, stanowi element procedury dopuszczenia do eksploatacji pojazdu i stwierdzana jest certyfikatem weryfikacji zgodności WE dla pojazdu zgodnego z TSI, stanowiącego podstawę do wydania zezwolenia przez Prezesa UTK. Nie jest natomiast wyznacznikiem zdolności produkcyjnych wykonawcy samo uzyskanie zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI. Zamawiający natomiast właśnie z procedury dopuszczenia do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI uczynił element oceny zdolności i przygotowania wykonawcy do wykonania zamówienia, szczególnie w stosunku do dopuszczenia do eksploatacji pojazdu na podstawie zezwolenia dla pojazdu niezgodnego z TSI, czy też dopuszczonego świadectwem.

Nie budzi wątpliwości, iż wszyscy producenci dostarczający pojazdy kolejowe uczestniczyli w procedurze dopuszczenia do eksploatacji pojazdu według zasad i wymagań, zmienianych na przestrzeni lat. W ocenie Izby fakt, iż w okresie od 2012 do 2017 r. ma być wprowadzony do

eksploatacji system ETCS powoduje, że w tym czasie dopiero możliwe jest uzyskanie zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI w pełnym zakresie. Nie oznacza to jednak, iż wykonawcy zyskują nadzwyczajne nowe umiejętności związane z procedurą dopuszczenia do eksploatacji, chociaż niewątpliwie zakres badania i dokumentacji uległ zwiększeniu. Nie można zapominać, iż procedura dopuszczenia do eksploatacji odbywa się zasadniczo z udziałem podmiotu certyfikującego, a udział wykonawcy ma w zasadzie charakter techniczny i ogranicza się do przygotowania pojazdu, zgromadzenia i przedstawienia niezbędnych dokumentów. Jak pokazują fakty nie zawsze problemy w uzyskaniu zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI wynikają z braku wiedzy i doświadczenia po stronie wykonawcy, a co może wynikać na przykład z braku infrastruktury kolejowej umożliwiającej przeprowadzenie testu systemu ETCS (co miało miejsce do 2015 r.). Wprowadzenie zatem w czasie wdrażania nowych rozwiązań ograniczeń w dostępie do zamówienia wykonawcom tylko na tej podstawie, iż zmieniające się uwarunkowania w dopuszczeniu do eksploatacji pojazdu poszerzają zakres badania pojazdu przez jednostkę NOBO, a co następnie stanowi podstawę do wydania zezwolenia przez Prezesa UTK, może prowadzić do nieuzasadnionego wykluczenia wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia na rynku właściwym.

Izba uznała, iż rynkiem właściwym dla oceny, czy warunek nie jest nadmierny i nie prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, powinien być rynek krajowy z uwagi na konieczność uzyskania zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI na obszarze danego kraju, w którym pojazd ma być dopuszczony do eksploatacji, co może zasadniczo wpływać na krąg podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. Ze złożonych na rozprawie dokumentów wynika, iż inni producenci zagraniczni (poza Stadlerem oraz Alstom Ferroviaria S.p.A.) dotychczas nie występowali o dopuszczenie do eksploatacji pojazdów nowego typu dla obszaru Polski, a co jest koniecznym elementem realizacji przedmiotu zamówienia. Stąd właściwym było ustalenie w jaki sposób warunek może kształtować konkurencję pomiędzy podmiotami, które wykazują aktywność na rynku, dla którego dedykowane jest to zamówienie.

Podsumowując, Izba uwzględniając odwołanie uznała, iż żądanie doświadczenia w dostawie pojazdów wyposażonych w system ETCS poziom 1 wraz z zezwoleniem na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, jako nieproporcjonalne narusza uczciwą konkurencję, tworząc barierę w dostępie do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Zasadniczo, w świetle wyjaśnień Zamawiającego oraz okoliczności związanych z procedurą dopuszczenia do eksploatacji pojazdu kolejowego jako zgodnego z TSI Izba uznała, iż doświadczenie związane z przebiegiem procedury i uzyskaniem zezwolenia nie jest uzależnione od właściwości (zdolności) wykonawcy, który uczestniczy jedynie w procedurze

prowadzonej z udziałem podmiotu certyfikującego w warunkach od niego niezależnych. Mając na uwadze rynek właściwy, za jaki Izba uznała rynek krajowy utrzymanie wymagania w tym zakresie może zaburzyć konkurencję w postępowaniu, gdyż ofertę mogłyby złożyć dwa podmioty, które dotychczas ze sobą nie konkurowały, działając w konsorcjum, co wpływałoby zasadniczo na konkurencję na rynku w kolejnych latach. Izba nie znalazła natomiast uzasadnienia dla zarzutu nadmiernego żądania doświadczenia w dostawie czterech pojazdów w jednym zamówieniu.

II. Odwołanie NEWAG S.A. – sygn. akt KIO 632/16.

Odwołanie dotyczy części postanowień załącznika do siwz - Istotnych Postanowień Umowy (IPU), które miały być wprowadzone przez Zamawiającego z przekroczeniem zasad swobody kształtowania stosunków zobowiązaniowych i przez to prowadzić do naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Ustawy oraz art. 353 (1) k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Ustawy. Zamawiający przed rozprawą dokonał modyfikacji części kwestionowanych zapisów IPU, które jako bezprzedmiotowe nie były rozpoznane i nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Zamawiający doprecyzował zapisy § 19 ust. 16 IPU podając daty faktycznego przekazania pojazdów do eksploatacji oraz postanowienia § 24 ust. 10 i § 37 ust. 8 IPU, jak również dokonał zmiany terminów płatności ceny dostawy pojazdów (§ 23 IPU). W dalszej części Izba odniosła się do podtrzymanych zarzutów, aktualnych również wobec dokonanej modyfikacji zapisów siwz.

Ad) 1.

Odwołujący kwestionował nałożony na wykonawcę obowiązek zapewnienia pojazdu zastępczego o parametrach technicznych nie gorszych od pojazdów dostarczonych w razie wystąpienia wady, objętej udzieloną gwarancją, powodującej wyłączenie pojazdu z eksploatacji (§ 24 ust. 10 i § 37 ust. 8 IPU), wskazując na brak precyzji w określeniu zakresu równoważności pojazdu zastępczego, a także nadmierne obciążenie wykonawcy kosztami wyprodukowania pojazdu zastępczego.

Izba oddaliła zarzut.

Zmiana wprowadzona przez Zamawiającego w § 24 ust. 10 i § 37 ust. 8 IPU nie odnosiła się do podstawy faktycznej zarzutu, w którym Odwołujący wskazywał na brak jednoznacznego opisu parametrów pojazdu zastępczego. Zamawiający w zmianie do siwz z dnia 04.05.2016 r. wskazał w sposób ostateczny i nie budzący wątpliwości, iż pojazd zastępczy ma być tożsamy z dostarczonym, a wyłączonym z eksploatacji, co powinno rozwiewać wątpliwości jakiego pojazdu Zamawiający oczekuje, a który ma być taki sam jak pojazd wyłączony z eksploatacji. W ocenie Izby, brak jest podstawy prawnej dla uznania, iż zobowiązanie do

dostarczenia pojazdu zastępczego narusza swobodę umów, natomiast znajduje ono uzasadnienie w potrzebie zapewnienia ciągłości świadczenia usługi i ograniczenia przestojów przy świadczeniu usługi transportu pasażerskiego. Odwołujący na rozprawie odnosił się dodatkowo do wysokości kar umownych i podstawy wyłączenia możliwości ich naliczenia, co nie było objęte zakresem zarzutu, który wyznaczony jest okolicznościami faktycznymi uzasadniającymi podstawę prawną zarzutu.

Ad 2)

§ 19 ust. 6 IPU - Zamawiający zobowiązał wykonawcę do przechowania pojazdu po odbiorze końcowym, który odbywa się u Zamawiającego, do czasu włączenia pojazdu do eksploatacji.

Izba oddaliła zarzut, który Odwołujący uznał za bezprzedmiotowy w związku z odpowiedzią na pytania z 04.05.2016 r.

Ad 3)

§ 8 ust. 3 IPU - wyłączenie prawa potrącenia przez wykonawcę jego wierzytelności wobec Zamawiającego z wierzytelnościami Zamawiającego, w ocenie Odwołującego byłoby nieważne z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter art. 498 KC. Ponadto, klauzula ta powinna jednakowo dotyczyć obydwu stron.

Izba oddaliła zarzut.

Izba przyjęła argumentację Zamawiającego prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, w której przywoływał stanowisko Sądu Najwyższego dotyczące dopuszczalności umownego wyłączenia i modyfikacji prawa potrącenia. Ponadto postanowienie IPU przyznające Zamawiającemu prawo do dokonywania jednostronnego potrącenia wierzytelności, zasadniczo może powstać w przypadku roszczenia o zapłatę kary umownej. Kwestia wyłączenia prawa potrącenia wierzytelności, jaka miałyby przysługiwać wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia z wierzytelnością zamawiającego (o zapłatę kar umownych) nie ma na celu ochrony interesu wykonawcy, który zasadniczo nie powinien być zainteresowany pomniejszeniem należnego mu wynagrodzenia. Stąd kwestionowane zapisy IPU nie mogą naruszać interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, co prowadziło do oddalenia odwołania w tym zakresie.

Ad 4)

§ 11, § 26, §41, § 42 IPU – zarzut Odwołującego dotyczył użytego pojęcia „opóźnienie”, jako podstawy do odstąpienia/wypowiedzenia oraz naliczenia kar umownych, a także określenia kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej. Zdaniem Odwołującego może to budzić wątpliwości interpretacyjne co do ważności i skutków prawnych przedmiotowych klauzul umownych. Ponadto, Odwołujący mając na uwadze przykładowe postępowania wskazał, iż

kary są rażąco wygórowane i nie przystają do charakteru naruszeń, odnośnie których je przewidziano.

Izba oddaliła zarzut.

W ocenie Izby zapis umowy nie narusza zasady swobody umów, a ewentualne wątpliwości jakie zgłaszał Odwołujący miały na celu usunięcie niejasności, na wypadek ewentualnych sporów przed sądem, co zdaniem Izby nie ma znaczenia dla uznania, iż Odwołujący może przygotować ważną ofertę. Tym samym użyte określenie „opóźnienie” nie narusza interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Kwestia wysokości kar umownych nie podlega miarkowaniu przez Izbę, co leży w kompetencji sądu powszechnego, przed którym strona umowy może wystąpić o uznanie kary za rażąco niewspółmierną do szkody zamawiającego i wnosić o jej obniżenie. Na etapie przygotowania oferty okoliczności związane z wysokością przyszłej szkody nie mogą być w sposób ostateczny przesądzone, stąd zapisu umowy mają na celu zapewnienie Zamawiającemu pełnej rekompensaty szkody powstałej w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Wykonawcy pozostawiona jest natomiast decyzja, czy warunki ustalone przez Zamawiającego akceptuje.

Ad 5)

§ 30 ust. 3 IPU - Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek utrzymywania części zamiennych, tak aby było możliwe usunięcie w terminie 30 dni usterek i awarii, które zostały wyłączone z zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący kwestionuje dopuszczalność nakładania na wykonawcę obowiązków, które nie są związane z przedmiotem zamówienia, a zatem nie są objęte wynagrodzeniem. Ponadto, zapisy IPU nie precyzują jakie części zamienne miałby utrzymywać wykonawca i czy Zamawiający zobowiąże się je odkupić po wygaśnięciu umowy.

Zamawiający uzasadniał nałożenie na wykonawcę obowiązku utrzymania stanu magazynowego części zamiennych na wypadek awarii, których usunięcie nie mieści się w usłudze utrzymaniowej, co może skracać czas naprawy i przestoju pojazdu o czas konieczny do oczekiwania na wyprodukowanie i dostawę elementów uszkodzonych. Zamawiający nie sprecyzował zakresu rzeczowego części zamiennych i ich ilości, gdyż nie jest w stanie przewidzieć przyszłych potrzeb spowodowanych zdarzeniami losowymi (np. wypadkami) i faktycznie oczekuje, aby wykonawca dysponował wszystkimi częściami zamiennymi (pojazdem rozłożonym na części). W siwz nie dookreślono zasad odkupu części zamiennych przez podmiot, któremu miałoby zostać zlecone dokonanie naprawy, a Zamawiający nie przyjął na siebie obowiązku nabycia części zamiennych po wygaśnięciu kontraktu.

Izba uwzględniła zarzut.

Izba uznała, iż obecne postanowienia IPU nie precyzują w sposób jednoznaczny zakresu dodatkowego (nie związanego z przedmiotem dostawy) świadczenia, co uniemożliwia wykonawcom właściwe skalkulowanie kosztów i złożenie porównywalnej oferty. Nałożony obowiązek utrzymania stanu magazynowego części zamiennych, pozostawia niejasnym ustalenie rodzaju części zamiennych i ich ilości. Oczekiwanie, iż wykonawcy właściwie skalkulują koszty materiałów, chociaż sam Zamawiający nie potrafi ich sprecyzować, nie jest prawidłowym i może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy nie mają wiedzy koniecznej do rzetelnego skalkulowania kosztów świadczenia, na co wpływ ma również brak gwarancji odkupu części w ramach kontraktu zawartego z Zamawiającym. Zamawiający wyjaśnił, iż części miałyby być zakupione przez wykonawcę wyłonionego w trybie procedury przetargowej do dokonania naprawy nie objętej przedmiotem niniejszego zamówienia, co wskazuje, iż obowiązek nałożony na wykonawcę nie jest związany z przedmiotem zamówienia. Na rozprawie ustalono, iż faktycznie zamawiający oczekuje, aby wykonawcy mieli w gotowości wszystkie części składające się na co najmniej jeden pojazd, co w zasadzie stanowiłoby istotny element cenotwórczy i przekładałoby się na cenę ofert, które przy obecnych postanowieniach siwz mogłyby być ze sobą nieporównywalne, a ponadto wykonawcy mogliby spotkać się z zarzutem rażąco niskiej ceny, której zweryfikowanie w zasadzie nie byłoby możliwe pod kątem oceny zgodności oferty z siwz. W ocenie Izby, żądanie utrzymania stanu magazynowego, przy obecnych zapisach siwz nakłada na wykonawcę nieodpłatne świadczenie, gdyż możliwość odkupienia części nie jest zagwarantowana, co narusza zasadę ekwiwalentności odpłatnych umów i wymaga albo usunięcia, albo doprecyzowania przez Zamawiającego zakresu rzeczowego przedmiotu świadczenia, a także zagwarantowania zwrotu kosztów poniesionych przez wykonawcę w związku z utrzymaniem stanu magazynowego części zamiennych.

Ad 6)

Odwołujący uznał, iż zarzut ten stał się bezprzedmiotowy.

Ad 7)

§ 16 ust. 2, § 19 ust. 14, § 23 ust. 5 - Zamawiający wskazał, iż uzna dostawę za wykonaną w razie podpisania protokołu odbioru końcowego bez jakichkolwiek zastrzeżeń, co może prowadzić do wątpliwości w razie drobnych, błahych uchybień, które nie mogą stanowić podstawy do odmowy odbioru. Odwołujący wnosi o sprecyzowanie, iż dostawa jest uważana za wykonaną w razie braku istotnych zastrzeżeń (definicja istotności wad zawarta jest we wzorze umowy).

Izba oddaliła zarzut.

Odwołujący nie wykazał, aby ustalone zasady odbioru końcowego pojazdu naruszały przepisy bezwzględnie obowiązujące, co w zasadzie czyniło zarzut gołosłownym. Stanowisko Odwołującego wynikało zasadniczo z postulatu ograniczenia możliwości wpisania zastrzeżeń w protokole odbioru końcowego, do zastrzeżeń istotnych. Powyższe pozbawiałoby Zamawiającego możliwości egzekwowania dostawy pojazdu w pełni zgodnego z jego oczekiwaniami.

Ad 8)

§ 4 ust. 2 i 3 IPU - Zdaniem Odwołującego zakres odpowiedzialności wykonawcy w razie zawinionej awarii pojazdu jest nieprecyzyjny, ponieważ nie wskazano, czy przy określeniu wysokości szkody Zamawiający ma obowiązek uwzględnić odszkodowanie, które wypłaci ubezpieczyciel. Należy bowiem wskazać, iż zgodnie z § 5 ust. 8 wzoru umowy Zamawiający ma obowiązek ubezpieczyć pojazd od wszelkich szkód.

Izba oddaliła zarzut.

Zamawiający odwoływał się do zasad ogólnych związanych z dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych i kompensacyjnego charakteru świadczenia ubezpieczyciela. Powyższe w zasadzie czyniło zarzut bezpodstawnym, gdyż dla skuteczności stosowania przepisów powszechnie obowiązujących nie jest konieczne ich powtórzenie w siwz.

Podsumowując, Izba uwzględniła odwołanie w części dotyczącej braku precyzji w opisie przedmiotu zamówienia obejmującym dodatkowe świadczenie wykonawcy, nie związane z zasadniczym przedmiotem dostawy, a mające polegać na konieczności utrzymania stanu magazynu części zamiennych, co do którego Zamawiający nie sprecyzował zakresu rzeczowego, jak również zasad płatności, czyniąc w tym zakresie opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i utrudniającym przygotowanie i złożenie oferty na jasnych dla wszystkich wykonawców zasadach.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględniła oba odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 oraz § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania oraz uzasadnione koszty Odwołujących stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocników Odwołujących i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:
.....