

Sygn. akt: KIO 2291/21

Sygn. akt: KIO 2300/21

WYROK

z dnia 21 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 30 lipca 2021 r. przez wykonawcę: **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** (sygn. akt: KIO 2291/21)
- B. w dniu 30 lipca 2021 r. przez wykonawcę: **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** (sygn. akt: KIO 2300/21)

w postępowaniu prowadzonym przez **"Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Public Transport Service Sp. z o.o., Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2291/21** po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2300/21** po stronie odwołującego

- C. wykonawcy **Public Transport Service Sp. z o.o., Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2300/21** po stronie zamawiającego

orzeka:

1A i B. oddała oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon i Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon** na rzecz **"Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od wykonawcy **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki** na rzecz **"Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2291/21

Sygn. akt: KIO 2300/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne pn. „Wykonanie napraw w poziomie utrzymania P4 16 EZT EN76”, numer sprawy nadany przez Zamawiającego: MWZ7.27.34.2021, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.06.2021 r. pod nr 2021/S 118-311353 przez: „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o., ul. Lubelska 26, 03-802 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”. Sprostowanie - Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji nr 2021/S 139-371257 i nr 2021/S 139371267 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.07.2021 r. i zamieszczone wraz z Odpowiedziami na IV, V, VI i VII wniosek Wykonawcy i zmianą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SWZ” na Platformie Zakupowej Zamawiającego pod adresem: <https://km.eb2b.com.pl>. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwana dalej: „NPzp”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 03.08.2021 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2291/21, sygn. akt: KIO 2300/21 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2291/21:

W dniu 30.07.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi ogon zwana dalej: „Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k.” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie na zmodyfikowaną treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 NPzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 NPzp przepisów, tj.:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 NPzp w zw. art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 NPzp w zw. z art. 362 NPzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i dokonanie w dniu 21.07.2021 r. modyfikacji warunków udziału w postępowaniu w sposób, który ponownie uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, polegające na ustanowieniu nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz

naruszającego równe traktowanie i uczciwą konkurencję warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdz. VII ust. 2 pkt 4) lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez postawienie wymogów dysponowania doświadczeniem polegającym na wykonaniu należycie co najmniej jednej usługi obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto) oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia. W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia będą miały istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

2. dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie naprawy co najmniej trzech elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym w poziomie utrzymania P4 lub wyższym w ramach jednej lub kilku umów, o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto).” z uwzględnieniem dalszych konsekwencji powyższych zmian, w szczególności poprzez:

a) dokonania zmiany postanowień załącznika nr 3 do SWZ - JEDZ w Część IV: Kryteria kwalifikacji w sekcji C: Zdolność techniczna i zawodowa poprzez usunięcie ze str. 13 w kolumnie drugiej tabela kolumna pierwsza tj. „Opis” zwrotu:

„oraz prędkością eksploatacyjną (proszę wskazać) km/h”,

b) dokonania zmiany postanowień załącznika nr 4 do SWZ - wykaz usług stanowiący załącznik nr 4 do SWZ poprzez usunięcie w tabeli w kolumnie drugiej „przedmiot zamówienia” zwrotu: *„oraz prędkością eksploatacyjną (proszę wskazać) km/h”.*

W celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) lit.

a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- wykonał należycie co najmniej jedną usługę obejmującą wykonanie w okresie kolejnych dwunastu miesięcy przynajmniej trzech napraw elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomie utrzymania P4 lub wyższym, przynajmniej czteroczłonowych elektrycznych

zespołów trakcyjnych, w terminie nie przekraczającym 80 dni kalendarzowych dla każdego pojedynczego elektrycznego zespołu trakcyjnego, lub

- wykonał należycie co najmniej jedną usługę obejmującą wykonanie przynajmniej jednej naprawy pasażerskiego pojazdu kolejowego z napędem w poziomie utrzymania P5, w terminie nie przekraczającym 100 dni kalendarzowych”.

W ramach Wyjaśnień treści SWZ (plik: Odpowiedź na IV, V, VI,VII wniosek Wykonawcy, zmiana SWZ) zamieszczonych na stronie Zamawiającego dnia 21.07.2021r. oraz sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w DUUE tego samego dnia, Zamawiający dokonał następującej modyfikacji warunku opisanego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu:

„a) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, o wartości łącznej nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto) ”.

Pomimo zmian wprowadzonych w ramach warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdz. VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, dokonanych w dniu 21.07.2021 r. Zamawiający ponownie nie dopuścił do postępowania wykonawców posiadających doświadczenie odpowiednie od realizacji zamówienia objętego postępowaniem, a wręcz w sposób nieuzasadniony dodatkowo zaostrzył warunek udziału. Z drugiej strony, Zamawiający w sposób skrajny zaniżył jeden z wymogów warunku udziału w postępowaniu tj. dopuścił legitymowanie się doświadczeniem przy realizacji przeglądów w poziomie utrzymania P3, podczas, gdy przedmiotem zamówienia objęte są znacznie bardziej skomplikowane naprawy w poziomie utrzymania P4, co umożliwiło udział w postępowaniu wykonawcom, którzy nie gwarantują należytej realizacji zamówienia.

Odnosząc się zaś do warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymogu, aby jedna usługa w zakresie wykonania czynności przeglądowych obejmowała minimum 5 EZT z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, Odwołujący wskazał, co następuje.

Rynek podmiotów świadczących usługi naprawy i utrzymania pojazdów szynowych, a w szczególności elektrycznych zespołów trakcyjnych, stanowi rynek bardzo wąski. Elektryczne zespoły trakcyjne tego typu dopiero stosunkowo niedawno zaczęły wypierać ich spalinowe odpowiedniki na większą skalę, przez co doświadczenie podmiotów trudniących

się naprawą elektrycznych zespołów jest stosunkowo niewielkie. Ponadto, pierwsze pojazdy tego typu były objęte długą gwarancją producenta, co uniemożliwiało wejście na rynek i zdobycie odpowiedniego doświadczenia przez innych wykonawców realizujących naprawy pojazdów szynowych. Z uwagi na powyższe nieuzasadniony jest wymaganie od wykonawców legitymowania się doświadczeniem przy wykonywaniu czynności przeglądowych utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego o prędkości eksploatacyjnej co najmniej 160 km/h wyłącznie w ramach jednej umowy, a ponadto w ilości pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych. Wskazania wymaga, że w przypadku większości tego rodzaju zamówień dotyczą one jednorazowej (w ramach jednej umowy) naprawy niewielkiej ilości elektrycznych zespołów trakcyjnych. Realizacja napraw w dużej mierze zależy od aktualnych potrzeb przewoźnika, stąd na ogół pojedyncze usługi/umowy dotyczą pojedynczych napraw. Wymóg, aby usługa utrzymania EZT obejmowała swoim zakresem minimum aż pięciu pojazdów w ramach jednej umowy stanowi wymóg nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie odpowiednie do realizacji napraw objętych przedmiotem zamówienia nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, mimo posiadania odpowiednich możliwości do realizacji tego typu napraw i w ilości objętej przedmiotem zamówienia. Ponadto, wykonawcy wielokrotnie jednocześnie dokonują wielu napraw pojedynczych pojazdów, co wskazuje, że będą w stanie zrealizować również przedmiotowe zamówienie.

Co istotne w pierwotnej treści warunku zamówienia (przed modyfikacją z 21.07.2021 r.) Zamawiający uznał, iż wymaganie doświadczenia przy realizacji napraw w ilości trzech EZT będzie wystarczające w celu potwierdzenia należytej realizacji zamówienia. Dopiero modyfikacją z 21.07.2021 r. w sposób nieuzasadniony zaostriął warunek udziału w powyższym zakresie. Podkreślił także, że inni zamawiający w postępowaniach o udzielenie zamówienia o zbliżonym zakresie i przedmiocie ustanawiają warunki udziału w tych postępowaniach w sposób wnioskowany przez Odwołującego. W postępowaniu prowadzonym przez Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu, al. Niepodległości 34, 61-714 Poznań, pn. „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania dla 5. elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57AL”, nr postępowania: DT-II.272.1.2021 w przedmiocie usług w zakresie obsługi technicznej utrzymania poziomu 4 w pięciu pojazdach typu EN57AL, zamawiający ustanowił wymóg w zakresie doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch napraw na poziomie utrzymania P4 i/lub P5 elektrycznego zespołu trakcyjnego z napędem asynchronicznym.

Odnosząc się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymogu, aby usługi w zakresie wykonania czynności przeglądowych obejmowały EZT o prędkości eksploatacyjnej co najmniej 160 km/h, na gruncie krajowych i unijnych specyfikacji

technicznych i dokumentów normalizacyjnych, ocenianych w procesie dopuszczenia do eksploatacji, nie ma znaczących różnic w zakresie wymagań dla EZT poruszających się z prędkością 160 km/h lub mniejszą. Zauważyć należy, że EZT o maksymalnej prędkości konstrukcyjnej większej niż 120 km/h, które wymagają podniesienia co najmniej dwóch pantografów w czasie eksploatacji, muszą być wyposażone w samoczynne urządzenie opuszczające. W przypadku pojazdów dopuszczonych do eksploatacji z prędkością większą niż 120 km/h, wykonuje się także więcej prób hamowania nagłego w poszczególnych przedziałach prędkości. Metoda badań nie ulega jednak zmianie. Wymienione różnice dla wymagań konstrukcyjnych i procesu weryfikacji, opisane szczegółowo w krajowych i unijnych przepisach technicznych pozostają bez wpływu na zakres czynności utrzymaniowych niezbędnych do wykonania na pojeździe w procesie utrzymania. Obowiązujące przepisy prawa w obszarze utrzymania pojazdów kolejowych nie wprowadzają żadnych obostrzeń wynikających z różnic w parametrach techniczno-eksploatacyjnych pojazdów kolejowych, w tym różnic w zakresie maksymalnej prędkości konstrukcyjnej. Również analiza dokumentacja postępowania dla EZT objętych zamówieniem potwierdza, że brak jest szczególnych prób i nowych sprawdzeń lub testów wynikających z prędkości maksymalnej pojazdu wynoszącej 160 km/h.

Konkludując, konstrukcja pojazdów oraz proces utrzymania EZT w tym czynności wykonywane w ramach cyklu przeglądowo-naprawczego dla pojazdów z maksymalną prędkością eksploatacyjną wynoszącą 160 km/h jest taki sam jak dla pojazdów z niższą maksymalną prędkością konstrukcyjną. Co równie istotne, w EZT objętych przedmiotem zamówienia nie zastosowano żadnych szczególnych rozwiązań konstrukcyjnych związanych z maksymalną prędkością eksploatacyjną wymagających specyficznych kontroli w procesie utrzymania. Skutkiem tego brak jest uzasadnienia dla wprowadzenia w SWZ dla naprawy poziomu P4 pojazdów typu EN76 warunku doświadczenia wykonawcy w prowadzeniu przeglądów i napraw EZT poruszających się z prędkością 160 km/h, gdyż zakres czynności utrzymaniowych wykonywanych dla EZT o prędkości maksymalnej niższej niż 160 km/h jest zbliżony. Odwołujący wskazał, że z jednej strony ww. elementy/wymogi warunku udziału określonego w ramach rozdz. VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia zostały zmodyfikowane w sposób nieproporcjonalnie zawyżony do przedmiotu zamówienia, podczas gdy z drugiej strony doszło jednocześnie do modyfikacji pewnych elementów/wymogów warunku udziału określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu w sposób nieproporcjonalnie zaniżony w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu doszło bowiem do nieuzasadnionego dopuszczenia do udziału wykonawców posiadających doświadczenie przy realizacji umów w zakresie obsługi trzeciego poziomu (P3) utrzymania (tj. poziomu niższego niż objęty przedmiotem

zamówienia – P4), w powyższym zakresie warunek jest nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia – nieproporcjonalnie zaniżony. Struktura cyklu przeglądowo-naprawczego została zdefiniowana w tabeli w Załączniku nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r., poz. 226). Rozporządzenie to określa kolejność występowania po sobie poszczególnych rodzajów przeglądów i napraw wykonywanych w ramach procesu utrzymania pojazdu kolejowego wyznaczając pięć poziomów utrzymania pojazdu kolejowego oraz opisując zakres czynności utrzymaniowych na każdym z tych poziomów. Poziomy utrzymania P1-P3 obejmują czynności, które były określane na podstawie funkcjonującego uprzednio podziału przeglądami kontrolnymi i okresowymi pojazdów kolejowych. Poziomy wyższe odpowiadają dotychczasowym naprawom: poziom P4 – naprawie okresowej rewizyjnej, natomiast poziom P5 – naprawie głównej i modernizacji pojazdu kolejowego. Poszczególne poziomy utrzymania zostały wyznaczone poprzez podział całego cyklu przeglądowo-naprawczego, a podział ten charakteryzuje hierarchiczność według dwóch kryteriów: zakresu czynności niezbędnych do wykonania oraz częstotliwości wykonywania przeglądów.

Poziom P3 to w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie ogólnych warunków technicznych czynności z zakresu utrzymania, które zapobiegają przekroczeniom limitów zużycia wykonywane na specjalistycznych stanowiskach, z wyłączeniem pojazdu kolejowego z planowanej eksploatacji. Ramowy zakres prac: - Szczegółowa ocena stanu technicznego pojazdu kolejowego poprzez sprawdzenie działania jego obwodów, oględziny dostępnych także po demontażu określonych w dokumentacji podzespołów, a także przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne. - Planowe wymiany podzespołów oraz niewielkie naprawy zespołów i podzespołów funkcjonalnych wykonywane na wyspecjalizowanych stanowiskach.

Poziom P4 to czynności wykonywane z zakresu utrzymania naprawczego wykonywane w zakładach posiadających zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe. Ramowy zakres prac: - Szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji podzespołów i zespołów połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego. - Planowe wymiany podzespołów i zespołów. - Naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach.

Co zostało precyzyjnie określone w przepisach poziom P3 kończy cykl przeglądów, które mogą być wykonywane bezpośrednio przez przewoźnika kolejowego, natomiast poziom P4 rozpoczyna cykl napraw, których wykonanie wymaga posiadania odpowiedniego zaplecza technicznego i stanowisk pomiarowych.

Podsumowując, wprowadzenie w ramach SWZ w postępowaniu na wykonanie naprawy poziomu P4 EZT typu EN76 warunku posiadania przez wykonawcę doświadczenia

w prowadzeniu przeglądów poziomu P3 EZT nie znajduje uzasadnienia w wymaganiach przewidzianych przepisami prawa, gdyż o ile wszystkie czynności sprawdzające i testy wykonywane dla tych pojazdów podczas przeglądów na poziomie P3 są także wykonywane podczas napraw okresowych rewizyjnych poziomu P4, o tyle nie wszystkie czynności niezbędne do wykonania na poziomie P4 są realizowane na poziomie P3. Dodatkowo, poza tym, że brak jest jakiegokolwiek wartości dodanej wynikającej z wprowadzenia wymogu dodatkowego doświadczenia w prowadzeniu przeglądów na poziomie P3 dla EZT, to Zamawiający w ten sposób niezasadnie rozszerza liczbę potencjalnych wykonawców. Z uwagi na powyższe warunek udziału dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w treści określonej przez Zamawiającego, nie dopuszczający do realizacji zamówienia wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie przy realizacji napraw objętych przedmiotem zamówienia, stanowi warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ograniczający konkurencję i równe traktowanie wykonawców w postępowaniu. Wskazał na wyrok NSA w W-wie z 20.04.2017 r. o sygn. akt: II GSK 2633/15. W myśl art. 112 ust. 1 NPzp Zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe na wykazanie ww. warunków, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez Zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania. Powyższe podkreśliła KIO m. in. w wyroku z 30.11.2017 r. o sygn. akt: KIO 2219/17; KIO 2228/17; KIO 2232/17; KIO 2234/17. Przywołał wyrok KIO z 19.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17 oraz wyroku KIO z 22.03.2016 r., sygn. akt: KIO 327/16. Reasumując, obecna treść warunku określona w rozdz. VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu w sposób niezasadniony narusza przepisy art. 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 NPzp w zw. art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 NPzp w zw. z art. 362 NPzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w dniu 02.08.2021 r. wezwał (za pomocą platformy zakupowej: <https://km.eb2b.com.pl>) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.08.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Public Transport Service Sp. z o.o., Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa zwanej dalej: „Public Transport Service Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Ewentualna modyfikacja treści SWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego uniemożliwi Przystępującemu złożenie ważnej ofert w niniejszym postępowaniu, albowiem doprowadzi do nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ukształtowania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności ewentualne uwzględnienie odwołania doprowadzi do znaczącego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2300/21:

W dniu 30.07.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki zwana dalej: „Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A.” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (za pomocą platformy zakupowej: <https://km.eb2b.com.pl>). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1-3 NPzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób z naruszeniem zasady proporcjonalności, w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 112 ust. 1 NPzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób niezapewniający możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
- 3) art. 116 ust 1 NPzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezapewniający możliwości realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: dokonania zmiany warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej

i nadanie mu brzmienia: „1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

1) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto).”; 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed KIO. Nadto o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;

2) zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie napraw w poziomie utrzymania P4 16 EZT EN76” (nr ref.: MWZ7.27.34.2021) oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych akt na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

Zamawiający sformułował w pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt VII.2.4) SWZ, warunek udziału w postępowaniu, polegający na posiadaniu zdolności technicznej lub zawodowej, w następujący sposób:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

1) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną usługę obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto).” W ocenie Odwołującego tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia z kilku powodów, opisanych szczegółowo w dalszej części odwołania oraz sformułowany został w sposób niezapewniający Zamawiającemu możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Ponadto nie pozwala on na weryfikację, czy przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany na odpowiednim poziomie jakości. Powoduje to, że postępowanie

prorowadzone jest w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszający zasadę proporcjonalności, a co za tym idzie nie gwarantuje, że do udziału w postępowaniu dopuszczone zostaną wyłącznie podmioty dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie znacznej liczby napraw – 16 sztuk, na poziomie utrzymania P4 czterocłonowego, elektrycznego zespołu trakcyjnego, wraz z pracami dodatkowymi oraz modyfikacjami. Przegląd na poziomie utrzymania P4, jest jednym z pięciu poziomów utrzymania, przewidzianych dla pojazdów kolejowych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz.U.2016.226.t.j.). Zgodnie z treścią załącznika nr 3 do tego rozporządzenia, jest to poziom utrzymania wykonywany w zakładach posiadających odpowiednie zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe, podczas którego następuje w szczególności:

- a. Szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji, podzespołów i zespołów połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego,
- b. Planowe wymiany podzespołów i zespołów.
- c. Naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach.

Już sam charakter naprawy na poziomie P4 powoduje, że jest to usługa bardzo złożona. Obejmuje swoim zakresem szereg czynności utrzymaniowych, wykonywanych w oparciu o Dokumentację Systemu Utrzymania pojazdu (dalej: „DSU”), która w szczegółowy sposób określa wymagania dotyczące zakresu oraz standardu wykonywanych czynności. Wykonanie naprawy na poziomie P4 wymaga zarówno posiadania specjalistycznego zaplecza technicznego – kadrowego oraz maszynowego, co zdecydowanie wyróżnia go od pozostałych niższych poziomów utrzymania (P1÷P3), które wykonywane są częściej i obejmują zdecydowanie mniejszy zakres, mniej złożonych i wymagających czynności przeglądowych i naprawczych. Poniżej fragment DSU pojazdu elektrycznego, z którego wynika częstotliwość wykonywania przeglądów na poszczególnych poziomach. *Tabela 2.*

Określenie przebiegów dla poziomów utrzymania*		
Poziom utrzymania	Przebieg	Czas
1	co 2500 km	co 72h ± 24h
2	co 30 000 km ±5%	co 2 m-ce ± 3 dni
3	co 200 000 km ±5%	co 13 m-cy ± 7 dni
4	co 1 000 000 km ±5%	co 5 lat ± 30 dni
5	co 3 000 000 km ±5%	co 15 lat ± 90 dni

Dodatkowe znaczące różnice pomiędzy przeglądem na poziomie trzecim, a naprawą na poziomie czwartym to przewidywany czas ich wykonania. Dla przeglądu P3 czas ten wynosi, w zależności od dodatkowych potrzeb zamawiających od maksymalnie 36 godzin do 8 dni kalendarzowych (wymóg ten pochodzi z postępowania na przegląd P3 tych samych pojazdów, co w Postępowaniu tj. pojazdów typu 22WE). W przypadku naprawy na czwartym

poziomie utrzymania termin ten wynosi najczęściej (w zależności od potrzeb zamawiających) od 60 do 70 dni kalendarzowych. Z powyższego jasno wynika, że nie można zrównywać doświadczenia posiadanego przez podmiot, który legitymuje się wykonaniem przeglądu na poziomie trzecim, a podmiotem posiadającym doświadczenie w wykonaniu naprawy na poziomie czwartym. Duża różnica w czasie przeznaczanym na ich wykonanie świadczy o znacznej różnicy w stopniu ich skomplikowania, co obrazuje zestawienie zakresów obydwu tych poziomów utrzymania. Naprawa objęta przedmiotem zamówienia w postępowaniu obejmuje nie tylko czynności utrzymania planowego na czwartym poziomie utrzymania, standardowo wykonywane w ramach naprawy P4, ale też czynności dodatkowe oraz modyfikacje pojazdu. Zakres przedmiotowego zamówienia jest więc znaczny oraz skomplikowany i w związku z tym wymaga od wykonawców posiadania nie tylko odpowiedniego zaplecza technicznego, czy wdrożonych procedur wewnętrznych, w tym dotyczących łańcucha dostaw, kontroli jakości na etapach realizacji czy koordynacji działań, ale również doświadczenia w jednoczesnym wykonywaniu kilku napraw, przynajmniej na poziomie P4, pojazdów wielocłonowych z napędem elektrycznym. Dlatego też, nie tylko z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia, ale przede wszystkim mając na uwadze zapewnienie bezpieczeństwa w eksploatacji, istotne jest, aby zamówienie wykonywał podmiot posiadający zarówno odpowiednie zaplecze techniczne, jak i odpowiedni poziom doświadczenia technicznego w wykonywaniu napraw i przeglądów wielocłonowych, elektrycznych zespołów trakcyjnych, przynajmniej na poziomie P4. Wszystkie wymienione powyżej parametry przedmiotu zamówienia, tj. liczba członów pojazdu poddawanego przeglądowi, poziom przeglądu oraz liczba przeglądów w ramach jednej usługi, są kluczowe dla wyłonienia rzetelnego wykonawcy i to przez ich pryzmat Zamawiający powinien określać minimalny poziom doświadczenia, stanowiący próg dostępu do udziału w postępowaniu. Warunek udziału w brzmieniu nadanym mu zmianą SWZ oraz Ogłoszenia z 21.07.2021 r., nie określa w tym rozumieniu w sposób prawidłowy wymogów minimalnych, a co za tym idzie warunek ten jest pozorny i nie zapewnia uczciwej konkurencji w postępowaniu, jak również równego traktowania wykonawców oraz powoduje znaczne ryzyko wyłonienia wykonawcy, który nie będzie dawał rękojmi należytego wykonania zamówienia. Istotne jest, aby już na etapie ubiegania się o zamówienie Zamawiający dołożył wszelkiej staranności w procesie weryfikacji, że warunki udziału są sformułowane tak, że dopuszczają do postępowania podmioty posiadające doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. W przypadku realizacji zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie wielu złożonych przeglądów wraz z pracami dodatkowymi oraz modyfikacją, w celu terminowego wykonania całego zamówienia oraz poszczególnych jego elementów (przeładów), zachodzi potrzeba jednoczesnego wykonywania kilku czynności na kilku pojazdach, które w różnych konfiguracjach nakładają się na siebie bądź zazębiają, czy też wymagają jednoczesnego

użycia tych samych maszyn. W związku z tym, podmiot ubiegający się o zamówienie powinien posiadać doświadczenie w wykonywaniu przynajmniej przeglądów/napraw na tym samym poziomie lub wyższym, ponieważ nie można porównywać wiedzy i organizacji niezbędnej przy wykonywaniu przeglądu na trzecim poziomie obejmującym dużo mniejszy zakres czynności, do wielu, często równolegle wykonywanych czynności naprawy na czwartym poziomie, dodatkowo z pracami dodatkowymi oraz modyfikacją. Rękojmię należytego zamówienia w takim przypadku będzie dawał więc wyłącznie podmiot, który posiada już doświadczenie w wykonywaniu zamówień na naprawy, przynajmniej na czwartym poziomie, ale również odpowiednie zaplecze techniczne do wykonania zamówienia o większym zakresie, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w warunku udziału, a czego w postępowaniu Zamawiający zaniechał. Podkreślił również, że legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu przeglądu przynajmniej na czwartym poziomie utrzymania lub wyższym, przy przedmiocie zamówienia obejmującym przeglądy na poziomie czwartym, jest powszechną praktyką Zamawiających, co świadczy o tym, że nie uznają oni doświadczenia w wykonywaniu przeglądów poziomu trzeciego, jako pozwalającego na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię wykonania naprawy na czwartym poziomie, nie mówiąc już o wykonaniu naprawy z dodatkowymi pracami oraz modyfikacjami pojazdu.

Przykładowo w postępowaniu na wykonanie napraw w poziomie utrzymania P4, ten sam zamawiający (Koleje Mazowieckie – KM), w postępowaniu prowadzonym w roku 2019, którego przedmiotem było wykonanie trzydziestu dziewięciu (39) napraw w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych, wymagał legitymowania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w trzech latach poprzedzających składanie ofert, przynajmniej siedmiu (7) napraw w poziomie utrzymania P4 lub wyższym elektrycznych zespołów trakcyjnych. Kolejnymi przykładami na to, że wymaganie doświadczenia w wykonaniu przeglądu na poziomie trzecim, przy przedmiocie zamówienia obejmującym naprawę na poziomie czwartym, nie jest powszechnie uznawane za wystarczające, są wymagania stawiane w różnych postępowaniach na naprawy EZT. W postępowaniu prowadzonym również przez „Koleje Mazowieckie – KM” w 2017 r., którego przedmiotem było wykonanie napraw na poziomie utrzymania P4 z modyfikacją 10 EZT typu Flirt Polska serii ER75, wymagane było doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednego zamówienia w zakresie naprawy w poziomie utrzymania P4 co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych o wartości naprawy każdego ezt nie mniejszej niż 400.000 zł netto lub należyte zrealizowanie dostawy co najmniej pięciu pasażerskich pojazdów kolejowych z napędem elektrycznym.

W postępowaniu prowadzonym przez „Koleje Mazowieckie – KM” w 2018 r., którego przedmiotem było wykonanie napraw na poziomie P4 27 EZT serii EN57AL oraz napraw na poziomie P4 23 EZT serii EN57AKM, wymagane było odpowiednio doświadczenie

w naprawach w poziomie utrzymania P4 lub wyższym 5 szt. EZT i 4 szt. EZT. W innym postępowaniu prowadzonym w 2020 r. przez „Koleje Mazowieckie – KM”, którego przedmiotem było wykonanie napraw w poziomie utrzymania P4 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych, postawiony został wymóg doświadczenia polegający na wykonaniu usługi obejmującej przynajmniej 4 naprawy przynajmniej czteroczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych w poziomie utrzymania P4 lub wyższym lub zrealizowania dostawy czterech fabrycznie nowych wieloczłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych.

W jeszcze innym postępowaniu prowadzonym w 2020 r. przez Koleje Śląskie – Sp. z o.o., którego przedmiotem było wykonanie usługi naprawy 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych typu Flirt Polska serii ER75 o numerach 001, 002, 003 i 004 wraz z dostosowaniem systemów elektronicznych do obowiązujących standardów, Zamawiający postawił warunek doświadczenia polegający na wykonaniu co najmniej dwóch usług obejmujących swoim zakresem wykonanie naprawy 4 lub 5 poziomu utrzymania co najmniej czterech elektrycznych zespołów trakcyjnych opartych o napęd asynchroniczny o wartości nie mniejszej niż 8.000.000,00 PLN netto. Powyższe przykłady wyraźnie pokazują, że Zamawiający dochowywał dotychczas należytej staranności i zabezpieczał swoje interesy dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, jak również określał warunki udziału w sposób odpowiednio proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zapewniał bowiem dostęp do zamówienia wyłącznie takim podmiotom, które posiadają doświadczenie w wykonywaniu naprawy przynajmniej na takim poziomie, jak przedmiotowa usługa, lub poziomie wyższym. Odwołujący w żądaniach Odwołania domaga się zmiany, która doprowadzi do tego, że ten poziom jakości zostanie utrzymany i zapewni Zamawiającemu odpowiednią jakość wykonania przedmiotu zamówienia. Co istotne wskazał, że w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia wykonać należy znaczną liczbę przeglądów na poziomie P4, bo aż 16 sztuk, wraz z pracami dodatkowymi oraz modyfikacjami pojazdów. Do wykonania będzie zatem nie tylko zakres podstawowy przeglądu wynikający z DSU, ale również prace dodatkowe polegające np. na wdrożeniu funkcji przeniesienia napięcia między EZT. Do ich wykonania niezbędna jest specjalistyczna wiedza na temat budowy oraz działania poszczególnych systemów elektrycznych zespołów trakcyjnych, wykraczająca nawet ponad to, co jest niezbędne do wykonania podstawowego zakresu przeglądu na poziomie P4. W związku z tym do realizacji zamówienia powinien zostać wyłoniony podmiot, który na pewno wie jak wykonać naprawę na czwartym poziomie i posiada w tym doświadczenie, a co za tym idzie daje rękojmię należytego wykonania tego skomplikowanego zamówienia. Naprawa na czwartym poziomie utrzymania, z pracami dodatkowymi oraz modyfikacją wieloczłonowego pojazdu o napędzie elektrycznym wymaga posiadania odpowiedniego zaplecza technicznego tj. hali ze stanowiskami naprawczymi o długości min. 90 m, wyposażonych w odpowiednie urządzenia umożliwiające rozłączenie

i podniesienie pudeł poszczególnych wagonów (podnośniki, suwnice), wyjęcie wózków, demontaż silników trakcyjnych i przekładni, demontaż pantografów z dachu pojazdu. Konieczne jest w jego ramach w szczególności wykonanie skomplikowanej czynności regulacji wózków, na których opierają się dwa sąsiadujące ze sobą człony pojazdu, przeglądu sprzęgów międzywagonowych, przeglądu silników trakcyjnych, przeglądu pantografów, uruchomienia systemów informacji pasażerskiej, sterowania. Co więcej w ramach przedmiotowego zamówienia konieczne będzie wykonanie prób pojazdu składającego się z kilku członów oraz dokonanie połączenia z drugim EZT i przeprowadzenie jazd próbnych w trakcji wielokrotnej, których nie wykonuje się podczas przeglądu na trzecim poziomie. W związku z tym podmiot, który wykonał przegląd na poziomie trzecim, nie może posiadać umiejętności do wykonania przedmiotowego zamówienia, a więc warunek tak postawiony jest pozorny i nieproporcjonalny, ponieważ nie weryfikuje zdolności wykonawcy do wykonania kluczowych dla realizacji zamówienia elementów. Zamawiający dopuszczając do udziału w postępowaniu podmioty legitymujące się jedynie doświadczeniem w zakresie utrzymania P3 podejmuje duże ryzyko związane z jakością, terminowością i bezpieczeństwem. Dodatkowym aspektem, jest to, że przedmiotowe EZT wyposażone są w napęd asynchroniczny oraz posiadają prędkość eksploatacyjną 160 km/h. Naprawa takiego elektrycznego zespołu trakcyjnego na poziomie czwartym, w przeciwieństwie do przeglądu na poziomie trzecim, wymaga posiadania dostępu do sieci trakcyjnej o napięciu 3000VDC wraz ze specjalistycznym wyposażeniem, zapewniającym bezpieczeństwo wykonania naprawy i przeprowadzenia jazdy próbnej. Elektryczne Zespoły Trakcyjne nie są na rynku rozwiązaniem nowym, zaczęto je produkować i eksploatować od roku 1936, a skok technologiczny i produkcja EZT o prędkości eksploatacyjnej 160 km/h nastąpiła od roku 2004, dlatego też zdobycie i posiadanie doświadczenia w wykonaniu kilku ich napraw, przynajmniej na poziomie P4 nie powinno być dla podmiotów funkcjonujących na rynku tego typu zamówień żadnym problemem. Poniżej przedstawił tabelę, która zawiera zestawienie ilościowe pojazdów trakcyjnych, z którego wynika, że na koniec 2019 r. na polskim rynku użytkowane było 1192 elektrycznych zespołów trakcyjnych. *Tabela 4.*

pojazdy trakcyjne	rok								
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
lokomotywy	554	557	534	508	484	441	429	423	421
elektryczne	380	412	394	363	332	322	320	314	313
spalinowe	174	145	140	145	152	119	109	109	108
wagony silnikowe	74	78	79	95	85	77	81	79	77
elektryczne	8	8	8	8	8	2	2	2	2
spalinowe	66	70	71	87	77	75	79	77	75
zespoły trakcyjne	1402	1373	1423	1470	1518	1445	1466	1442	1388

Źródło: strona www Urzędu Transportu Kolejowego

Analogiczne zagadnienie analizowała i rozstrzygała KIO wyroku z 17.12.2019 r., sygn. akt: KIO 2433/19. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego treść warunku udziału, polegającego na posiadaniu zdolności technicznych lub zawodowych, podlegała zaskarżeniu przez Odwołującego, zarzucano warunkowi sformułowanemu w następujący sposób: *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaze, że dysponuje odpowiednią zdolnością zawodową, tj. posiada doświadczenie w realizacji usług, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował lub realizuje należycie minimum 3 obsług 4-go poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem falownikowym. Pomimo tego, że odwołanie było rozpatrywane na kanwie poprzedniego brzmienia ustawy, ustalenia Izby pozostają nadal aktualne. Wskazał, że: „warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności zawodowej odnosił się rodzajowo do zakresu prac objętych obsługą P4, której poddane mają być pojazdy w ramach zawartej umowy. Argumenty Odwołującego o możliwości uznania jako proporcjonalne do przedmiotu zamówienia obsług niższego poziomu (3 lub 3.2), nie miały uzasadnienia w zakresie rzeczonych obsług. Przede wszystkim na uwagę zasługiwał argument dotyczący różnego zakresu prac przypisanych w dokumentacji technicznej do poszczególnych poziomów obsługi EZT. Złożoność, jak i zakres czynności jest pomiędzy tymi poziomami nieporównywalny. W ocenie Izby nie ma żadnego uzasadnienia dla przyjęcia, iż prace diagnostyczne prowadzone w ramach przeglądów okresowych należy zrównać z naprawą pojazdu, która wymaga sprawdzenia działania wszystkich wskazanych w dokumentacji elementów. Co istotne, obsługa poziomu P4 wymaga rozebrania pojazdu, jego ponownego zmontowania (po naprawach) i uruchomienia. Porównywanie zatem różnych zakresów prac w tym przypadku nie miało podstaw. Izba uznała zatem, iż wskazanie w opisie warunku na konieczność wykazania się doświadczeniem w obsłudze poziomu P4 (bez ograniczania tego doświadczenia do konkretnego typu pojazdy EZT) nie narusza przepisu art. 22 ust. 1a Ustawy.”* Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO, proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu odnosi się do przedmiotu zamówienia, a warunek powinien być postawiony w taki sposób, aby umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub sposobem realizacji. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko

odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej (wyrok KIO z 12.01.2021 r., sygn. akt: KIO 3306/20, wyrok KIO z 16.08.2019, sygn. akt: KIO 1500/19). Żadna z powyższych wytycznych nie została przez Zamawiającego w postępowaniu zastosowana w opisie warunku udziału, a co za tym idzie warunek ten obiektywnie można uznać za naruszający NPzp. Odwołujący ma świadomość, jak wielokrotnie wskazała KIO, że warunki proporcjonalne, nie oznaczają warunków tożsamyh z przedmiotem zamówienia (np. wyrok KIO z 14.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1800/20), niemniej powinny one gwarantować taki poziom, aby pozwalały na wyłonienie podmiotu, który będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia. W obliczu zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie szesnastu przeglądów na poziomie P4 elektrycznych pojazdów wielocłonowych wraz z pracami dodatkowymi oraz modyfikacją, wymaganie doświadczenia w wykonaniu naprawy na poziomie czwartym lub piątym pięciu sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz z prędkością eksploatacyjną co najmniej 1660 km/h wydaje się być absolutnie uzasadnione. Jak pokazują przytoczone w treści odwołania dowody – historyczne SWZ, nie tylko ten Zamawiający, ale również inni Zamawiający naprawy pojazdów szynowych ustanawiali wymóg doświadczenia przy zamówieniach na naprawy P4, na poziomie takim lub wyższym, jak proponowany w żądaniach odwołania. Zasadę proporcjonalności, w świetle orzeczenia KIO, należy rozumieć również w ten sposób, że Zamawiający powinien podejmować takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonego celu. Nie powinien on zatem podejmować ani działań zbyt daleko idących, ani takich, które nie zapewniają realizacji celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z 17.07.2020, sygn. akt: KIO 1398/20). W przedmiotowym przypadku mamy do czynienia ze zbyt niskim ustawieniem progu dostępu do postępowania, co narusza uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada proporcjonalności z jednej strony powinna oznaczać dążenie zamawiającego do uzyskania jak najwyższej jakości i rzetelności, a z drugiej, nie ograniczać bez powodu dostępu do udziału w postępowaniu (wyrok KIO z 08.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1030/17). W tym miejscu zaznaczył, że sformułowanie warunku udziału zgodnie z żądaniem Odwołania nie będzie prowadziło do ograniczenia dostępu do postępowania. Jak wskazano powyżej w treści odwołania, rynek elektrycznych zespołów trakcyjnych charakteryzuje się możliwością zdobycia w przeszłości odpowiedniego doświadczenia, a ponadto każdy podmiot, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału może np. ubiegać się o zamówienie w innych konfiguracjach podmiotowych, które dopuszcza NPzp, jak np. udział w ramach konsorcjum, czy przy udziale podmiotu trzeciego, udostępniającego swoje zasoby. Co prawda wybór treści warunków udziału jest prawem Zamawiającego, niemniej nie jest to prawo absolutne. Jego ramy wyznaczają zasady prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności wspomniana wielokrotnie zasada proporcjonalności oraz równego

traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, które w przypadku postępowania zostały naruszone.

Zamawiający w dniu 02.08.2021 r. wezwał (za pomocą platformy zakupowej: <https://km.eb2b.com.pl>) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.08.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k., ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi ogon zwana dalej: „Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k.” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przystępujący jest podmiotem zainteresowanym ubieganiem się o udzielenie zamówienia w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do ustanowienia warunków udziału w postępowaniu częściowo odpowiadający przepisowi art. 112 ust. 1 NPzp, przez co Przystępujący ma interes częściowo zbieżny z Odwołującym, który polega na zapobieżeniu dokonywania modyfikacji warunków udziału w postępowaniu prowadzących do niezgodności z zapisami Pzp. Dodatkowo Przystępujący zaznacza, że złożył dnia 30.07.2021 r. odrębne odwołanie w postępowaniu, w którym zarzucił Zamawiającemu m.in. ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz naruszającego równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdziale VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu, polegające na ukształtowaniu tego warunku w sposób, który uniemożliwia ubieganie się o realizację zamówienia przez wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie przy realizacji napraw objętych przedmiotem zamówienia, niezbędnych do prawidłowego wykonania tego zamówienia. Zarzuty oraz częściowo wnioski odwołania złożonego przez Odwołującego 30.07.2021 r. pokrywają się z odwołaniem złożonym przez Przystępującego, tego samego dnia, w związku z czym, a w konsekwencji interes Przystępującego jest w powyższym zakresie zbieżny z interesem Odwołującego co uzasadnia dokonanie przystąpienia. Przystępujący wnosi o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów i części wniosku (w zakresie pokrywającym się w obu odwołaniach), z uwagi na częściową zasadność podniesionej argumentacji i zarzutów.

W dniu 05.08.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Public

Transport Service Sp. z o.o., Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa zwanej dalej: „Public Transport Service Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Ewentualna modyfikacja treści SWZ zgodnie z żądaniami Odwołującego uniemożliwi Przystępującemu złożenie ważnej ofert w niniejszym postępowaniu, albowiem doprowadzi do nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia ukształtowania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności ewentualne uwzględnienie odwołania doprowadzi do znaczącego ograniczenia kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2291/21, sygn. akt: KIO 2300/21:

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedzi na odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawcy wnoszący odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do ich złożenia. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ zgodnie z którym, skoro w toku postępowania o sygn. akt: KIO 1972/21 obecny Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2291/21 żądał wykreślenia wymogu dotyczącego konieczności złożenia certyfikatu IRIS, a żądanie w tym zakresie nie zostało uznane, to w konsekwencji Odwołujący nie będzie w stanie złożyć oferty, niezależnie od przedmiotu sporu. Brak jest wystarczających podstaw do tak daleko idących wniosków na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym bardziej, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2291/21 oświadczył na rozprawie, że certyfikat IRIS nie jest przeszkodą w złożeniu oferty w tym postępowaniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej w sprawie sygn. akt: KIO 1972/21, jak i sygn. akt: KIO 2291/21, KIO 2300/21 oraz sygn. akt: KIO 2459/21. W szczególności postanowień SWZ zgodnie ze zmianą

dokonana czynnością z 21.07.2021 r., przy uwzględnieniu odpowiedzi na pytania (/pismo z 16.07.2021 r., sprostowanie Ogłoszenia o zamówieniu opublikowane z 21.07.2021 r./2021/S 139-371257; 2021/S 139-371267/), jak i projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SWZ), tudzież Dokumentacje Systemu Utrzymania.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2291/21, jak i o sygn. akt: KIO 2300/21 załączone do odwołania o sygn. akt: KIO 2291/21 przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Zmiany postanowień SWZ z 21.07.2021 r. /pismo z 16.07.21 r./.
- 2) Sprostowania Ogłoszenia o zamówieniu opublikowane z 21.07.2021 r./2021/S 139-371257; 2021/S 139-371267/.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2291/21, jak i o sygn. akt: KIO 2300/21 załączone do odwołania o sygn. akt: KIO 2300/21 przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez „Koleje Mazowieckie – KM” o nr ref. MWZ3.26.94.2019.
- 2) SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez „Koleje Mazowieckie – KM” o nr ref. MWZ1-26-65-2017.
- 3) SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Mazowieckie – KM” o nr ref. MWZ3.26.113.2018.
- 4) SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Mazowieckie – KM” o nr ref. MWZ7.26.64.2020.
- 5) SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Śląskie – sp. z o.o. o nr ref. KS/ZP/8/2020.

Porównanie zakresu przeglądu na poziomie trzecim oraz naprawy na poziomie czwartym pojazdu elektrycznego typu 22WE nie zostało załączone do odwołania, ale złożone podczas rozprawy przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 2300/21.

Nadto, zaliczono w poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2291/21, jak i o sygn. akt: KIO 2300/21 załączone do pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ na okoliczności wskazane w piśmie dotyczące wskazanych zarzutów celem ich oddalenia:

1. Załącznik nr 1 – Ogłoszenie przez Koleje Dolnośląskie postępowania na P4 pojazdów spalinowych, gdzie w doświadczeniu wskazano możliwość wykazania się P3.

2. Załącznik nr 1a - Informacja z otwarcia ofert z ww. postępowania Kolei Dolnośląskich, na okoliczność, że Odwołujący usiłuje „wymodelować doświadczenie pod siebie”, albowiem najkorzystniejszą ofertę złożyła tam firma Serwis Pojazdów Szynowych ASO P. M..
3. Załącznik nr 2 – SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego na wykonanie okresowego przeglądu, wg czwartego poziomu utrzymania (PU4), pojazdu kolejowego typu 215M – serii SA108-006, gdzie w doświadczeniu wskazano możliwość wykazania się P3.
4. Załącznik nr 3 - SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego na wykonanie okresowego przeglądu, wg czwartego poziomu utrzymania (PU4), pojazdu kolejowego ED78-010, gdzie w doświadczeniu wskazano możliwość wykazania się P3.
5. Załącznik nr 4 – SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego na wykonanie okresowego przeglądu, wg czwartego poziomu utrzymania (PU4), pojazdu kolejowego ED78-014, gdzie w doświadczeniu wskazano możliwość wykazania się P3.
6. Załącznik nr 4a - Informacja z otwarcia ofert z ww. postępowania Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego na okoliczność, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2291/21 korzystał z praktyk, gdzie doświadczenie dotyczyło przeglądów niższego rzędu wobec przedmiotu zamówienia.
7. Załącznik nr 5 - SIWZ postępowania prowadzonego przez Koleje Śląskie na wykonanie naprawy rewizyjnej P4 dziewięciu pojazdów 22WE (EN76) nr 001-009, gdzie w doświadczeniu oczekiwano P3.
8. Załącznik nr 5a - Informacja z otwarcia ofert z ww. postępowania Kolei Śląskich na okoliczność, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2300/21 korzystał z praktyk, gdzie doświadczenie dotyczyło przeglądów niższego rzędu wobec przedmiotu zamówienia.
9. Załącznik nr 6 - SIWZ postępowania prowadzonego przez Koleje Dolnośląskie na wykonanie naprawy głównej P5, gdzie w doświadczeniu oczekiwano P4. Niniejszy dowód został powołany na okoliczność, że w przypadku naprawy głównej to jest największej, najszerzej co do zakresu naprawy w cyklu życia pojazdu oczekuje się w doświadczeniu jakim musi wykazać się wykonawca poziomu niżej, tj. naprawy rewizyjnej P4. To dowodzi, że Zamawiający celem poszerzenia konkurencji nie zamykają dostępu do zamówienia w taki sposób, jak usiłuje to narzucić obaj Odwołujący, a praktyka polega na tym, że: „na P5 oczekujemy w doświadczeniu P4, a gdy przedmiotem jest P4 oczekujemy P3”.
10. Załącznik 6a - Informacja z otwarcia ofert z ww. postępowania Kolei Dolnośląskich, co obrazuje, że Zamawiający korzystał z praktyk, gdzie doświadczenie dotyczyło przeglądów niższego rzędu wobec przedmiotu zamówienia.

11. Załącznik nr 7 - SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego na wykonanie naprawy głównej P5, gdzie w doświadczeniu oczekiwano P4. Niniejszy dowód powołuje na taką samą okoliczność, jak dowód z załącznika nr 4.

12. Załącznik nr 7a – Wybór oferty w ww. postępowaniu, co obrazuje, że Zamawiający korzystał z praktyk, gdzie doświadczenie dotyczyło przeglądów niższego rzędu wobec przedmiotu zamówienia.

13. Załącznik 8 - lista postępowań z lat 2018-2021 dotyczących napraw P3, P4 pojazdów elektrycznych z silnikami asynchronicznymi, których prędkość wynosi co najmniej 160km/h – jako dowód powołany na okoliczność, że żądanie wykreślenia z warunku znamienia „prędkości pojazdu” powoduje, że warunek nie byłby proporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia. Na zasadzie konsekwencji dowodzi także faktu, że Odwołujący miał odpowiednio dużo czasu aby zdobyć doświadczenie wymagane w niniejszym postępowaniu. Powyższe dowodzi również, że Odwołujący poprzez niniejsze odwołanie ma na celu uderzenie w zasadę równości i uczciwej konkurencji i doprowadzenie do tego, że zamawiającemu wolno byłoby postawić warunek tylko o takiej treści jaka jest analogiczna do zdolności odwołującego.

14. Załącznik 9 – lista postępowań z lat 2018-2021 dotyczących postępowań, gdzie przedmiotem było wykonanie przeglądu P4 a w warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający oczekiwał wykazaniem się wykonaniem przeglądów P3 zarówno elektrycznych jak i spalinowych zespołów trakcyjnych.

15. Załącznik 10 – protokół posiedzenia i rozprawy KIO z 25.06.2021 r. Dowód powołany na okoliczność wykazania, że we wcześniejszych postępowaniach Odwołujący ZNTK Mińsk Mazowiecki nie kwestionował postanowień w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdzie wymogiem było wykazanie się wykonaniem przeglądów P3 w ramach postępowania na wykonanie przeglądów P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 2291/21 załączone do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez „Koleje Mazowieckie - KM” o nr ref. MWZ3.26.94.2019.
- 2) Wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez „Koleje Mazowieckie - KM” o nr ref. MWZI -26-65-2017.
- 3) Wyciąg z SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Mazowieckie - KM” o nr ref. MWZ3.26.113.2018.
- 4) Świadectwo Nr T/2013/0316 dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego.

Nadto, w poczet materiału dowodowego włączono złożony na rozprawie przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 2291/21:

- terminarz (harmonogram) realizacji napraw na dzień 12.09.2021 r. wraz z załączonymi protokołami przekazania na okoliczność, że Odwołujący realizuje równocześnie różne naprawy z szeregu różnych umów, niekoniecznie jednej.

Podobnie, w poczet materiału dowodowego włączono złożone na rozprawie przez Odwołującego o sygn. akt: KIO 2300/21:

- 1) Wyciąg z DSU Zamawiającego, strona 36 pkt 7.
- 2) Porównanie zakresu i czasu przeglądu na poziomie trzecim oraz naprawy na poziomie czwartym pojazdu elektrycznego typu 22WE.
- 3) Zestawienie wartości i czasu trwania przeglądów P3 i P4 z innych postępowań.

Analogicznie, w poczet materiału dowodowego włączono złożone na rozprawie przez Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./:

- 1) Pismo SKM Sp. z o.o. w Warszawie na okoliczność zaś, że może wystąpić sytuacja, że doświadczenie na poziomie P4 może być niewystarczające do wykonania napraw na poziomie P5.
- 2) Pismo z 16.09.2021 r. Modeltrans Poznań Sp. z o.o. na okoliczność tego, że dysponuje Przystępujący po stronie Zamawiającego stosowną infrastrukturą do przeprowadzenia napraw na poziomie P4.
- 3) Dokument od Zamawiającego ("Koleje Mazowieckie - KM" Sp. z o.o.) z 05.08.2021 r. dotyczący Odwołującego o sygn. akt: KIO 2300/21 na okoliczność tego, że zdarzają się bez względu na poziom utrzymania nieprawidłowości w czasie realizacji umowy.

Dodatkowo Przystępujący po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ powołał się na postępowanie o sygn. akt: KIO 2459/21 i złożone tam dowody na okoliczność tego, że strategiczne elementy pojazdu będącego przedmiotem naprawy, takie jak np. silnik, klimatyzacja, nie są sprawdzane i naprawiane przez danego wykonawcę, ale wysyłane do producenta, który dokonuje ewentualnych działań naprawczych.

Odnosnie złożonej przez Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ na rozprawie opinii technicznej: „Porównanie budowy i procesu utrzymania elektrycznego zespołu utrzymania trakcyjnego typu EN57 z zespołem trakcyjnym nowej generacji typu 22 WEa”, Izba przypomina za judykaturą, że ma ona charakter opinii prywatnej, która jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną

przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsza opinia prywatna stanowi stanowisko strony, w tym także w tym wypadku Przystępującego, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, jak i wszystkie przystąpienia, pismo procesowe Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./, odpowiedzi na oba odwołania Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 2291/21, jak i KIO 2300/21 nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2291/21:

Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o. o. Sp. k. sformułowała w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 16 pkt 1 – 3 NPzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 NPzp przepisów, tj.: art. 112 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 NPzp w zw. art. 137 ust. 1, 2 oraz 4 NPzp w zw. z art. 362 NPzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i dokonanie w dniu 21.07.2021 r. modyfikacji warunków udziału w postępowaniu w sposób, który ponownie uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, polegające na ustanowieniu nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz naruszającego równe traktowanie i uczciwą konkurencję warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego

w rozdz. VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz w sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez postawienie wymogów dysponowania doświadczeniem polegającym na wykonaniu należycie co najmniej jednej usługi obejmującą swoim zakresem wykonanie czynności przeglądowych zgodnie z trzecim, czwartym lub piątym poziomem utrzymania co najmniej pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych z napędem asynchronicznym oraz prędkością eksploatacyjną co najmniej 160 km/h, o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN netto (słownie: jeden milion złotych, 00/100 netto) oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2291/21, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./, w tym w szczególności postanowień SWZ, tj. warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego z rozdz. VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz z sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu (zgodnie z treścią nadaną czynnością zmiany SWZ z 21.07.2021 r. /pismo z 16.07.2021 r./, jak i sprostowaniem Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym z 21.07.2021 r./2021/S 139-371257; 2021/S 139-371267/). Dodatkowo, Izba wskazuje na treść projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SWZ). Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

W kwestii wymogu wykazania się 5 naprawami w ramach 1 umowy.

W ocenie Izby biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia obejmujący naprawę 16 pojazdów EZT należy uznać, że wymóg wykazania się 5 naprawami jest adekwatny do przedmiotu zamówienia. Inaczej mówiąc zastosowana przez Zamawiającego proporcja nie jest zbyt wygórowana względem ilości przewidzianej do realizacji na przedmiotowym kontrakcie, gdyż oczekuje się doświadczenia w wykonaniu znacznie mniejszej ilości – 5 napraw niż w odniesieniu do planowanych w ramach tej umowy 16 napraw EZT. Jednocześnie, należy zauważyć, że konieczność wykazania się zdolnością realizacji napraw w cyklu ciągłym wynika także z obiektywnych potrzeb Zamawiającego, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 zd. 4 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SWZ), Zamawiający

zatrzymał sobie prawo skierowania do naprawy w danym kwartale max. 7 pojazdów, czyli istnieje możliwość skierowania do naprawy w danym kwartale nawet 7 pojazdów, co będzie wiązało się z koniecznością prowadzenia równoległe kilku napraw, czyli prawdopodobieństwo kumulacji napraw większej ilości na tym jednym kontrakcie jest znaczne. Tym bardziej, że istnieje także możliwość zaistnienia nieprzewidzianej pierwotnie kumulacji związanej z opóźnieniami, czy też koniecznością dostosowania do rozkładu jazdy i sprostaniu wymogowi Zamawiającego, jak wskazał na rozprawie, aby jak w najniższym stopniu wyłączać dane pojazdy z ruchu. Inaczej mówiąc: okoliczność, że naprawy P4 na poszczególnych EZT będą prowadzone równoległe lub będą następować bezpośrednio po sobie stanowią niewątpliwie znaczne obciążenie dla wykonawcy realizującego taką usługę, czyni sformułowany wymóg po pierwsze uzasadniony potrzebami Zamawiającego, po drugie relatywnie przystępnym. Należy bowiem zauważyć, że ten wymóg w kontekście dopuszczenia wykazaniem się doświadczeniem na poziomie P3, a nie P4, czyli usługami niższego rzędu w ramach jednej umowy, daje gwarancję, że przy znacznej ilości napraw pojazdów, dany Wykonawca będzie w stanie usługę wykonać należycie. Pozwoli też spełnić wymóg ilościowy napraw poprzez naprawy niższego rzędu P3, a nie P4.

Stanowisko Izby w powyższym zakresie nie zmienia argumentacja Odwołującego, że zdolność do realizacji napraw w tym samym czasie może być wykazana poprzez naprawy realizowane w ramach różnych umów. Po pierwsze dlatego, że dowód Odwołującego, tj. harmonogram (terminarz realizacji napraw na dzień 12.09.2021 r.) tylko pozornie potwierdzał stanowisko Odwołującego, gdyż jak słusznie wskazywał na rozprawie Przystępujący po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./, załączono protokoły przekazania i de facto nie wiadomo, czy Odwołujący sprostował kumulacji w ramach różnych umów. Po drugie, inna jest skala i ryzyko realizacji pojedynczej naprawy w ramach danego jednostkowego kontraktu, niż w ramach kontraktu obejmującego więcej niż jedna, dwie, czy trzy naprawy. Dany Wykonawca inaczej także ocenia ryzyko związane z realizacją kontraktu przewidującego pojedyncze naprawy od kontraktu, gdzie, takich napraw dla danego Zamawiającego może być nawet 7 w kwartale. W konsekwencji, kumulacji w ramach różnych umów nie można postawić znaku równości względem kumulacji z jednej umowy, jeśli brak jest dowodu pozwalającego potwierdzić, że ta różnorodność nie zachwiała efektywnością, skutecznością oraz terminowością dokonywanych napraw. Zamawiający uznał, że kumulacja w ramach jednej umowy poprzez efekt skali jest o wiele bardziej miarodajna i prostsza w weryfikacji niż kumulacja w ramach różnych umów, gdzie kumulacja jest trudniejsza w ustaleniu i weryfikacji. Jednocześnie, Izba wskazuje, że zwiększenie ilości napraw w ramach jednej umowy niż w pierwotnym wymogu jest efektem także obniżenia

poziomu utrzymania z P4 na P3 jest to element zabezpieczenia się Zamawiającego tak, aby Wykonawcy na tym poziomie sprostali naprawom na poziomie P4.

Względem wymogu posiadania doświadczenia w zakresie wykonania czynności przeglądowych obejmujących EZT o prędkości eksploatacyjnej co najmniej 160 km/h.

W tym zakresie, Izba wskazuje, że Zamawiający wymagając doświadczenia w utrzymaniu pojazdów o prędkości co najmniej 160 km/h wymaga doświadczenia dla porównywalnych konstrukcji EZT jakie są przedmiotem zamówienia, co potwierdził załączanym do odpowiedzi na odwołanie świadectwem (Świadectwo Nr T/2013/0316 dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego). Doświadczenie w wykonywaniu napraw pojazdów EZT o niższej prędkości, czyli de facto przestarzałej konstrukcji, nie jest adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wykazał istnienie istotnych różnic konstrukcyjnych. Wskazał na nie szczegółowo na str. 7 odpowiedzi na odwołanie, tzw. podzespołów związanych z bezpieczeństwem. Jednocześnie należy zauważyć, że nawet po modernizacji i wyposażeniu starszych pojazdów w napęd asynchroniczny i falowniki, nie osiągają one prędkości 160 km/h, a jedynie prędkość 120 km/h na co również wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, czemu nie zaprzeczał Odwołujący. Z uwagi na różnice konstrukcyjne naprawie podlegają inne elementy niż w pojazdach osiągających niższą prędkość. Nawet, po modernizacji i modyfikacji doświadczenie w naprawie pojazdów starszego typu nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia. Izba podzieliła także stanowisko wyrażone w wyroku KIO z 28.06.2021 r. o sygn. akt: KIO 1320/21: *„Izba zwraca uwagę, że nie został nawet uprawdopodobniony brak – według twierdzeń Odwołującego - różnic konstrukcyjnych, które dotyczą w dużej mierze – według zgodnych oświadczeń i opinii zamawiającego i przystępującego - podzespołów związanych z bezpieczeństwem. Wskazywane różnice między innymi dotyczą: odmiennej konstrukcji wózków jezdnych oraz sposobu ich połączenia z konstrukcją pudła jak również sposobu połączenia między sobą poszczególnych członów EZT. Także wskazywano na różne rozwiązania w zakresie: 2-go stopnia usprężynowania wózków (w ramach przedmiotowego postępowania w zakresie wymagań DTR wymianie podlegają poduszki pneumatyczne które w pojazdach o niższych prędkościach nie występowały), układów hamulcowych w tym przede wszystkim zupełnie inne rozwiązania dotyczące elementów odpowiedzialnych za realizację procesu hamowania. Tym samym, w ocenie Izby, wymaganie dotyczące posiadania doświadczenia przez wykonawcę w zakresie wykonywania czynności przeglądowo-naprawczych na EZT charakteryzujących się taką samą konstrukcją co EZT będące przedmiotem zamówienia z uwagi na liczbę pojazdów, zakres prac objętych usługą oraz czas jej wykonania - w przypadku tego przetargu – jest wymaganiem uzasadnionym. (...)”*. Przy czym, Izba zastrzega, że opinia złożona przez Przystępującego

po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ nie była brana przez Izba pod uwagę jako dowód, ale jedynie jako opinia prywatna, czyli stanowisko Przystępującego w sprawie.

Jednocześnie, analiza zał. nr 9 do pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./, tzn. znajdującego się w nim wykazu postępowań potwierdziła, że gdy przedmiotem zamówienia były pojazdy o prędkości co najmniej 160 km/h taki wymóg znajdował się w warunku (Koleje Śląskie /KS/ZP/18/2020/, /KS/ZP/2/2021/, Koleje Małopolskie /DZ/251/10/2021/).

Dodatkowo, należy podzielić stanowisko z wyroku KIO z 28.06.2021 r. o sygn. akt: KIO 1320/21: „(...)żądane przez Odwołującego zmiany wymagania prowadzą z jednej strony do umożliwienia temu wykonawcy udział w tym przetargu, a z drugiej – wobec żądanego wykreślenia doświadczenia z poziomu P3 – ograniczenia tej możliwości innym wykonawcom, jak wynikało z ustaleń na rozprawie wykonawcy zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Public Transport Service. Tym samym nie są to również obiektywne okoliczności, które by przemawiały za słuszością zarzutów i żądań odwołania. (...)” - jako analogiczne w niniejszej sprawie.

Względem dopuszczenia do udziału w postępowaniu Wykonawców posiadających doświadczenie przy realizacji umów w zakresie P3 /trzeciego poziomu utrzymania/, niższego niż objęty przedmiotem zamówienia P4.

W tym wypadku, Zamawiający przyznał, że uczynił to celowo, aby rozszerzyć krąg podmiotów, którzy będą w stanie wziąć udział w postępowaniu. Jednocześnie zastrzegając, że należy go rozpatrywać łącznie z wymogiem 5 napraw w ramach 1 umowy oraz w zakresie pojazdów osiągających prędkość co najmniej 160 km/h. Inaczej mówiąc uznał, że owe dalsze elementy wymogu dają mu gwarancję, że Wykonawca mający doświadczenie w trzecim poziomie utrzymania będzie w stanie podołać realizacji zamówienia na poziomie P4. Jednocześnie, należy zauważyć, że Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ wykazał, że takie obniżenie wymogu na P3 przy przedmiocie zamówienia na P4 nie stanowi novum w zamówieniach publicznych i jest praktykowane przez innych Zamawiających (zestawienie – załączniki nr 9, jak i nr 1, 2, 3, 4 i 5 do jego pisma procesowego). Izba w tym zakresie abstrahuje od obniżenia z P5 na P4, choć jest on także praktykowany (załącznik nr 6 i 7 do pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./).

Izba podzieliła stanowisko i wyjaśnienia Zamawiającego przedstawione na wstępie. Uznając, że ryzyko z takim sformułowaniem wymogu na poziomie P3 zostało ograniczone w sposób przedstawiony wcześniej. Nadto, nikt nie przeczył istniejącym obiektywnym różnicom między P3, a P4, ale Przystępujący po stronie Zamawiającego /Public Transport

Service Sp. z o.o./ wykazał złożonym dowodem (pismo z 16.09.2021 r. Modeltrans Poznań Sp. z o.o.), że podmioty mające doświadczenie na poziomie P3 mogą dysponować stosowną infrastrukturą do P4. Jednocześnie, de facto Odwołujący przyznał, że pewne strategiczne elementy pojazdy takie jak np. silnik, falowniki, klimatyzacja, hamulce nie są sprawdzane na miejscu przez danego Wykonawcę, ale wysyłane do producenta, co także wynika z DSU (jak stwierdził na rozprawie). Przy czym, dowody załączone do odwołania o sygn. akt: KIO 2459/21 (pismo M&MR Trading z 16.08.2021 r., pismo Ingeteam 12233001902 z 16.08.2021 r., tłumaczenie korespondencji mailowej z firmą TSA) niewątpliwie potwierdzają autoryzacje i wyłączność producentów lub certyfikowanych partnerów serwisowych klimatyzatorów Konveкта, elementów metalowo - gumowych Continental Contitech, czy silników produkcji TSA. Różnice między P4 i P3 Odwołujący upatrywał na rozprawie raczej w braku kadry oraz bazy, czyli koniecznej infrastruktury. Jednakże, skoro Przystępujący po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ przedstawił dowód (pismo z 16.09.2021 r. Modeltrans Poznań Sp. z o.o.), że podmioty mające doświadczenie na poziomie P3 mogą dysponować stosowną infrastrukturą do P4, czyli także kadra istniejące różnice są irrelewantne. Należy także, zauważyć, że Odwołujący nie złożył dowodu, czyli nie sprostął ciężarowi dowodowemu na okoliczność tego rodzaju, że Wykonawca mający doświadczenie na poziomie P3 nie podoła naprawom na poziomie P4 w odróżnieniu od dowodu Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./, że podmioty mające doświadczenie na poziomie P3 mogą dysponować stosowną infrastrukturą do P4 (pismo z 16.09.2021 r. Modeltrans Poznań Sp. z o.o.). Wymaga również podkreślenia, że kwestia w różnicy w poziomach utrzymania między warunkiem a przedmiotem zamówienia (P3 – P4) nie stanowiła przeszkody Odwołującemu w złożeniu oferty i konkutowaniu w takich postępowaniach (załącznik nr 1 i 1a oraz 4 i 4a do pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./). Na samym też obniżeniu poziomu utrzymania warunku względem wynikającego z przedmiotu zamówienia niejednokrotnie korzystał Odwołujący przy sytuacji żądania P4, przy przedmiocie na P5 (załącznik nr 6 i 6a oraz 7 i 7a do pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 2291/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2300/21:

Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 16 pkt 1-3 NPzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób z naruszeniem zasady proporcjonalności, w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 112 ust. 1 NPzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób niezapewniający możliwości oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
- 3) art. 116 ust 1 NPzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sposób niezapewniający możliwości realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2300/21, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./, w tym w szczególności postanowień SWZ, tj. warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego z rozdz. VII ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ oraz z sekcji III pkt III.1.3) ust. 1 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu (zgodnie z treścią nadaną czynnością zmiany SWZ z 21.07.2021 r. /pismo z 16.07.2021 r./, jak i sprostowaniem Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym z 21.07.2021 r./2021/S 139-371257; 2021/S 139-371267/). Dodatkowo, Izba wskazuje na treść projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SWZ), czy też Dokumentacje Systemu Utrzymania. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie, uznając w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

Podtrzymując stanowisko w analogicznej kwestii z odwołania o sygn. akt: KIO 2291/21 (Względem dopuszczenia do udziału w postępowaniu Wykonawców posiadających

doświadczenie przy realizacji umów w zakresie P3 /trzeciego poziomu utrzymania/, niższego niż objęty przedmiotem zamówienia P4), Izba dodatkowo wskazuje na następujące kwestie.

Po pierwsze dowody złożone przez Odwołującego, tj. wydruk ze str. 36 DSU pkt 7, porównanie zakresu i czasu wykonywania napraw na poziomie P3 i P4, czy też zestawienie wartości i czasu trwania przeglądów P3 i P4 z innych postępowań, jedynie potwierdzają istniejące obiektywne różnice, którym nikt nie zaprzeczał. Istotne jest, że Przystępujący po stronie Zamawiającego (Public Transport Service Sp. z o.o.) przedstawił dowód pismo z 16.09.2021 r. Modeltrans Poznań Sp. z o.o., że może sprostać konieczności dysponowania specjalistycznym zapleczem. Sposób w jaki zostanie to osiągnięte jest irrelevantny, skoro będzie dysponował takim zapleczem, tzn. zostanie przez niego zapewniony i zrealizuje przedmiot zamówienia w sposób należyty gwarantujący należyłą jakość. Zamawiający także na rozprawie wyraźnie oświadczył, że jako gospodarz postępowania ponosi także wszelkiego rodzaju ryzyko związane z ukształtowaniem warunku na takim lub innym poziomie. W tym wypadku na poziomie niższym niż wynikający z przedmiotu zamówienia. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że odwołania o sygn. akt: KIO 2300/21 dotyczy de facto jedynie poziomu utrzymania P3 w warunku, przy przedmiocie zamówienia na P4, jest to o tyle istotne, że w sprawie o sygn. akt: KIO 1320/21 aspekt ten nie był kwestionowany i nie przeszkodził Odwołującemu w złożeniu oferty i konkurowaniu w postępowaniu (załącznik nr 5 i 5 a oraz nr 10 /str. 9 i 11 protokołu/ do pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./). Jednocześnie, Odwołujący nie przedstawił dowodu, że Wykonawca mający doświadczenie na poziomie P3 nie sprosta realizacji na poziomie P4. Jest to o tyle istotne, że Przystępujący po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ przedstawił dowód na rozprawie, tj. pismo SKM Sp. z o.o. w Warszawie, z którego wynika, że mimo, iż Odwołujący ma doświadczenie na poziomie P4, to miał problemy z realizacją napraw na poziomie P5, co przejawiało się naliczeniem kar umownych. Z innego dowodu złożonego na rozprawie przez Przystępujący po stronie Zamawiającego /Public Transport Service Sp. z o.o./ wynika, że Odwołujący miał problemy z terminową realizacją zamówienia na rzecz obecnego Zamawiającego przy poziomie P4 (pismo "Kolei Mazowieckich - KM" Sp. z o.o. z 05.08.2021 r.). W ocenie Izby, aspekt warunku objęty przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu nie stanowi żadnego obiektywnego problemu w złożeniu oferty przez Odwołującego, a jego kwestionowanie jest tylko i wyłącznie przejawem chęci ograniczenia zakresu podmiotów, z którymi będzie musiał konkurować w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 2300/21 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2291/21, sygn. akt: KIO 2300/21 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Izba uznała wniosek Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2291/21 o zasądzenie wydatków pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, na podstawie złożonego rachunku (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba uznała wniosek Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2300/21 o zasądzenie wydatków pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, na podstawie złożonego rachunku (§ 5 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....