

Sygn. akt: KIO 1942/20

WYROK
z dnia 7 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polregio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Podkarpacki Zakład w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. D. - „SELUCH” z siedzibą w Pruszczu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie** na rzecz zamawiającego **Polregio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Podkarpacki Zakład w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Polregio Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Podkarpacki Zakład w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 100-242682.

W dniu 13 sierpnia 2020 r. wykonawca Serwis Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego 3 sierpnia 2020 r. czynności modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania z 4 czerwca 2020 r. uwzględnionego przez Zamawiającego 14 lipca 2020 r. w treści którego Odwołujący żądał zmiany postanowienia §4 ust. 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ, poprzez ograniczenie odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy realizującego naprawy wyłącznie do urządzeń, zespołów i podzespołów objętych przedmiotem zamówienia (tymczasem Zamawiający w zmodyfikowanej treści § 4 ust. 2 Wzoru umowy w rzeczywistości nadal przewiduje przejście przez wykonawcę realizującego zamówienie pełnej gwarancji producenta pojazdów, znacznie wykraczającej poza przedmiot realizowanych napraw). Ponadto, Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów poprzez dokonanie modyfikacji OPZ w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz wskazuje na dostarczenie rozwiązań konkretnych podmiotów ze względu na

dokonanie pozornej tylko zmiany treści § 5 ust. 13 Wzoru umowy - w rzeczywistości nie modyfikującej pierwotnego postanowienia Wzoru umowy.

2. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego 3 sierpnia 2020 r. czynności modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w §6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez dokonanie zmiany treści zwrotu „o wartości łącznej nie mniejszej niż 600.000,00 złotych brutto”, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania dalszej zmiany SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia polegającej na dodaniu warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia (oraz przedstawieniem dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych narzędzi i urządzeń), co doprowadziło do opisanego warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia lub utrudnia uczciwą konkurencję.
3. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego 3 sierpnia 2020 r. czynności modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez dokonanie zmiany zwrotu: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 2,000,000.00 (dwa miliony) złotych brutto”, na zwrot: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 600.000,00 złotych brutto”, co doprowadziło do opisanego warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia lub utrudnia uczciwą konkurencję oraz bez uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania Odwołującego z 4 czerwca 2020 r. uwzględnionego przez Zamawiającego 14 lipca 2020 r. Ponadto, powyższe wiąże się z naruszeniem art. 185 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego prawidłowego poinformowania Odwołującego o złożeniu 4 czerwca 2020 r. odwołania przez wykonawcę D. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. D. - „SELUCH” oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień §4 ust. 2 Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniu następującej treści: „Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sal 34-022”;

2. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień §5 ust. 13 Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniu następującej treści: „Zamawiający ma prawo potrącić bezsporną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania dalszej modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w sposób określony w odwołaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania dalszej modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez dokonanie zmiany zwrotu: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 600.000,00 złotych brutto”, na zwrot: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 2.000.000, 00 (dwa miliony) złotych brutto”.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dokonał modyfikacji postanowienia §4 ust. 2 Wzoru umowy w sposób pozorny, nieuwzględniający żądań Odwołującego z odwołania z 4 czerwca 2020 r. oraz powtarzający pierwotne postanowienia przedstawione w innym kontekście. W nowej treści postanowienia §4 ust. 2 Wzoru umowy Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do realizacji prac w ramach umowy w sposób, który nie doprowadzi do utraty gwarancji producenta, w szczególności poprzez naruszenie ust. 4,6,11 i 13 Załącznika nr 10 do Umowy, które to postanowienia stanowią uprawnienia gwarancyjne odnoszące się do całego pojazdu, w tym dotyczą uprawnień przekraczających ewentualne uprawnienia gwarancyjne z tytułu realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Z uwagi na powyższe, zakres odpowiedzialności wykonawcy za zapobiegnięcie utracie gwarancji producenta, podobnie jak w przypadku pierwotnych postanowień SIWZ jest nieograniczony.

Następnie w zdaniu drugim zmodyfikowanego postanowienia Zamawiający wskazuje, że zgodnie z postanowieniami Karty gwarancyjnej, to producent pojazdu ma nieograniczone, a przy tym subiektywne uprawnienie do oceny, czy dany wykonawca zobowiązany do dokonania napraw wyprodukowanego przez producenta pojazdu, będzie dawał rękojmię prawidłowego wykonania ww. napraw. Zatem, oświadczenie złożone przez wykonawcę nie będzie miało żadnej wartości, skoro producent pojazdu jest uprawniony do jednostronnego wydania negatywnej opinii o wykonawcy realizującego naprawy wyprodukowanego przez producenta pojazdu, a w konsekwencji uprawnienie do jednostronnego zadecydowania o utracie gwarancji producenta na naprawiane przez wykonawcę pojazdy. W związku z powyższym wykonawca, podpisując umowę z Zamawiającym dalej z góry godzi się na przejęcie pełnej odpowiedzialności gwarancyjnej za naprawiane pojazdy, w tym w zakresie wykraczającym poza gwarancję wynikającą z przeprowadzanych napraw. Powyższe

rozwiązanie nadal faworyzuje producenta pojazdów objętych przedmiotem zamówienia, tj. Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A.

Odwołujący wskazywał, że zmodyfikowane postanowienie §4 ust. 2 Wzoru umowy nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Przedmiotem postępowania jest udzielenie zamówienia na dokonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022. Dokonywane naprawy będą dotyczyły jedynie określonych w Opisie przedmiotu zamówienia części, zespołów i podzespołów i w tym zakresie wykonawca udzieli gwarancji. Nie ma zatem podstaw, aby wykonawca dokonujący napraw określonych elementów pojazdu przejmował na siebie obowiązki gwarancyjne dotyczące pozostałych części, zespołów i podzespołów pojazdu, które nie były objęte ww. usługami.

Zamawiający powinien zatem ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy wynikającą z §4 ust. 2 Wzoru umowy wyłącznie do części, podzespołów i zespołów objętych przedmiotem usług, o realizację których toczy się postępowanie, dokonując powyższego w sposób rzetelny, a nie pozorny. To w interesie Zamawiającego leży również uzyskanie zgody producenta na realizację usług objętych postępowaniem przez inny podmiot, przy jednoczesnym zachowaniu uprawnień gwarancyjnych producenta na pozostałe części, podzespoły i zespoły pojazdów. Nie jest zasadne przerzucanie na nowego wykonawcę całości odpowiedzialności z tytułu obowiązków wynikających z gwarancji udzielonej przez producenta, w tym na części, podzespoły i zespoły nieobjęte zakresem napraw czwartego poziomu utrzymania PU4.

Zdaniem Odwołującego postanowienie §5 ust. 13 Wzoru umowy również pozwala na dokonywanie nadużyć po stronie Zamawiającego. Zamawiający nie wprowadza bowiem do umowy mechanizmu pozwalającego wykonawcy na podważenie zasadności wierzytelności przysługujących Zamawiającemu wobec wierzyciela. Jest to o tyle istotne, że w przypadku niezasadnego uczynienia potrącenia wykonawca nie ma możliwości ubiegania się o późniejsze uzyskanie nienależnie potrąconej wierzytelności.

Zamawiający dokonał modyfikacji postanowienia §5 ust. 13 Wzoru umowy w sposób pozorny, nieuwzględniający żądań Odwołującego z odwołania z 4 czerwca 2020 r. oraz powtarzający pierwotne postanowienia przedstawione w innym kontekście. W nowej treści postanowienia §5 ust. 13 Wzoru umowy powtórzona została pierwotna treść Wzoru umowy, jedynie uzupełniona o postanowienia wynikające z ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.), co nie ma większego znaczenia wobec powszechnego obowiązku Zamawiającego do stosowania przepisów powyższej ustawy.

Nie ma zatem wątpliwości, że postanowienie §5 ust. 13 Wzoru umowy, mimo modyfikacji z 3 sierpnia 2020 r. zostało określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Odwołujący podkreślał, że na zachowanie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, w tym również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający równe traktowanie wykonawców, wpływ ma nie tylko wprowadzanie postanowień bezpośrednio faworyzujących określonego wykonawcę lub wykonawców, ale również takie określenie postanowień specyfikacji, które nadmiernie przenosi ryzyko związane z realizacją umowy na wykonawcę. Z naruszeniem powyższych przepisów ustawy Pzp mamy do czynienia przede wszystkim w przypadku gdy takie nadmierne przenoszenie ryzyka nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Powyższe prowadzi do trudności z prawidłowym opracowaniem oferty i oszacowaniem w ramach ceny ryzyka związanego z realizacją przyszłej umowy.

Do postępowania odwoławczego w dniu 20 sierpnia 2020 r. przystąpił po stronie Odwołującego wykonawca Public Transport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i wskazując, że zmodyfikowany przez Zamawiającego §4 ust. 2 Wzoru umowy stanowi w rzeczywistości bardziej rozbudowane powtórzenie jego w pierwotnym brzmieniu i jego zmiana ma wyłącznie pozorny charakter. Nadal Zamawiający przewidział bezwzględny obowiązek wykonawcy przejścia wszelkich zobowiązań gwarancyjnych na cały autobus szynowy zgodnie z gwarancją udzieloną przez producenta pojazdu. W obecnym brzmieniu SIWZ przegląd PU4 pojazdu jest w stanie wykonać wyłącznie producent pojazdu ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A. Co istotne, przejście tej gwarancji nie ma żadnego związku z usługą będącą przedmiotem postępowania, albowiem umowa, na wykonaną usługę przeglądu PU4, przewiduje odrębną gwarancję udzielaną bezpośrednio przez wykonawcę przeglądu i w tym zakresie wykonawca przeglądu PU4 gwarancji udzieli.

Do postępowania odwoławczego w dniu 20 sierpnia 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. D. „SELUCH” z siedzibą w Pruszczu, wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i 3 odwołania, a w przypadku uznania przez Izbę, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania w powyższym zakresie, wnosząc o jego oddalenie i wskazując, że zmiana SIWZ dokonana przez Zamawiającego w zakresie obniżenia z 2.000.000 PLN na 600.000 PLN poziomu wartości wykonanych przeglądów lub naprawy autobusów szynowych, wbrew twierdzeniom Odwołującego, urzeczywistnia zasadę uczciwej konkurencji i powoduje, że wymóg doświadczenia w powyższym zakresie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 2 września 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie,

podnosząc, że Odwołujący uzasadniając interes do wniesienia odwołania nie wykazał, że postanowienia SIWZ ograniczają w sposób bezpodstawny możliwość Odwołującego (oraz wykonawców innych niż producent pojazdów) złożenia oferty w postępowaniu, ani też w jaki sposób wskutek niezgodnych (zdaniem Odwołującego) z przepisami działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący proponuje zaostrenie warunków, które ograniczają dostęp do zamówienia innym wykonawcom. Zamawiający nie może się zgodzić z takim rozumieniem „interesu”, którego realizacja miałaby prowadzić do eliminacji możliwości uczestnictwa w postępowaniu przez innych wykonawców albo spowodowanie istotnych utrudnień w tym zakresie. Niezależnie od tego trudno mówić o „interesie” Odwołującego w przypadku zarzutów 2 i 3, które zdaniem Zamawiającego, wobec spełnienia przesłanek z art. 189 ust. 3 i 5 ustawy Pzp nie powinny być w ogóle rozpatrywane. Odwołujący w istocie nie przedstawił argumentacji dla swojego interesu we wniesieniu odwołania. Opiera się jedynie na orzecznictwie KIO aprobującej w szerokim zakresie pojęcie tego interesu.

Odnosząc się do zmiany postanowienia §4 ust. 2 Wzoru umowy Odwołujący dąży w zasadzie do rażącego ograniczenia prawa Zamawiającego oraz narażenia go na szkodę. Pierwotne brzmienie postanowień §4 ust. 2 Wzoru umowy było nieprecyzyjne, dlatego Zamawiający, uznając odwołanie z dnia 4 czerwca 2020 r. podjął decyzję o jego modyfikacji. Jeżeli Odwołujący spełnia warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia, to posiada odpowiednie kompetencje, wiedzę i doświadczenia w zakresie wykonywania usług przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 lub naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4. Nie powinno być zatem problemu z uzyskaniem pozytywnej oceny wybranego wykonawcy przez producenta (wystawcę gwarancji) w celu dokonania naprawy PU4. Zamawiający podkreślał przy tym, że oczekuje jedynie oświadczenia własnego wykonawcy w świetle jego wiedzy i oceny własnej. Uzyskanie pozytywnej oceny Wykonawcy przez producenta nigdzie nie widnieje w postępowaniu jako warunek. Odwołujący nie wykazał, ani nie udowodnił, że §4 ust. 2 Wzoru Umowy, a w związku z nim Załącznik nr 10 — Karta gwarancyjna pojazdu uniemożliwia mu, jako profesjonalnemu wykonawcy złożenie oferty i realizacją zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi

Zamawiającego do treści dokumentacji postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, pismach procesowych przystępujących oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 września 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022.

Zgodnie z §6 ust. 2 SIWZ oraz sekcją III pkt III.1 .3) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej: *Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 miliony złotych brutto. Zamawiający wymaga, aby w/w usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134.*

Zgodnie z §4 ust. 2 Wzoru umowy Zamawiający przewidział, że w sytuacji utraty gwarancji producenta pojazdu w okresie obowiązywania gwarancji na skutek realizacji Umowy Wykonawca przyjmie na siebie prawa i obowiązki wynikające z gwarancji producenta, o których mowa w ust. 1 (tj. uprawnienia wynikające z Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik do przyszłej umowy; obowiązujące do 21 września 2022).

Zgodnie z §5 ust. 13 Wzoru umowy Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

Odwołujący 4 czerwca 2020 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie m.in. następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania

zamówienia oraz wskazuje na dostarczenie rozwiązań konkretnych podmiotów, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w §6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez postawienie wymogu, aby usługi określone w treści warunku zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134.

2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz wskazuje na dostarczenie rozwiązań konkretnych podmiotów, w szczególności ze względu na ustalenie treści: 1) §4 ust. 2 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ w zw. z postanowieniami Załącznika nr 10 do Wzoru umowy - warunki gwarancji producenta na pojeździe, 2) §5 ust. 13 Wzoru umowy - nieznanymi odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a ponadto wskazujące na konkretnego wykonawcę usług i stawiające tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji na etapie składania ofert, co będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz m.in.:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w §6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie ostatniego zdania.
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień §4 ust. 2 oraz §5 ust. 13 oraz Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniom następującej treści: §4 ust. 2 Wzoru umowy: *Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania napraw czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sa134-022; §5 ust. 13 Wzoru umowy: Zamawiający ma prawo potrącić bezsporną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*

Równocześnie 4 czerwca 2020 r. odwołanie wniósł wykonawca D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. D. „SELUCH” z siedzibą w Pruszczu, wnosząc o modyfikację warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w §6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie

ostatniego zdania oraz zmianę wartości wykonanych dotychczas przeglądów i napraw autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 z poziomu 2.000.000 zł brutto na 600.000 zł brutto.

Zamawiający 14 lipca 2020 r. uwzględnił w całości oba odwołanie, do których nie przystąpił żaden wykonawca po stronie Zamawiającego. Izba wydała postanowienia w dniu 15 lipca 2020 r. o umorzeniu postępowań odwoławczych (sygn. akt KIO 1243/20 oraz KIO 1246/20).

W dniu 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał następujących modyfikacji:

- §6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu: *Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że posiada odpowiednie kompetencje, wiedzę i doświadczenia w zakresie wykonywania usług przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 tj.) lub naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu), a w związku z tym w zakresie konserwacji i utrzymania autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 i w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz. U. 2016.226 t.j.) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 600 000 złotych brutto.*

- §4 ust. 2 Wzoru umowy: *W trakcie realizacji prac w ramach Umowy Wykonawca nie doprowadzi do utraty gwarancji producenta Pojazdu, o której mowa w ust. 1, w szczególności poprzez naruszenie ust. 4, 6, 11 i 13 Załącznika nr 10 do Umowy. Wykonawca oświadcza, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki do braku uzyskania przez niego pozytywnej oceny producenta Pojazdu, o której mowa w ust. 11 Załącznika nr 10 do Umowy. Jeżeli w wyniku działań lub zaniechań Wykonawcy, dojdzie do utraty gwarancji producenta Pojazdu w okresie obowiązywania gwarancji, Wykonawca przyjmie na siebie prawa i obowiązki wynikające z gwarancji producenta, o których mowa w ust. 1.*

- §5 ust. 13 Wzoru umowy: *Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, z zastrzeżeniem art. 15r¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.).*

Izba ustaliła, że pojazd, którego dotyczy wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU, tj. autobus szynowy SA134-022, został nabyty przez Województwo Podkarpackie w wyniku postępowania wszczętego w sierpniu 2010 r. na dostawę 1 sztuki fabrycznie nowego dwuczłonowego pojazdu szynowego z napędem spalinowym przeznaczonego do obsługi kolejowych przewozów pasażerskich w ruchu regionalnym na terenie Województwa Podkarpackiego. Jednym z kryteriów oceny ofert był okres gwarancji, który nie mógł być krótszy niż 36 miesięcy. Zgodnie z §8 ust. 2 wzoru umowy odbiór pojazdu nastąpił na podstawie protokołu podpisanego przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego oraz upoważnionych przedstawicieli wykonawcy. Pozostałe postanowienia §8 określają wymagania w zakresie odbioru.

Karta gwarancyjna pojazdu, która aktualnie stanowi Załącznik nr 10 do SIWZ w niniejszym postępowaniu została przekazana ówczesnemu Zamawiającemu, tj. Województwu Podkarpackiemu na mocy protokołu zdawczo — odbiorczego z dnia 23 marca 2011 r. do umowy z dnia 19 października 2010 r. zawartej pomiędzy Województwem Podkarpackim a ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A. Zgodnie z pismem z dnia 27 lipca 2020 r. Zastępcy Dyrektora Departamentu Dróg i Publicznego Transportu Zbiorowego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie karta gwarancyjna jest aktualnym i wiążącym dokumentem.

Karta gwarancyjna pojazdu, która aktualnie stanowi Załącznik nr 10 do SIWZ w niniejszym postępowaniu została przekazana Zamawiającemu przez Województwo Podkarpackie w związku z zawarciem umowy 28 października 2016 r. o świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich pomiędzy Województwem Podkarpackim a „Przewozy Regionalne” sp. o.o. (obecnie: POLREGIO Sp. z o.o.). W Aneksie nr 1 z dnia 28 października 2016 r. do ww. umowy określono w Załączniku nr 14 wykaz pojazdów kolejowych stanowiących własność Województwa Podkarpackiego wraz z zasadami ich udostępniania. Wśród nich znajduje się także pojazd SA 134-022 wyprodukowany przez ZNTK „Mińsk” S.A. (poz. 11 wykazu w Tabeli nr 1), tj. pojazd, który w ramach niniejszego postępowania ma być poddany naprawie czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego. W załączniku tym określono także „Zasady udostępnienia

pojazdów”, gdzie wskazano m.in., że pojazdy muszą być utrzymywane, czyli poddawane przeglądom zgodnie z DSU (§3 ust. 2), a Zamawiający ponosi związane z tym i eksploatacją koszty (§8 ust.1), które powinny być związane ze świadczeniem usług przewozu czynnymi, sprawnymi i dopuszczonymi do ruchu pojazdami.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W niniejszej sprawie odwołanie, obok zarzutów, które zostały wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, zawierało również zarzut spóźniony. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Niemniej w sytuacji, gdy dany zarzut odwołania jest zarzutem spóźnionym, aktualizuje się możliwość i obowiązek pozostawienia tego zarzutu bez rozpoznania.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W niniejszej sprawie publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w dniu 25 maja 2020 r. W konsekwencji podnoszenie obecnie zarzutów nakierowanych na wykazanie wadliwości treści specyfikacji, w tym warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, należało uznać za działanie spóźnione.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Powyższe zarzuty Izba uznała za spóźnione i pozostawiła je bez rozpoznania. Z treści odwołania wynika bowiem, że Odwołujący żąda dodania warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób szczegółowo opisany w odwołaniu. Powyższe żądanie zdaniem Odwołującego powiązane jest z dokonaną przez Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2020 r. zmianą postanowień SIWZ, która obniżała wartość warunku udziału w postępowaniu w zakresie napraw autobusów szynowych z poziomu 2.000.000 zł brutto na 600.000 zł brutto. Niemniej Izba zwraca uwagę, że Odwołujący ani nie wniósł odwołania dotyczącego poszerzenia warunków udziału w postępowaniu w terminie uprawniającym do zaskarżenia postanowień SIWZ, ani nawet nie wystąpił do Zamawiającego z postulatem zmiany SIWZ w powyższym zakresie.

Izba ustaliła, że 4 czerwca 2020 r. Odwołujący oraz Przystępujący po stronie Zamawiającego wnieśli niezależne od siebie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, gdzie Odwołujący żądał m.in. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie ostatniego zdania. Przystępujący po stronie Zamawiającego żądał zaś nie tylko dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie ostatniego zdania, lecz także obniżenia wartości warunku udziału w postępowaniu w zakresie napraw autobusów szynowych z poziomu 2.000.000 zł brutto na 600.000 zł brutto.

Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego inicjowanego odwołaniem złożonym przez Przystępującego po stronie Zamawiającego i tym samym nie wniósł sprzeciwu wobec uznania przez Zamawiającego całości zarzutów Przystępującego. Zamawiający 14 lipca 2020 r. uwzględnił w całości oba odwołania z 4 czerwca 2020 r. i w zakresie warunku udziału w postępowaniu 3 sierpnia 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ, która sprowadzała się do: wykreślenia ostatniego zdania z warunku udziału w postępowaniu (zmiana zgodna z żądaniami Odwołującego oraz Przystępującego) oraz zmiany wartości wykonanych dotychczas przeglądów i napraw autobusów szynowych z poziomu 2.000.000 zł brutto na 600.000 zł brutto (zmiana zgodna z żądaniem Przystępującego).

Odwołujący winien zatem, jeśli nie zgadzał się z postanowieniami SIWZ opublikowanymi w dniu 25 maja 2020 r., wnieść odwołanie najpóźniej 4 czerwca 2020 r. i wówczas wnieść o zmianę SIWZ polegającą na dodaniu warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia. W niniejszym postępowaniu, na skutek modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w dniu 3 sierpnia 2020 r. nie wystąpił element „nowości”, który dopiero teraz mógłby stanowić podstawę i uzasadnioną przyczynę wniesienia odwołania przez Odwołującego w powyższym zakresie. Ponadto, Odwołujący nie wykazał, jaki jest związek pomiędzy zmianą wartości wymaganych przeglądów lub naprawy (z poziomu 2.000.000 zł brutto na 600.000 zł brutto), a ewentualną koniecznością zmiany SIWZ zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W dalszej kolejności Izba uznała, że zarzut dotyczący naruszenia art. art. 185 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego prawidłowego poinformowania Odwołującego o złożeniu 4 czerwca 2020 r. odwołania przez Przystępującego po stronie Zamawiającego również pozostaje bez rozpoznania. Izba ustaliła, że informacja o wniesionych odwołaniach wraz z odwołaniami została zamieszczona

na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/347346> 5 czerwca 2020 r. W ocenie Izby, profesjonalny podmiot, jakim jest Odwołujący, był zobowiązany do zapoznania się z całym plikiem zamieszczonym na platformie zawierającym pismo wzywające wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz z dwoma kompletnymi odwołaniami, w tym odwołaniem Przystępującego po stronie Zamawiającego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że sam fakt zeskanowania obu odwołań do jednego pliku nie stanowi naruszenia art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, a profesjonalny wykonawca winien zapoznać się z jego treścią, a nie sugerować jedynie nazwą pliku, jak to uzasadniał Odwołujący, bez zapoznania się z treścią całego dokumentu.

Następnie, Izba uznała za niepodlegający rozpoznaniu zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie zmiany wartości wymaganych przeglądów. W ramach tego zarzutu Odwołujący kwestionował okoliczności, które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Przystępującego po stronie Zamawiającego z 4 czerwca 2020 r. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu został zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach złożonych 4 czerwca 2020 r. przez Odwołującego oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego uwzględniony. Zamawiający dokonał wykreślenia ostatniego zdania z warunku (żądanie Odwołującego oraz Przystępującego po stronie Zamawiającego) oraz obniżenia kwoty przeglądów lub napraw autobusów szynowych z wartości 2.000.000 złotych brutto do 600.000 zł brutto, czego żądał Przystępujący po stronie Zamawiającego, a Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego inicjowanego odwołaniem Przystępującego po stronie Zamawiającego. Wykonawca, na którego sytuację w postępowaniu może wpłynąć rozstrzygnięcie odwołania, powinien zgłosić takie przystąpienie, w przeciwnym wypadku traci możliwość ochrony swoich interesów w zakresie objętym złożonym odwołaniem.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba wskazuje, że Odwołujący jest potencjalnym

wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Specyfikacja, jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy ustawy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców.

Wpierw Izba uznała, że zarzut dotyczący §4 ust. 2 Wzoru umowy podlega oddaleniu. Zamawiający po uwzględnieniu odwołania Odwołującego, dokonał 3 sierpnia 2020 r. modyfikacji SIWZ, wprowadzając następujące zmiany w §4 ust. 2 Wzoru umowy (o innej treści niż żądanie Odwołującego z odwołania z 4 czerwca 2020 r.): *W trakcie realizacji prac w ramach Umowy Wykonawca nie doprowadzi do utraty gwarancji producenta Pojazdu, o której mowa w ust. 1, w szczególności poprzez naruszenie ust. 4, 6, 11 i 13 Załącznika nr 10 do Umowy. Wykonawca oświadcza, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki do braku uzyskania przez niego pozytywnej oceny producenta Pojazdu, o której mowa w ust. 11 Załącznika nr 10 do Umowy. Jeżeli w wyniku działań lub zaniechań Wykonawcy, dojdzie do utraty gwarancji producenta Pojazdu w okresie obowiązywania gwarancji, Wykonawca przyjmie na siebie prawa i obowiązki wynikające z gwarancji producenta, o których mowa w ust. 1.*

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższy przepis ma charakter procesowy, tj. odnosi się do postępowania związanego z wnoszeniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach ustawy Pzp (vide: wyrok Izby z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1122/15)

Sytuacja, w której zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez siebie odwołania wiąże się dla zamawiającego z negatywnym skutkiem w postaci przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Izba w przypadku uwzględniania w całości zarzutów odwołania umarza postępowanie odwoławcze, nie oceniając ani zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, ani zasadności ich uwzględnienia przez zamawiającego. Jeśli zaś czynności

zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający, uwzględniając odwołania z dnia 4 czerwca 2020 r. nie miał materialnoprawnego obowiązku dokonania czynności modyfikacji SIWZ wedle treści żądań zawartych w tych odwołaniach. Jednocześnie powyższe skutkuje koniecznością oceny prawidłowości dokonania nowej czynności w postępowaniu (zmiany treści SIWZ w dniu 3 sierpnia 2020 r.) przez Izbę w trybie wniesionego aktualnie przez Odwołującego odwołania, tj. odwołania z 13 sierpnia 2020 r. Izba stanęła na stanowisku, że samo formalne potwierdzenie, że Zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 4 czerwca 2020 r. nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę zarzutów nowego odwołania, dotyczącego czynności wykonanych przez Zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Podsumowując powyższe Izba stwierdza, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Nadto, Izba wskazuje, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu winien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania,

bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślić należy, iż to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań odwołującego, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania. Precyzyjnie postawione przez odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim żądania wykonawcy wyznaczają zatem granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę.

W niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, że sprecyzowane żądanie przez Odwołującego zmiany postanowienia §4 ust. 2 Wzoru umowy stanowi *de facto* jawne wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za jakiegokolwiek prace, które by wykonywał i prowadzi do uchylania się od odpowiedzialności gwarancyjnej, dlatego nie mogła uwzględnić odwołania w powyższym zakresie. Zresztą, Odwołujący nie udowodnił, że kwestionowane postanowienie uniemożliwia mu lub utrudnia złożenie oferty, biorąc pod uwagę chociażby fakt, że Zamawiający żąda jedynie oświadczenia własnego wykonawcy, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki do braku uzyskania przez niego pozytywnej oceny producenta pojazdu.

Następnie Izba uznała, że zarzut dotyczący §5 ust. 13 Wzoru umowy podlega oddaleniu. Zamawiający modyfikacją z dnia 3 sierpnia 2020 r. wprowadził następujące zmiany ww. postanowienia: *Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, z zastrzeżeniem art. 15r¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.).*

Odwołujący podnosił, że takie postanowienie świadczy o sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i pozwalający na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a następnie wykonawcy realizującego zamówienie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśniał, że zgodnie z pkt I.3.9 uchwały nr 492/2018 Zarządu „Przewozy Regionalne” sp. z o.o. z dnia 16 października 2018 r. „Kompetencje finansowe w Spółce Przewozy Regionalne sp. z o.o.” *Umowy pisemne (kosztowe, tj. umowy na dostawy, usług i roboty budowlane), zawierane przez Spółkę powinny zawierać w szczególności postanowienie, iż Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy na podstawie umowy.* Następnie, Zamawiający zauważał, że będące przedmiotem zarzutu potrącenie to niekwestionowane w doktrynie i

orzecznictwie potrącenie umowne. *Do potrącenia może dojść na podstawie umowy zawartej między stronami, w której ustalą one zasady dokonania potrącenia wzajemnych wierzytelności w przyszłości. W umowie tej mogą być ustalone inne warunki umożliwiające dokonanie potrącenia, niż to wynika z art. 498 i n. (por. np. R. Zdzieborski [w:] M. Michalski, R. Zdzieborski, Ustawa o niektórych..., s. 159 i przywołana tam literatura: J. Lachowski, Kompensaty umowne..., s. 16 i n.; A. Janiak [w:] Kodeks cywilny..., t. 3, Część ogólna, red. A. Kidyba, 2010, s. 692). Do potrącenia umownego (kompensaty) może więc dojść, gdy wierzytelności nie są wymagalne. Możliwe jest ono do zastosowania także wtedy, gdy potrącane wierzytelności nie są jednorodnjawowe. Dopuszczalne jest także określenie przez strony daty skuteczności potrącenia, tzn. czy działa ono wstecz, czy leż skuteczne jest od dnia zawarcia porozumienia w przedmiocie potrącenia między stronami. Możliwe jest także dokonanie umownego potrącenia wierzytelności przedawnionych lub innych wynikających z zobowiązań naturalnych. Powszechnie przyjmowane jest to także w orzecznictwie (por. wyroki SN: z 3.06.1965 r., 1 CR 471/64, OSNC 1966/4, poz. 57; z 21.12.1967 r., ICR 481/67, OSNC 1968/11, poz. 186; z 17.12.1998 r., II CKN 849/98, OSAC 1999/7—8, poz. 128). Potrącenie umowne jest bowiem umową stron nieuregulowaną przepisami ustaw (nienazwaną), ewentualnie szczególnym rodzajem umowy, której celem jest modyfikacja sposobu wykonania istniejącego zobowiązania. Niezależnie od przyjętej kwalifikacji prawnej znajdują do niej zastosowanie postanowienia art. 3531 (por. np. J. Lachowski, Kompensata umowna a potrącenie... , s. 41 i n.; M. Pyziak-Szafnicka, Potrącenie... , s. 340; J. Lachowski, Kompensaty umowne... , s. 16 i n.). Potwierdzają to także zapisy ustawowe (por. art. 4 ust. 2 u.n.z.f., art. 93 ust. 2 pr. bank).(vide: Ciszewski Jerzy (red.), Nazaruk Piotr (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Opublikowano: WKP 2019).*

Izba ustaliła, że zgodnie z §5 SIWZ termin wykonania zamówienia to 70 dni od dnia przekazania pojazdu, a uzupełniony §5 ust. 13 Wzoru umowy zawiera odesłanie do art. 15r¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.), gdzie wskazano, że w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Zatem w pełni niezrozumiałe są zarzuty Odwołującego w jaki sposób kwestionowane postanowienie narusza w szczególności art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób jak powyższe postanowienie wpływa na trudności z prawidłowym opracowaniem oferty czy też oszacowaniem w ramach ceny ryzyka związanego z realizacją umowy. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, by przyjęte zasady potrącania wiarytelności utrudniały lub uniemożliwiały ubieganie się o zamówienie, czy też prowadziły do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Izba uznała, że Odwołujący dąży jedynie do korzystniejszego ukształtowania postanowień przyszłej umowy, nie wykazał natomiast, aby działania Zamawiającego w powyższym zakresie naruszały przepisy prawa. Odwołujący nie podjął nawet próby przeprowadzenia dowodu, że tak skonstruowane postanowienie wiąże się z wysokim ryzykiem dla wykonawcy, że wyłącza ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji ogranicza konkurencję w postępowaniu i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: