

Sygn. akt: KIO 1475/13

WYROK
z dnia 11 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Małopolskie, 31-156 Kraków, ul. Basztowa 22**

przy udziale wykonawcy **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Małopolskie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa 10 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z usługą utrzymaniową.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 czerwca 2013 r. W tym samym dniu zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”].

W dniu 17 czerwca 2013 r., wobec postanowień SIWZ odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Pojazdy Szynowe PESA S.A. z siedzibą w Bydgoszczy [dalej także, jako PESA] zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art. 29 ust. 1 Pzp i art. 30 ust. 6 Pzp poprzez zawarcie w postanowieniu Opisu Przedmiotu Zamówienia – Wymagania Techniczne (załącznik nr 5 do SIWZ załącznik nr 1 do umowy), rozdział 2 Podstawowe Parametry Techniczne Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych, punkt 17 opisu przedmiotu zamówienia cechującego się niejednoznacznością, niepełnością i niedostateczną dokładnością (punkt 17 wyżej powołanego załącznika: „Gwarancja jazdy bez obróbki skrawaniem zarysu koła min 100 000 km, bez względu na warunki eksploatacyjne”) – co stanowi naruszenie obowiązku dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty a zarazem obowiązku możliwie dokładnego opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu zmiany zaskarżonego postanowienia SIWZ, tak by usunięte zostało zastrzeżenie „bez względu na warunki eksploatacyjne” oraz by zmniejszono przebieg do 50 000 km.
- 2) . art. 29 ust. 1 Pzp i art. 30 ust. 6 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.C. poprzez obarczenie wykonawcy w postanowieniu § 2 ust. 2 pkt 1 lit. a) załącznika nr 6 do SIWZ niemożliwym do skalkulowania ryzykiem zmiany przedmiotu zamówienia. Odwołujący wnosił o skreślenie zaskarżonego postanowienia SIWZ.
- 3) art. 29 ust. 1 Pzp i art. 144 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.C. poprzez obarczenie wykonawcy w postanowieniu § 2 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 6 do

SIWZ ryzykiem zmiany terminu finansowania zamówienia poprzez możliwość przesuwania terminu odbioru wyprodukowanego pojazdu na niedookreślony czas, co uniemożliwia racjonalne szacowanie mocy produkcyjnych oraz może powodować konieczność sprawowania przez producenta bezpłatnej i obciążonej ryzykiem pieczy nad gotowym pojazdem i co stanowi zarazem przyznanie zamawiającemu prawa do jednostronnego kształtowania treści stosunku umownego stron po zawarciu umowy. Odwołujący wnosił o skreślenie zaskarżonego postanowienia SIWZ.

- 4) art. 29 ust. 1 Pzp i art. 30 ust. 6 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.C. poprzez niedostateczne, niepełne i niewyczerpujące określenie przedmiotu świadczenia w zakresie szkolenia, które wykonawca ma przeprowadzić dla nieznanych liczbowo grup pracowników, co przewidziano w postanowieniach § 3 ust. 4 załącznika nr 6 do SIWZ. Odwołujący wnosił o zmianę zaskarżonego postanowienia SIWZ poprzez dookreślenie ilościowe.
- 5) 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.C. poprzez ukształtowanie przez zamawiającego uciążliwych, to jest sprzecznych z naturą zobowiązania oraz zasadami współzycia społecznego warunków umowy polegających na określeniu konsekwencji wystąpienia wady szczególnej w sposób przewyższający wartość świadczenia wykonawcy co prowadzi do rażącej nieekwiwalentności świadczeń stron, co znajduje odzwierciedlenie w postanowieniu § 5 ust. 7 załącznika nr 6 do SIWZ. Odwołujący wnosił o skreślenie zaskarżonego postanowienia SIWZ.
- 6) art. 29 ust. 1 Pzp i art. 30 ust. 6 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ K.C. poprzez zastrzeżenie w postanowieniu § 8 ust. 5 załącznika nr 6 do SIWZ na rzecz zamawiającego prawa do jednostronnego zadecydowania o niezrealizowaniu części przedmiotu zamówienia stanowiącego usługę serwisowo-utrzymaniowo-naprawczą bez związku z przewidzianymi w Kodeksie cywilnym trybami ustania stosunku prawnego oraz ze zwolnieniem zamawiającego z odpowiedzialności z tego tytułu. Odwołujący wnosił o skreślenie zaskarżonego postanowienia SIWZ.
- 7) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z przepisami art. 66 ust. 1 i art. 68 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 ze zm.) poprzez nieokreślenie w postanowieniach § 10 ust. 1 i § 11 ust. 1 i 2 załącznika nr 6 do SIWZ czasu trwania licencji i czasu trwania obowiązku zapewnienia licencji w sposób precyzyjny i adekwatny do przewidzianych w polskim porządku prawnym typów licencji. Odwołujący wnosił o zmianę zaskarżonego postanowienia SIWZ poprzez jego dookreślenie.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podkreślał, iż opublikowana SIWZ jest wadliwa, gdyż nie zawiera prawidłowego (tj. wyczerpującego i dostatecznie dokładnego, w konsekwencji uniemożliwiającego zredagowanie, skalkulowanie i złożenie oferty przez

wykonawcę) z punktu widzenia prawa opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, że w postanowieniach dotyczących Opisu Przedmiotu Zamówienia - Wymagania Techniczne zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia cechującego się niejednoznacznością, niepełnością i niedostateczną dokładnością (punkt 17 OPZ: Gwarancja jazdy bez obróbki skrawaniem zarysu koła min. 100 000 km, bez względu na warunki eksploatacyjne). Tym samym odwołujący stwierdził, że zamawiający pośrednio próbuje przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za stan infrastruktury kolejowej. Stąd w ocenie odwołującego w sferze eksploatacji urządzeń technicznych, deklarowanie przez producenta osiągnięcia jakiegokolwiek parametru bez uwzględniania czynników oddziaływujących na urządzenie jest niemożliwe. Zdaniem odwołującego istniejące warunki eksploatacji nie pozwalają na deklarowanie bez żadnych zastrzeżeń osiągnięcia oczekiwanego przez zamawiającego parametru trwałości kół. W ocenie odwołującego, dla składania jakichkolwiek opartych na rzeczywistości deklaracji – w treść SIWZ winny zostać odzwierciedlone przyszłe warunki eksploatacyjne pojazdów, względnie zaskarżone postanowienie winno zostać zmodyfikowane zgodnie z żądaniem wyrażonym w pkt 1. Zdaniem odwołującego celowe jest nadto zmniejszenie przebiegów między obróbką skrawaniem zarysu kół do 50 000 km, stan infrastruktury ma bowiem znaczący wpływ na czas życia zestawów kołowych. Ponadto odwołujący wywodził, iż w postanowieniu § 2 ust. 2 pkt 1 lit. a) załącznika nr 6 do SIWZ obarczono wykonawcę niemożliwym do skalkulowania ryzykiem zmiany przedmiotu zamówienia. Bezdyskusyjnie zaskarżony przepis uchybia postulatowi równości stron stosunku cywilno-prawnego. Dalej odwołujący wskazywał, iż obciążenie wykonawcy ryzykiem zmiany terminu finansowania zamówienia poprzez zastrzeżenie dla Zamawiającego możliwości przesuwania terminu odbioru wyprodukowanego pojazdu na nieokreślony w żaden sposób czas prowadzi do potencjalnej dezorganizacji funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy, a ponadto do obciążenia go ryzykiem utraty (uszkodzenia) pojazdu przez nieznaną czas. Podnosił również, iż w zakresie obowiązku przeprowadzenia szkoleń nieznaną jest liczba osób, które mają być przeszkolone, co uniemożliwia skalkulowanie kosztów. Odnośnie postanowień § 5 ust. 7 załącznika nr 6 do SIWZ odwołujący wskazywał, iż Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz kumulację świadczeń przewidzianych w sytuacji wystąpienia tzw. wady szczególnej. Nie dość bowiem, iż na mocy postanowienia § 5 ust. 6 wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia dodatkowego, nowego fabrycznie pojazdu o tożsamy parametrach jak te będące przedmiotem zamówienia, to jeszcze, w dalszej kolejności, wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia pieniężnego o wartości równej cenie EZT. Tym samym po stronie Zamawiającego wystąpi bezzasadne wzbogacenie, gdyż nie tylko zachowa on własność owego dodatkowego pojazdu, lecz jeszcze uzyska on jego równowartość pieniężną. Odwołujący kwestionował również zastrzeżenie przez zamawiającego prawa do

jednostronnego niewykonania umowy. Odnosząc się do postanowień dotyczących licencji odwołujący stwierdził, iż nie sposób jest jednoznacznie stwierdzić, na jaki czas mają one być udzielone. Pojęcie „czas życia EZT”, jest bowiem niemożliwe do zakwalifikowania wśród przewidzianych w prawie autorskim typów licencji z punktu widzenia czasu ich trwania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Województwo Małopolskie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa 10 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z usługą utrzymaniową.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 czerwca 2013 r. W tym samym dniu zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej treść SIWZ.

Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 5 do SIWZ stanowiącego równocześnie załącznik nr 1 do umowy – Opis Przedmiotu Zamówienia (Wymagania Techniczne) – zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, w tym: 6 sztuk w wersji trójczłonowej, oraz 4 sztuki w wersji dwuczłonowej, zwanych w dalszej części EZT, przeznaczonych do obsługi połączeń pasażerskich w aglomeracji krakowskiej, wraz z przeprowadzeniem szkoleń osób wskazanych przez zamawiającego oraz świadczeniem usług kompleksowej obsługi serwisowo-utrzymaniowo-naprawczej. Zgodnie z postanowieniami pkt 1.5 rozdziału 1 OPZ „Konstrukcja i parametry EZT muszą spełniać wymogi każdorazowo obowiązujących norm i przepisów a także wymagania pozostałych obowiązujących norm PN-EN, kart UIC i odpowiednich TSI, w zakresie niezbędnym do uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego. Zgodnie z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadkach, w których zapisy OPZ przywołują normy, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy odniesienia, zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, zapewniającym uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego.”

Zgodnie z pkt 1.11 rozdz. 1 OPZ wykonawca, zobowiązany będzie do świadczenia usługi serwisowo-utrzymaniowo-naprawczej (obsługi) EZT. Obsługa obejmie 4 poziomy utrzymania pojazdów kolejowych (...) zgodnie z załącznikiem nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (Dz. U. Nr 212, poz. 1771 z późn. zm.), wykonywania napraw oraz do bieżącego utrzymania pojazdu, do 31 grudnia 2020r. Okres świadczenia usług serwisowych, utrzymaniowych i naprawczych liczony będzie od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego. W rozdziale 2 opisu przedmiotu zamówienia dotyczącym podstawowych parametrów technicznych EZT w pkt. 17 dotyczącym rodzaju koła jezdnego

zamawiający postawił następujące wymagania: „(...) Bezobciążające spełniające wymogi PN-EN-13262+A1 oraz PN-EN 13715+ A1.:2011, Gwarancja jazdy bez obróbki skrawaniem zarysu koła min 100 000 km, bez względu na warunki eksploatacyjne”.

Ponadto zgodnie z § 2 ust. 2 pkt. 1 lit. a) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ „2. Zamawiający przewiduje możliwość wprowadzenia zmian do zawartej Umowy w sprawie zamówienia publicznego w następującym zakresie i przy następujących warunkach:

- 1) Zmiany co do przedmiotu zamówienia określonego w OPZ (załącznik nr 1 do Umowy) w rozdziale 2 (tabela), pkt 1 – 107, jeśli konieczność ich wprowadzenia wynika:
 - a) ze zmian w normach lub przepisach powszechnie obowiązujących, a dotyczących pojazdów szynowych, przy czym ewentualne zmiany kosztów obciążają Wykonawcę, (...)
- 4) Jednorazowej zmiany harmonogramu dostaw pojazdów, w zakresie terminów dostawy EZT w przypadku zmiany warunków i zasad finansowanie projektu POliŚ. Zamawiający zastrzega sobie prawo do przesunięcia odbiorów EZT powiadamiając o tym Wykonawcę najpóźniej do dnia 30 kwietnia 2014r. Zmiana może dotyczyć przesunięcia odbioru wyłącznie jednego EZT. ”

Zgodnie z § 3 wzoru umowy „(...) W pierwszym tygodniu po dostawie pierwszego pojazdu, następnie po 3 i po 6 miesiącach eksploatacji pojazdów Wykonawca przeszkoli w miejscu wskazanym przez operatora:

- a) 2 grupy pracowników Operatora prowadzących pojazdy (maszynistów), w zakresie eksploatacji pokładowej,
- b) 2 grupy pracowników obsługujących pojazdy w zakresie obsługi technicznej oraz diagnostyki pokładowej i obsługowej,

O liczbie i liście pracowników wyznaczonych do szkolenia każdorazowo decyduje operator.”

W § 5 ust. 7 wzoru umowy zapisano: „(...) Jeżeli w nowym EZT, wymienionym zgodnie z ust. 6, wystąpi taka sama Wada szczególna, Zamawiającemu przysługuje zwrot pełnej kwoty zapłaconej za EZT, w terminie 6 miesięcy od daty pisemnego zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o wystąpieniu takiej samej Wady szczególnej”.

Zgodnie z § 8 ust. 5 wzoru umowy „(...) Zamawiający zastrzega prawo do niezrealizowania Obsługi w całości a Wykonawca nie może żądać odszkodowania z tego tytułu, w tym także w przypadkach określonych w ust. 8”.

W § 10 ust. 1 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, iż „(...) z chwilą podpisania Protokołu Odbioru Technicznego, bez konieczności dokonywania dalszych czynności, Wykonawca udziela Zamawiającemu, na czas życia EZT, niewyłącznej licencji do korzystania z Dokumentacji, z prawem udzielania sublicencji w przypadku zlecenia osobie trzeciej wykonywania Obsługi, zbycia EZT lub oddania go do korzystania podmiotowi trzeciemu, zwanej dalej „Licencją na Dokumentację” (...).” Zgodnie z postanowieniami § 11 ust. 1 i 2

wzoru umowy zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek udzielenia zamawiającemu na czas życia każdego EZT, niewyłącznej licencji do korzystania z najnowszych wersji Oprogramowania, do którego Wykonawca posiada stosowne uprawnienia, z prawem udzielania sublicencji w przypadku zlecenia osobie trzeciej wykonywania Obsługi, zbycia EZT lub oddania go do korzystania podmiotowi trzeciemu jak też w takim samym zakresie niewyłącznej licencji do korzystania z najnowszych wersji oprogramowania, do którego stosownych uprawnień Wykonawca nie posiada.

Zawarcie w treści SIWZ przytoczonych powyżej postanowień leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 18 czerwca 2013 r. zamieścił na swojej stronie internetowej treść odwołania, wzywając jednocześnie wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 4 lipca 2013 r., dokonał modyfikacji treści SIWZ dokonując m.in. zmiany § 2 ust. 2 pkt 4, § 3 ust. 4, § 10 ust. 1 oraz § 11 ust. 1 i 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, uwzględniając zarzuty 3, 4 i 7 i czyniąc zadość żądaniom wynikającym z tych zarzutów.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z zachowaniem dyspozycji art.29 ust. 1 ustawy Pzp. Za zgodne z przywołanym przepisem należy w szczególności uznać opisanie przez zamawiającego parametrów technicznych EZT co do rodzaju koła jezdnego, jego właściwości, zgodności z odpowiednimi normami oraz

trwałości. Trudno uznać, aby opis zawarty w punkcie 17 rozdz. 2 załącznika nr 5 do SIWZ był nieprecyzyjny czy niejasny. Jak słusznie wskazywał zamawiający pojazdy będące przedmiotem zamówienia przeznaczone będą do obsługi połączeń pasażerskich w aglomeracji krakowskiej, tym samym określone zostało miejsce eksploatacji EZT. W ocenie Izby określając gwarancję jazdy kół bez obróbki skrawaniem przez min. 100 000 km bez względu na warunki eksploatacyjne zamawiający, przy uwzględnieniu gdzie EZT będą eksploatowane opisał w tym zakresie przedmiot zamówienia w sposób wystarczający do przygotowania oferty i zachowaniem zasady konkurencyjności. Zdaniem Izby nie sposób pominąć niezaprzeczalnych faktów, iż użytkowanie pojazdów odbywać się będzie po trasach dopuszczonych do użytkowania przez zarządcę tej infrastruktury, spełniających odpowiednie minimalne wymogi eksploatacyjne, przy uwzględnieniu wytycznych tego zarządcy. Ponadto należy podkreślić, iż wymóg zapewnienia kół jezdnych, których przebieg do pierwszej reprofilacji nie może być krótszy niż 100 000 km nie jest wymogiem nadmiarowym, niemożliwym do spełnienia i wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego dotyczących potrzeby trwałości kół w określonym czasie przy uwzględnieniu zakładanego przebiegu. Zdaniem Izby, odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która uzasadniałaby twierdzenie, że kwestionowany zapis uniemożliwia mu złożenie ważnej oferty i stawia go w sytuacji mniej korzystnej niż innych potencjalnych wykonawców. Tym samym nie sposób uznać, iż doszło do naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp czy też art. 30 ust. 6 Pzp.

W ocenie Izby brak jest również podstaw do uznania zasadności zarzutu opisanego w pkt 2 odwołania. Niewątpliwie zamawiający uprawniony jest do wskazania i opisanie okoliczności w jakich przewiduje zmianę umowy. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż poprzez zapis § 2 ust. 2 pkt 1 lit. a) wzoru umowy obarczony jest on niemożliwym do skalkulowania ryzykiem zmiany przedmiotu zamówienia. Skoro pojazd w momencie odbioru musi spełniać wymogi obowiązujących norm i przepisów w zakresie niezbędnym do uzyskania świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego to uwzględniając czas budowy pojazdu i ewentualną możliwość zmiany norm i przepisów we wskazanym zakresie nie sposób pozbawić zamawiającego możliwości zmiany umowy w taki sposób, aby otrzymał on pojazd, który uzyska świadectwo dopuszczenia do ruchu. Izba wskazuje, iż postanowienia przyszłej umowy nie mogą być interpretowane w oderwaniu od pozostałych zapisów SIWZ dlatego też niezasadne jest twierdzenie odwołującego co do obarczenia wykonawcy niemożliwym do skalkulowania ryzykiem zmiany przedmiotu umowy gdyż ewentualne zmiany dotyczą tylko tych elementów które są konieczne do uzyskania świadectwa dopuszczenia do ruchu co wynika z pkt. 1.5 OPZ.

Odnośnie zarzutu opisanego w pkt 5 odwołania Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy wskazać, iż zgodnie z ust. 6 § 5 wzoru umowy, jeżeli postępowania naprawcze nie doprowadzą do usunięcia Wady szczególnej w terminie

określonym w ust. 5 wykonawca zobowiązany jest wymienić EZT na fabrycznie nowy w terminie 12 miesięcy od daty upływu terminu określonego w ust. 5. Odwołujący nie kwestionował powyższego zapisu jednocześnie zarzucając, iż zapis ust. 7 § 5 wzoru umowy sprzeczny jest z naturą zobowiązania. W ocenie Izby łączne odczytanie zapisów dotyczących postępowania w przypadku wystąpienia Wady szczególnej opisanych w § 5 wzoru umowy pozwala uznać, iż tak jak w przypadku wymiany EZT na fabrycznie nowy zamawiający zwróci pojazd obciążony Wadą szczególną tak w przypadku pojawienia się tej samej wady w wymienionym pojeździe uprawniony będzie do żądania zwrotu pełnej kwoty zapłaconej za EZT z jednoczesnym zwrotem na rzecz wykonawcy pojazdu, w którym tę wadę stwierdzono.

Izba nie podzieliła również stanowiska prezentowanego przez odwołującego odnośnie zarzutu opisanego w pkt 6 odwołania uznając go za niezasadny. Zgodnie z treścią formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani zostali do podania ceny za 1 km wykonania usługi serwisowo-utrzymaniowo-naprawczej. Ponadto zamawiający określił zakładany średni przebieg EZT w okresie świadczenia usługi, który wszyscy wykonawcy zobowiązani byli przyjąć do wyliczenia ceny oferty w tym zakresie. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż zgodnie z ust. 4 § 8 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, że zapłata wynagrodzenia następować będzie za liczbę kilometrów rzeczywiście przejechanych przez EZT. Tym samym brak jest argumentów dla przyjęcia stanowiska prezentowanego przez odwołującego. Słusznie wskazywał zamawiający, iż uczynienie zadość żądaniu odwołującego poprzez wykreślenie postanowień § 8 ust. 5 wzoru umowy rodziłoby po stronie wykonawcy uprawnienie do żądania zapłaty za usługę serwisowo-utrzymaniowo-naprawczą w wysokości przyjętej do skalkulowania oferty, podczas gdy zakładany średni przebieg EZT w okresie świadczenia usługi gwarantować ma porównywalność ofert i nie może być traktowany, jako faktyczne określenie wielkości usługi. Tym samym nie sposób uznać, iż zamawiający zastrzegając sobie prawo do niezrealizowania Obsługi w całości bez prawa żądania przez wykonawcę odszkodowania naruszył wskazywane przez odwołującego przepisy skoro zapłata następować będzie za liczbę faktycznie przejechanych kilometrów. Nie sposób wyłączyć możliwości zaistnienia zdarzeń, które spowodują np. długotrwałe wyłączenie z eksploatacji któregoś z pojazdów.

Mając na względzie powyższe należało uznać, iż zamawiający nie naruszył wskazywanych przepisów oraz prowadzi przedmiotowe postępowanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Reasumując, mając na względzie dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: