

Sygn. akt: KIO 3470/21

WYROK
z dnia 21 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Emil Kawa
 Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mag-Train Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie i POZBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mag-Train Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie i POZBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający PKP Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie wraz z modernizacją i przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 90 wagonów osobowych typu 141A/111A (nr ref. 19/WNP-001957/2/TUT). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 227-560079. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mag-Train Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie i POZBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp przez uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu, podczas gdy oferta odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo iż jest ona zgodna z treścią specyfikacji, zaś Odwołujący nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wbrew zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, w związku z błędną oceną oferty odwołującego w oparciu o wymagania nie wynikające z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania. Odwołujący wniósł także

o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz wskazanych w treści odwołania, a także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadniając zarzuty odwołania na wstępie przedstawiono stan faktyczny, zwracając uwagę na następujące kwestie. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Rozdz. IV ust. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (podobnie §1 pkt 1 Umowy – Załącznik nr 2 do SIWZ): Modernizacja - należy przez to rozumieć zgodnie § 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 226 z późn. zm.) prace modyfikacyjne w pojeździe kolejowym, które zmieniają przeznaczenie pojazdu lub poprawiają jego ogólne osiągi techniczne, a w szczególności: zmianę charakterystyki trakcyjnej, prędkości maksymalnej, mocy, zdolności do zasilania w różnych systemach. Zakres modernizacji zawiera dokumentacja wagonów typu 111A-10 (174A) wykonana przez: H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na podstawie umowy nr UM-BPT-17-900-0043 na wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 60 wagonów osobowych, do której zamawiający posiada licencję udzieloną zgodnie z ww. umową stanowiącą Załącznik nr 3 do SIWZ oraz Załącznik nr 4 do SIWZ. Zgodnie z Rozdz. V ust. 3 pkt 1) – Opis przedmiotu zamówienia (na to samo wskazuje Załącznik nr 2 do SIWZ str. 9 ust. 2 pkt 1 - wzór umowy): Wykonanie naprawy głównej z modernizacją wagonów 111A/141A musi zostać zrealizowane w oparciu o: 1) istniejącą Dokumentację projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) stanowiącą Załącznik nr 3 do SIWZ w zakres, której wchodzi: a) Dokumentacja techniczna konstrukcyjna; b) Warunki Techniczne Wykonania (WTW); c) Warunki Techniczne Odbioru (WTO); d) Dokumentacja Techniczno – Ruchowa (DTR); e) Dokumentacja Systemu Utrzymania pojazdu (wagonu) (DSU). Załącznik nr 2 do SIWZ – wzór umowy w § 6 ust. 5 zd. 1 stanowi: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia”. Załącznik nr 3 do SIWZ - Dokumentacja projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) zawiera wskazanie na część dokumentacji konstrukcyjnej, jaką w całości otrzyma Wykonawca. W tym załączniku wskazane są wózki 25AN4 według rozwiązania FPS C.. Załącznik nr 4 do SIWZ - Zestawienie zakresu naprawy wraz z modernizacją wagonów 111A/141A zawiera wykaz dokumentacji, którą otrzyma wykonawca po podpisaniu umowy. W załączniku tym są wykazane wózki 25AN4. W całej dokumentacji postępowania przytacza się konkretny typ wózka bez wskazania, że należy wykonać nowy wózek zbliżony do rozwiązań przyjętych w wózku 25AN4.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (cena brutto oferty: 494 829 000,00 zł), Odwołujący (cena brutto oferty: 391 767 300,00 zł). W dniu 19 maja 2021 r. H. C. - Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. (dalej jako „FPS”) wystosował do zamawiającego pismo m. in. o odmowie udostępnienia na potrzeby wykonania zamówienia zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego, którego modernizacja jest przedmiotem zamówienia w postępowaniu (wagonu typu 174A), a także o odmowie prawa do kopiowania rozwiązania technicznego wózka 25AN4, które ma FPS przynależeć. Według stanowiska FPS zawartego w przedmiotowym piśmie, zamawiający nie posiada w ramach uprzednio udzielonej przez FPS licencji, prawa do dysponowania dokumentacją konieczną do wykonania modernizacji objętej przedmiotowym postępowaniem (90 wagonów). (Dowód: pismo FPS z dnia 19 maja 2021 r.) W dniu 21 maja 2021 r. FPS złożył do Urzędu Patentowego RP zgłoszenie znaku towarowego wózka 25AN4 (Dowód: wydruk SZCZEGÓŁY ZT - Z.529199 ze strony Urzędu Patentowego: <https://ewyszukiwarka.pue.uprp.gov.pl/search/pwp-details/Z.529199?lng=pl>). W dniu 30 lipca 2021 r. w związku z ww. pismem FPS Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie dotyczącym kwestii zezwolenia, uprawniającego do eksploatacji wagonów oraz sposobu realizacji zamówienia dot. wózka, na które odwołujący odpowiedział pismem z dnia 16 sierpnia 2021 r. W dniu 30 września 2021 r. Zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie dotyczącym kwestii zezwolenia, uprawniającego do eksploatacji wagonów, na które odwołujący odpowiedział pismem z dnia 8 października 2021 r. Pismem z dnia 18 listopada 2021 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ze względu na okoliczność, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na fakt, iż odwołujący nie jest posiadaczem spornego zezwolenia, tj. „nie może bazować na badaniach i certyfikatach uzyskanych przez innego producenta w ramach jego procesu produkcji i uzyskiwania zezwolenia”.

Następnie w odwołaniu przedstawiono stan prawny wskazując, iż jedną z podstawowych zasad polskiego porządku prawnego w zakresie przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób: (i) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (ii) przejrzysty oraz (iii) proporcjonalny. Zasady te zostały uregulowane wprost w art. 7 ust. 1 ustawy. Jednocześnie zamawiający są zobowiązani udzielić zamówienia jedynie wykonawcom wybranym zgodnie z ustawą (art. 7 ust. 3 ustawy). Zdaniem Odwołującego, popartym jednoznacznie w doktrynie prawa zamówień publicznych,

zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w ustawie zasad ma jedynie charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. W konsekwencji zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji.

Jednym z przykładów działania Zamawiającego sprzecznego z zasadą zapewnienia uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W tym kontekście naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będzie zarówno opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, jak również opis lub warunki udziału w postępowaniu, które umożliwiają w sposób nieuzasadniony dostęp do zamówienia jedynie kilku wykonawcom. Niezwykle istotna dla prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia jest kwestia prawidłowego przewidywania parametrów równoważności w przypadku, gdy zamawiający powoła się na konkretne rozwiązania, wskazując wprost np. na konkretne modele, produkty. Zamówienie w tym wypadku powinno być opisane w sposób umożliwiający alternatywne (choć spełniające wymogi dotyczące trwałości i zastosowania danego produktu) rozwiązania przez innych wykonawców oraz ustalić pozostałe kryteria realizacji zamówienia (np. termin, zakres dokumentacji) w sposób umożliwiający realne, a nie jedynie prowizoryczne skorzystanie z tych alternatywnych rozwiązań przez innych wykonawców. Niezależnie od postępowań przeprowadzanych na gruncie ustawy, zasada uczciwej konkurencji jest jednym z fundamentów funkcjonowania przedsiębiorstw na rynku oraz obrotu gospodarczego. Odzwierciedleniem tej zasady jest wprowadzenie do porządku prawnego ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”), regulującej zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów. Zgodnie z art. 3 u.z.n.k., czynem

nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, w tym m.in.: pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie i utrudnianie dostępu do rynku.

W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę na art. 15 u.z.n.k. definiujący delikt nieuczciwej konkurencji w postaci utrudniania dostępu do rynku. Zgodnie z nim czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów oraz działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Czyn ten może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy lub stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy.

Przystawiając własne stanowisko Odwołujący stwierdził, iż w świetle przytoczonych powyżej przepisów prawa oraz stanowiska doktryny i judykatury, bezkrytyczne i jednoznaczne przyjęcie wprost stanowiska zamawiającego wyrażonego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego jest niezasadne (z przyczyn opisanych w dalszej części niniejszego odwołania) oraz z uwagi na fakt, że świadczyłoby o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji zarówno przez zamawiającego, jak i FPS. Powyższe wynika z faktu, że jeśli interpretacja zamawiającego jest tak jednoznaczna jak przedstawiona w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego, to należy uznać, że opis przedmiotu zamówienia jak i cała konstrukcja SIWZ opisane zostały w sposób niejednoznaczny i wprowadzający w błąd potencjalnych wykonawców, którzy po dokonaniu interpretacji postanowień SIWZ oceniali możliwość wykonania zamówienia. W pismach kierowanych do odwołującego, zamawiający podniósł nowe argumenty, z którymi odwołujący nie miał możliwości zapoznać się na etapie składania oferty. W tym zakresie odwołujący podtrzymuje w całości swoje wcześniejsze stanowisko, wynikające z odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień przekazane zamawiającemu dnia 16 sierpnia br. oraz 8 października br. W tym kontekście wobec takiego stanowiska zamawiającego, odwołujący uznał, że na wcześniejszym etapie postępowania przetargowego zataił on brak prawa po jego stronie do dysponowania dokumentacją techniczną i projektową przekazaną mu przez FPS dla potrzeb dokonania napraw i modernizacji. W konsekwencji powyższego postanowienia SIWZ wprowadzały w błąd co do zakresu świadczeń, jakie na etapie wykonywania umowy zobowiązany będzie przeprowadzić wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie. Odwołujący wskazał, że niewyartykułowane i dorozumiane przez zamawiającego zróżnicowanie sytuacji

wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne na etapie jego wykonania, tj. przypisanie im różnych zakresów przyszłych świadczeń, już na etapie postępowania świadczy o niedochowaniu zasady uczciwej konkurencji. Przy takiej (wadliwej) argumentacji postanowień SIWZ, a w szczególności umowy o wykonanie zamówienia publicznego, nie jest możliwe uzyskanie porównywalnych cenowo i przedmiotowo ofert. Przykładowo, jeśli przyjąć, że wykonawca, który nie posiada zezwolenia w rozumieniu SIWZ, nie otrzyma go od zamawiającego i zobowiązany będzie do jego samodzielnego uzyskania (w przeciwieństwie do podmiotu posiadającego już takie zezwolenie) złoży siłą rzeczy ofertę wyższą cenowo o co najmniej koszty związane z uzyskaniem takiego zezwolenia, co automatycznie stawia go w postępowaniu w pozycji gorszej niż wykonawca, który nie musi realizować tego (dodatkowego) zakresu rzeczowego. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stanowiąca fundament prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, byłaby w takim przypadku rażąco naruszona. Przyjmując retorykę zamawiającego należałoby w ocenie odwołującego uznać, że przetarg skonstruowany był tak, aby umożliwić jego wygraną wyłącznie podmiotowi, który posiada dokumentację konstrukcyjną wózka 25AN wraz z jego częścią zmodernizowaną do wersji 4, a także przeprowadził stosowne badania wózka oraz całego wagonu z wózkami po przeprowadzonej modernizacji, uzyskując dla wagonu stosowne certyfikaty i zezwolenia, a więc w tym przypadku FPS. Powyższe rozumowanie byłoby tym bardziej uzasadnione w związku z faktem, że FPS w dniu 21 maja 2021 r. złożył wniosek o objęcie ochroną rejestrową znaku towarowego 25AN i wózków zmodernizowanych (w tym do wersji 4 a więc 25AN4). Odwołujący przyjął zatem, że tak jednoznacznie przyjęta w piśmie o odrzuceniu oferty retoryka zamawiającego nie może zostać uznana za uprawnioną bowiem w sposób istotny naruszałaby zasadę uczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego, FPS dopuściło się naruszenia zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK przez (i) nakłanianie zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania, podnosząc brak licencji do wykorzystania dokumentacji przygotowanej dla zamawiającego w poprzedzających postępowaniach (co może z ocenie odwołującego nosić cechy szantażu) i ukrytą odmową współpracy z odwołującym (polegającej chociażby na sprzedaży egzemplarza wózka 25AN4), (ii) przekonując w sposób niepoparty żadnymi wiarygodnymi dowodami o niemożności wykonania zamówienia przez odwołującego (uzyskania odpowiednich dokumentów uprawniających do eksploatacji wagonów, co jest niezasadne z przyczyn opisanych w dalszej części pisma) naruszając jednocześnie dobre imię i wiarygodność zawodową odwołującego oraz (iii) usiłując zablokować możliwość realizacji zamówienia publicznego przez jakiegokolwiek inny niż FPS podmiot, składając wniosek o zarejestrowanie znaku towarowego 25AN4 i pokrewnych. W ocenie odwołującego FPS

dopuszczył się potencjalnego deliktu nieuczciwej konkurencji, a odwołujący podejmie w tym zakresie wszelkie niezbędne środki ochrony prawnej.

Stan faktyczny przedmiotowej sprawy zdaniem Odwołującego wskazywać też może na ewentualne naruszenie przez Zamawiającego zasad przygotowania opisu przedmiotu zamówienia wynikających z m. in. art. 29 ust. 1 ustawy, tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, albo na okoliczność nieusuwalnej wady postępowania, skutkującej koniecznością jego unieważnienia w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Z całą jednak pewnością okoliczności postępowania, przede wszystkim ujawnione w piśmie FPS z dnia 19 maja 2021 r., nie mogły być podstawą dla odrzucenia oferty odwołującego z powodów, na które wskazywał zamawiający.

Odnosząc się do kwestii spełnienia przez Odwołującego warunków SIWZ w zakresie wymaganych badań i certyfikacji Odwołujący podniósł, iż na gruncie art. 23i ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (dalej: „UoTK”), w przypadku odnowienia lub modernizacji pojazdu kolejowego jest wymagane uzyskanie nowego zezwolenia na wprowadzenie pojazdu kolejowego do obrotu, jeżeli: 1) zmieniono wartości parametrów określonych w TSI [TSI – techniczne specyfikacje interoperacyjności – określają wymagania dotyczące bezpieczeństwa (art. 17a ustawy o transporcie kolejowym), na ich podstawie tworzy się systemy zarządzania bezpieczeństwem i uwzględnia w analizie znaczenia zmian] oraz, w odpowiednich przypadkach, we właściwych krajowych specyfikacjach technicznych i dokumentach normalizacyjnych, których zastosowanie umożliwia spełnienie zasadniczych wymagań systemu kolei, dla kontroli zgodności technicznej między pojazdem a obszarem użytkowania, w taki sposób, że wartości te nie mieszczą się w akceptowalnym zakresie określonym w tych dokumentach; 2) przewidziane prace mogą negatywnie oddziaływać na ogólny poziom bezpieczeństwa danego pojazdu kolejowego; 3) wymagają tego odpowiednie TSI. Konieczność zastosowania przepisu, o którym mowa powyżej, określa się w oparciu o treść art. 4 ust. 43 UoTK, który definiuje modernizację jako większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub jego części poprawiające całkowite osiągi podsystemu oraz skutkujące zmianą dokumentacji technicznej dołączonej do deklaracji weryfikacji WE, o ile taka dokumentacja techniczna istnieje. Podmiot wprowadzający modyfikacje w pojeździe zobowiązany jest, oceniając te modyfikacje, zakwalifikować je biorąc pod uwagę dwa zasadnicze kryteria: odstępstwo od dokumentacji technicznej pojazdu oraz wpływ na zasadnicze jego cechy konstrukcyjne.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem UTK, podmiot wprowadzający modyfikacje w pojeździe kolejowym dopuszczonym do eksploatacji jest zobowiązany do ich

przeanalizowania i zaszeregowania do jednej z czterech kategorii: 1) „wymiana w ramach utrzymania” i inne zmiany, które nie wiążą się z odstępstwem od dokumentacji technicznej pojazdu; 2) zmiany wiążące się z odstępstwem od dokumentacji technicznej pojazdu; 3) wszelkie inne prace modyfikacyjne, w tym odnowienie lub modernizacja, która nie wymaga nowego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji za zgodą Prezesa UTK; 4) modernizacja, która wymaga nowego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji. W przypadku, gdy nie dochodzi do odstępstwa od dokumentacji technicznej pojazdu, a zmiany nie mają wpływu na zasadnicze cechy konstrukcyjne pojazdu, podmiot dokonujący modyfikacji nie ma obowiązku podejmowania żadnych dalszych działań z zastrzeżeniem konieczności udokumentowania zakresu zmian uzasadniających podjęcie decyzji o wstrzymaniu się z uzyskaniem dodatkowych certyfikatów i zezwoleń, w tym zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wagonu. Analiza modyfikacji odbywa się zgodnie z poniższym schematem: KROK 1: Odstępstwo od dokumentacji technicznej pojazdu? NIE - kategoria 1. TAK kolejny krok. KROK 2: Wpływ na zasadnicze cechy konstrukcyjne pojazdu? NIE – kategoria 2. TAK – kolejny krok. KROK 3: Większe prace, poprawiające całkowite osiągi pojazdu? NIE – kategoria 3. TAK – kolejny krok. KROK 4: Wniosek o odstępstwo od konieczności uzyskania nowego zezwolenia? /art. 23i UoTK/ NIE – kategoria 4. TAK - kolejny krok KROK 5: zgoda Prezesa UTK? TAK – kategoria 3. NIE, kategoria 4. W zależności od kategorii, do której należy zakwalifikować należy podjąć następujące działania:

Kategoria	Czynności do podjęcia
1. Analiza zmian	Brak konieczności podjęcia działań
2. Analiza zmian	Sporządzenie aneksu do deklaracji weryfikacji WE
3. Analiza zmian	Uzyskanie pośredniego certyfikatu weryfikacji WE Sporządzenie pośredniej deklaracji weryfikacji WE
4. Analiza zmian	Uzyskanie pośredniego certyfikatu weryfikacji WE Sporządzenie pośredniej deklaracji weryfikacji WE Uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w przepisach Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 roku w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 352/2009 (dalej: „Rozporządzenie 402”), w szczególności art. 2 ust. 2, stanowiącym, że odrębne jest postępowanie dla zmiany nieznaczającej (niewymagającej podejmowania dalszych działań ponad analizę znaczenia zmiany) jak i zmiany znaczącej (która w zależności od swojego rodzaju wymaga przeprowadzenia dodatkowych badań oraz dodatkowych procesów certyfikacji). Zamawiający w ocenie odwołującego uwzględnił powyższe regulacje w SIWZ, wprowadzając do niego odpowiednie zobowiązania wykonawcy

zamówienia. A mianowicie: 1) w Załączniku nr 8 do SIWZ (a nr 5 do umowy) zamawiający wskazał wszelkie dokumenty i certyfikaty, dostarczenia których wymaga od wykonawcy. Wśród nich zamawiający wymienił również certyfikaty WE weryfikacji podsystemów dla każdego wykorzystanego modułu wraz z załącznikami i opinią wraz z oceną w celu uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu kolejowego, 2) w treści wzoru umowy, jaka zostanie zawarta pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, zamawiający umieścił następujące postanowienia: a) Obowiązek wykonawcy do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia (§6 ust. 5), b) Obowiązek wykonawcy do dostarczenia raportów z badań wyszczególnionych w Załączniku 5 do umowy, przy czym wskazał, że zakres ograniczenia badań musi zostać uzgodniony z zamawiającym nie później niż 50 dni od dnia zawarcia umowy (§6 ust. 1 pkt 19), c) Obowiązek wykonawcy do sporządzenia analizy znaczenia zmian wynikających z modernizacji wagonu w oparciu o Rozporządzenie 402 nie później niż 280 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy (§10 ust 2 pkt 11 i §10 ust. 3 pkt 6).

Odwołujący podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym zinterpretował SIWZ w ten sposób, że Zamawiający posiada kompletną dokumentację zawierającą zezwolenie, a także dokumentację techniczno – konstrukcyjną, odpowiednio uzyskane i przygotowane przez FPS wraz z uprawnieniem zamawiającego do korzystania z powyższych dokumentów, w szczególności wobec powołania się wprost przez Zamawiającego na tę dokumentację w treści SIWZ w Rozdz. IV ust. 5 SIWZ. Fakt przywołania tej dokumentacji jest pomiędzy stronami bezsporny. Odwołujący zgodnie ze sztuką i przepisami prawa mógł założyć wyłącznie to, że powołana dokumentacja jest elementem kompletu dokumentacji techniczno – konstrukcyjnej, którą wykonawca otrzyma i na podstawie której będzie uprawniony do realizacji zamówienia, zwłaszcza wobec treści § 6 ust. 5 umowy, w którym Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał, że zezwolenie istniejące i bezterminowe musi należeć do wykonawcy i być uzyskane uprzednio na jego wniosek. Zapis SIWZ i umowy był dla odwołującego jasny – powołanie konkretnego dokumentu nie może być interpretowane inaczej. Taki sposób interpretacji jest jedyny racjonalny i logiczny. W przeciwnym razie – abstrahując już nawet od kwestii naruszenia zasad uczciwej konkurencji - to postanowienie SIWZ musiałoby być uznane za sformułowane niejasno i nieprecyzyjnie, co również stanowi naruszenie zasad określonych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 1 ustawy). Odwołujący nie mógł zakładać, że Zamawiający sformułował postanowienia SIWZ niezgodnie z prawem i w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Powyższe rozumowanie Odwołującego jest uzasadnione również tym, że Zamawiający zobowiązany jest do legitymowania się przedmiotowym zezwoleniem wydanym

przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego ze względu na fakt codziennej eksploatacji i utrzymania wagonów, które będą przedmiotem usług objętych zamówieniem. Wobec powyższego, odwołujący nadal uważa, że jest to jedyny racjonalny wniosek, jaki można z przywoływanych postanowień wyciągnąć. Jednocześnie w tym zakresie odwołujący podtrzymuje dotychczasowe stanowisko w tej kwestii.

Niezależnie od powyższego, dochowując należytej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy, Odwołujący był i pozostaje nadal przygotowany również do przeprowadzenia wszelkich niezbędnych badań i uzyskania wszelkich niezbędnych certyfikatów i zezwoleń. A mianowicie Odwołujący przygotowany jest do: 1) wykonania analizy znaczenia zmian z propozycją potwierdzenia wymagań, 2) na podstawie wykonanej analizy: przygotowanie przez notyfikowaną jednostkę upoważnioną (zgodnie z §1 pkt 7 umowy) zakresu badań niezbędnego do wprowadzenia wagonu do obrotu, 3) na podstawie oceny jednostki notyfikowanej: uzgodnienie ograniczenia zakresu badań, dokumentów i certyfikacji (ograniczenia Załącznika nr 5 do umowy), 4) na podstawie wykonanej analizy i uzgodnień z jednostką notyfikowaną i zamawiającym: przeprowadzenia właściwych badań i uzyskania zezwoleń, 5) dostarczenia analizy znaczenia zmian oraz niezbędnych badań i dokumentów, w tym dokumentu uprawniającego do eksploatacji wagonów. Tym samym Odwołujący był i pozostaje nadal przygotowany do uzyskania wszystkich niezbędnych dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, w tym dokumentów uprawniających do eksploatacji pojazdów (wagonów). W tym miejscu należy jednoznacznie podkreślić, że w treści SIWZ Zamawiający nie sprecyzował jednoznacznie, jakiego rodzaju zezwolenia i certyfikaty dostarczyć winien wykonawca. Takie działanie Zamawiającego jest o tyle słuszne, że pozostaje w zgodzie z przepisami i procedurą opisaną powyżej – konieczność przedłożenia dokumentów oraz ich rodzaj nie jest możliwy do sprecyzowania ani na etapie postępowania, ani na etapie kontraktowania, bowiem wynikać będzie dopiero z wyników czynności opisanych powyżej. W konsekwencji również w tym zakresie wszelka argumentacja Zamawiającego mająca uzasadnić odrzucenie oferty Odwołującego (m.in.: „Powyższe jest niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i powołanymi w niej przepisami, gdyż wykonawca musi przeprowadzić pełne badania modernizowanego wagonu (w tym wózka 25An4) i uzyskać m.in. certyfikat SB, żeby dopuścić pojazd do eksploatacji”) jest oczywiście nieuprawniona i bezzasadna.

Interpretacja przez Zamawiającego stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym odwołujący jakoby z góry nie planował wykonania wszystkich badań i uzyskania zezwolenia do eksploatacji, a więc nie spełniał warunków SIWZ jest przedwczesne i za daleko idące. Odwołujący przekazał swoje wstępne założenia oparte o dokumentację dotychczas mu znaną i przeanalizowaną, jednak zakres badań i dokumentów mógł i miał być ustalony

dopiero po zawarciu umowy w zgodzie z jej postanowieniami. I na ten zakres w całej rozciągłości Odwołujący godził się, składając ofertę w postępowaniu wraz z oświadczeniem, że warunki SIWZ spełnia, są mu znane i gotów jest zamówienie wykonać. Zamawiający zaś wydaje się z góry założyć, co zresztą wskazuje wprost w treści pisma odrzucającego ofertę Odwołującego, konieczność uzyskania zezwolenia do eksploatacji wagonów, co na obecnym etapie postępowania, wobec braku analizy znaczenia zmian wynikającej z przepisów, jest całkowicie nieuprawnione. Odbieganie przez Zamawiającego od postanowień umowy, które sam stworzył nie może być więc przyczyną odrzucenia oferty odwołującego, zwłaszcza w sytuacji, gdy analogiczny, jak przyjęty przez Odwołującego sposób działania został przyjęty tak przez odwołującego jak i zamawiającego (bez uwag, zastrzeżeń i wątpliwości) przy realizacji innego kontraktu – przyznanego Odwołującemu do realizacji w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – znak sprawy: 20/WNP-003464/TUT (zamówienie na „Wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją i przeglądem na 3-cim poziomie utrzymania 14 wagonów osobowych typu 111A Lux/112A Lux” realizowane przez Odwołującego).

Odwołujący w dniu 7 grudnia 2021 r. złożył dalsze pismo procesowe, w którym zawarto dodatkową argumentację dotyczącą zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 7 grudnia 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu w dniu 8 grudnia 2021 r. stanowisko pisemne przedstawił wykonawca H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W związku z zarządzeniem Izby Odwołujący, Zamawiający i wykonawca H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. w dniu 13 grudnia 2021 r. złożyli pisma procesowe stanowiące replikę wobec treści pism przedstawionych odpowiednio w dniu 7 i 8 grudnia 2021 r. i podtrzymujące dotychczasowe stanowiska.

Ponadto Zamawiający w dniu 15 grudnia 2021 r. złożył pismo procesowe zawierające dalsze wnioski dowodowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy

ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej jako „ustawa nPzp”).

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, oferty wykonawców, pismo Przystępującego z dnia 19 maja 2021 r. korespondencję prowadzoną między Zamawiającym a Odwołującym w zakresie wyjaśnienia treści oferty, informację o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

1. załączonych do odwołania - wydruk ze strony Urzędu Patentowego oraz wyciąg z Biuletynu Urzędu Patentowego - Znaki Towarowe nr 34/2021;
2. załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie - umowa z dnia 9 listopada 2017 r. nr UM-BPT-17-900-0043;
3. załączonych do pisma Przystępującego z dnia 7 grudnia 2021 r.:
 - a) informator dla klientów o trybie certyfikacji WE składników interoperacyjności i interoperacyjnych podsystemów kolei w Europie stosowany przez Instytut Kolejnictwa;
 - b) wyciąg z wykazu zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji wydanych w ramach III pakietu kolejowego;
 - c) pismo Mag Train z dnia 6 sierpnia 2021 r. – zapytanie ofertowe na dostawy wózków;
4. załączonych do pisma Odwołującego z dnia 13 grudnia 2021 r. - poradnik w sprawie zarządzania modyfikacjami pojazdów kolejowych – UTK;
5. załączonych do pisma Przystępującego z dnia 13 grudnia 2021 r.:

- a) opinia techniczna Łukasiewicz – Instytut Pojazdów Szynowych „Tabor” z dnia 13 grudnia 2021 r. nr TC/19/12/2021;
 - b) wyciąg z Załącznika nr 2 do SIWZ w postępowaniu Zamawiającego na wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu P3 60 wagonów osobowych, znak postępowania 24/02/TUT/2017;
6. załączonych do pisma Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2021 r. (pozostałe wskazane dokumenty znajdują się w dokumentacji przekazanej Prezesowi Izby przez Zamawiającego):
- a) wniosku Odwołującego z dnia 7 sierpnia 2020 r. o dostęp do poufnej części SIWZ: Załącznika nr 3 do SIWZ - Dokumentacji projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) w postępowaniu pn. „Wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją i przeglądem na 3-cim poziomie utrzymania 90 wagonów osobowych typu 141A/111A” (znak sprawy: 19/WNP-001957/TUT);
 - b) wydruku wiadomości e-mail z dnia 12.08.2020 r. z Servicedesk PKP Intercity S.A. (informatycy) do B. K.-W. z PKP Intercity S.A. o nadaniu przedstawicielowi Odwołującego dostępu do zasobów na dysku FTP;
 - c) zestawienia zmian w pierwotnie opublikowanym w postępowaniu nr 19/WNP-001957/TUT załączniku nr 4, zawierającym wykaz pełnej dokumentacji wagonów typu 174A;

na okoliczności wynikające z ich treści, powoływane przez podmioty wnioskujące o przeprowadzenie ww. dowodów.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o pominięcie dowodów złożonych przez Zamawiającego wraz z pismem z dnia 15 grudnia 2021 r., Izba wskazuje, iż brak było podstaw do oddalenia wniosków dowodowych Zamawiającego z uwagi na fakt, iż zgodnie z art. 535 ustawy nPzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Ustawa Pzp nie wprowadza prekluzji dowodowej w postępowaniu odwoławczym. Ponadto dokumenty objęte wnioskami dowodowymi w znacznej części stanowią dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a jak wskazał Zamawiający w piśmie przewodnim, potrzeba złożenia tych dokumentów powstała w związku z okolicznościami przywołanymi przez Odwołującego w piśmie z dnia 13 grudnia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt V.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją (dalej zwane łącznie także naprawą wraz z modernizacją) i przeglądem na 3-cim poziomie utrzymania (dalej zwany przeglądem) 90 wagonów osobowych typu 141A/111A. Zgodnie z pkt V.3 SIWZ wykonanie naprawy głównej z modernizacją wagonów 111A/141A musi zostać zrealizowane w oparciu o:

- 1) istniejącą Dokumentację projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) stanowiącą Załącznik nr 3 do SIWZ w zakres, której wchodzi: a) Dokumentacja techniczna konstrukcyjna; b) Warunki Techniczne Wykonania (WTW); c) Warunki Techniczne Odbioru (WTO); d) Dokumentacja Techniczno – Ruchowa (DTR); e) Dokumentacja Systemu Utrzymania pojazdu (wagonu) (DSU);
- 2) Wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 4 do SIWZ tj. „Zbiorczym zestawieniu zakresu naprawy wraz z modernizacją wagonów 111A/141A”
- 3) odpowiednimi, aktualnymi na dzień wykonania naprawy wraz z modernizacją / przeglądu, Europejskimi Normami, Polskimi Normami i Kartami UIC, dokumentami technicznymi i Raportami ERRI/ORE. Wykaz dokumentów i przepisów aktualnych na dzień ogłoszenia Postępowania zawiera Załącznik nr 6 do SIWZ.

W pkt V.4 SIWZ wskazano, iż Wykonawca zobowiązany jest, w szczególności do:

- 1) wykonania prac wyszczególnionych w Załączniku nr 3 do SIWZ w zakresie wymaganym do wykonania w trakcie naprawy głównej;
- 2) wykonania modernizacji w zakresie szczegółowo określonym w Załączniku nr 3 do SIWZ oraz Załączniku nr 4 do SIWZ;
- 3) dokonania doboru charakterystyk nowych sprężyn I i II stopnia odsprężynowania oraz charakterystyk tłumików drgań właściwych dla typu wagonu;
- 4) dokonania naprawy lub wymiany na nowe zestawów kołowych wg procedury zawartej w Załączniku nr 7 do SIWZ;
- 5) stosowania kolorystyki wagonów przedstawionej w Załączniku nr 9 do SIWZ;
- 6) zapewnienia po wykonanej naprawie wraz z modernizacją wielkości parametrów nacisków kół na szynę określonych w Załączniku nr 10 do SIWZ;
- 7) uwzględnienia wytycznych co do kolorystki wnętrza i zewnątrz oraz użytych materiałów wykończeniowych wnętrza wagonów i ich jakości, zgodnie ze szczegółowymi wskazaniami określonymi w Załączniku nr 2 do SIWZ;
- 8) sporządzenia i przekazania Zamawiającemu Dokumentacji, o której mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ, oraz wszelkich innych dokumentów wymienionych w Umowie;
- 9) wyposażenia każdego z wagonów w niezbędne oprogramowanie, zapewniające komunikację w języku polskim;

- 10) udzielenia licencji do oprogramowania wraz z prawem sublicencji, na zasadach szczegółowo określonych w Załączniku nr 2 do SIWZ;
- 11) udzielenia gwarancji, wystawienia i przekazania Karty Gwarancyjnej dla każdego z wagonów, na warunkach określonych w Załączniku nr 2 do SIWZ, oraz świadczenia usług gwarancyjnych;
- 12) przeszkolenia wskazanych przez Zamawiającego osób zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 2 do SIWZ;
- 13) przekazania Zamawiającemu wyników raportów i wniosków z przeprowadzonych badań, o których mowa w Załączniku nr 8 do SIWZ;
- 14) dostarczenia wraz z 5 (piątym) wagonem części, urządzeń, zespołów i podzespołów w ramach tzw. „Wyprawki” stanowiącej Załącznik nr 13 do SIWZ, wraz z udzieleniem gwarancji zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ i przekazania Kart Gwarancyjnych;
- 15) przedstawienia Zamawiającemu przed rozpoczęciem naprawy wraz z modernizacją pierwszego wagonu, wstępnej opinii wydanej przez jednostkę notyfikowaną stwierdzającą, że klimatyzacja spełnia wymagania kart UIC 553 i UIC 553-1 oraz norm PN-EN 13129-1 i PNEN 13129-2 z uwzględnieniem 2 osób/m² w korytarzu. Opinia zostanie wydana staraniem i na koszt Wykonawcy;
- 16) zastosowania do wykonania naprawy głównej wraz z modernizacją wyłącznie fabrycznie nowych zespołów, podzespołów i elementów;
- 17) dostarczenia najpóźniej w dniu wystawienia świadectw sprawności technicznej pierwszego wagonu, raportów z badań wyszczególnionych w Załączniku nr 8 do SIWZ. Zakres ograniczenia badań musi zostać uzgodniony z Zamawiającym nie później niż na 50 dni od dnia zawarcia Umowy;
- 18) plombowania zespołów, podzespołów i części wagonów osobowych pozwalające na ich identyfikację przez cały okres ich eksploatacji w okresie gwarancji. Wykaz znakowanych lub plombowanych niektórych zespołów, podzespołów i części wagonów osobowych stanowi Załącznik nr 11 do SIWZ.

W SIWZ Zamawiający zawarł także definicje m.in. następujących pojęć:

- Naprawa główna – należy przez to rozumieć naprawę okresową na 5-tym poziomie utrzymania (P5) zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 226 z późn. zm.), której szczegółowy zakres określa Dokumentacja projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) stanowiąca Załącznik nr 3 do SIWZ i Załącznik nr 4 do SIWZ.
- Modernizacja - należy przez to rozumieć zgodnie § 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych

eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 226 z późn. zm.) prace modyfikacyjne w pojeździe kolejowym, które zmieniają przeznaczenie pojazdu lub poprawiają jego ogólne osiągi techniczne, a w szczególności: zmianę charakterystyki trakcyjnej, prędkości maksymalnej, mocy, zdolności do zasilania w różnych systemach. Zakres modernizacji zawiera dokumentacja wagonów typu 111A-10 (174A) wykonana przez: H.C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na podstawie umowy nr UM-BPT-17-900-0043 na wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 60 wagonów osobowych, do której zamawiający posiada licencję udzieloną zgodnie z ww. umową stanowiąca Załącznik nr 3 do SIWZ oraz Załącznik nr 4 do SIWZ.

- Przegląd na 3-cim poziomie utrzymania lub przegląd – należy przez to rozumieć przegląd na trzecim poziomie utrzymania (P3) zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, szczegółowo uregulowany w Załączniku nr 2 do SIWZ.
- Świadectwo dopuszczenia – dokument o nazwie Świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typ pojazdu kolejowego wydawany przez Urząd Transportu Kolejowego na podstawie Ustawy o transporcie kolejowym oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1923).

Zgodnie z pkt VI.1 SIWZ Zamawiający wymaga realizacji przedmiotu zamówienia w terminie nie dłuższym niż 48 miesięcy od dnia jej zawarcia. W pkt VI.2 SIWZ wskazano, iż wykonanie naprawy wraz z modernizacją wszystkich wagonów objętych Umową, nastąpi nie później niż w terminie 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, zaś wykonanie przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania wszystkich wagonów winno nastąpić po 18 miesiącach od wykonania naprawy na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją. Wykonawca gwarantuje wykonanie Przeglądu każdego z wagonów w terminie nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych (czas postoju wagonu w przeglądzie). Zgodnie z pkt VI.3 SIWZ wykonanie naprawy wraz z modernizacją jednego wagonu osobowego (czas postoju wagonu) nastąpi w terminie nie dłuższym niż 100 dni kalendarzowych, z zastrzeżeniem ust 4. Termin wykonania naprawy wraz z modernizacją jednego wagonu stanowi kryterium oceny ofert, zgodnie z Rozdziałem XV SIWZ. Z kolei w pkt VI.4 SIWZ wskazano, iż wykonanie naprawy wraz z modernizacją pierwszego wagonu osobowego (czas postoju wagonu w naprawie wraz z modernizacją) nastąpi w terminie nie dłuższym niż 350 dni kalendarzowych.

Załącznikiem nr 2 do SIWZ był projekt umowy, w którym w § 6 ust. 2 wskazano, iż naprawa wraz z modernizacją będzie wykonana zgodnie z:

- 1) istniejącą Dokumentacją projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) stanowiącą Załącznik nr 1 do Umowy w zakres, której wchodzi:
 - a. Dokumentacja techniczna konstrukcyjna;
 - b. Warunki Techniczne Wykonania (WTW);
 - c. Warunki Techniczne Odbioru (WTO);
 - d. Dokumentacja Techniczno – Ruchowa (DTR);
 - e. Dokumentacja Systemu Utrzymania pojazdu (wagonu) (DSU);
- 2) Odpowiednimi, aktualnymi na dzień wykonania naprawy wraz z modernizacją / przeglądu, Europejskimi Normami, Polskimi Normami i Kartami UIC, dokumentami technicznymi i Raportami ERRI/ORE. Wykaz dokumentów i przepisów aktualnych na dzień ogłoszenia Postępowania zawiera Załącznik nr 3 do Umowy;
- 3) Zbiorczym zestawieniem zakresu naprawy głównej wraz z modernizacją wagonów 111A/141A, który stanowi Załącznik nr 2 do Umowy.

Zgodnie z § 6 ust. 3 projektu umowy wykonawca zobowiązany jest w trakcie realizacji naprawy wraz z modernizacją wykonać z wynikiem pozytywnym wszystkie badania i próby przewidziane Warunkami Technicznymi Wykonania (WTW) i Warunkami Technicznymi Odbioru (WTO). Z kolei zgodnie z ust. 4 prócz badań i prób o których mowa w ust. 3, Wykonawca zobowiązuje się do wykonania prób i badań urządzeń podlegających dozorowi technicznemu, tj. czynności dozorowych umożliwiających badanie, uzyskanie decyzji dopuszczenia do eksploatacji i rejestrację urządzeń. W zakresie obowiązków związanych z naprawą Zamawiający upoważnia i zobowiązuje Wykonawcę do występowania w jego imieniu w kontaktach z terenowymi organami Transportowego Dozoru Technicznego (TDT) w zakresie niezbędnym do uzyskania decyzji dopuszczenia do eksploatacji w/w urządzeń i ich rejestracji, zgodnie z Ustawą z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 667 z późn. zm.). Wzór wniosku - wystąpienie Wykonawcy do TDT, określony został w Załączniku nr 14 do Umowy. W § 6 ust. 5 projektu umowy wskazano, iż wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia. Dokument o którym mowa w zdaniu poprzednim, powinien być dostarczony najpóźniej w dniu wystawienia świadectwa sprawności technicznej pierwszego z wagonów. Zezwolenie musi być przekazane Zamawiającemu nie później niż w dniu wystawienia pierwszego Świadectwa Sprawności Technicznej. Ust. 7 tego paragrafu wskazywał, iż ryzyko i koszty zmiany przepisów prawa, decyzji administracyjnych, norm i standardów technicznych istotnych dla uzyskania dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) w okresie między złożeniem Oferty, a chwilą dopuszczenia do eksploatacji, obciążają Wykonawcę i są ujęte w wynagrodzeniu

Wykonawcy określonym w Umowie. Wykonawca oświadcza, iż ujął ww. koszty w wynagrodzeniu umownym.

Istniejąca dokumentacja projektu naprawy i modernizacji wagonów, obejmująca m.in. dokumentację techniczno-konstrukcyjną, stanowiła załącznik nr 3 do SIWZ udostępniany wykonawcom na wniosek, po złożeniu oświadczenia o zachowaniu poufności.

Zamawiający w dniu 16 lutego 2021 r., w odpowiedzi na pytanie nr 29 o treści „W nawiązaniu do zapisów w SIWZ w Rozdziale V ust. 3. punkty 1) i 3) oraz w Załączniku nr 2 do SIWZ § 6 ust. 2. punkty 1) i 2) zwracamy uwagę, że występuje sprzeczność co do jednoczesnej możliwości realizacji wymagań występujących w powyższych punktach w przypadku wynikającej z Załącznika nr 2 do SIWZ § 6 ust. 5. możliwości wykorzystania istniejącego bezterminowego (pierwszego) Zezwolenia wydanego dla zmodernizowanych wagonów typu 174A (o ozn. fabr. 111A-10) w roku 2018 na zgodność z przepisami (w tym TSI) obowiązującymi w ówczesnym okresie. Od tego czasu przepisy techniczne (w tym TSI oraz m. in. normy "palnościowe") zmieniły się wielokrotnie, zmieniły się również przepisy w zakresie interoperacyjności kolei w UE (m.in. rozpoczęto z dn. 30.10.2020 r. wdrażanie IV pakietu kolejowego do polskiego prawodawstwa). W konsekwencji przy wymaganej realizacji (zgodnie z SIWZ w Rozdziale V ust. 3. punkt 3) oraz w Załączniku nr 2 do SIWZ § 6 ust. 2. punkt 2)) wykonania modernizacji zgodnie z "odpowiednimi, aktualnymi na dzień wykonania naprawy wraz z modernizacją / przeglądu, Europejskimi Normami, Polskimi Normami i Kartami UIC, dokumentami technicznymi i Raportami ERRI/ORE" wystąpi konieczność zastosowania nowego rodzaju materiałów (m. in. pod względem "palnościowym" zgodnych z aktualnymi normami) i ponownej homologacji tak zmodernizowanych pojazdów z powodu brak możliwości wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia. Takie działania zdecydowanie podniosą koszty wykonania usługi - przede wszystkim w zakresie modernizacji wagonów. W związku z powyższym, mając na uwadze zapisy figurujące w Załączniku nr 2 do SIWZ § 8 ust. 1. i § 10 ust. 1. wnioskujemy o zawarcie w zapisach SIWZ w Rozdziale V ust. 3 punkt 3) oraz w Załączniku nr 2 do SIWZ § 6 ust. 2 punkt 2) zapisu o zastosowaniu tych wymagań w przypadku konieczności wprowadzenia zmian w udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektu modernizacji wagonów 111A-10 (174A) stanowiącej Załącznik nr 1 do Umowy” odpowiedział, iż „Na dzień dzisiejszy obowiązuje norma PN-EN 45545-2+A1:2015, która miała również zastosowanie dla wagonów typu 174A (o ozn. fabr. 111A-10). Zamawiający zaznacza również, że ta norma jest przywołana w Liście Prezesa UTK z 21 listopada 2020 r., która wskazuje, że „Normy wskazane jako obowiązujące podano wraz z datowaniem. Późniejsza nowelizacja normy powołanej oraz zmiany do tej normy nie mają zastosowania”. Ponadto Zamawiający przypomina, że w przypadku posiadania przez Wykonawcę ważnego certyfikatu badania

typu lub projektu WE możliwe jest dopuszczanie pojazdów na zgodność z typem, bez stosowania zmienionych TSI. Zamawiający wyjaśnia, że w przypadku wykorzystania istniejącego zezwolenia typu przez Wykonawcę Zamawiający będzie wymagał stosowania przepisów aktualnych na dzień dopuszczenia pojazdu typu. W przypadku wprowadzanych zmian do istniejącego typu pojazdu, Zamawiający będzie wymagał stosowania aktualnych przepisów dla tych zmian. Dodatkowo Zamawiający informuje, że Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia analizy modyfikacji pojazdu zgodnie z ROZPORZĄDZENIEM WYKONAWCZYM KOMISJI (UE) 2018/545 oraz aktualnymi wytycznymi Urzędu Transportu Kolejowego. Ponadto Zamawiający informuje, że bezwzględnie wymaga uzyskania dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego, którego będzie posiadaczem.”

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 30 o treści: „W nawiązaniu do Załącznika nr 6 do SIWZ - w związku z tym, że Zamawiający zawarł w ww. zestawieniu obowiązujących przepisów nieaktualne na stan obecny przepisy TSI - w tym między innymi: ROZPORZĄDZENIA WYKONAWCZE KOMISJI (UE) 2019/776 i 2016/919 oraz ROZPORZĄDZENIE WYKONAWCZE KOMISJI (UE) 2019/774 zmieniające rozporządzenie m.in. (UE) nr 1304/2014 (zwane dalej TSI NOI 2019) oraz normy dot. problematyki "hałasu" wnioskujemy o prawidłowe i jednoznaczne określenie wymagań w zakresie zagadnienia "hałasu", jak i pozostałych ww. kwestii. W sprawie "hałasu", mając na uwadze obowiązujące w tym zakresie uwarunkowania wynikające z ww. przepisów TSI, występujące w ww. zestawieniu zapisy dot. wytypowanej normy PN-EN ISO 3381 nie są zbieżne z punktem 7.2. ww. TSI NOI 2019 (patrz również opracowany przez UTK "Poradnik w sprawie zarządzania modyfikacjami pojazdów kolejowych" z dn. 3 kwietnia 2017 r. - pkt IV.4). Nadmieniamy, że zgodnie z Listą Prezesa UTK (obowiązująca od 27.01.2017 r.) obowiązują w zakresie problematyki "hałasu" normy: PN-EN ISO 3381:2011 (w zakresie dotyczącym hałasu „wewnętrznego” z wyjątkami występującymi w Załączniku TM-2 do Listy Prezesa UTK) i PN-EN ISO 3095:2013 (w zakresie dotyczącym hałasu „zewnątrznego” z wyjątkami występującymi w Załączniku TM-2 do Listy Prezesa UTK), która to norma nie została przez Zamawiającego ujęta w Załączniku nr 6 do SIWZ powodując kolejne niejednoznaczności. Należy również zauważyć, że w takim wypadku występuje konflikt dotyczący możliwości spełnienia wszystkich w tym zakresie wymagań Zamawiającego i brak możliwości wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia dla wagonów typu 174A, a dodatkowo występuje (niepotrzebna, nieracjonalna i generująca dodatkowe koszty) konieczność weryfikacji parametrów na zgodność z poszczególnymi wymaganiami wynikającymi z różnych przepisów. W związku z powyższym wnosimy o: odpowiednią aktualizację Załącznika nr 6 do SIWZ uwzględniającą aktualne przepisy (w tym TSI) oraz

alternatywną możliwość wykorzystania przepisów obowiązujących w chwili wydania dotychczasowego bezterminowego Zezwolenia dla wagonów typu 174A w celu umożliwienia wykorzystania dokumentacji, o której mowa w Załączniku nr 3 do SIWZ i ww. Zezwolenia, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ § 6 ust. 5., - odpowiednią aktualizację Załącznika nr 8 do SIWZ i wprowadzenie do niego jednoznacznych zapisów poprzez wykreślenie z punktu 1. zapisu "wytycznymi TSI Hałas i/lub" Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuje, że zaktualizował Załączniki nr 6 i 8 do SIWZ, załączone one zostaną do Zmiany nr 5 SIWZ. Ponadto Zamawiający przypomina, iż Wykonawca jest zobowiązany do stosowania aktualnych aktów prawnych, nawet jeżeli wskazano inaczej. W przypadku wykorzystania istniejącego zezwolenia typu przez Wykonawcę Zamawiający będzie wymagał stosowania przepisów aktualnych na dzień dopuszczenia pojazdu typu. W przypadku wprowadzanych zmian do istniejącego typu pojazdu, Zamawiający będzie wymagał stosowania aktualnych przepisów dla tych zmian. Dodatkowo Zamawiający informuje, że Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia analizy modyfikacji pojazdu zgodnie z ROZPORZĄDZENIEM WYKONAWCZYM KOMISJI (UE) 2018/545 oraz aktualnymi wytycznymi Urzędu Transportu Kolejowego. Ponadto Zamawiający informuje, że bezwzględnie wymaga uzyskania dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego, którego będzie posiadaczem.”

W ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 18 lutego 2021 r., w odpowiedzi na pytanie nr 2 o treści: „Mając na uwadze udzielone w piśmie nr BZF4-073-283/2021 Odpowiedzi Zamawiającego na Pytania nr 29 i 30 w ich części o treści „Ponadto Zamawiający informuje, że bezwzględnie wymaga uzyskania dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego, którego będzie posiadaczem” prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie, że powyższe wymaganie nie obowiązuje w przypadku wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ § 6 ust. 5.” Zamawiający wyjaśnił, iż „w przypadku wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ § 6 ust. 5, wymagane jest przeniesienie praw do przedmiotowego zezwolenia na Zamawiającego.”

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego z ceną 391 767 300,00 zł brutto i Przystępującego z ceną 494 829 000,00 zł.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Przystępujący złożył do Zamawiającego pismo datowane na 19 maja 2021 r., w którym przedstawił fakty, które powinny zostać przeanalizowane w toku oceny ofert przez Zamawiającego. W pierwszej kolejności FPS, wskazał że zamierza rozwiązać potencjalne wątpliwości zamawiającego oraz Mag-Train i POZBUD (dalej również jako: „konsorcjum”) i poinformował, że nie umożliwi konsorcjum Mag-Train i POZBUD skorzystania z zezwolenia na dopuszczenie do

eksploatacji dla typu pojazdu kolejowego (w tym przypadku wagonu typu 174A), którego posiadaczem jest FPS. SWIZ w Załączniku 2 S 6 ust. 5 przewiduje wprowadzenie takiej możliwości, jednak FPS poinformował, że ze względów formalno-prawnych i w świetle pozyskanej opinii Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, przeniesienie praw do zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji na jakikolwiek podmiot (zamawiającego bądź zwycięzcę przetargu) jest niemożliwe. Jak wyraźnie podkreślił Prezes UTK „[...] nie istnieje możliwość zmiany posiadacza zezwolenia typu pojazdu kolejowego.” (pełna treść pisma znajduje się w dyspozycji FPS). Wykorzystanie przez Mag-Train i POZBUD posiadanego przez FPS zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji w przypadku dopuszczania pojazdów zgodnych z typem (czyli kolejnych wagonów) również nie jest możliwe. Stanowiłoby to bowiem działanie na szkodę FPS i osłabienie pozycji rynkowej, na co zarząd Spółki nie może się zgodzić. Ponadto, FPS poinformował, że nie wyraża zgody na nieuprawnione kopiowanie przez jakikolwiek podmiot rozwiązania technicznego (stanowiącego przedmiot własności intelektualnej FPS) zastosowanego w wózku 24AN4. Rozwiązanie techniczne zastosowane w wózku produkcji 24AN4 jest przedmiotem praw własności intelektualnej FPS i podlega ochronie m.in. na gruncie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Podkreślił, że FPS zamierza złożyć wniosek o udzielenie prawa ochronnego na znak towarowy i wzór przemysłowy w Urzędzie Patentowym RP i po jego uzyskaniu będzie zmuszony do wykorzystania wszelkich dostępnych środków prawnych, w tym również skorzystania z instytucji zabezpieczenia powództwa, w celu ochrony interesu FPS przed nieuprawnionym wykorzystywaniem własności intelektualnej i przemysłowej Spółki. Wykonawca wskazał, iż powyższe okoliczności, rzucają nowe światło na realność oferty złożonej przez Mag-Train i POZBUD, możliwość realizacji zamówienia i materializują najważniejsze ryzyka, które uniemożliwiają przedmiotowemu konsorcjum realizację przedmiotu zamówienia. Powyższe okoliczności stanowią zatem drastyczną zmianę sytuacji faktycznej, prawnej i projektowej uczestników przetargu i powodują nieaktualność oferty Mag — Train i POZBUD oraz niemożliwość wykonania przez konsorcjum świadczenia w założonym lub nawet w zbliżonym terminie. Powodują one również znaczące zagrożenie dla dostępności zasobów taborowych PKP Intercity, zagrażają realizacji rozkładu jazdy oraz prowokują do realizacji ryzykownego modelu prowadzenia projektu przez Mag - Train i POZBIJD. Powierzenie konsorcjum Mag-Train i POZBUD, jako niedoświadczonemu podmiotowi, nieposiadającemu odpowiednich zasobów technicznych, odpowiednich zasobów ludzkich i doświadczenia, wykonania tak skomplikowanego zadania w krótkim czasie wynikającym z SIWZ, powodować będzie nienormalny wzrost ryzyka dla projektu i zagrożenia bezpieczeństwa technicznego wykonanych modernizacji wagonów osobowych. FPS jako podmiot, który ma doświadczenie w tego typu projektach, wyraził te obawy z pełną odpowiedzialnością i zwrócił uwagę zamawiającego na tę okoliczność. Konkludując tę część

pisma, te nowe okoliczności powodują, że konsorcjum Mag-Train i POZBUD, nie uwzględniając opisanych wyżej ryzyk w sporządzonej ofercie, wprowadziło zamawiającego w błąd poprzez lekkomyślność lub niedbalstwo a wynikające z tej oferty nieuprawnione deklaracje i zobowiązania bez pokrycia, mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w toku postępowania. Okoliczności te stanowią jednocześnie punkt wyjścia do przedstawienia przez FPS argumentów, które uzasadniają niemożliwość wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 350 dni lub nawet zbliżonym terminie oraz powodują spełnienie przesłanek do wykluczenia konsorcjum Mag-Train i POZBUD z przetargu i odrzucenia oferty.

Dalej wykonawca wskazał, iż w związku z dokonaniem przez Klienta wglądem do oferty konsorcjum i po zapoznaniu się z jej treścią, FPS nie ma wątpliwości, że zachodzą usprawiedliwione przesłanki do dokonania obligatoryjnej czynności wykluczenia tego konsorcjum z postępowania, a w ślad za tym do odrzucenia jego oferty. FPS jako uczestnik postępowania zobowiązany jest poinformować Zamawiającego o wszystkich okolicznościach związanych ze złożeniem oferty przez konsorcjum oraz jej treści, co niniejszym czyni. Gdyby bowiem zamawiający nie został wyposażony w wiedzę na temat okoliczności przedstawionych w tym piśmie mogłoby to pociągnąć za sobą ten skutek, że dokonałby wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty. Jedynie na marginesie informuję, że czynność wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty ma charakter przymusowy w tym znaczeniu, że gdy spełnione są przyczyny jego zastosowania opisane w ustawie PZP, zamawiający ma obowiązek ich dokonać. Konieczność przeprowadzenia pełnych i czasochłonnych badań wagonu pasażerskiego po modernizacji — niemożliwych do prawidłowego wykonania w terminie 350 dni lub terminie zbliżonym; Mag-Train i POZBUD, w przypadku wyboru konsorcjum, zobowiązane będą do zmodyfikowania dokumentacji modernizacji wagonu 174A (ze względu na wymogi SIWZ odbiegające od wymagań z 2017, nowe wymagania wynikające ze zmienionych w 2020 r. TSI oraz wynikające z nowej Listy Prezesa UTK) i przeprowadzenia pełnych badań przed uzyskaniem zezwolenia na wprowadzenie do obrotu nowego typu pojazdu kolejowego, z czego najważniejszymi i najbardziej czasochłonnymi badaniami są: a) ocena konstrukcji nośnej nadwozia i wsporników mocowania wszystkich elementów na wagonie wykonana z pomocą MES. Wymagane będą nowe obliczenia konstrukcji nośnej ze względu na wzrost obciążenia eksploatacyjnego w stosunku do wagonu typu 174A (9 osób na korytarzu w stosunku do 30 osób w korytarzu - wzrost obciążenia nominalnego o 1680 kg). Również w przypadku zmian elementów zabudowy podwozia i podwozia wymagane są nowe obliczenia wsporników; b) ocena statycznej i zmęczeniowej wytrzymałości ramy wózka ze zmianami wykonana z pomocą MES — nowe badania dla nowego typu wózka, który musiałby zaprojektować i

wykonać MagTrain. Wymaga nowych obliczeń i badań pudła wagonu, c) ocena statycznej i zmęczeniowej wytrzymałości elementów zawieszenia wózka na zestawach kołowych i nadwozia na wózkach - nowe badania -dla nowego typu wózka, który musiałby zaprojektować i wykonać Mag-Train. Wymaga nowych obliczeń i badań pudła wagonu, d) ocena analityczna wytrzymałości koła i osi zestawu kołowego - nowe badania dla nowego typu wózka, który musiałby zaprojektować i wykonać Mag-Train. Wymaga nowych obliczeń i badań pudła wagonu, e) przeprowadzenie pełnej oceny właściwości dynamicznych nowego typu wagonu z zastosowanym nowym typem wózków — konieczność przeprowadzenia w pierwszej kolejności badań wózka a dopiero następnie badań pojazdu; badania statyczne i ruchowe hamulca - wymagane są nowe obliczenia i badania uwzględniające znaczny wzrost obciążenia eksploatacyjnego, o którym mowa powyżej. Wymagany jest raport ze stacjonarnych i ruchowych badań hamulca - wyznaczenie hamowności oraz wymaganych procentów mas hamujących dla masy projektowej bez obciążenia (służbowej) i z pełnym obciążeniem (w eksploatacji) dla co najmniej trzech rodzajów okładzin hamulcowych różnych producentów. Nie ulega wątpliwości FSP, że różnice w wymaganiach technicznych w SIWZ w stosunku do pojazdów typu 174A, które już otrzymały zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji (jeszcze na zgodność z dyrektywą 2008/57/WE), podnoszą dodatkowo poziom skomplikowania projektu w stosunku do projektu realizowanego przez Klienta w latach 2017-2019. Udostępniona konsorcjum Mag-Train i POZBUD dokumentacja konstrukcyjna, ze względu na zmianę oczekiwań zamawiającego w stosunku do 2017 r., nie będzie mogła być natomiast wykorzystana w pełni i wymagać będzie odpowiednich modyfikacji i zarządzanie ryzykiem na interfejsach. Badania zmodernizowanego wagonu osobowego przez Mag-Train i POZBUD z uwzględnieniem procesu badań w akredytowanym laboratorium, oceny zgodności w DeBo, certyfikacji w NoBo, oceny zastosowanego procesu zarządzania ryzykiem w AsBo odbywać się będą co najmniej przez 10 miesięcy i muszą być poprzedzone co najmniej 7 miesięcznym procesem projektowania, budowy i badań nowego wózka, który konsorcjum zobowiązane jest opracować według własnego i autorskiego projektu bez naruszania praw własności intelektualnej i przemysłowej FPS. Poza wymienionymi powyżej badaniami, konsorcjum zobowiązane będzie do przeprowadzenia dodatkowych, około 20 specjalistycznych badań w akredytowanych laboratoriach. Do powyższych terminów należy również dodać termin 5 miesięcy na weryfikację wniosku o wydanie zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego przez Prezesa UTK. Termin 5 miesięcy (1 + 4 miesiące) jest bazowym terminem dla Organu na rozpoznanie wniosku i wynika z Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiającego uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797. Termin ten może jednak ulec wydłużeniu i

należy założyć taką okoliczność w przypadku realizacji pierwszego znaczącego projektu przez konsorcjum. Sumarycznie należy założyć, że daje to co najmniej 23 miesiące na wprowadzenie do obrotu pierwszego egzemplarza nowego typu wagonu produkcji Mag-Train i POZBUD o ile pojazd spełni wymagania norm, TSI i innych dokumentów normalizacyjnych.

W zakresie konieczności zaprojektowania, wyprodukowania i przebadania nowego typu wózka kolejowego przystosowanego do zmodernizowanego wagonu, wykonawca FPS wskazał, iż Mag-Train nie zwrócił się do niego z zapytaniem ofertowym na sprzedaż wózka, o którym mowa w SIWZ. Natomiast licencja udzielona PKP IC przez FPS nie obejmuje możliwości wykorzystania tej dokumentacji w obecnie toczącym się przetargu na modernizację 90 wagonów. Obecna modernizacja różni się ponadto zakresem od ówczesnej (m.in. wzrost obciążenia eksploatacyjnego, konieczność zastosowania selektywnej blokady drzwi LAT i inne). Ponadto, zgodnie z zapisami umowy zawartej pomiędzy FPS a PKP IC z 2017 roku, która zawierała także postanowienia licencyjne, modernizacja została zdefiniowana przez odwołanie się do par. 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i zakresu prac określonego w załączniku nr 2 do umowy (S 1 ust. 1 pkt. 1 umowy). Natomiast udzielona licencja dotyczyła tylko i wyłącznie napraw z tak rozumianą modernizacją, a zatem z zakresem określonym w załączniku nr 2 do umowy (par 12 ust. 13 umowy w zw. z par 1 ust. 1 pkt 1). Na tym tle pojawia się zatem istotny problem formalny, zmuszający konsorcjum Mag-Train i POZBUD (w przypadku wyboru tej oferty) do zaprojektowania, przebadania i wybudowania całkowicie nowego wózka dla zmodernizowanego wagonu. Podkreślił, że obliczenia i badania wózków wymagają około 7 miesięcznego procesu, który nie może przebiegać równoległe do badań samego wagonu osobowego. Dla zachowania bezpieczeństwa procesu wprowadzania nowego typu wózka i wagonu osobowego do obrotu niezbędne jest zachowanie opisanej powyżej kolejności. FPS ponownie wskazał, że nieuprawnione będzie wykorzystanie przez Mag - Train i POZBUD z rysunku konstrukcyjnego nr 25AN4 070000-2-00, który podlega ochronie na gruncie ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Oznaczenie rysunki wskazuje precyzyjnie na jedynego uprawnionego do posługiwania się rysunkiem i wytwarzania wózka 24AN4 tj. FPS. Ponadto niepełne wyspecyfikowanie w Załączniku nr 4 do SIWZ grup konstrukcyjnych dla wózka 25AN4 (wymienione tylko są grupy 0700, 0701, 0705, 0709, 0801, 0908, 2001) spowodować mogło nieuzasadnione i nadmiernie optymistyczne założenia po stronie konsorcjum co do stopnia skomplikowania projektu. Daje to uzasadnione obawy niedoszacowania ryzyk podczas realizacji projektu przez konsorcjum, które nie ma żadnych doświadczeń w projektowaniu, budowie oraz wdrażaniu nowego typu wózka w wagonach osobowych a tym bardziej implementacji takiego wyrobu na zmodernizowanym wagonie osobowym. Z drugiej strony, zastosowanie alternatywnego

rysunku dla rys. 25AN4 070000-2-00, do czego konsorcjum Mag-Train i POZBUD mogłoby zostać zmuszone w wyniku działań Klienta o charakterze prawnym, naruszy jednoznacznie wymogi SIWZ i jednocześnie zmienia znacząco układ dokumentacyjny wózka. W świetle prawa własności przemysłowej i ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji posługiwanie się bez uprawnień, czyli licencji, cudzym znakiem towarowym stanowi naruszenie prawa. Użycie znaku jednej firmy przez drugą jest niezgodne z uczciwymi praktykami jeżeli może sprawić wrażenie powiązania gospodarczego między osobą trzecią, a właścicielem znaku towarowego, narusza własność znaku poprzez osiąganie nieuzasadnionych korzyści wynikających z jego charakteru odróżniającego albo renomy lub prowadzi do dyskredytacji czy też oczerniania znaku. Zdaniem FPS Brak zasobów Mag-Train i POZBUD niezbędnych do przeprowadzenia modernizacji wagonu osobowego w założonym czasie i w odpowiedniej jakości. FPS przedstawił także szeroką argumentację wskazującą, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (okoliczności leżące poza zakresem rozpoznania przedmiotowej sprawy).

W dniu 30 lipca 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1) w związku z treścią § 6 ust. 5 zd. 1 projektu umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia” prosimy o wyjaśnienie, czy wykonawca będzie uzyskiwał nowy dokument uprawniający do eksploatacji wagonów po modernizacji, czy korzystał z istniejącego dokumentu, wystawionego na rzecz H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o.? W pierwszym przypadku, czy możliwe jest uzyskanie nowego zezwolenia w czasie wymaganym umową (prosimy o uzasadnienie). W drugim przypadku, jaka jest podstawa prawna korzystania przez Państwa z zezwolenia wydanego na rzecz innego podmiotu?
- 2) w jaki sposób odwołujący zrealizuje zamówienie w zakresie wózka, w terminie przewidzianym umową, mając na uwadze brak zgody H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu na kopiowanie rozwiązania technicznego zastosowanego w wózku 25AN4, do którego prawa autorskie do dokumentacji konstrukcyjnej posiada H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o.?

W dniu 16 sierpnia 2021 r. Odwołujący udzielił następujących wyjaśnień:
„Na wstępie należy podnieść, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek

zmiany w jej treści. Na tym tle wykonawcy nasuwają się wątpliwości co do podstawy prawnej i faktycznej wezwania zamawiającego z dnia 30 lipca br. W istocie bowiem zadane pytania odnoszą się do treści opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) i sposobu jego realizacji, w tym do treści umowy, których kształt zależy od woli zamawiającego i za które odpowiedzialność ponosi. Oferta wykonawcy w zakresie, w jakim jej „wyjaśnienia” żąda zamawiający, jest jasna i polega na oświadczeniu o wykonaniu zamówienia zgodnie z żądaniem i w sposób określony przez zamawiającego – „Składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i załącznikach do tego dokumentu. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania”, „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami umowy, określonymi w SIWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z SIWZ i niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego” (pkt 1 i 2 oraz pkt 10 formularza oferta). Stosownie do art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast zgodnie z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W przedmiotowym postępowaniu oferta wykonawcy powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy, gdyż wykazano brak przesłanek wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. Oferta wykonawcy jest przy tym zgodna z SIWZ, a zakres świadczeń z niej wynikający odpowiada zobowiązaniom zakreślonym przez zamawiającego w OPZ i wzorze umowy.

Niezależnie do powyższego, Odwołujący wyjaśnił, że:

1. W związku z treścią § 6 ust. 5 zd. 1 projektu umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia” prosimy o wyjaśnienie, czy wykonawca będzie uzyskiwał nowy dokument uprawniający do eksploatacji wagonów po modernizacji, czy korzystał z istniejącego dokumentu, wystawionego na rzecz H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o.? W pierwszym przypadku, czy możliwe jest uzyskanie nowego zezwolenia w czasie wymaganym

umową (prosimy o uzasadnienie). W drugim przypadku, jaka jest podstawa prawna korzystania przez Państwa z zezwolenia wydanego na rzecz innego podmiotu?

Mając na względzie wyczerpujące i jednoznaczne w świetle art. 29 ust. 1 ustawy postanowienia SIWZ Wykonawca przyjął, iż otrzyma od zamawiającego kompletną dokumentację wraz z bezterminowym świadectwem typu danego wagonu. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z Rozdz. IV ust. 5 SIWZ (podobnie §1 pkt 1 Umowy – Załącznik nr 2 do SIWZ):

Modernizacja - należy przez to rozumieć zgodnie § 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 226 z późn. zm.) prace modyfikacyjne w pojeździe kolejowym, które zmieniają przeznaczenie pojazdu lub poprawiają jego ogólne osiągi techniczne, a w szczególności: zmianę charakterystyki trakcyjnej, prędkości maksymalnej, mocy, zdolności do zasilania w różnych systemach. Zakres modernizacji zawiera dokumentacja wagonów typu 111A10 (174A) wykonana przez: H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na podstawie umowy nr UM-BPT-17-900-0043 na wykonanie naprawy okresowej na 5tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 60 wagonów osobowych, do której zamawiający posiada licencję udzieloną zgodnie z ww. umową stanowiącą Załącznik nr 3 do SIWZ oraz Załącznik nr 4 do SIWZ.

Natomiast zgodnie z Rozdz. V ust. 3 pkt 1) – Opis przedmiotu zamówienia (na to samo wskazuje Załącznik nr 2 do SIWZ str. 9 ust. 2 pkt 1 - wzór umowy):

Wykonanie naprawy głównej z modernizacją wagonów 111A/141A musi zostać zrealizowane w oparciu o:

1) istniejącą Dokumentację projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) stanowiącą Załącznik nr 3 do SIWZ w zakres, której wchodzi:

- a) Dokumentacja techniczna konstrukcyjna;
- b) Warunki Techniczne Wykonania (WTW);
- c) Warunki Techniczne Odbioru (WTO);
- d) Dokumentacja Techniczno – Ruchowa (DTR);
- e) Dokumentacja Systemu Utrzymania pojazdu (wagonu) (DSU).

Ponadto załącznik nr 3 do SIWZ - Dokumentacja projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A10 (174A) zawiera wskazanie na część dokumentacji konstrukcyjnej, jaką w całości otrzyma wykonawca. W tym załączniku jasno wskazane są wózki 25AN4 według rozwiązania FPS C.. Załącznik nr 4 do SIWZ - Zestawienie zakresu naprawy wraz z modernizacją wagonów 111A/141A zawiera również wykaz dokumentacji, którą otrzyma wykonawca po podpisaniu umowy. W załączniku tym są wykazane wózki 25AN4. W całej dokumentacji postępowania przytacza się konkretny typ wózka bez żadnego wskazania, że np. należy

wykonać nowy wózek zbliżony do rozwiązań przyjętych w wózku 25AN4. Wykonawca założył w ofercie, że wraz z dokumentacją techniczno-konstrukcyjną otrzyma od zamawiającego uzyskany z H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. (dalej „FPS C.”) certyfikat SB wraz z dokumentacją związaną i wynikami badań. Na bazie tego certyfikatu zostanie wykonana analiza znaczenia zmian. W przypadku, jeżeli nastąpią zmiany znaczące wykonawca założył wykonanie badań dla wagonu w obszarze, gdzie nastąpiły zmiany w stosunku do wagonu FPS C., czas wykonania niezbędnych badań szacuje się na maksymalnie 42 dni robocze (na co wykonawca posiada stosowną ofertę złożoną przez jednostkę badawczą) z tym, że część z tych badań, jak analiza MES oraz sprawdzenie skrajni metodą obliczeniową można wykonać przed wykonaniem wagonu co pozwoli na skrócenie czasu. Równolegle wykonawca uzyska certyfikat SD na podstawie przeprowadzonego audytu jednostki notyfikowanej jaką jest IPSz. Mając komplet badań oraz certyfikat SD wykonawca składa dokumenty do UTK w celu uzyskania zezwolenia do eksploatacji wagonu. Z daleko posuniętej ostrożności wykonawca przygotowany jest również na samodzielne uzyskanie certyfikatu SB w sytuacji, kiedy nie otrzyma go od zamawiającego, w terminach nie przekraczających terminów umownych. Na tę okoliczność wykonawca zarezerwował czas w odpowiednich jednostkach notyfikowanych (NoBo). W związku z powyższym, biorąc pod uwagę czas wykonania wagonu, badań i dopuszczenia wykonawca mieści się w wymaganym przez zamawiającego terminie.

2. W jaki sposób zrealizują Państwo zamówienie w zakresie wózka, w terminie przewidzianym umową, mając na uwadze brak zgody H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu na kopiowanie rozwiązania technicznego zastosowanego w wózku 25AN4, do którego prawa autorskie do dokumentacji konstrukcyjnej posiada H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o.?

Zgodnie z przywołanymi postanowieniami SIWZ Zamawiający przekazuje kompletną dokumentację techniczno-konstrukcyjną wagonu, na podstawie której wykonawca wykonuje zamówienie. Dla tak skonstruowanej SIWZ, jak w przedmiotowym postępowaniu, w gestii zamawiającego jest uzyskanie wszelkich zezwoleń, w tym praw autorskich od FPS C. dla zastosowania nowych rozwiązań w wagonach. Wykonawca przyjął, że otrzyma od zamawiającego dokumentację wraz z rozwiązaniami technicznymi wózka 25AN4 co pozwoli mu na wykonanie wymaganych wózków bez konieczności ich zakupu w FPS C., w odmiennym bowiem przypadku naruszeniu uległaby naczelną zasadą ustawy jaką jest równe traktowanie wykonawców i uczciwa konkurencja. W gestii wykonawcy jest natomiast wykonanie badań: statyczne i zmęczeniowe badania wytrzymałościowe ramy wózka tocznego typu 25AN4 zgodnie z normą EN 13749:2011 i wykonawca jest na to przygotowany. Przez wskazanie przez zamawiającego konkretnego typu wózka, istnieje możliwość wykorzystania przez wykonawcę w planowanej modernizacji, komponentu/układu

potwierdzonego już wcześniej w procesie dopuszczenia innego pojazdu przy zachowaniu zasad regulowanych przez Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/2009 istnieje możliwość zastosowania systemu odniesienia (zgodnie z pkt. 2.4. załącznika I Rozporządzenia nr 402/2013) jako zasady akceptacji ryzyka.

W dniu 30 września 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie dotyczącym kwestii zezwolenia, uprawniającego do eksploatacji wagonów, wskazując: „W piśmie z dnia 16 sierpnia 2021 r., stwierdził odwołujący, że będzie korzystał z istniejącego zezwolenia, którego posiadaczem jest H. C. – FPS sp. z o.o., ale nie odniósł się do pytania zamawiającego „jaka jest podstawa prawna korzystania przez odwołującego z zezwolenia wydanego na rzecz innego podmiotu?”. Przy czym nie chodziło tu o analizę zapisów SIWZ i przepisów zamówień publicznych, tylko o podstawę mającą swe źródło w krajowych i przede wszystkim unijnych przepisach dotyczących pojazdów kolejowych. W szczególności chodzi o Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiające uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego (dalej: „rozporządzenie 2018/545”). Mając na uwadze stwierdzenie Mag Train „Z daleko posuniętej ostrożności wykonawca przygotowany jest również na samodzielne uzyskanie certyfikatu SB w sytuacji, kiedy nie otrzyma go od zamawiającego, w terminach nie przekraczających terminów umownych”, zamawiający wyjaśnił, że możliwość skorzystania z dotychczasowego zezwolenia wynika nie z woli zamawiającego przekazania bądź nie, dotychczasowego zezwolenia nowemu wykonawcy, ani nawet nie z woli obecnego posiadacza zezwolenia (FPS), tylko z przepisów dotyczących zezwoleń, w szczególności rozporządzenia 2018/545. Sformułowanie z § 6 ust. 5 zd. 1 projektu umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia” oznacza, że pierwsza część zdania: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP” dotyczy wykonawców, którzy nie są posiadaczem zezwolenia na typ pojazdu lub nawet będąc nim, nie mogą z niego skorzystać ze względu na zakres wprowadzanych zmian. Natomiast druga część: „lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia” dotyczy tylko posiadacza zezwolenia na typ pojazdu, i to pod warunkiem, że nie będzie konieczności uzyskania nowego zezwolenia, ze względu na zakres modernizacji. Nie jest to sformułowanie zobowiązujące zamawiającego do przekazania zezwolenia. Wykonawca, jako profesjonalista powinien znać przepisy dotyczące uzyskiwania

zezwoleń, w tym możliwości korzystania z dotychczasowego zezwolenia i czytać je w świetle tych przepisów. W ocenie Zamawiającego niezbędne będzie uzyskanie nowego zezwolenia przez Mag Train. W świetle powyższego zamawiający prosi o potwierdzenie, że wykonawca w ramach realizacji zamówienia uzyska nowe zezwolenie dla typu pojazdu lub zezwolenie na wprowadzenie pojazdu do obrotu, zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie dotyczącym pojazdów kolejowych.”

W dniu 8 października 2021 r. Odwołujący udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca ponownie podkreślił, że stosownie do art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast zgodnie z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający w wezwaniu twierdzi, że: „Sformułowanie z § 6 ust. 5 zd. 1 projektu umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia” oznacza, że pierwsza część zdania: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP” dotyczy wykonawców, którzy nie są posiadaczem zezwolenia na typ pojazdu lub nawet będąc nim, nie mogą z niego skorzystać ze względu na zakres wprowadzanych zmian. Natomiast druga część: „lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia” dotyczy tylko posiadacza zezwolenia na typ pojazdu, i to pod warunkiem, że nie będzie konieczności uzyskania nowego zezwolenia, ze względu na zakres modernizacji. Nie jest to sformułowanie zobowiązujące Zamawiającego do przekazania zezwolenia”. Powyższe stoi w całkowitej sprzeczności z ww. podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz tworzenia opisu przedmiotu zamówienia. Taka interpretacja zamawiającego stanowi raczej o poważnej wadzie postępowania, która może prowadzić do jego unieważnienia.

Po pierwsze interpretacja zamawiającego nie wynika z treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym SIWZ, a próba odnoszenia się do przepisów prawa, do których nie odwoływał się sam zamawiający jest w tym momencie błędna i spóźniona. Po drugie niewyartykułowane i dorozumiane przez zamawiającego zróżnicowanie sytuacji

wykonawców ubiegających się o zamówienia na etapie jego wykonania, tj. przypisanie im różnych zakresów przyszłych świadczeń, już na etapie prowadzenia postępowania stanowi o wadzie. Przy takiej interpretacji (wadliwej) ww. postanowienia umownego zamawiający nie może bowiem uzyskać porównywalnych przedmiotowo i cenowo ofert, a tym samym w sposób rażąco naruszona byłaby zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niezależnie do powyższego, odwołujący ponownie wyjaśnił, że postanowienia SIWZ były sformułowane w ten sposób, że wykonawca przyjął, iż otrzyma od zamawiającego kompletną dokumentację wraz z bezterminowym świadectwem typu danego wagonu.

Zgodnie z Rozdz. IV ust. 5 SIWZ (podobnie §1 pkt 1 Umowy – Załącznik nr 2 do SIWZ):

Modernizacja - należy przez to rozumieć zgodnie § 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 226 z późn. zm.) prace modyfikacyjne w pojeździe kolejowym, które zmieniają przeznaczenie pojazdu lub poprawiają jego ogólne osiągi techniczne, a w szczególności: zmianę charakterystyki trakcyjnej, prędkości maksymalnej, mocy, zdolności do zasilania w różnych systemach. Zakres modernizacji zawiera dokumentacja wagonów typu 111A-10 (174A) wykonana przez: H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na podstawie umowy nr UM-BPT-17-900-0043 na wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją oraz przeglądu na 3-cim poziomie utrzymania 60 wagonów osobowych, do której zamawiający posiada licencję udzieloną zgodnie z ww. umową stanowiącą Załącznik nr 3 do SIWZ oraz Załącznik nr 4 do SIWZ.

Natomiast zgodnie z Rozdz. V ust. 3 pkt 1) – Opis przedmiotu zamówienia (na to samo wskazuje Załącznik nr 2 do SIWZ str. 9 ust. 2 pkt 1 - wzór umowy):

Wykonanie naprawy głównej z modernizacją wagonów 111A/141A musi zostać zrealizowane w oparciu o:

1) istniejącą Dokumentację projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) stanowiącą Załącznik nr 3 do SIWZ w zakresie, której wchodzi:

- a) Dokumentacja techniczna konstrukcyjna;
- b) Warunki Techniczne Wykonania (WTW);
- c) Warunki Techniczne Odbioru (WTO);
- d) Dokumentacja Techniczno – Ruchowa (DTR);
- e) Dokumentacja Systemu Utrzymania pojazdu (wagonu) (DSU).

Ponadto, Załącznik nr 3 do SIWZ - Dokumentacja projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) zawiera wskazanie na część dokumentacji konstrukcyjnej, jaką w całości otrzyma Wykonawca. W tym załączniku jasno wskazane są wózki 25AN4 według rozwiązania FPS C.. Załącznik nr 4 do SIWZ - Zestawienie zakresu naprawy wraz z modernizacją wagonów 111A/141A zawiera również wykaz dokumentacji, którą otrzyma

wykonawca po podpisaniu umowy. W załączniku tym są wykazane wózki 25AN4. W całej dokumentacji postępowania przytacza się konkretny typ wózka bez żadnego wskazania, że np. należy wykonać nowy wózek zbliżony do rozwiązań przyjętych w wózku 25AN4. Zatem zgodnie z przywołanymi postanowieniami SIWZ zamawiający przekazuje kompletną dokumentację techniczno-konstrukcyjną wagonu, na podstawie której wykonawca wykonuje zamówienie.

Wykonawca założył w ofercie, że wraz z dokumentacją techniczno-konstrukcyjną otrzyma od Zamawiającego uzyskany z H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. (dalej „FPS C.”) certyfikat SB wraz z dokumentacją związaną i wynikami badań. Na bazie tego certyfikatu zostanie wykonana analiza znaczenia zmian. W przypadku, jeżeli nastąpią zmiany znaczące wykonawca założył wykonanie badań dla wagonu w obszarze, gdzie nastąpiły zmiany w stosunku do wagonu FPS C., czas wykonania niezbędnych badań szacuje się na maksymalnie 42 dni robocze (na co wykonawca posiada stosowną ofertę złożoną przez jednostkę badawczą) z tym, że część z tych badań, jak analiza MES oraz sprawdzenie skrajni metodą obliczeniową można wykonać przed wykonaniem wagonu co pozwoli na skrócenie czasu. Równolegle wykonawca uzyska certyfikat SD na podstawie przeprowadzonego audytu jednostki notyfikowanej. Mając komplet badań oraz certyfikat SD wykonawca składa dokumenty do UTK w celu uzyskania zezwolenia do eksploatacji wagonu. Wykonawca jest przygotowany na samodzielne uzyskanie certyfikatu SB w sytuacji, kiedy nie otrzyma go od zamawiającego, w terminach nie przekraczających terminów umownych, bez konieczności przeprowadzenia pełnych badań dla wózka 25An4, gdyż założono, że taki typ już jest eksploatowany. Dla tak skonstruowanej SIWZ, jak w przedmiotowym postępowaniu, w gestii zamawiającego jest uzyskanie wszelkich zezwoleń, w tym praw autorskich od FPS C. dla zastosowania nowych rozwiązań w wagonach. Wykonawca przyjął, że otrzyma od zamawiającego dokumentację wraz z rozwiązaniami technicznymi wózka 25AN4 co pozwoli mu na wykonanie wymaganych wózków bez konieczności ich zakupu w FPS C., w odmiennym bowiem przypadku naruszeniu uległaby naczelna zasada ustawy Pzp jaką jest równe traktowanie wykonawców i uczciwa konkurencja. W gestii wykonawcy jest natomiast wykonanie badań: statyczne i zmęczeniowe badania wytrzymałościowe ramy wózka tocznego typu 25AN4 zgodnie z normą EN 13749:2011 i wykonawca jest na to przygotowany. Przez wskazanie przez zamawiającego konkretnego typu wózka, istnieje możliwość wykorzystania przez wykonawcę w planowanej modernizacji, komponentu/układu potwierdzonego już wcześniej w procesie dopuszczenia innego pojazdu przy zachowaniu zasad regulowanych przez Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka i uchylające rozporządzenie (WE) nr 352/2009 istnieje możliwość zastosowania systemu odniesienia (zgodnie z pkt. 2.4. załącznika I Rozporządzenia nr

402/2013) jako zasady akceptacji ryzyka. W świetle powyższego oraz mając na względzie treść SIWZ przygotowanej przez Zamawiającego, w ramach realizacji zamówienia wykonawca może uzyskać samodzielnie Świadczenie SB dla wagonu i na tej podstawie – zezwolenie na wprowadzenie pojazdu do obrotu.”

W dniu 18 listopada 2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na okoliczność, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż Konsorcjum Mag-Train w ramach badania oferty było kilkakrotnie wzywane do złożenia wyjaśnień odnośnie jej treści. Na podstawie złożonych przez konsorcjum wyjaśnień ustalono, że oferta nie odpowiada treści SIWZ. Treść specyfikacji, z którą oferta konsorcjum Mag-Train jest niezgodna:

- 1) Rozdział V ust. 3 pkt 3 SIWZ: Wykonanie naprawy głównej z modernizacją wagonów 111A/141A musi zostać zrealizowane w oparciu o: 3) odpowiednimi, aktualnymi na dzień wykonania naprawy wraz z modernizacją / przeglądu, Europejskimi Normami, Polskimi Normami i Kartami UIC, dokumentami technicznymi i Raportami ERRI/ORE. Wykaz dokumentów i przepisów aktualnych na dzień ogłoszenia Postępowania zawiera Załącznik nr 6 do SIWZ.
- 2) Załącznik nr 6 do SIWZ „Zestawienie norm, dokumentów i przepisów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia” (wersja po zmianie SIWZ w dniu 18.02.2021 r.). Wykonawca zobowiązany jest stosować postanowienia Rozporządzeń do Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1043 z późn. zm.), dokumentów zawartych w „Lista Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w sprawie właściwych krajowych specyfikacji technicznych i dokumentów normalizacyjnych, których zastosowanie umożliwia spełnienie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei” z 21 listopada 2020 r. wydanej na podstawie rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 27 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu właściwych krajowych specyfikacji technicznych i dokumentów normalizacyjnych, których zastosowanie umożliwia spełnienie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei (Dz. U. z 2013 r. poz. 431) oraz obowiązujących aktów prawnych europejskich i krajowych. w szczególności:
 - pkt 2.2.2 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. 2016 poz. 226 z późn.zm)
 - pkt. 3.3.2 Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiające uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla

pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797 (Dz. U. L 90, 6.4.2018, s. 66) oraz

- 3) Załącznik nr 2 do SIWZ - wzór umowy § 6 ust. 5 zd. 1: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia” oraz
- 4) § 6 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy Wykonawca zobowiązany jest, w szczególności do przekazania Zamawiającemu wyników raportów i wniosków z przeprowadzonych badań, o których mowa w Załączniku nr 5 - „Wymagane przez Zamawiającego dokumenty, badania i certyfikaty” oraz
- 5) Załącznik nr 8 do SIWZ (nr 5 do wzoru umowy): „Wymagane przez Zamawiającego dokumenty, badania i certyfikaty”.

Niezgodność z ww. zapisami SIWZ w ofercie konsorcjum Mag-Train:

Konsorcjum Mag-Train było wzywane do wyjaśnień swojej oferty, w kontekście § 6 ust. 5 zd. 1 wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia”. Konsorcjum Mag-Train nie jest posiadaczem dotychczasowego zezwolenia do eksploatacji modernizowanych wagonów, a zatem zgodnie z przepisami, do których odwoływała się SIWZ (wymienionymi wyżej), musiałoby uzyskać, dla wagonów po modernizacji, nowe zezwolenie uprawniające do eksploatacji (zezwolenie na wprowadzenie do obrotu). Wynika to z przepisów Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiającego uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797 (dalej: „rozporządzenie 2018/545”), a w szczególności z jego art. 15 ust. 4: Jeśli podmiot zarządzający zmianą nie jest posiadaczem zezwolenia dla typu pojazdu i zmiany wprowadzane do istniejącego typu pojazdu zaklasyfikowano jako zmiany określone w ust. 1 lit. b), c) lub d), zastosowanie mają poniższe przepisy: a) tworzony jest nowy typ pojazdu; b) podmiot zarządzający zmianą staje się wnioskodawcą; oraz c) wniosek o udzielenie zezwolenia dla nowego typu pojazdu można sporządzić w oparciu o istniejący typ pojazdu, a wnioskodawca może wybrać stosowny rodzaj zezwolenia określony w art. 14 ust. 1 lit. d). Art. 14 ust. 1 lit. d): nowe zezwolenie: zezwolenie dla typu pojazdu lub zezwolenie na wprowadzenie pojazdu do obrotu wydane przez podmiot udzielający zezwolenia po zmianie dopuszczonego pojazdu lub typu pojazdu zgodnie z art. 21 ust. 12 lub art. 24 ust. 3 dyrektywy (UE) 2016/797. Zamawiający wskazał, iż ani Mag-Train Sp. z o.o. lub jego konsorcjant, ani podmiot trzeci udostępniający im

doświadczenie, nie jest posiadaczem zezwolenia. Zgodnie z definicją „posiadacza zezwolenia” z art. 2 pkt 6) rozporządzenia 2018/545: „posiadacz zezwolenia dla typu pojazdu” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która złożyła wniosek o udzielenie zezwolenia dla typu pojazdu i uzyskała to zezwolenie albo następcę prawnego takiej osoby. W związku z poprzednią modernizacją wagonów będących przedmiotem zamówienia (typu 174A, o oznaczeniu po modernizacji 111A-10) wniosek o udzielenie zezwolenia dla typu pojazdu uzyskał podmiot H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Konsorcjum Mag-Train, wezwane przez zamawiającego pismem z dnia 30.07.2021 r. do wyjaśnień nt. sposobu pozyskania zezwolenia (czy będzie uzyskiwał nowe zezwolenie, czy też skorzysta z zezwolenia FPS, a jeśli tak, to na jakiej podstawie prawnej), odpowiedziało pismem z dnia 16.08.2021 r., że „przyjął, iż otrzyma od zamawiającego kompletną dokumentację wraz z bezterminowym świadectwem typu danego wagonu” (str. 3 pisma). Konsorcjum Mag-Train przedstawiło również założony przez siebie sposób pozyskania zezwolenia uprawniającego do eksploatacji: „Wykonawca założył w ofercie, że wraz z dokumentacją techniczno-konstrukcyjną otrzyma od Zamawiającego uzyskany z H. C. – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. (dalej „FPS C.”) certyfikat SB wraz z dokumentacją związaną i wynikami badań. Na bazie tego certyfikatu zostanie wykonana analiza znaczenia zmian. W przypadku, jeżeli nastąpią zmiany znaczące Wykonawca założył wykonanie badań dla wagonu w obszarze, gdzie nastąpiły zmiany w stosunku do wagonu FPS, czas wykonania niezbędnych badań szacuje się na maksymalnie 42 dni robocze (na co Wykonawca posiada stosowną ofertę złożoną przez jednostkę badawczą) z tym, że część z tych badań, jak analiza MES oraz sprawdzenie skrajni metodą obliczeniową można wykonać przed wykonaniem wagonu co pozwoli na skrócenie czasu. Równolegle Wykonawca uzyska certyfikat SD na podstawie przeprowadzonego audytu jednostki notyfikowanej jaką jest IPSz. Mając komplet badań oraz certyfikat SD Wykonawca składa dokumenty do UTK w celu uzyskania zezwolenia do eksploatacji wagonu”. Konsorcjum Mag-Train wywodziło jednocześnie, że zapisy Rozdziału V ust. 3 pkt 1) SIWZ oraz z Załącznika nr 2 do SIWZ - wzór umowy w § 6 ust. 2 pkt 1) oraz § 6 ust. 5 oznaczają, że wraz z dokumentacją techniczną konstrukcyjną wykonawca realizujący zamówienie otrzyma od Zamawiającego certyfikat SB wraz z dokumentacją związaną i wynikami badań. Jednocześnie konsorcjum Mag-Train oświadczyło w piśmie z dnia 16.08.2021 r.: „Z daleko posuniętej ostrożności Wykonawca przygotowany jest również na samodzielne uzyskanie certyfikatu SB w sytuacji, kiedy nie otrzyma go od Zamawiającego, w terminach nie przekraczających terminów umownych. Na tę okoliczność Wykonawca zarezerwował czas w odpowiednich jednostkach notyfikowanych (NoBo)”. Stąd, w piśmie z dnia 30.09.2021 r. zamawiający wyjaśnił, że „możliwość skorzystania z dotychczasowego zezwolenia wynika nie z woli zamawiającego przekazania bądź nie, dotychczasowego zezwolenia nowemu wykonawcy, ani nawet nie z woli obecnego

posiadacza zezwolenia (FPS), tylko z przepisów dotyczących zezwoleń, w szczególności rozporządzenia 2018/545” oraz w związku z tym poprosił „o potwierdzenie, że Wykonawca w ramach realizacji zamówienia uzyska nowe zezwolenie dla typu pojazdu lub zezwolenie na wprowadzenie pojazdu do obrotu, zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie dotyczącym pojazdów kolejowych”. W odpowiedzi z dnia 08.10.2021 r. konsorcjum Mag-Train, nadal potwierdziło, że zamierza bazować na uzyskanym od zamawiającego certyfikacie SB i jednocześnie oświadczyło: „Wykonawca jest przygotowany na samodzielne uzyskanie certyfikatu SB w sytuacji, kiedy nie otrzyma go od Zamawiającego, w terminach nie przekraczających terminów umownych, bez konieczności przeprowadzenia pełnych badań dla wózka 25An4, gdyż założono, że taki typ już jest eksploatowany”.

Powyższe jest zdaniem Zamawiającego niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i powołanymi w niej przepisami, gdyż wykonawca musi przeprowadzić pełne badania modernizowanego wagonu (w tym wózka 25An4) i uzyskać m.in. certyfikat SB, żeby dopuścić pojazd do eksploatacji. Błędna jest interpretacja przez konsorcjum Mag-Train sformułowania „dokumentacja techniczna konstrukcyjna”. Sformułowanie to powinno być rozumiane zgodnie z przepisem § 11 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (dalej: „rozporządzenie”). Na odesłanie do rozporządzenia powołuje się wzór umowy w § 1 pkt 23), w którym przywołane jest ww. rozporządzenie. § 11 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia: Dokumentacja techniczna pojazdów kolejowych powinna zawierać: 1) dokumentację techniczno-ruchową pojazdu kolejowego, jego zespołów i podzespołów; 2) warunki techniczne odbioru pojazdu kolejowego, jego zespołów i podzespołów; 3) dokumentację konstrukcyjną wraz z warunkami technicznymi wykonania, w zakresie określonym umową o dostawie pojazdu kolejowego. Przepisy rozporządzenia nie stanowią, że dokumentacja konstrukcyjna zawiera „certyfikat SB wraz z dokumentacją związaną i wynikami badań”, a jeśli konsorcjum Mag-Train tak założyło, jest to założenie błędne i świadczące o niezgodności z SIWZ (gdyż z SIWZ to nie wynika, w tym z przepisów powołanych z SIWZ). W żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie zobowiązał się do przekazania certyfikatu SB lub wyników badań, przeprowadzonych przez poprzedniego wykonawcę modernizacji w celu uzyskania zezwolenia na eksploatację wagonów. Zakres posiadanej dokumentacji zamawiający wskazał w Załączniku nr 4 do SIWZ i nie ma tam ani wyników badań ani certyfikatów. Certyfikat SB jest to certyfikat weryfikacji (WE) w zakresie modułu SB (weryfikacji typu WE) danego podsystemu (w tym przypadku wagonu) poprzedzony weryfikacją jednostki notyfikowanej, w ramach której jednostka sprawdza, czy podsystem jest zgodny z dyrektywą 2016/797, stosownymi TSI oraz z innymi przepisami wywodzącymi się z Traktatu, i czy może zostać oddany do eksploatacji, oraz potwierdza to

certyfikatem. Zamawiający w § 6 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy zobowiązał wykonawcę do przekazania zamawiającemu wyników raportów i wniosków z przeprowadzonych badań, o których mowa w Załączniku nr 5 do wzoru umowy. Natomiast Załącznik nr 5 do wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) to „Wymagane przez Zamawiającego dokumenty, badania i certyfikaty”. Wśród nich wymieniono m.in. certyfikaty WE weryfikacji podsystemów: Załącznik nr 5 do wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ), pkt 2: Certyfikaty WE weryfikacji podsystemów dla każdego wykorzystanego modułu wraz z załącznikami i opinią wraz z oceną w celu uzyskania zezwolenia na dopuszczenia do eksploatacji pojazdu kolejowego, jeśli nie jest załącznikiem do certyfikatów. Do certyfikatów oraz opinii należy załączyć wszystkie dokumenty, które są integralną ich częścią. Jeśli wykonawca chce korzystać z modułu SB lub innego, to musi je samodzielnie uzyskać, skoro nie jest ich posiadaczem. Nie uzyska też badań od zamawiającego, gdyż zamawiający nie zobowiązał się do ich przekazania, wręcz przeciwnie, zażądał w Załączniku nr 8 do SIWZ przeprowadzenia własnych badań przez wykonawcę modernizacji.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Mag-Train nie może bazować na badaniach i certyfikatach uzyskanych przez innego producenta w ramach jego procesu produkcji i uzyskiwania zezwolenia. To, że wykonawca poprzedni (FPS) bazował, a przyszły (np. Mag-Train) będzie bazował przy produkcji (naprawie P5 i modernizacji) wagonu na jednej i tej samej dokumentacji, nie oznacza, że tak samo dobrze wyprodukuje wagon. Dopiero potwierdzenie prawidłowości wykonania badaniami, certyfikatami i wreszcie zezwoleniem, będzie zgodne z SIWZ i przepisami prawa. Natomiast konsorcjum Mag-Train, w złożonych wyjaśnieniach treści oferty, potwierdziło, że założyło w ofercie wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z SIWZ i przepisami. Dlatego oferta konsorcjum Mag-Train podlega odrzuceniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadne. Przywołując brzmienie ww. przepisów należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ust. 3 tego przepisu stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę,

jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W myśl zaś art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na wstępie należy wskazać, iż przedmiotem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, która podejmowana była przez Zamawiającego w oparciu o okoliczności stwierdzone w toku postępowania o udzielenie zamówienia. To dokumentacja zamówienia oraz udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia stanowiły podstawę do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Tym samym zakres rozpoznania sprawy przez Izbę jest ograniczony do okoliczności, które były Zamawiającemu znane w chwili podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i przyczyn tej decyzji zakomunikowanych wykonawcy w zawiadomieniu z dnia 18 listopada 2021 r. Dlatego też dodatkowe argumenty mające wskazywać na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego (np. okoliczność założenia zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia czy ceny oferty wskazującej na przyjęcie błędnych założeń co do udostępnianej dokumentacji), nie mogły zostać przez Izbę wzięte pod uwagę. Z drugiej strony zakres rozpoznania sprawy przez Izbę został ograniczony podstawami faktycznymi zarzutów odwołania, zgodnie bowiem z art. 555 ustawy nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji nie mogły podlegać rozpoznaniu przez Izbę podnoszone przez Odwołującego okoliczności nie objęte uprzednio odwołaniem, w szczególności okoliczności przedstawione w ramach uzupełniającej argumentacji w piśmie z dnia 7 grudnia 2021 r. i 13 grudnia 2021 r. (jak powoływanie się na konstrukcję formularza ofertowego i zawarte tam oświadczenia czy twierdzenia dotyczące kwestii ustalania zakresu niezbędnych badań związanych z uzyskaniem zezwolenia na eksploatację).

Następnie Izba stwierdziła, że zasadnicza część odwołania stanowi polemikę ze sposobem opisanym przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia – Odwołujący wskazał m.in. na fakt, iż przedmiot zamówienia został określony w sposób niejednoznaczny i wprowadzający w błąd wykonawców, a Zamawiający w sposób nieuzasadniony zróżnicował sytuację wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na etapie jego realizacji, przypisując wykonawcom różne zakresy przyszłych świadczeń w zależności od faktu posiadania zezwolenia na eksploatację. Argumentację taką należy uznać za spóźnioną, bowiem odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia winno być wniesione w terminie 10 dni od zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, ewentualnie w terminie 10 dni od dnia publikacji określonych modyfikacji tych dokumentów czy wyjaśnień ich treści. Przy czym podkreślić należy, że powoływane przez Odwołującego okoliczności

związanie z posiadaniem zezwolenia na eksploatację pojazdu mające uzasadniać zróżnicowanie sytuacji wykonawców, powinny być znane Odwołującemu jeszcze przed złożeniem oferty, o czym świadczą poniższe okoliczności.

Zgodnie z § 6 ust. 5 projektu umowy wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia dokumentu uprawniającego do eksploatacji pojazdu kolejowego (wagonu) na infrastrukturze kolejowej na obszarze RP lub wykorzystania istniejącego bezterminowego zezwolenia. Z powyższego postanowienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika okoliczność, że posiadaczem istniejącego zezwolenia jest Zamawiający, kwestie posiadania praw do zezwolenia regulują bowiem przepisy prawa. Jak wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, powołując się na art. 2 pkt 6 Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2018/545 z dnia 4 kwietnia 2018 r. ustanawiającego uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797, „posiadacz zezwolenia dla typu pojazdu” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która złożyła wniosek o udzielenie zezwolenia dla typu pojazdu i uzyskała to zezwolenie albo następcę prawnego takiej osoby. To wnioskodawca jest zatem co do zasady posiadaczem zezwolenia dla typu pojazdu, ewentualnie jego sukcesor. Ponieważ poprzednią modernizację wagonów będących przedmiotem zamówienia (typu 174A, o oznaczeniu po modernizacji 111A-10) zrealizował Przystępujący na podstawie umowy z dnia 9 listopada 2017 r. nr UM-BPT-17-900-0043 (dowód złożony przez Zamawiającego) i Przystępujący złożył wniosek o udzielenie zezwolenia dla typu pojazdu, to Przystępujący jest posiadaczem tego zezwolenia. Okoliczność ta wynika także z ogólnodostępnych danych publikowanych na stronie Urzędu Transportu Kolejowego w rejestrze zezwoleń na dopuszczenie do eksploatacji, a zezwolenie jest możliwe do pobrania z Europejskiego Rejestru Dopuszczonych Typów Pojazdów Kolejowych (ERATV), czemu Odwołujący nie przeczył.

Fakt że Zamawiający nie jest posiadaczem zezwolenia wynikał także z udzielonej przez Zamawiającego w dniu 18 lutego 2021 r., odpowiedzi na pytanie nr 2 do treści SIWZ, gdzie Zamawiający wyjaśnił, iż „w przypadku wykorzystania istniejącego bezterminowego Zezwolenia, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ § 6 ust. 5, wymagane jest przeniesienie praw do przedmiotowego zezwolenia na Zamawiającego.” Z powyższego wprost wynika, że Zamawiający na obecnym etapie praw do tego zezwolenia nie posiada. Żadne postanowienia SIWZ nie wskazują na fakt posiadania przez Zamawiającego zezwolenia na eksploatację typu pojazdu kolejowego (wagonu) ani na możliwość przeniesienia praw do skorzystania z takiego zezwolenia na wykonawcę realizującego umowę. Odwołujący stawiając tezę, że „Zamawiający zobowiązany jest do legitymowania się zezwoleniem ze względu na fakt codziennej eksploatacji i utrzymania wagonów” nie poparł

jej żadną merytoryczną argumentacją, w tym nie przywołał regulacji prawnych, które miałyby na Zamawiającego taki obowiązek nakładać. W ocenie Izby Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, w oparciu o treść dokumentów zamówienia i obowiązujące regulacje prawne, winien mieć świadomość, że Zamawiający nie jest posiadaczem istniejącego zezwolenia, a mając jakiegokolwiek wątpliwości w tym przedmiocie powinien był wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Tym samym argumentacja dotycząca niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a także naruszenia art. 7 ust. 1 z uwagi na uprzywilejowanie sytuacji Przystępującego w postępowaniu, stanowi argumentację spóźnioną.

Zdaniem składu orzekającego Odwołujący powinien mieć także świadomość, że realizując umowę będzie musiał pozyskać nowe zezwolenie na eksploatację typu pojazdu. Obowiązki w zakresie uzyskania nowego zezwolenia są bowiem zależne od tego, czy podmiot zarządzający jest posiadaczem zezwolenia, a okoliczność ta wynika z obowiązujących regulacji prawnych, które powinny być Odwołującemu znane. Wskazać tutaj należy m.in. na z art. 15 ust. 4 rozporządzenia 2018/545, gdzie wskazano, iż jeśli podmiot zarządzający zmianą nie jest posiadaczem zezwolenia dla typu pojazdu i zmiany wprowadzane do istniejącego typu pojazdu zaklasyfikowano jako zmiany określone w ust. 1 lit. b), c) lub d), zastosowanie mają poniższe przepisy: a) tworzony jest nowy typ pojazdu; b) podmiot zarządzający zmianą staje się wnioskodawcą; oraz c) wniosek o udzielenie zezwolenia dla nowego typu pojazdu można sporządzić w oparciu o istniejący typ pojazdu, a wnioskodawca może wybrać stosowny rodzaj zezwolenia określony w art. 14 ust. 1 lit. d) (zgodnie z art. 14 ust. 1 lit. d): nowe zezwolenie: zezwolenie dla typu pojazdu lub zezwolenie na wprowadzenie pojazdu do obrotu wydane przez podmiot udzielający zezwolenia po zmianie dopuszczonego pojazdu lub typu pojazdu zgodnie z art. 21 ust. 12 lub art. 24 ust. 3 dyrektywy (UE) 2016/797). Art. 15 ust. 1 rozporządzenia 2018/545 stanowi, iż wszelkie zmiany wprowadzane do dopuszczonego typu pojazdu podlegają analizie i są klasyfikowane jako tylko jedna z poniższych zmian, a zezwoleń dla tych zmian udziela się zgodnie z poniższą procedurą: a) zmiana, która nie zawiera różnic względem dokumentacji technicznej towarzyszącej deklaracji WE na potrzeby weryfikacji podsystemów. W takim przypadku nie zachodzi potrzeba przeprowadzenia weryfikacji przez jednostkę oceniającą zgodność, a pierwotne deklaracje WE weryfikacji podsystemów i zezwolenie dla typu pojazdu zachowują ważność i nie ulegają zmianie; b) zmiana, która zawiera różnice względem dokumentacji technicznej towarzyszącej deklaracji WE na potrzeby weryfikacji podsystemów, w przypadku których może się okazać konieczne przeprowadzenie nowych kontroli, a zatem także weryfikacji zgodnie z mającymi zastosowanie modułami oceny zgodności, lecz nie ma wpływu na zasadnicze cechy konstrukcyjne typu pojazdu i nie wiąże się z koniecznością

uzyskania nowego zezwolenia według kryteriów określonych w art. 21 ust. 12 dyrektywy (UE) 2016/797; c) zmiana zasadniczych cech konstrukcyjnych typu pojazdu, która nie wiąże się z koniecznością uzyskania nowego zezwolenia według kryteriów określonych w art. 21 ust. 12 dyrektywy (UE) 2016/797; d) zmiana, która wiąże się z koniecznością uzyskania nowego zezwolenia według kryteriów określonych w art. 21 ust. 12 dyrektywy (UE) 2016/797.

Zgodnie z ww. regulacjami, jeśli podmiot zarządzający zmianą nie jest posiadaczem zezwolenia (a w takiej sytuacji faktycznej znajdowałby się Odwołujący, gdyby uzyskał przedmiotowe zamówienie) potrzeba przeprowadzenia weryfikacji przez jednostkę oceniającą zgodność nie zachodziłaby jedynie w przypadku, gdyby dokonywana zmiana nie zawierała różnic względem dokumentacji technicznej towarzyszącej deklaracji WE na potrzeby weryfikacji podsystemów – tylko w takiej sytuacji pierwotne deklaracje WE weryfikacji podsystemów i zezwolenie dla typu pojazdu zachowałyby ważność i nie ulegałyby zmianie, a podmiot nie będący posiadaczem zezwolenia mógłby bazować na zezwoleniu posiadanym przez inny podmiot. Na fakt, że konieczność pozyskania przez Odwołującego zezwolenia wynika z obowiązujących regulacji prawnych, Zamawiający zwrócił Odwołującemu uwagę wprost w wezwaniu z dnia 30 września 2021 r. Odwołujący ani w złożonych pismach, ani w toku rozprawy nie podnosił, że w przypadku przedmiotowego zamówienia mielibyśmy do czynienia ze zmianą, o której mowa w art. 15 ust. 1 lit. a) rozporządzenia 2018/545, inne zaś zmiany (wskazane w art. 15 ust. 1 lit. b-d) wymagają każdorazowo uzyskania nowego zezwolenia.

Z kolei Zamawiający i Przystępujący wykazali, że uzyskanie nowego zezwolenia na eksploatację i tak będzie konieczne, niezależnie od faktu, że Przystępujący posiada zezwolenie na dotychczas eksploatowane, zmodernizowane przez niego, wagony. Konieczność taka wynika po pierwsze z wejścia w życie przepisów technicznych tzw. IV pakietu kolejowego, gdyż deklaracje WE posiadane przez Przystępującego zostały wydane na podstawie przepisów obowiązujących dla III pakietu kolejowego, a Zamawiający w dniu 18 lutego 2021 r. dokonał zmiany załącznika nr 6 do SIWZ, wskazując na konieczność wykonania zamówienia według przepisów dotyczących IV pakietu kolejowego. Po drugie wynikała ona z okoliczności, że zmiany zawierałyby różnice względem dokumentacji technicznej towarzyszącej deklaracji WE na potrzeby weryfikacji podsystemów (np. w zakresie mechanizmu selektywnej blokady drzwi LAT). Przeciwnicy procesowi Odwołującego przedstawili w ww. aspekcie szczegółową argumentację merytoryczną, z przywołaniem odpowiednich regulacji prawnych i dowodów (w tym opinii Instytutu Pojazdów Szynowych Tabor), Odwołujący natomiast twierdzeń tych w zasadzie nie zanegował, nie przedstawił

argumentacji prowadzącej do wniosków przeciwnych i zaniechał jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej w tym zakresie.

W ocenie Izby nie jest także zasadne wskazywanie przez Odwołującego na okoliczność, jakoby Zamawiający zataił brak prawa do dysponowania dokumentacją techniczną i projektową dotyczącą zmodernizowanych przez Przystępującego wagonów. Zamawiający w ramach umowy z dnia 9 listopada 2017 r. nr UM-BPT-17-900-0043 zawartej z Przystępującym zapewnił sobie licencję do korzystania ze wszystkich elementów dokumentacji, w tym dokumentacji technicznej konstrukcyjnej z prawem udzielenia sublicencji w przypadku zlecenia osobie trzeciej wykonywania utrzymania wagonów, w tym obsługi eksploatacyjnej, przeglądów oraz napraw (por. § 12 ww. umowy – dowód złożony przez Zamawiającego). Ponadto w treści SIWZ Zamawiający w pkt V.3 SIWZ wskazał, iż wykonanie naprawy głównej z modernizacją wagonów 111A/141A musi zostać zrealizowane w oparciu o istniejącą dokumentację projektu naprawy i modernizacji wagonów 111A-10 (174A) w zakres, której wchodzi m.in. dokumentacja techniczna konstrukcyjna. Istniejąca dokumentacja projektu naprawy i modernizacji wagonów stanowiła załącznik nr 3 do SIWZ, udostępniany wykonawcom po złożeniu wymaganego oświadczenia o zachowaniu poufności. Zamawiający nie zataił zatem swojego prawa do posiadania tej dokumentacji, a wykonawcy mogli się z nią zapoznać (przy czym z twierdzeń Zamawiającego i przekazanej przez niego dokumentacji postępowania wynika, że Odwołujący z takiego prawa nie skorzystał i nie złożył wniosku o udostępnienie tego załącznika).

W ocenie Izby Odwołujący poczynił nieprawidłowe założenie, że elementem dokumentacji technicznej konstrukcyjnej powinno być zezwolenie na eksploatację pojazdu (i uzyskany przez Przystępującego certyfikat SB wraz z dokumentacją związaną i wynikami badań). Izba za prawidłowe uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że wniosek wywodzony przez Odwołującego nie znajduje oparcia w definicji dokumentacji technicznej zawartej w § 11 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, zgodnie z którą dokumentacja techniczna pojazdów kolejowych powinna zawierać: 1) dokumentację techniczno-ruchową pojazdu kolejowego, jego zespołów i podzespołów; 2) warunki techniczne odbioru pojazdu kolejowego, jego zespołów i podzespołów; 3) dokumentację konstrukcyjną wraz z warunkami technicznymi wykonania, w zakresie określonym umową o dostawie pojazdu kolejowego. Z ww. regulacji nie wynika, aby dokumentacja konstrukcyjna zawierała zezwolenie na eksploatację typu pojazdu, czy certyfikaty SB wraz z dokumentacją związaną i wynikami badań dla podsystemów. Również z treści SIWZ nie wynika zobowiązanie Zamawiającego do przekazania certyfikatu SB czy wyników badań, przeprowadzonych przez poprzedniego wykonawcę modernizacji w celu

uzyskania zezwolenia na eksploatację wagonów. Zakres posiadanej dokumentacji Zamawiający wskazał także w Załączniku nr 4 do SIWZ, a Odwołujący nie zgłaszał w tym zakresie uwag na wcześniejszym etapie postępowania. Okoliczność, że Odwołujący nieprawidłowo zrozumiał treść SIWZ bynajmniej nie powoduje, że była ona niejednoznaczna. Mając na względzie powyższe, nie zasługuje także na uwzględnienie argumentacja podniesiona w odwołaniu, jakoby Zamawiający w kierowanych do Odwołującego wezwaniach powoływał się na okoliczności, które nie wynikały z treści SIWZ. Niezależnie jednak od tego, jeśli zdaniem Odwołującego Zamawiający kierując wezwania naruszył przepisy ustawy Pzp, to Odwołujący winien wówczas skorzystać z dostępnych mu środków ochrony prawnej i zakwestionować zasadność tych wezwań. Odwołujący ograniczył swoje działania jednak wyłącznie do polemiki w ramach wyjaśnień ze stanowiskiem Zamawiającego co do prawidłowości kierowania wezwań.

Dalej Izba stwierdziła, że odwołanie nie odnosi się w sposób konkretny i merytoryczny do wskazanej w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty argumentacji Zamawiającego stanowiącej zasadniczą podstawę odrzucenia, a mianowicie iż wykonawca nie założył konieczności przeprowadzenia pełnych badań wagonu, w tym wózka, i uzyskania m.in. certyfikatu SB, aby dopuścić pojazd do eksploatacji. Odwołujący jedynie wskazał, iż wniosek Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie planował wykonania wszystkich badań jest przedwczesny i zbyt daleko idący. Powyższe stanowisko Odwołującego nie zasługuje w ocenie Izby na uwzględnienie. Podkreślić należy, że Odwołujący w swojej argumentacji całkowicie pominął zawartą w wyjaśnieniach z dnia 8 października 2021 r. własną deklarację, iż *„wykonawca jest przygotowany na samodzielne uzyskanie certyfikatu SB w sytuacji, kiedy nie otrzyma go od Zamawiającego, w terminach nie przekraczających terminów umownych, bez konieczności przeprowadzenia pełnych badań dla wózka 25AN4, gdyż założono, że taki typ już jest eksploatowany.”* W wyjaśnieniach tych wskazano także, że to *„w gestii Zamawiającego jest uzyskanie wszelkich zezwoleń, w tym praw autorskich od FPS do zastosowania nowych rozwiązań w wagonach. Wykonawca przyjął, że otrzyma od Zamawiającego dokumentację wraz z rozwiązaniami technicznymi wózka 25AN4, co pozwoli mu na wykonanie wymaganych wózków bez konieczności ich zakupu w FPS C. (...). W gestii wykonawcy jest natomiast wykonanie badań: statyczne i zmęczeniowe badania wytrzymałościowe ramy wózka tocznego typu 25AN4 zgodnie z normą EN 13749:2011 i wykonawca jest na to przygotowany.”* Z powyższego wprost wynika, że Odwołujący założył przeprowadzenie badań wózka w ograniczonym zakresie, ponieważ taki typ jest już eksploatowany i oświadczył, że wykona jedynie statyczne i zmęczeniowe badania wytrzymałościowe ramy wózka tocznego typu 25AN4 zgodnie z normą EN 13749:2011. W tym stanie rzeczy trudno uznać, aby wywiedziony w oparciu o tak złożone wyjaśnienia

wniosek Zamawiającego, że Odwołujący nie planował wykonania wszystkich badań miał być przedwczesny czy zbyt daleko idący, wynikał on bowiem wprost z oświadczenia Odwołującego.

Dla dokonanej przez Izbę oceny nie bez znaczenia pozostawał fakt, iż Odwołujący ani nie wskazywał w odwołaniu, ani nie dowodził w toku postępowania odwoławczego okoliczności, że przeprowadzenie pełnych badań wózka nie jest w okolicznościach przedmiotowego stanu faktycznego konieczne, nie wyjaśnił także dlaczego fakt eksploatacji danego typu wózka ma warunkować ograniczenie zakresu badań do statycznych i zmęczeniowych badań wytrzymałościowych ramy wózka. Treść odwołania w ogóle do zagadnienia badań się nie odnosi. Z kolei podczas rozprawy Odwołujący na pytanie Izby dotyczące twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego o ograniczonym zakresie badań dla wózka i ich relacji do podstawy odrzucenia wskazanej przez Zamawiającego (tj. braku założenia wykonania pełnych badań) wskazał, iż założył dwa sposoby realizacji zamówienia. Twierdzenie to w ocenie Izby stoi jednak w sprzeczności z treścią złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnień, w których oświadczenie o ograniczeniu zakresu badań wózka do statycznych i zmęczeniowych badań wytrzymałościowych ramy wózka tocznego typu 25AN4 było jednoznaczne. Nawet gdyby uznać za zasadne stanowisko Odwołującego, iż składając ofertę brał on pod uwagę fakt, że zezwolenie na eksploatację oraz certyfikat SB wraz z badaniami i dokumentacją związaną nie zostaną mu przekazane przez Zamawiającego (co jednak w ocenie Izby nie jest wiarygodne, gdyż z treści wyjaśnień wynika, że Odwołujący założył, iż dokumenty takie uzyska od Zamawiającego), to z żadnego miejsca wyjaśnień nie wynika, aby Odwołujący założył konieczność wykonania badań wózka w pełnym wymaganym przepisami prawa i dokumentacją zamówienia zakresie.

Z kolei Zamawiający i Przystępujący wykazali w postępowaniu odwoławczym, że założenie wykonania takich badań w ograniczonym zakresie, wskazanym przez Odwołującego w wyjaśnieniach, nie jest prawidłowe. Zamawiający powołał się na szereg regulacji prawnych oraz wymagania TSI wynikające z określonych przepisów i norm w odniesieniu do homologacji wózków, w tym na normę PN-EN-13749 dotyczącą wytrzymałości konstrukcyjnej nośnej wózka określanej metodami badawczymi według zasady: metoda pełna – dla „nowego” (nieprzebadanego) typu wózka, która składa się łącznie ze statycznych i zmęczeniowych badań symulacyjnych MES, potwierdzona stanowiskowymi badaniami doświadczalnymi oraz domknięta doświadczalnymi badaniami eksploatacyjnymi (w ruchu na liniach) dla stworzenia standardu wózka; metoda niepełna – dla „już przebadanego” typu wózka, na którym wprowadzono niewielkie modyfikacje konstrukcyjnej lub zwiększono obciążenia eksploatacyjne – w takim przypadku dopuszczalna jest ocena tylko z pomocą badań symulacyjnych MES. Zamawiający wskazał także, iż

wynikające z wyjaśnień Odwołującego założenie wykonania jedynie statycznych i zmęczeniowych badań wytrzymałościowych ramy wózka wskazuje, iż nie uwzględniono przeprowadzenia badań wynikających z norm PN-EN-13103/4, PN-EN-13979, PN-EN-12080/1/2, PN-EN-14363, PN-EN-14067 (szczegółowa argumentacja w tym zakresie została przedstawiona na str. 9-12 odpowiedzi na odwołanie). Ponadto zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe przeprowadzenie przez Odwołującego badań na zgodność z normą PN-EN-13749 metodą niepełną, gdyż badanie wózka 25AN4 zostało przeprowadzone w odniesieniu do wózka wyprodukowanego przez innych podmiot (Przystępującego). Koresponduje to ze stanowiskiem Przystępującego, który wskazywał, iż wyniki badań i prób zawierane w raportach z badań jednostki notyfikującej przekazywanych tylko do producenta wagonu i adresowanych tylko do tego podmiotu. Z kolei z opinii Instytutu Pojazdów Szynowych Tabor, przedstawionej przez Przystępującego, wynika, iż wymiana wózka w wagonie jest zmianą mającą wpływ na bezpieczeństwo i wymaga przeprowadzenia wszystkich sprawdzeń wynikających z TSI, a odpowiedzialny za to jest podmiot zarządzający zmianą. Podmiot wprowadzający zmianę jest zobligowany do dostarczenia do jednostki notyfikowanej pełnej dokumentacji do oceny pozwalającej na wydanie certyfikatów. Wobec braku przedstawienia przez Odwołującego argumentacji i dowodów przeczących ww. twierdzeniom, Izba nie znalazła podstaw, aby podważyć ich wiarygodność.

Za słuszne Izba uznała także stanowisko Zamawiającego, iż sam fakt bazowania przez wykonawców na tej samej dokumentacji technicznej konstrukcyjnej nie powoduje, że nowy wykonawca zmodernizuje wagon tak samo dobrze, jak inny wykonawca zarządzający zmianą, które uzyskał wymagane certyfikaty i homologację. Jak wskazał Zamawiający, znaczenie mają tutaj okoliczności takie jak posiadana przez danego wykonawcę technologia, maszyny, jakość, infrastruktura, dostawcy, kompetencje personelu. Dopiero potwierdzenie prawidłowości wykonania badaniami, certyfikatami i wreszcie zezwoleniem, będzie zgodne z przepisami prawa i będzie odpowiadało wymaganiom dotyczącym przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał także, iż w § 6 ust. 1 pkt 14) wzoru umowy zobowiązał wykonawcę do przekazania zamawiającemu wyników raportów i wniosków z przeprowadzonych badań, o których mowa w Załączniku nr 5 do wzoru umowy. Natomiast Załącznik nr 5 do wzoru umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) zawierał wymagane przez Zamawiającego dokumenty, badania i certyfikaty, wśród których wymieniono m.in. certyfikaty WE weryfikacji podsystemów, zaś do certyfikatów oraz opinii należy załączyć wszystkie dokumenty, które są integralną ich częścią. Powyższe wskazywało zatem na obowiązek wykonawcy do uzyskania wszystkich ww. dokumentów, o ile ich już nie posiada. Ponadto, jak zauważył Zamawiający, Odwołujący miał kilka możliwości, aby spełnić wymagania SIWZ – mógł założyć samodzielnie wykonanie wózka i uzyskanie wszystkich wymaganych badań i certyfikatów,

mógł dokonać zakupu wózków od ich producenta lub zastosować nadzór producenta wózków nad ich produkcją. Powyższą okoliczność potwierdza fakt, iż sam Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił się z zapytaniem ofertowym do Przystępującego.

Izba wzięła pod uwagę również okoliczność, że Odwołujący w zakresie analizy wprowadzanych modyfikacji i ich przyporządkowania do określonych kategorii powołał się w odwołaniu na Poradnik UTK, który nie był dokumentem aktualnym wobec wejścia w życie przepisów dotyczących IV pakietu kolejowego. Jak zwrócili uwagę Zamawiający i Przystępujący, Odwołujący pominął zmiany w obowiązujących regulacjach, jakie nastąpiły w związku z wejściem w życie IV pakietu kolejowego, podczas gdy Zamawiający dokonał zmiany załącznika nr 6 do SIWZ, wskazując na konieczność wykonania zamówienia według przepisów dotyczących IV pakietu kolejowego. Pakiet ten - w świetle twierdzeń Zamawiającego, którym Odwołujący nie zaprzeczył - nie dopuszcza ograniczenia zakresu badań w oparciu o analizę ryzyka, co było możliwe na gruncie III pakietu kolejowego. Analogicznie, jak zauważył Zamawiający, już w wyjaśnieniach z dnia 8 października 2021 r. Odwołujący uzasadniając brak konieczności przeprowadzenia pełnych badań wózka powołał się na rozporządzenie wykonawcze Komisji nr 402/2013, wykonujące dyrektywę 2004/49/WE, która to dyrektywa została uchylona z dniem 31 października 2021 r., wraz z wejściem w życie IV pakietu kolejowego, przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/798 z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie bezpieczeństwa kolei. Mimo, iż ww. rozporządzenie obowiązuje jeszcze w ograniczonym zakresie, to - jak wskazał Zamawiający - przepisy rozporządzenia 402/2013, na które powołał się Odwołujący w wyjaśnieniach nie są właściwe do oceny znaczenia zmian w wagonach, gdyż zamówienie należy wykonać według nowych regulacji IV pakietu kolejowego. Odwołujący wyżej opisanego stanowiska Zamawiającego nie podważył.

Wreszcie wskazać należy, na bezzasadność argumentacji odwołania dotyczącej uznania przez Zamawiającego za prawidłowy analogicznego sposobu działania przyjętego przez Odwołującego w postępowaniu o nr ref. 20/WNP-003464/TUT na wykonanie naprawy okresowej na 5-tym poziomie utrzymania wraz z modernizacją i przeglądem na 3-cim poziomie utrzymania 14 wagonów osobowych typu 111A Lux/112A Lux. Jak szczegółowo uzasadnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ww. postępowanie w sposób istotny różniło się od obecnego postępowania, w szczególności zaś w ww. postępowaniu należało jedynie zmodernizować wózek 25AN do standardu wózka 25AN4 (bez ingerencji w ramę wózka i jej wytrzymałość), podczas gdy przedmiot zamówienia w postępowaniu, którego dotyczy rozpoznawane aktualnie odwołanie obejmował konieczność zastąpienia wózka 4ANc wózkiem o standardzie 25AN4 - a zatem wymianę wózka na inny i wykonanie całego

wózka o standardzie 25AN4 „od zera” (rama wózka, podzespoły, zabudowa). Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, powyższe różnice przekładają się na kwestie niezbędnych do wykonania badań – w przypadku wagonów typu 111A Lux/112A Lux wykonawca nie będzie wykonywał osobno całości badań dotyczących samego wózka, będzie wykonywał tylko badania dynamiczne całego pojazdu (zachowanie podczas jazdy). Z kolei w przypadku przedmiotowego postępowania na modernizację wagonów typu 141A/111A wykonawca będzie wykonywał pełne badania wózka stanowiskowe, tj. wyznaczenie sztywności skrętnej ramy oraz siły wchrującej, badania wytrzymałościowe statyczne i zmęczeniowe, a ponadto już po zabudowaniu wózka w wagonie, będzie musiał przeprowadzić badania wagonu. Odwołujący powyższych twierdzeń Zamawiającego nie odparł, a jego polemika w tym zakresie sprowadzała się w zasadzie wyłącznie do stwierdzenia, że rezultatem obu ww. postępowań będzie analogiczny standard wózka.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp i nie podważył prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. Odwołanie podlegało zatem oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....