

Sygn. akt: KIO 172/24,  
KIO 173/24

## WYROK

Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Małgorzata Jodłowska

Maria Kacprzyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2024 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie  
w postępowaniu prowadzonym przez "Koleje Mazowieckie - KM" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

### orzeka:

1. Oddala oba odwołania,
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 172/24 oraz KIO 173/24, kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 7200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - "Koleje Mazowieckie - KM" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

1) „Zawarcie umowy ramowej na dostawę 50 szt. elektrycznych zespołów trakcyjnych II” ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 grudnia 2023 r., pod numerem 00741863-2023; nr wydania: Dz.U. S: 236/2023 (**KIO 172/24**);

2) „Dostawa 15 pięcioczęłonowych lub porównywalnych ezt, z opcją na dostawę maksymalnie 10 pięcioczęłonowych lub porównywalnych ezt oraz z opcją na wykonanie maksymalnie 2 napraw P4 każdego dostarczonego ezt II” (numer postępowania: MWZ3.27.140.2023), ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 7 grudnia 2023 r., pod numerem 00741630-2023; nr wydania: Dz.U. S: 236/2023 (**KIO 173/24**).

### **Sprawa o sygn. akt KIO 172/24**

W dniu 15 stycznia 2024r. wykonawca Siemens Mobility sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 242 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale XVII pkt 1 ppkt 5 SWZ pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „*Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z danej umowy wykonawczej*” przy wadze tego kryterium w wysokości 10%, oraz wykreślenie pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „*Współczynnik zdolności przewozowej każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego*”, gdyż wprowadzenie nowego kryterium nie odnosi się do jakości świadczenia objętego przedmiotem zamówienia, nie gwarantuje najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, co w konsekwencji prowadzi do ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji w Postępowaniu w sposób nieuprawniony i nieproporcjonalny do zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pozacenowego kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale XVII pkt 1 ppkt 5 SWZ jako „Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z danej umowy wykonawczej” oraz przywrócenia treści postanowień SWZ dotyczących kryteriów oceny ofert

(i postanowień z nimi powiązanych, w tym określonych w Rozdziale XVII pkt 2 ppkt 5, pkt 3 jak również wzorów dokumentów, których złożenia wraz z ofertą wymaga Zamawiający) do brzmienia sprzed zmiany dokonanej przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2024 r.,

ewentualnie w razie nieuwzględnienia ww. wniosku, wniosk o:

zmianę ppkt 5 pkt 1 w Rozdziale XVII poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

5	Td – Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z drugiej umowy i kolejnych umów wykonawczych (dostawa pierwszego pojazdu z kolejnej umowy wykonawczej nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z poprzedniej umowy wykonawczej)	10%
---	--	-----

- ppkt 5 pkt 2 w Rozdziale XVII poprzez nadanie mu następującego brzmienia:  
wg kryterium Td – Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z *drugiej umowy i kolejnych umów wykonawczych (dostawa pierwszego pojazdu z kolejnej umowy wykonawczej nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z poprzedniej umowy wykonawczej)*

Oferty będą oceniane wg zasad określonych w tabeli:

Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z drugiej umowy i kolejnych umów wykonawczych (dostawa pierwszego pojazdu z kolejnej umowy wykonawczej nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z poprzedniej umowy wykonawczej)	Liczba punktów
do 24 miesięcy	10
powyżej 24 miesięcy	0

- ppkt 6 pkt 3 w Rozdziale XVII poprzez nadanie mu następującego brzmienia:  
Pp za Td – punkty przyznane za Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z drugiej umowy i kolejnych umów wykonawczych (dostawa pierwszego pojazdu z kolejnej umowy wykonawczej nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z poprzedniej umowy wykonawczej).

Przedstawiając stan faktyczny sprawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zawarcie tylko z jednym wykonawcą umowy ramowej ustalającej warunki zamówień (w szczególności cen przedmiotu zamówienia), jakie mogą zostać udzielone w okresie obowiązywania umowy ramowej. Zamawiający przewiduje możliwość złożenia zamówień na dostawę 50 fabrycznie nowych

pięciczonowych lub porównywalnych elektrycznych zespołów trakcyjnych („EZT”) w czterech transzach (transza I – 14 sztuk, transza II – 14 sztuk, transza III – 11 sztuk, transza IV – 11 sztuk) wraz ze świadczeniem usług serwisowych, przeszkolenia pracowników wraz z opcjami w zakresie wykonania napraw dostarczonych EZT, oraz dostawę dwóch pakietów naprawczo-pozderzeniowych dla EZT w dwóch transzach.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia wykonawcy zamówień, których przedmiot jest objęty umową ramową na warunkach określonych w projektowanych postanowieniach umowy ramowej stanowiących załącznik nr 12 do SWZ oraz odpowiednio do zakresu zamówienia we wzorach umów wykonawczych. Zamówienie uważa się za udzielone w momencie zawarcia przez Zamawiającego z wykonawcą umowy wykonawczej na realizację określonego zamówienia objętego umową ramową. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł sobie możliwość nieudzielenia wykonawcy zamówień objętych umową ramową. Nieudzielenie przez Zamawiającego wykonawcy zamówień objętych umową ramową nie wymaga podania przyczyn i nie rodzi żadnych roszczeń Wykonawcy w stosunku do Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że w dniu 18 grudnia 2023 r. złożył w Postępowaniu odwołanie (sygn. KIO 3821/23) wobec postanowień SWZ dotyczących: terminów dostaw, punktu utrzymania taboru, kosztów przejazdów związanych z wykonywaniem usług serwisowych oraz wymagań technicznych w zakresie systemu hamulca, urządzenia przeciwpoślizgowego oraz miejsca rozmieszczenia drzwi. W związku z dokonaną modyfikacją postanowień SWZ przez Zamawiającego, Odwołujący cofnął ww. odwołanie w części dotyczącej terminów dostaw i wymagań technicznych.

W dniu 4 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał zmiany SWZ m.in. w zakresie terminów

dostaw EZT, w ten sposób, że:

- a) wydłużył terminy dostaw EZT (Rozdział VI pkt 4 SWZ) z 24 lub 30 miesięcy (w zależności od dnia zawarcia umowy wykonawczej) do 42 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej, oraz
- b) zmienił kryteria oceny ofert (Rozdział XVII pkt 1 SWZ) w ten sposób, że kryterium nr 5 „Współczynnik zdolności przewozowej każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego” o wadze 10% zastąpił kryterium „Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z danej umowy wykonawczej” o tej samej wadze, tj. 10%.

W oparciu o tak przedstawiony stan faktyczny, Odwołujący wskazał, że kryteria oceny ofert zgodnie z art. 241 ust. 1 Pzp, muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a przy tym muszą być one zgodne z podstawowymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i

proporcjonalności oraz nie mogą prowadzić efektywnie do nieuprawnionego zawężenia realnej konkurencji w Postępowaniu do pośrednio konkretnie wskazanego przez Zamawiającego wykonawcy. Zamawiający, który podejmuje decyzję o wprowadzeniu kryterium oceny ofert w postaci terminu dostaw, musi wziąć pod uwagę nie tylko to, co jest przedmiotem zamówienia, ale musi również przeanalizować rynek potencjalnych wykonawców, aby nie zakłócić konkurencji. Zamawiający nie może tym samym poprzez wprowadzenie tego kryterium ograniczyć liczby wykonawców mogących złożyć oferty ważne oraz korzystne cenowo i ekonomicznie. W warunkach rynkowych dotyczących rynku pojazdów szynowych sposób kształtowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do terminów dostawy, jako mogących przesądzić o przyznaniu zamówienia określonemu podmiotowi, ma rzeczywiście szczególnie istotne znaczenie dla stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zabezpieczenia równego traktowania wykonawców.

Według Odwołującego, przyjęte przez Zamawiającego sformułowanie kryterium oceny ofert budzi wątpliwości dotyczące zarówno racjonalności takiego rozwiązania jak i intencji Zamawiającego. Termin 24 miesiące jest tak wyśrubowany, że albo to kryterium nie będzie miało żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż nikt nie złoży oferty zawierającej zobowiązanie do dostarczenia pojazdów w tak krótkim terminie albo wręcz przeciwnie – będzie miało istotny wpływ, gdyż tylko jeden wykonawca będzie w stanie zaoferować realizację umów wykonawczych w 24-miesięcznym terminie. W realiach odwołania znacznie bardziej prawdopodobna jest ta druga sytuacja co oznacza faworyzowanie potencjalnych wykonawców, którzy dysponują już gotowym pojazdem spełniającym prawie całkowicie specyfikację z obecnego postępowania lub zaawansowanym w toku produkcji, co w efekcie uniemożliwia pozostałym wykonawcom dostęp do efektywnego udziału w postępowaniu, co stanowi bezpodstawne ograniczenie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Obecnie – jak wskazał Odwołujący - jest tylko jeden taki wykonawca – Stadler – który dostarczył Zamawiającemu 61 pojazdów (EZT) typu ER160 FLIRT na podstawie umowy ramowej zawartej 17 stycznia 2018 r. Pojazdy te (w szczególności EZT dostarczone w ramach ostatniej transzy oraz odebrane w 2023 r.) są zgodne z wymaganiami technicznymi obecnej SWZ, wykonawca ten ma gotową dokumentację techniczną i linię produkcyjną tych pojazdów, a zatem tylko Stadler będzie w stanie dostarczyć pojazdy w terminie 24 miesiące. Jest zatem prawdopodobne, że tylko ten wykonawca złoży ofertę, która otrzyma 10 pkt w ramach omawianego kryterium.

Odwołujący wskazał również, że Pzp wymaga, aby kryterium pozacenowe oceny ofert odnosiło się do jakości. Jeśli termin dostawy promowany dodatkowymi 10 pkt w ramach kryteriów oceny ofert jest radykalnie krótszy od terminu dostawy wymaganego dla zamówienia

(24 miesiące wobec 42 miesięcy), to może on przynieść wręcz obniżenie jakości wykonania.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert zmierza do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz naruszenia pozostałych zasady postępowania o udzielenie zamówienia – równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Zmiana ta efektywnie w dalszym ciągu zawęży bowiem bezzasadnie tę konkurencję do jednego podmiotu – firmy Stadler - która wyprodukowała dla Zamawiającego w niedawnej przeszłości pojazdy FLIRT spełniające wymogi Zamawiającego przewidziane także w tym Postępowaniu i nie będzie w rzeczywistości musiała przeprowadzać z Zamawiającym fazy uzgodnień i projektowania, zaś administracyjna procedura uzyskania zezwolenia (dla pojazdu, który już został wyprodukowany w niedawnej przeszłości), może być krótsza niż w przypadku EZT dostarczanych przez innych wykonawców.

Kolejno Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku wprowadzenia omawianego kryterium oceny ofert zaistniała sytuacja, w której pomimo zmodyfikowania przez Zamawiającego (na skutek odwołania złożonego przez Odwołującego) SWZ i wydłużenia bezwzględnych terminów dostaw, nadal dochodzi do zawężenia realnej konkurencji w Postępowaniu do wyłącznie jednego wykonawcy – firmy Stadler. Wskazane przez Zamawiającego terminy dostaw EZT w ramach umów wykonawczych, które będą przez niego punktowane zgodnie z kryterium oceny, są całkowicie oderwane od realnej możliwości zrealizowania zamówienia. Świadczy to o wadliwości sporządzonego przez Zamawiającego kryterium w tym zakresie. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie może konstruować pozacenowego kryterium oceny w sposób dowolny, który całkowicie odbiegać będzie (jak to ma miejsce w niniejszym przypadku) od konkretnych uwarunkowań realizacji danego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że brak możliwości dostarczenia EZT w terminie krótszym niż 36 miesięcy wynika z czasu trwania procesu produkcyjnego oraz szeregu czynników zewnętrznych. W ocenie Odwołującego termin dostawy (24 miesiące) punktowany przez Zamawiającego na podstawie kryteriów oceny ofert nie uwzględnia rzeczywistego czasu niezbędnego na:

- zaprojektowanie,
- uzgodnienie szczegółowych rozwiązań technicznych z Zamawiającym,
- zamówienie materiałów,
- wyprodukowanie i uruchomienie EZT,
- przeprowadzenie wszelkich badań,
- sporządzenia raportów z badań oraz
- zakończenia wszelkich procedur celem uzyskania niezbędnych zezwoleń w ramach procedury dopuszczania EZT do obrotu.

Rynek dostaw pojazdów szynowych (w tym EZT) charakteryzuje się tym, że przy każdym zamówieniu Zamawiający stawiają indywidualne wymagania techniczne dotyczące pojazdów, co uniemożliwia oferowanie dostawy gotowych EZT, tzw. z „półki”. Niezależnie od tego, że Odwołujący posiada projekt bazowego pojazdu, to jednak każdorazowo konieczne jest dokonanie szeregu zmian wynikających ze specyficznych wymagań Zamawiającego i prowadzonych z nim uzgodnień. Oznacza to konieczność uwzględnienia w harmonogramie projektu czasu na uzgodnienia techniczne i prace projektowe. Wymogi w zakresie prac projektowych odzwierciedla przykładowo §13 ust. 3 pkt 1) załącznika nr 12 do SWZ (projektowane postanowienia umowy ramowej), zgodnie z którym przez rozpoczęcie procesu realizacji zamówienia Zamawiający rozumie m.in. przekazanie mu przez Wykonawcę projektów pojazdów, harmonogramu produkcji poszczególnych pojazdów itd. Dodatkowo Wykonawca może stać przed koniecznością aktualizacji wyposażenia i oprogramowania pojazdów w związku ze zmieniającymi się przepisami związanymi z systemami bezpieczeństwa pojazdów. Ponadto, z doświadczenia Odwołującego wynika, że terminy dostaw przez niego wskazane uzasadnione są następującym procesem produkcji i dostawy EZT, na który składają się:

a) zaprojektowanie i zamówienie komponentów EZT w oparciu o techniczne wymogi określone przez Zamawiającego - ten etap może zająć w ocenie Odwołującego 20-25 miesięcy, wliczając w to czas potrzebny na przeprowadzenie uzgodnień z Zamawiającym dotyczących projektu EZT i jego potwierdzenia. Dopiero po uzgodnieniu wszystkich parametrów (szczegółowo określonych m.in. w umowie ramowej oraz wymaganiach technicznych stanowiących załącznik nr 2 do umowy ramowej) komponenty mogą zostać zamówione przez producenta EZT;

b) wyprodukowanie 1 EZT - ten etap może zająć w ocenie Odwołującego do 3 miesięcy, wliczając w to wszelkie testy niezbędne do zagwarantowania jakości EZT - „prototypu” pozwalającego na produkcję kolejnych EZT,

c) uzyskanie zezwolenia na wprowadzenie EZT do obrotu – proces ten jest wysoce sformalizowany i trwa zazwyczaj od 12-15 miesięcy od daty uruchomienia pierwszego pojazdu i rozpoczęcia jego badań,

d) przekazanie EZT do Zamawiającego zgodnie z procedurą odbioru.

Odwołujący wskazał również, że projektowanie, zamawianie i produkcja EZT są zagrożone zaburzeniami w łańcuchu dostaw (na całym świecie) w związku z trwającą wojną na Ukrainie oraz w Izraelu, co wraz z wciąż odczuwanymi skutkami pandemii COVID-19, ma wpływ na dostępność surowców wykorzystywanych do produkcji komponentów EZT. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, określony przez Zamawiającego 24-miesięczny termin dostaw w ramach dodatkowego kryterium oceny ofert dającego benefit w postaci dodatkowych 10 pkt, może być dotrzymany jedynie przez wykonawcę, który już



wyprodukował EZT stanowiące przedmiot Postępowania lub ma gotową dokumentację techniczną i linię produkcyjną tych pojazdów. W konsekwencji, inni wykonawcy, nie są w stanie sprostać wymogom ustanowionym przez Zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji otrzymać dodatkowych punktów. Stanowi to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał kolejno, że Zamawiający ustanowił kryterium oceny ofert w postaci terminu dostaw o wadze 10%, jednak tylko wykonawca, który zadeklaruje dostarczenie EZT w 24 miesiące otrzyma dodatkowe 10 punktów w ramach oceny oferty. Uzyskanie przez wykonawcę tych dodatkowych 10 punktów skutkuje przyznaniem mu realnie tak dużej przewagi nad pozostałymi konkurentami, że składanie przez nich w Postępowaniu ofert może być bezcelowe. Nie jest bowiem realnie możliwym zniwelowanie 10-punktowej (w 100 pkt. skali) przewagi udzielonej przez Zamawiającego (poprzez wprowadzenie i sposób ukształtowania kryterium pn. „Termin dostawy wszystkich EZT z danej umowy wykonawczej”) wykonawcy, który już dostarczył Zamawiającemu EZT odpowiadające wymogom technicznym Postępowania. Zniwelowanie 10 pkt przewagi wymagałoby zmaksymalizowania swojej punktacji przez pozostałych wykonawców w ramach innych ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Podstawowe znaczenie ma kryterium cenowe, w ramach którego zniwelowanie przewagi innego konkurenta na takim 10-punktowym poziomie (odpowiadającym średnio aż 28,6 % ceny jednego EZT) poprzez obniżenie oferowanej ceny jest obiektywnie nierealne i niedostępne dla wykonawców działających na rynku, biorąc pod uwagę obserwowalną rynkową porównywalność cen taboru oferowanych przez poszczególnych producentów. W praktyce uzyskanie tych dodatkowych punktów eliminuje de facto pozostałych wykonawców z możliwości skutecznego konkutowania w Postępowaniu, przy założeniu chęci zrealizowania zamówienia ekonomicznie opłacalnego (tj. nie „po kosztach). Ponadto, zaoferowanie przez wykonawcę terminu dostaw na poziomie 24 miesiący

wiąże się dla niego z koniecznością wliczenia kosztów opóźnienia w dostawie EZT. To zaś w żaden sposób nie pozostaje w zgodzie z założeniami art. 239 ust. 2 Pzp. Jednocześnie, mając na uwadze aktualne otoczenie biznesowe (m.in. przerwane łańcuchy dostaw, problemy z dostępnością komponentów), wywołane sytuacją polityczną na świecie oraz zachodzącymi zmianami ekonomicznymi, premiowanie szybkich (i nierealnych) terminów dostaw nie prowadzi w żaden sposób do wyboru oferty, która faktycznie będzie najkorzystniejsza, bez jednoczesnego dyskryminowania wykonawców nieznajdujących się w uprzywilejowanej pozycji.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający zdecydował, że termin realizacji umowy wykonawczej ma dla niego bardzo istotne znaczenie – ma wagę 10% w ramach oceny oferty

najkorzystniejszej. Jednocześnie jednak Zamawiający nie określił, kiedy i w jakich okolicznościach będzie składał zamówienia w ramach umowy ramowej. Podał jedynie, że „Decyzja odnośnie zawarcia poszczególnych umów wykonawczych będzie podejmowana na bieżąco i uzależniona w szczególności od potrzeb Zamawiającego i posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych, w tym środków publicznych, o których mowa w art. 257 ustawy Pzp.” (§ 6 1 umowy). Wykonawcy nie są w stanie ocenić w jakich okolicznościach i czy w ogóle Zamawiający złoży zamówienia. Nie wiedzą także, czy zamówienia na transze zostaną złożone jednocześnie czy stopniowo i czy możliwa jest sytuacja, że Zamawiający złoży zamówienia na wszystkie transze od razu. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wskazał w rozdz. VI pkt 6 SWZ, że Wykonawca będzie dostarczał mu w danym miesiącu kalendarzowym maksymalnie 10 pojazdów, chyba że Zamawiający wyrazi w formie pisemnej zgodę na dostarczenie w danym miesiącu kalendarzowym większej liczby pojazdów. Porównując wymóg dostawy pojazdów w określonych terminach z ograniczeniami dotyczącymi maksymalnego tempa dostaw (10 pojazdów w danym miesiącu kalendarzowym), wyraźnie widać, że brak jest wskazania, że poszczególne umowy wykonawcze nie mogą być podpisywane częściej niż jedna umowa na 3 miesiące kalendarzowe, gdyż inaczej może dojść do skumulowania dostaw w taki sposób, że Zamawiający nie zdoła odebrać dostaw.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 lutego 2024 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że ustalenie jako jednego z kryteriów oceny ofert – terminu dostawy ezt, jest uzasadnione z uwagi na obiektywne uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Mianowicie Zamawiający ubiega się o wsparcie ze środków publicznych w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (Działanie E.2.1.2. Pasażerski Tabor Kolejowy). W ramach tego Programu, Zamawiający złożył 4 wnioski o dofinansowanie pod nazwą:

- „Zakup 11 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych I”;
- „Zakup 11 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych II”;
- „Zakup 14 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych I”;
- „Zakup 14 sztuk Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych II”;

dowód: 4 wnioski o dofinansowanie z KPO.

W przypadku uzyskania dofinansowania, Zamawiający uzyska znaczne wsparcie, które pozwoli mu zawrzeć cztery umowy wykonawcze (na warunkach określonych w umowie ramowej) i tym samym pozwoli Zamawiającemu nabyć te pojazdy. Zgodnie z postanowieniami Konkursu w ramach KPO, aby Zamawiający mógł skorzystać z dofinansowania dostawa pojazdów musi zostać zrealizowana w terminie do końca czerwca

2026 r. Zgodnie z założeniami Programu okres kwalifikowalności wydatków związanych z realizacją przedsięwzięcia upływa z dniem 30 czerwca 2026 r. (§2 ust. 6 Regulaminu). Mając zatem na uwadze tok postępowania o udzielenie zamówienia, przy terminie 24 miesięcy na dostawę wszystkich pojazdów z danej umowy wykonawczej, Zamawiający ma szansę na otrzymanie dofinansowania z KPO.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że jak wynika z wyciągu z protokołu 428 posiedzenia Zarządu Województwa Mazowieckiego z dnia 16.08.2023r. Zarząd Województwa Mazowieckiego wyraził zgodę na aktualizację umowy ramowej i uwzględnienie zakupu 50 szt. EZT, pod warunkiem uzyskania przez Spółkę KM dofinansowania z KPO. Obecnie Zamawiający przeszedł ocenę formalną wniosków. Stąd też dla Zamawiającego istotne znaczenie ma termin 24 miesięcy. Bez wsparcia z KPO, Zamawiający nie będzie w stanie nabyć pojazdów w ramach umowy ramowej i umów wykonawczych. Również z tej przyczyny Zamawiający nie może przychylić się do propozycji Wykonawcy, aby dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z drugiej umowy i kolejnych umów wykonawczych (dostawa pierwszego pojazdu z kolejnej umowy wykonawczej następowała nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z poprzedniej umowy wykonawczej).

dowód: - 4 wnioski o dofinansowanie z KPO;

- Regulamin wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem z Planu Rozwojowego, Komponent E, E.2.1.2. Inwestycja: Pasażerski tabor kolejowy, Konkurs nr KPOD.09.08.-IW.02-001/23; - potwierdzenie oceny wniosków;

- wyciągu z protokołu 428 posiedzenia Zarządu Województwa Mazowieckiego z dnia 16.08.2023r Dodatkowo z uwagi na konieczność wymiany starego i wysłużonego już taboru, którym dysponuje Zamawiający, jak również możliwość zwiększenia ilości połączeń, możliwość nabycia dodatkowych 50 pojazdów nowej generacji ma dla Zamawiającego istotne obiektywne znaczenie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Zamawiający wyjaśnił, że zmienił SWZ poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert w zakresie terminu dostawy pojazdów. Tak sformułowane kryterium, przy jednoczesnej możliwości zaoferowania dostawy pojazdów w podstawowym terminie w okresie 42 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej nie ogranicza konkurencji, a wręcz umożliwia wszystkim zainteresowanym podmiotom złożenie oferty w postępowaniu. I w rzeczywistości, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający znacząco otworzył dostęp do postępowania potencjalnych oferentów, rozszerzając tym samym krąg potencjalnych Wykonawców. Działanie Zamawiającego jest zatem racjonalne i nie ma na celu faworyzowania określonego wykonawcy. Wynika ono jedynie z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jednocześnie umożliwiając złożenie oferty szerokiemu kręgowi wykonawców, którzy mogą konkurować nie tylko ceną, terminem dostawy, ale również innymi kryteriami przewidzianymi w SWZ. Stąd zdaniem

Zamawiającego na gruncie niniejszego Postępowania, w odniesieniu do powyższych okoliczności, brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia art. 16 pkt. 1 i 3 Pzp. Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że Zamawiający starannie i w bardzo szczegółowy sposób przeanalizował każdy z elementów kryteriów oceny ofert- jednostkowo i sumarycznie.

W ocenie Zamawiającego przedstawiony zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, a dokonana przez Zamawiającego czynność polegająca na zmianie SWZ poprzez wydłużenie terminu dostawy do 42 miesięcy od zawarcia umowy wykonawczej oraz wprowadzenie kryterium terminu dostawy wszystkich ezt z danej umowy wykonawczej o wadze 10% (jeśli oferowany jest termin dostawy do 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej), została opisana w sposób przystający do uzasadnionych obiektywnych potrzeb Zamawiającego, z uwzględnieniem interesu potencjalnych wykonawców. Podkreślił, że przepisy Pzp w art. 242 ust. 2 pkt. 6 literalnie i wprost dopuszczają możliwość określenia terminu dostawy, sposobu lub czasu dostawy oraz okresu realizacji w kryteriach jakościowych wyboru oferty. Co więcej nie można zgodzić się z Odwołującym, który twierdzi, że termin 24 miesięcy na dostawę pojazdów jest terminem nierealnym i technicznie niewykonalnym.

W ocenie Zamawiającego, istnieje obiektywna możliwość dostarczenia Zamawiającemu pojazdów będących przedmiotem zamówienia w punktowanym terminie wynikającym z wprowadzonego kryterium oceny ofert. Okoliczność tę potwierdza m.in. dostawa pojazdów realizowana dla „Koleje Mazowieckie – KM” sp. z o.o. w ramach zamówienia na dostawę 71 EZT, w którym termin na dostawę wynosił 18 – 21 miesięcy od dnia zawarcia umowy wykonawczej. Należy przy tym wskazać, że EZT dostarczone w wyżej wskazanym zamówieniu były projektowane i realizowane od podstaw, jako nowy typ pojazdu. Ponadto pojazdy te były produkowane podczas pandemii COVID-19 oraz wojny w Ukrainie i zaburzeń ciągłości łańcuchów dostaw, na które wskazuje Odwołujący, a które obecnie już nie występują. W postępowaniu tym poza Stadler Polska sp. z o.o., swoją ofertę złożyli również: PESA Bydgoszcz S.A.

dowód: - wyciąg z SIWZ dotyczącej postępowania na zawarcie umowy ramowej na dostawę 71 EZT;

- wyciąg z umowy ramowej zawartej w ramach postępowaniu na dostawę 71 EZT;
- informacja z otwarcia ofert dla „Koleje Mazowieckie KM” sp. z o.o.

Zamawiający zauważył, że również inni Zamawiający publiczni określając terminy na dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych stosują terminy 22- 24 miesiące. Tak było np. w przypadku postępowania prowadzonego przez Koleje Śląskie Sp. z o.o. (24 miesiące na dostawę pierwszych dwóch EZT), czy też Województwo Małopolskie i Koleje Małopolskie Sp.

z o.o. (22 miesiące od dnia zawarcia umowy). Zamawiający Koleje Śląskie Sp. z o.o. otrzymał ofertę co wskazuje, że dostawa EZT jest możliwa w terminie 24 miesięcy, tj. w terminie krótszym niż przewidziany w niniejszym postępowaniu. Wskazać również należy na postępowanie prowadzone przez Województwo Lubuskie dot. zakupu 2 pojazdów ezr z terminem realizacji wynoszącym 2 miesiące. Pomimo odwołania NEWAG S.A. od zapisów SWZ, KIO oddaliło odwołanie w zakresie terminu dostawy pojazdów, wskazując na uzasadnione potrzeby Zamawiającego związane m. in. z dofinansowaniem unijnym (sygn. akt KIO 2590/23).

dowód: - wyciąg z SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Śląskie Sp. z o.o.;

- wyciąg z SWZ w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Małopolskie i Koleje Małopolskie Sp. z o.o.;

- informacja z otwarcia ofert w Koleje Śląskie Sp. z o.o.

Powyższe okoliczności zdaniem Zamawiającego wskazują, że premiovany termin określony przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert na dostawę EZT jest realny, a dostawa EZT w tym czasie jest możliwa. Nie można również zgodzić się z zastrzeżeniami Odwołującego, iż zaoferowanie krótszego terminu może wiązać się z otrzymaniem przez Zamawiającego produktu gorszej jakości. Odwołujący nie wskazał w tym zakresie żadnych przekonujących argumentów. Co więcej, jeżeli miałyby być tak jak wskazuje Odwołujący, iż w 24 miesięcznym terminie jest w stanie dostarczyć pojazdy wykonawca, który dysponuje już takimi pojazdami, to raczej wskazywałoby to na fakt, że pojazdy, które otrzyma Zamawiający są już wcześniej przetestowane i wolne od tzw. „wad wieku dziecięcego”.

W ocenie Zamawiającego, z treści odwołania wynika wyłącznie, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, Wykonawca-Odwołujący według swojej oceny próbuje doprowadzić do zmiany postanowień SWZ, chcąc tym samym doprowadzić do korzystnych dla siebie zapisów. Dla Zamawiającego nie jest jasny zarzut obejścia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu. Odwołujący w projektowanych postanowieniach umowy ramowej stanowiących załącznik nr 12 do SWZ oraz odpowiednio do zakresu zamówienia we wzorach umów wykonawczych, w sposób jasny określił warunki dotyczące zamówień jakie mogą zostać udzielone w okresie obowiązywania umowy ramowej. Zamawiający wskazał również, że zrobi to w sytuacji, gdy będzie posiadał środki na sfinansowanie zamówień, co wiąże się z pozyskaniem środków z KPO. Z tej przyczyny zarzuty dotyczące obejścia przepisów prawa są oczywiście niezasadne.

#### **Sprawa o sygn. akt KIO 173/24**

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 Pzp w zw. z art. 441 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 Pzp

poprzez wprowadzenie w Rozdziale XVII pkt 1 ppkt 5 SWZ pozacenenowego kryterium oceny ofert pn. „Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją” o wadze tego kryterium w wysokości 10% oraz wykreślenie pozacenenowego kryterium oceny ofert pn. „Współczynnik zdolności przewozowej każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego”, gdyż wprowadzenie nowego kryterium nie odnosi się do jakości świadczenia objętego przedmiotem zamówienia, nie gwarantuje najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, nie jest związane z podstawowym i obowiązkowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, uniemożliwia weryfikację i porównanie oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, odnosi się do opcji, w której nie opisano okoliczności skorzystania z niej oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, co w konsekwencji prowadzi do ograniczenia lub wyeliminowania konkurencji w Postępowaniu w sposób nieuprawniony i nieproporcjonalny do zamówienia.

W oparciu o tak przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia pozacenenowego kryterium oceny ofert określonego w Rozdziale XVII pkt 1 ppkt 5 SWZ jako „Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją” oraz przywrócenia treści postanowień SWZ dotyczących kryteriów oceny ofert (i postanowień z nimi powiązanych, w tym określonych w Rozdziale XVII pkt 2 ppkt 5, pkt 3 jak również wzorów dokumentów, których złożenia wraz z ofertą wymaga Zamawiający) do brzmienia sprzed zmiany dokonanej przez Zamawiającego 4 stycznia 2024 r.

Ewentualnie, Odwołujący wniósł o zmianę pkt 1 ppkt 5 Rozdział XVI SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

5	Td – Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją (dostawa pierwszego pojazdu z zamówienia objętego opcją nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z zamówienia podstawowego)	10%
---	--	-----

- zmianę pkt 2 ppkt 5 Rozdział XVI SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „wg kryterium Td – Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją (dostawa pierwszego pojazdu z zamówienia objętego opcją nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z zamówienia podstawowego)”.

Oferty będą oceniane wg zasad określonych w tabeli:

Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją (dostawa pierwszego pojazdu z zamówienia objętego opcją nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z zamówienia podstawowego)	Liczba punktów
do 24 miesięcy	10

powyżej 24 miesięcy	0
---------------------	---

Wykonawca w powyższym kryterium może uzyskać maksymalnie 10,0000 pkt

- zmianę pkt 3 ppkt 6 Rozdział XVI SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Pp za Td – punkty przyznane za Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją (dostawa pierwszego pojazdu z zamówienia objętego opcją nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z zamówienia podstawowego)”.

Przedstawiając stan faktyczny Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest:

- dostawa 15 pięcioczęłonowych lub porównywalnych elektrycznych zespołów trakcyjnych („EZT”), wraz z pakietem naprawczo-zderzeniowym dla EZT, szkoleniem pracowników i świadczeniem usług serwisowych (zakres podstawowy),
- opcja na dostawę kolejnych fabrycznie nowych maksymalnie 10 sztuk EZT z usługami serwisowymi,
- opcja na wykonanie maksymalnie 2 napraw w poziomie utrzymania P4 każdego z dostarczonych EZT w ramach zamówienia podstawowego oraz w ramach opcji.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający ustalił, że może zamówić dowolną liczbę EZT w zakresie objętym opcją lub skorzystać z dowolnej liczby napraw w zakresie objętym opcją. Ponadto Zamawiający przewidział zawarcie umowy na warunkach określonych w projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 12 do SWZ. Terminy dostaw zamówienia podstawowego i opcji były przedmiotem poprzedniego odwołania sygn. KIO 3821/23. W rezultacie złożonego odwołania oraz pytań wykonawców Zamawiający zdecydował się wprowadzić zmiany w SWZ. Zamawiający dokonał zmiany SWZ poprzez wydłużenie terminu dostawy w zamówieniu podstawowym do 42 miesięcy od zawarcia umowy, a w odniesieniu do opcji w terminie 39 miesięcy od zawiadomienia. O skorzystaniu z opcji na dostawę kolejnych maksymalnie 10 sztuk EZT oraz świadczenie usług serwisowych EZT Zamawiający zobowiązany jest poinformować Wykonawcę nie później niż 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W pierwotnej SWZ ten termin maksymalny wynosił 12 miesięcy. Poniżej wskazujemy, jak kształtowały się terminy dostaw EZT przed i po ich zmianie, z uwzględnieniem żądań obecnego odwołania:

Terminy	Zamówienie podstawowe	Opcja	Opcja jako kryterium
---------	-----------------------	-------	----------------------

<b>Terminy w pierwoc</b>	<b>30 miesięcy</b> od zawarcia umowy	<b>27 miesięcy</b> od zawiadomienia, z tym że zawiadomienie będzie nie później niż <b>12 miesięcy</b> od zawarcia umowy	
<b>Terminy wnioskowane w odwołaniu Siemens w postępowaniu KIO 3821/23</b>	<b>36 miesiące</b> od zawarcia umowy	<b>33 miesiące</b> od dnia zawiadomienia, ale pierwszy pojazd nie wcześniej niż dostawa pojazdu z zamówienia podstawowego	
<b>Terminy zmienione przez Zamawiającego w dniu 4 stycznia 2024r.</b>	<b>42 miesiące</b> od zawarcia umowy	<b>39 miesięcy</b> od zawiadomienia, z tym że zawiadomienie będzie nie później niż <b>18 miesięcy</b> od zawarcia umowy	<b>10 pkt, jeśli oferowany jest termin dostawy 24 miesiące</b> od zawiadomienia
<b>Żądania wnioskowane przez Siemens w tym odwołaniu</b>	<b>Bez zmian</b>	<b>Bez zmian</b>	Wykreślenie kryterium oceny ofert w zakresie opcji, przywrócenie poprzedniego kryterium
<b>Wniosek ewentualny</b>	<b>Bez zmian</b>		<b>10 pkt jeśli oferowany jest termin dostawy 24 miesiące</b> od zawiadomienia o zamówieniu opcji, z tym, że dostawa pierwszego pojazdu z zamówienia objętego opcją nastąpi nie wcześniej niż dostawa ostatniego pojazdu z zamówienia podstawowego

Zamawiający usunął także 4 stycznia 2024 r. kryterium "Wzp -Współczynnik zdolności przewozowej każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego" - 10 % i zamienił i zastąpił je "Td - Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją" - 10%.

Po zmianie kryterium były następujące:



Lp.	Kryterium	Waga
1	Cd – Cena za dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych (25 szt. EZT) wraz z pakietem naprawczym-pozderzeniowym oraz szkoleniem pracowników Zamawiającego	35%
2	Cu – Cena za utrzymanie elektrycznych zespołów trakcyjnych (25 szt. ZT) w poziomach utrzymania P1 - P3 (przy założeniu przebiegu dla każdego EZT 3 600 000 km)	20%
3	Cn – Cena za naprawy P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych (po 2 naprawy dla każdego EZT, w sumie 50 napraw EZT)	10%
4	We – Współczynnik efektywności każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego	20%
5	<b>Td – Termin dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych z zamówienia objętego opcją</b>	<b>10%</b>
6	Uo – Układ osi w każdym elektrycznym zespole trakcyjnym	5%

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący powtórzył argumentację zawartą w odwołaniu o sygn. akt KIO 172/24. Dodał ponadto, że jeśli potrzebą Zamawiającego jest otrzymanie części z pojazdów, które planuje zamówić, w krótszym terminie, powinien podzielić zamówienie na dwie części. Połączenie obydwu części w ramach jednego postępowania sprawia, że postępowanie tylko formalnie jest konkurencyjne – w rzeczywistości dodane kryterium oceny ofert, sprowadzające się do potwierdzenia możliwości dostawy pojazdów zamówionych w ramach opcji w 24 miesiące, czyni w postępowaniu faworytem tylko takiego wykonawcę, który jest w stanie takie zobowiązanie złożyć.

Jednocześnie okoliczność, że zamawiający stara się umieścić w ramach SWZ wymaganie dotyczące dostawy pojazdów w ramach opcji w 24 miesiące, świadczy o tym, że opcja ta jest dla niego istotna, a prawdopodobieństwo skorzystania z niej bardzo wysokie.

Powiązanie w ramach kryterium opcji z terminem jej wykonania jest zaskakujące i niespotykane w praktyce.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Podtrzymał argumentację zawartą w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 172/24. Odnosząc się do nowych argumentów wskazał, że nie jest w stanie przewidzieć, kiedy nastąpi rozstrzygnięcie konkursu w ramach KPO oraz jaki będzie jego wynik. Stąd też zamówienie z opcją wydaje się w tym przypadku lepszym rozwiązaniem, które umożliwi Zamawiającemu niezwłoczne uruchomienie opcji w sytuacji zakwalifikowania projektu

Zamawiającego do dofinansowania, niż dzielenie zamówienia na dwa odrębne postępowania. W tym celu Zamawiający przewidział również 18 miesięczny termin na uruchomienie opcji.

Jednocześnie wskazał, że nie jest dla niego jasny zarzut naruszenia art. 441 Pzp oraz zarzut obejścia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu. Odwołujący w sposób jasny wskazał, w jakim terminie oraz w jakim zakresie może skorzystać z opcji. Zamawiający wskazał również, że robi to w sytuacji, gdy będzie posiadał środki na sfinansowanie dostaw w ramach opcji, co wiąże się z pozyskaniem środków z KPO (par. 1 ust. 1- 4). Z tej przyczyny zarzuty dotyczące obejścia przepisów prawa są oczywiście niezasadne.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:**

**Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.**

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołań wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone na posiedzeniu niejawnym przez Odwołującego dowody:

**Dowód nr 1** – pismo zawierające dodatkową argumentację dot. możliwości zawyżenia ceny w przypadku uzyskania 10 punktów w kwestionowanym odwołaniu kryterium oceny ofert.

**Dowód nr 2** - informacja prasowa z 25 czerwca 2020 r. będąca zawiadomieniem prasowym dot. rozpoczęcia odbioru pierwszych pojazdów typu: FLIRT wyprodukowanych przez firmę Stadler Polska. Umowa ramowa została zawarta w styczniu 2018 r. co potwierdza, że okres produkcji tego typu pojazdów to ok. 30 miesięcy, a nie jak w ustalonym kryterium 24 miesiące.

**Dowód nr 3** - wyciąg z SWZ postępowania prowadzonego przez Łódzką Kolej Aglomeracyjną, w której zamawiający również jako kryterium oceny ofert ustalił termin dostawy. Odwołujący wyjaśnia, że najkorzystniejszą ofertą okazała się oferta nie tego wykonawcy, który zaoferował dostawę pojazdów w terminie 18 miesięcy, ale tego który zaoferował za najniższą cenę. Dowód ten odwołujący przekłada na okoliczność wykazania,

że wprowadzenie powyższego kryterium oceny ofert nie ma wpływu na osiągnięcie obiektywnych potrzeb zamawiającego.

**Dowód nr 4** - opinia Poznańskiego Instytutu Technologicznego Łukasiewicz, na okoliczność wykazania, że pełny proces dopuszczania do obrotu nowego typu elektronicznego zespołu trakcyjnego, to ok. 18 miesięcy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone na posiedzeniu niejawnym przez Zamawiającego dowody:

**Dowód nr 5** - cztery wnioski o dofinansowanie z KPO, na okoliczność wystąpienia przez zamawiającego z wnioskiem o takie dofinansowanie plus potwierdzenie oceny formalnej wniosków i ich przyjęcia w celu wykazania, że uzyskanie dofinansowania umożliwiłoby sfinansowanie zamówienia.

**Dowód nr 6** - Regulamin wyboru przedsięwzięć do objęcia wsparciem planu rozwojowego, z którego wynika, że konieczny okres zakończenia inwestycji to czerwiec 2026 r.

**Dowód nr 7** - wyciąg z protokołu 428 posiedzenie Zarządu Województwa Mazowieckiego z 16 sierpnia 2023 r. w zakresie zaakceptowania aktualizacji zapisów umowy ramowej uzależnionej od pozytywnej decyzji w zakresie wsparcia w ramach KPO.

**Dowód nr 8** - wyciąg z SWZ postępowania prowadzonego przez „Koleje Mazowieckie KM” na „Zakup elektrycznych zespołów trakcyjnych” w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, która została zawarta w styczniu 2018 r., Termin realizacji umowy wykonawczej określony został w Rozdziale V ust. 3 swz wraz z potwierdzeniem, że w postępowaniu tym zostały złożone 3 oferty:

- Stadler Polska,
- NEWAG spółka akcyjna,
- konsorcjum PESA.

**Dowód nr 9** - wyciąg z SWZ postępowania prowadzonego przez zamawiającego, którym są Koleje Śląskie.

**Dowód nr 10** - wyciąg z SWZ z postępowania prowadzanego przez województwo małopolskie, oraz Koleje Małopolskie sp. z o. o.

**Dowód nr 11** - informacja z otwarcia ofert, w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Śląskie.

**Dowód nr 12** - wydruk ze strony internetowej odwołującego, w którym informuje on, że jest możliwość dostarczenia pojazdu zbliżonego do tego będącego przedmiotem niniejszego postępowania w terminie maksymalnie 1.5 roku od zamówienia.

**Dowód nr 13** - tj. wydruk ze strony internetowej dot. czasu uzyskania zezwolenia na wprowadzanie obrotu pojazdu kolejowego, z którego wynika, że okres ten to maksymalnie 4 miesiące.

**Dowód nr 14** - wnioski złożone do KPO w zakresie o przyznanie dofinansowania w zakresie nabycia 10 pojazdów objętych prawem opcji (Sprawa o sygn. akt: KIO 173/24)

**Izba zważyła:**

**Sprawa o sygn. akt KIO 172/24 i KIO 173/24**

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia”. „Najkorzystniejsza oferta - w myśl art. 239 ust. 2 ustawy Pzp - to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Art. 241 ust. 1 Pzp stanowi, że „Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia”.

Art. 242 ust. 2 Pzp stanowi, że „Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;

3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;

4) aspektów innowacyjnych;

5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji”.

Powyższe przepisy określają więc, że Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert opisane przez niego w dokumentach zamówienia i adekwatnie do wagi przypisanej poszczególnym kryteriom. Podkreślić należy także, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma obowiązek doboru i określenia kryteriów oceny ofert, jak i przypisania im wagi. Aby to jednak było

możliwe Zamawiający musi jasno i precyzyjnie określić w SWZ na czym będzie polegała ocena spełniania kryterium i co będzie brał pod uwagę, przyznając punkty w danym kryterium. Kryteria oceny ofert muszą więc być opisane w sposób zrozumiały oraz jednoznaczny, a także w sposób obiektywny i czytelny, zgodny z zasadami określonymi w Pzp, w tym m.in. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Podkreślić także należy, że ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert nie powinny w sposób nieuzasadniony faworyzować jakiegokolwiek wykonawcy. W konsekwencji Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności w ich ustaleniu. Istotne jest bowiem aby ustalone przez Zamawiającego kryteria pozacenowe były uzasadnione jego potrzebami, waga kryterium nie była nadmierna, opis kryterium był jednoznaczny i precyzyjny a jego wprowadzenie nie prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zauważyć należy, że kwestionowane w niniejszym postępowaniu kryterium pn. *„Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z danej umowy wykonawczej”* dotyczące terminu realizacji zamówienia jest jednym z najczęściej stosowanych pozacenowych kryteriów oceny ofert. Jest to więc kryterium, które może być wprowadzane. Kryterium to należy więc uznać za kryterium dopuszczalne, a więc takie, które jest i może być wprowadzane do SWZ. Zamawiający może bowiem tak ustalić kryteria oceny ofert aby dokonać zakupu, który najbardziej odpowiada jego potrzebom, a więc również w jak najbardziej korzystnym dla siebie czasie. Podkreślić jednak należy, że Zamawiający, decydując się na wprowadzenie powyższego kryterium, musi jednak uwzględnić nie tylko to, co jest przedmiotem zamówienia, ale analizie musi także poddać rynek potencjalnych wykonawców, aby nie zakłócić konkurencji a tym samym poprzez wprowadzenie tego kryterium nie ograniczyć liczby wykonawców mogących złożyć oferty ważne oraz korzystne cenowo i ekonomicznie. W warunkach rynkowych dotyczących rynku pojazdów szynowych sposób kształtowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do terminów dostawy, jako mogących przesądzić o przyznaniu zamówienia określonemu podmiotowi ma rzeczywiście szczególnie istotne znaczenie dla stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zabezpieczenia równego traktowania wykonawców.

Izba dokonując analizy stanu faktycznego przedmiotowej sprawy ustaliła, że Zamawiający dokonując modyfikacji SWZ w dniu 4 stycznia 2024 r., zastąpił w obu prowadzonych przez siebie postępowaniach kryterium oceny ofert pn. *„Współczynnik zdolności przewozowej każdego elektrycznego zespołu trakcyjnego”* kryterium pozacenowym dotyczącym *„Termin dostawy wszystkich elektrycznych zespołów trakcyjnych z danej umowy wykonawczej”* z wagą „10% ”. Izba ustaliła ponadto, że w obu postępowaniach przetargowych oprócz powyższego kryterium oceny ofert Zamawiający

przewidział również 5 innych kryteriów, a spośród których tylko to kryterium dotyczące terminu realizacji zakwestionował Odwołujący.

Izba uznała, że wprowadzone kryterium oceny ofert nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Wyjaśnić należy, że jak wskazał Zamawiający ustalenie spornego kryterium w postępowaniach uzasadnione było jego obiektywnymi potrzebami, bowiem Zamawiający ubiega się o wsparcie ze środków publicznych w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (Działanie E.2.1.2. Pasażerski Tabor Kolejowy). W ramach tego Programu, Zamawiający złożył wnioski o dofinansowanie i w przypadku jego uzyskania Zamawiający uzyska znaczne wsparcie, które pozwoli mu zawrzeć cztery umowy wykonawcze (na warunkach określonych w umowie ramowej) pozwoli mu skorzystać z opcji i tym samym pozwoli Zamawiającemu nabyć te pojazdy. Ponadto jak Zamawiający wyjaśnił i wykazał złożonymi na posiedzeniu dowodami, zgodnie z postanowieniami Konkursu w ramach KPO, aby mógł skorzystać z dofinansowania dostawa pojazdów musi zostać zrealizowana w terminie do końca czerwca 2026 r., bowiem zgodnie z założeniami Programu okres kwalifikowalności wydatków związanych z realizacją przedsięwzięcia upływa z dniem 30 czerwca 2026 r. (§2 ust. 6 Regulaminu, stanowiącego dowód nr 6). Mając zatem na uwadze tok postępowania o udzielenie zamówienia, przy terminie 24 miesięcy na dostawę wszystkich pojazdów z danej umowy wykonawczej, Zamawiający ma szansę na otrzymanie dofinansowania z KPO. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że jak wynika z wyciągu z protokołu 428 posiedzenia Zarządu Województwa Mazowieckiego z dnia 16 sierpnia 2023r. Zarząd Województwa Mazowieckiego wyraził zgodę na aktualizację umowy ramowej i uwzględnienie zakupu 50 szt. EZT, pod warunkiem uzyskania przez Spółkę KM dofinansowania z KPO. Obecnie Zamawiający przeszedł ocenę formalną wniosków. Stąd też dla Zamawiającego istotne znaczenie ma termin 24 miesięcy. Bez wsparcia z KPO, Zamawiający nie będzie w stanie nabyć pojazdów w ramach umowy ramowej i umów wykonawczych.

Uwzględniając powyższe Izba w składzie orzekającym uznała, że Zamawiający zdołał wykazać zasadność wprowadzenia spornego kryterium oceny ofert, z uwagi na jego uzasadnione potrzeby.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie wykazał natomiast, aby sporne kryterium oceny ofert faworyzowało tylko jednego wykonawcę. Po pierwsze jak wskazał Zamawiający (dowód nr 8) w innych postępowaniach, gdzie termin realizacji zamówienia określony był na zbliżonym poziomie oferty oprócz wykonawcy Stadler złożyli także inni

wykonawcy, co w ocenie Izby wprost potwierdza, że termin ustalony przez Zamawiającego nie powoduje faworyzowania wykonawcy Stadler, a tym samym nie przyczynia się do ograniczenia konkurencji.

Również, co istotne Zamawiający wykazał, że w zakreślonym przez niego w kryterium nr 5 terminie, tj. 24 miesięcy jest możliwość wyprodukowania od podstaw przedmiotu zamówienia, co wprost wynika z dowodu nr 8. Zamawiający wyjaśnił, że umowa wykonawcza ze spółką Stadler została zawarta w maju 2018r., a pierwsze pojazdy odebrano w czerwcu 2020 r. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że pojazdy te były projektowane od początku. Termin odbioru pojazdów został również potwierdzony dowodem nr 2 złożonym przez Odwołującego. Izba stwierdziła ponadto, że jak wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego będącego wydrukiem ze strony internetowej Siemens (dowód nr 12), wykonawca ten informuje, że jest w stanie dostarczyć pociąg w terminie ok 18 miesięcy. Zamawiający wskazywał, że jest to pojazd zbliżony wymaganiom do zamawianego w niniejszym postępowaniu. Zauważyć przy tym należy, że Odwołujący nie wykazał, aby pojazd szynowy nie mógł zostać dostosowany do wymagań Zamawiającego w czasie opisanym w kryterium oceny ofert nr 5. Istotne jest również to, że Zamawiający nie oczekuje w niniejszych postępowaniach zaprojektowania od podstaw nowego pojazdu ezt, a więc prototypu, ale jak wskazał na rozprawie wykonawcy mogą dostosować posiadane pojazdy do wymagań technicznych opisanych w OPZ. Nie jest więc wykluczone, że oferowany przez Odwołującego pojazd szynowy będzie mógł zostać dostosowany do wymagań technicznych w terminie 24 miesięcy, tak aby wykonawca mógł uzyskać punkty w kryterium oceny ofert.

Ponadto jak wskazywał Zamawiający czas uzyskania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdów kolejowych jest znacznie krótszy niż wskazywał Odwołujący tj.12-15 miesięcy, bowiem termin ten wynika bezpośrednio z przepisów ustawy o transporcie kolejowym i wynosi on do 4 miesięcy.

Kolejno wskazać należy, że Izba nie zgodziła się także ze stanowiskiem Odwołującego, że waga nadana spornemu kryteriom oceny ofert powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji faworyzując tylko i wyłącznie jednego wykonawcę. Zauważyć należy, że Odwołujący zakwestionował w obu prowadzonych postępowaniach jedynie 1 spośród 6 kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie wykazał, że tylko jeden wykonawca może zaoferować pojazd ezt spełniający wszystkie punktowane w postępowaniu rozwiązania techniczne, co w sposób ewidentny prowadziłyby do zdobycia przez niego maksymalnej liczby punktów w tych postępowaniach. Nie jest więc wykluczone, że przy tak skonstruowanym przez Zamawiającego kryterium nr 5 wskazywany przez Odwołującego wykonawca potencjalnie uzyska maksymalną liczbę punktów w tym kryterium jednakże nie uzyska punktów w

pozostałych kryteriach, a punkty te uzyska np. Odwołujący, co spowoduje, że zdobędzie przewagę w pozostałych kryteriach oceny ofert, co umożliwi mu potencjalne uzyskanie zamówienia w dwóch postępowaniach. Zauważyć należy bowiem, że już sam dowód nr 3 złożony przez Odwołującego wykazuje, że nawet zdobycie przewagi punktowej w spornym kryterium nie powoduje automatycznie, że dana oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał więc, że ustanowione przez Zamawiającego kryterium jakościowe prowadzi do utrudnienia bądź ograniczenia konkurencji w prowadzonych postępowaniach.

Izba oddaliła dowód nr 1 złożony przez Odwołującego stwierdzając, że dokonana symulacja możliwego poziomu zawyżenia cen w przypadku zyskania 10 punktów w kryterium Td jest niewiarygodna, bowiem Odwołujący w symulacji tej całkowicie pominął pozostałe kryteria oceny określone przez Zamawiającego w postępowaniach.

Izba uznała również, że wprowadzenie spornego kryterium do SWZ nie oznacza, że może być ono wprowadzone przez Zamawiającego wyłącznie wtedy, gdyż każdy potencjalny wykonawca uzyska w nim maksymalną ilość punktów. To wykonawcy przecież, składając ofertę i kalkulując jej cenę, biorą pod uwagę obiektywne czynniki, co w ramach danego kryterium mogą zaoferować. Chodzi przy tym o realną a nie hipotetyczną możliwość. W opinii Izby skoro Odwołujący dysponuje pojazdem zbliżonym wymaganiom technicznym opisanym w SWZ w sprawie KIO 172/24 oraz KIO 173/24, to wątpliwe wydaje się, że wykonawca ten będzie od początku projektował pojazd, skoro może zmodyfikować pojazd już posiadany aby odpowiadał wymogom OPZ tego Zamawiającego.

Końcowo zauważyć należy, że kryterium dotyczące terminu realizacji nie występuje pierwszy raz w tego rodzaju postępowaniach. W postępowaniach wymienionych przez Zamawiającego, w tym m.in. przez Województwo Małopolskie i Koleje Małopolskie sp. z o.o. termin ten określono na nie dłużej niż 22 miesiące od dnia zawarcia umowy wykonawczej. Również w postępowaniu prowadzonym przez Koleje Śląskie termin ten określono na 24 miesiące.

Izba oddaliła również dowód nr 4 złożony przez Odwołującego stanowiący opinię prywatną, uznając że stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd. Opinia ta nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń.

Odnosząc się do stanowiska dotyczącego braku podziału postępowania pn. „Dostawa 15 pięcioczęłonowych lub porównywalnych ezł, z opcją na dostawę maksymalnie 10 pięcioczęłonowych lub porównywalnych ezł oraz z opcją na wykonanie maksymalnie 2



napraw P4 każdego dostarczonego ezt II” na dwa odrębne postępowania, to wskazać należy, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że z uwagi na fakt, iż na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie ma środków na sfinansowanie zamówienia z opcji, to niecelowe jest wszczynanie postępowania przetargowego w tym zakresie. Natomiast zamówienie z opcją umożliwi Zamawiającemu niezwłoczne uruchomienie opcji w sytuacji zakwalifikowania projektu Zamawiającego do dofinansowania.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut zawarty w obu odwołaniach nie potwierdził się, a więc odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowań orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

**Przewodnicząca:**.....

**Członkowie:** .....

.....