

Sygn. akt KIO 1287/18
Sygn. akt KIO 1290/18
Sygn. akt KIO 1297/18
Sygn. akt KIO 1301/18

WYROK
z dnia 11 grudnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Danuta Dziubińska
 Anna Packo

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 12 lipca 2018 r., 13 lipca 2018 r., 17 lipca 2018 r., 19 lipca 2018 r., 20 lipca 2018 r., 23 lipca 2018 r., 24 lipca 2018 r., 14 listopada 2018 r., 21 listopada 2018 r. i 6 grudnia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 czerwca 2018 r. przez wykonawcę Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie (sygn. akt KIO 1287/18);
- B. w dniu 29 czerwca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (poprzednio Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), Siemens Mobility GmbH z siedzibą w Wiedniu (poprzednio Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu) oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (sygn. akt KIO 1290/18);
- C. w dniu 2 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Škoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie oraz Škoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie (sygn. akt KIO 1297/18);
- D. w dniu 2 lipca 2018 r. przez wykonawcę Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach (sygn. akt KIO 1301/18);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Metro Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (poprzednio Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), Siemens Mobility GmbH z siedzibą w Wiedniu (poprzednio Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu) oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1287/18 po stronie odwołującego oraz o sygn. akt KIO 1297/18 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Škoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie oraz Škoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1287/18, KIO 1290/18 oraz KIO 1301/18 po stronie zamawiającego;
- C. wykonawcy Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1287/18, KIO 1290/18 oraz KIO 1297/18 po stronie zamawiającego;
- D. wykonawcy Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. z siedzibą w Beasain zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1290/18 oraz KIO 1297/18 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża odwołujących - wykonawcę Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie (sygn. akt KIO 1287/18), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (poprzednio Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), Siemens Mobility GmbH z siedzibą w Wiedniu (poprzednio Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu) oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (sygn. akt KIO 1290/18), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Škoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie oraz Škoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie (sygn. akt KIO 1297/18) oraz wykonawcę Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach (sygn. akt KIO 1301/18) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1287/18
Sygn. akt KIO 1290/18
Sygn. akt KIO 1297/18
Sygn. akt KIO 1301/18

Uzasadnienie

Zamawiający Metro Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie,” nr ref. EH.25.00053/2017.S.P.AGKU.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 maja 2017 r. pod numerem 2017 S/094 - 184974. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ust. 1 w zw. z art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”) jako zamówienie sektorowe w rozumieniu art. 132 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Do rozpoznania odwołań, zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późniejszymi zmianami).

Sygn akt KIO 1287/18

W dniu 29 czerwca 2018 r. wykonawca Alstom Konstal Spółka Akcyjna z siedzibą w Chorzowie (dalej „Odwołujący 1” lub „Alstom”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami Ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na błędnym przeprowadzeniu oceny ofert i tym samym wyborze oferty najkorzystniejszej, poprzez:

- a) przyznanie 0 punktów Odwołującemu 1, w zakresie oceny Kryterium nr 2, jakim jest Zużycie energii elektrycznej, pomimo iż po matematycznym podstawieniu właściwych danych do wzoru ujętego w treści załącznika nr 12.1 do SIWZ, Odwołujący powinien być otrzymać 23.29 punktów, oraz
- b) wybór oferty konsorcjum Škoda Transportation a.s i Škoda Vagonka a.s. (dalej jako „Konsorcjum Škoda) jako najkorzystniejszej wskutek błędnego przyznania 21,88 punktów przy ocenie Kryterium nr 3, dotyczącego Systemu utrzymania pojazdu pomimo, iż oferta tego Konsorcjum w tym zakresie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) i jako taka powinna podlegać odrzuceniu, oraz
- c) wybór oferty spółki Stadler Polska Sp. z o.o. (dalej jako „Stadler”) jako drugiej w rankingu najkorzystniejszej, poprzez błędne przyznanie temu wykonawcy 11.42

punktów, przy ocenie Kryterium nr 3, dotyczącego Systemu utrzymania pojazdu pomimo, iż oferta tego wykonawcy w tym zakresie jest niezgodna z SIWZ i jako taka również powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest:

1. bezzasadne naliczenie Odwołującemu Alstom 0 punktów za istotne kryterium oceny ofert, jakim jest zużycie energii elektrycznej, co jest sprzeczne z SIWZ oraz ustawą Pzp, a także
2. bezzasadne przyznanie Konsorcjum Škoda, a także Stadler punktów za system utrzymania pojazdów, podczas gdy złożone przez nich obliczenia dotyczące kryterium system utrzymania pojazdów są oczywiście sprzeczne z brzmieniem SIWZ i ustawy Pzp, co powinno prowadzić do odrzucenia ofert tych wykonawców.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. unieważnienie czynności oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Škoda oraz powtórzenie czynności oceny skutkujące odrzuceniem tej oferty, jako wprost niezgodnej z SIWZ i przepisami ustawy,
3. unieważnienie czynności polegającej na sklasyfikowaniu oferty złożonej przez Stadler, jako drugiej najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności oceny skutkujące odrzuceniem tej oferty jako wprost niezgodnej z SIWZ i przepisami ustawy,
4. dokonanie powtórnej oceny oferty Odwołującego 1 zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oraz przyznanie Odwołującemu 1 dodatkowej punktacji za zużycie energii elektrycznej w wysokości 23,29 pkt, czego efektem byłoby sklasyfikowanie go na 3 miejscu a po dokonaniu ponownej oceny ofert Konsorcjum Škoda oraz Stadler i odrzuceniu ofert tych wykonawców, sklasyfikowaniu Odwołującego 1 na miejscu pierwszym, jako podmiotu, którego oferta jest najkorzystniejsza,
5. dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w odwołaniu, z zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji;
6. zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 1.
ewentualnie
7. w przypadku nieuwzględnienia odwołania w całości, uchylenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Odwołującego 1 do złożenia wyjaśnień, co do treści oferty w zakresie zużycia energii

elektrycznej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także przyjętych przez Konsorcjum Škoda oraz Stadler parametrów dla określenia kryterium oceny ofert system utrzymania pojazdu, a następnie dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień.

Uzasadniając spełnienie materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący Alstom wskazał, iż w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą będzie miał możliwość uzyskać przedmiotowe zamówienie. Ponadto podniósł, iż poniósł już szkodę w postaci kosztów związanych z przygotowaniem oferty, a także może ponieść dodatkowe szkody (utracone korzyści) związane z brakiem przyznania zamówienia wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołał się także do orzecznictwa wspólnotowego wskazując, iż interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp powinien być rozumiany bądź, jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy (interes prawny sensu stricto) lub mieć swoje uzasadnienie we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeżeli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo). A zatem, nawet w przypadku gdyby oferta Odwołującego 1 nie została sklasyfikowana na miejscu pierwszym, to fakt, przesunięcia się w kolejności najwyżej ocenianych wykonawców, zwiększa jego szanse na uzyskanie zamówienia w kontekście faktu, iż dopiero na tym etapie postępowania podmiot najwyżej sklasyfikowany będzie zobowiązany do przedłożenia dokumentów, w trybie art. 26 ustawy Pzp.

Uzasadniając podnoszone zarzuty Odwołujący Alstom wskazał, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem. art 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust 3, art. 87 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołał brzmienie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp podnosząc, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie sprostął obowiązkowi wynikającym z ww. przepisów. Przede wszystkim ustawa wymaga, aby działania Zamawiającego były transparentne, przejrzyste i zrozumiałe dla wszystkich uczestników postępowania, a zatem obowiązek Zamawiającego ukształtowany przez przepisy ustawy polegać musi na ustalaniu jasnych, zrozumiałych i transparentnych zasad postępowania i ich stosowania w toku postępowania. Na etapie badania i oceny ofert zasada przejrzystości winna być realizowana przez Zamawiającego, poprzez podjęcie wszelkich możliwych czynności zmierzających do ustalenia i weryfikacji złożonych ofert tak, aby mieć pewność, że żadna z ofert nie zawiera błędów, nieścisłości lub nieprawdziwych danych, skutkujących w efekcie wadliwą finalną oceną ofert. W przypadku zatem, tak skomplikowanego pod względem technicznym zamówienia, gdzie niezwykle istotną rolę pełnią dane wyjściowe oraz

założenia przyjęte dla kalkulacji i w efekcie finalne obliczenia podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (zużycie energii, utrzymanie), obowiązkiem Zamawiającego powinno być wszechstronna analiza wszelkich aspektów złożonych mu ofert, a także możliwych wątpliwości, w tym także zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystąpienie o udzielenie stosowanych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, iż art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego oczywisty obowiązek prowadzenia postępowania tak, aby zapewnić odpowiednie stosowanie przepisów ustawy Pzp. Przepisy ustawy to w większości zasady bezwzględnego stosowania, które powinny być ściśle realizowane, zaś każde odejście od nich lub ich naruszenie może prowadzić lub bezpośrednio prowadzi do wyboru oferty, która nie jest obiektywnie najkorzystniejsza, co stanowi naruszenie w świetle art.7 ust.3 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu nr 1 Odwołujący Alstom wskazał, iż z niezrozumiałych przyczyn Zamawiający nie przyznał Alstom żadnych punktów w jednym z kryteriów oceny, jakim było kryterium zużycia energii elektrycznej. Należy zaznaczyć, iż kryterium to stanowiło aż 24% kryterium oceny ofert i miało decydujący wpływ na wyniki postępowania. Bezzasadny brak przyznania Odwołującemu 1 punktacji w tym zakresie doprowadził w efekcie do uplasowania Alstom na 5 miejscu w rankingu przetargu, podczas gdy prawidłowa ocena przez Zamawiającego tego kryterium oferty Odwołującego 1 i przyznanie 23,29 punktów doprowadziłaby do uplasowania Alstom na co najmniej 3 miejscu w ramach oceny ofert. Odwołujący podniósł także, iż w tej konkretnej sytuacji, biorąc pod uwagę treść wzoru przyjętego dla kalkulacji kryterium zużycia energii nie ma matematycznej możliwości, aby wynik obliczeń (przyjmując nawet skrajnie niekorzystną wartość podaną ewentualnie przez Odwołującego 1 w treści oferty) dał wynik 0. Jedynie bowiem przemnożenie liczby 0 i liczby punktów 24 (maksymalna ilość punktów do uzyskania w ramach wzoru gdzie $E=(E_{min}/E_b)*24$ pkt) może dać wynik 0, a to mogłoby nastąpić jedynie w sytuacji, gdyby oferta Alstom była niezgodna z SIWZ, a taka przecież nie jest, skoro nie została odrzucona. W tym kontekście zakładając, że ocena Zamawiającego nie jest zwykłym błędem rachunkowym, niezrozumiałe jest dla Odwołującego 1, dlaczego Zamawiający mając jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące tej części oferty Odwołującego 1 uchybił zasadzie przejrzystości postępowania i swoich wątpliwości nie rozstrzygnął poprzez ich wyjaśnienie z Odwołującym. W efekcie w przedmiotowym postępowaniu zaniechanie przez Zamawiającego stosowania zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji, poprzez niezrozumiałe przyznanie Alstom 0 punktów za zużycie energii, doprowadziło do praktycznego, niezgodnego z przepisami ustawy, pozbawienia możliwości Odwołującego 1 ubiegania się o zamówienie.

Uzasadniając zarzut dotyczący systemu utrzymania pojazdu Odwołujący 1 przytoczył treść Załącznika nr 1 pkt 13 do Specyfikacji Technicznej („ST”), a celem obrazowego

wyjaśnienia zarzutów i wykazania niezgodności z powyższym zapisem SIWZ, planów utrzymania Konsorcjum Škoda oraz Stadler, Odwołujący 1 przygotował zestawienie tabelaryczne planów utrzymania tych wykonawców z planem utrzymania Konsorcjum Siemens Mobility Sp. z o.o., Siemens Mobility GmbH oraz Newag S.A. (dalej jako „Konsorcjum Siemens, Newag”). Odwołujący 1 wyjaśnił, iż w kolumnie 2 przedstawione zostały możliwe przebiegi pojazdów Zamawiającego w czasie podanym w kolumnie 1, przy założeniu prędkości handlowej 35km/h na godzinę, zgodnie z pkt. 3.5.13 załącznika 1b do ST oraz realnie założonym dziennym czasem eksploatacji w wymiarze 16h (19-21h to czas dziennej pracy pociągów metra zgodnie z aktualnym rozkładem jazdy). Ponieważ czasy międzyprzebiegowe w ofercie Konsorcjum Siemens, Newag nie były dostępne w udostępnionych dokumentach przetargowych, założone zostały czasy podane na stronach Zamawiającego dla pojazdów Inspiro eksploatowanych obecnie przez Metro Warszawskie. Zielone pola wskazują na poziomy utrzymania P3, dla których obowiązuje limit kilometrów i limit czasu. Dla poziomów P1 i P2, dla których wymagane było podanie tylko limitu czasowego, zostały wyliczone proporcjonalne limity kilometrów, celem wykazania niezgodności założonych współczynników z wymaganiami SIWZ. Przebiegi te zostały obliczone odpowiednio i proporcjonalnie w stosunku do poziomu P3 podanego przez wykonawcę, z zachowaniem wymaganej przez SIWZ korelacji liniowej dla poszczególnych poziomów utrzymania. Opracowane zestawienie w ocenie Odwołującego Alstom prowadzi do następujących wniosków:

- Konsorcjum Siemens, Newag ustala okresy przeglądowe w sposób realny, który gwarantuje, że przy eksploatacji pojazdów zgodnie z ich przeznaczeniem, nigdy nie zostanie przekroczony założony przebieg kilometrów przed przeglądem utrzymaniowym - co gwarantuje bezpieczną eksploatację i wskazuje, iż plan przeglądów został opracowany na realnych danych i nie będzie zmieniany w trakcie eksploatacji pojazdów. Również konstrukcja planu wskazuje na to, że współczynniki korelacji liniowej nie ulegną zmianie w trakcie eksploatacji pojazdów.
- Konsorcjum Škoda podaje plan utrzymania, który po analizie wskazuje, iż jest niezgodny z SIWZ i wymogiem Zamawiającego przytoczonym na wstępie tego punktu odnośnie korelacji liniowej pomiędzy wydłużaniem przebiegów i okresów międzyprzebiegowych. Z powyższej tabeli wynika bowiem, że przy przyjętych przebiegach w kolumnie 2, przegląd P3 może zostać wykonany 11 dni po przeglądzie P2, a powinien to być okres 17,47 miesięcy. Plan ten nie zachowuje zatem korelacji wymaganej w SIWZ przez Zamawiającego, w konfrontacji z możliwym i realnym planem eksploatacji pojazdów przez Zamawiającego. Podany okres przeglądowy wskazuje również, iż wydłużone okresy przeglądowe P1 i P2, miały na celu uzyskanie maksymalnej ilości punktów, a plan przeglądów ułożony na tym schemacie nie jest realny i w trakcie eksploatacji zostanie

zmieniony, gdyż szybciej zostanie osiągnięty limit kilometrów, niż podane czasy poziomów od P3 do P5. W efekcie nie zostanie zatem zachowany współczynnik korelacji liniowej wymagany w SIWZ przez Zamawiającego. Zgodnie z przytoczonym planem utrzymania wykonawca twierdzi, że pojazd po naprawie P5 po 46 latach i 7 miesiącach, może być eksploatowany przez kolejne 46 lat i 7 miesięcy, gdyż 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, dalej jako „RMI”), poziom P5 służy do wykonania: „Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta”. Biorąc to pod uwagę, zdaniem Alstom, należy przyjąć, iż Konsorcjum Škoda deklaruje czas życia pojazdu na 93 lata i 2 miesiące, co jest oczywistą nieprawdą. Co więcej, z takiego planu utrzymania wynika, iż poziom naprawy P5 wykonywany jest na końcu życia pojazdu przed jego złomowaniem.

- Stadler podaje plan utrzymania, który po analizie wskazuje, że również on jest niezgodny z SIWZ i wymogiem Zamawiającego przytoczonym na wstępie tego punktu w zakresie korelacji liniowej pomiędzy wydłużaniem przebiegów i okresów międzyprzeładowych. Z tabeli przedstawionej w odwołaniu wynika bowiem, że przegląd P3 może zostać wykonany po 10 dniach po przeglądzie P2, a powinien to być okres 12 miesięcy przy założeniach z kolumny „przebieg pojazdu” - kolumna nr 2. Plan ten nie zachowuje więc korelacji wymaganej w SIWZ przez Zamawiającego w konfrontacji z możliwym i realnym planem eksploatacji pojazdów przez Zamawiającego. Podany okres przeglądowy wskazuje również, iż wydłużony okres przeglądowy P2, miał na celu uzyskanie maksymalnej ilości punktów, a plan przeglądów ułożony na tym schemacie nie jest realny i w trakcie eksploatacji zostanie zmieniony, gdyż szybciej zostanie osiągnięty limit kilometrów, niż podane czasy poziomów od P3 do P5, co z kolei będzie skutkowało brakiem zachowania współczynnika korelacji liniowej wymaganego w SIWZ. Zgodnie z przytoczonym planem utrzymania wykonawca twierdzi, że pojazd po naprawie P5 po 32 latach, może być eksploatowany przez kolejne 32 lata, gdyż zgodnie z RMI poziom utrzymania P5 służy do wykonania: „Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta.” Biorąc to pod uwagę, zdaniem Odwołującego 1, należy przyjąć, iż Stadler deklaruje czas życia pojazdu na 64 lata, co podobnie, jak w przypadku Konsorcjum Škoda jest oczywistą nieprawdą. Co więcej, z takiego planu utrzymania wynika, że poziom naprawy P5 wykonywany jest na końcu życia pojazdu przed jego złomowaniem.

Z przytoczonych argumentów w ocenie Odwołującego Alstom wynika więc bezspornie, iż

plany utrzymania podane przez Konsorcjum Škoda oraz Stadler zostały z naruszeniem warunków SIWZ zmodyfikowane na potrzeby przetargu w celu uzyskania większej ilości punktów. W realnej eksploatacji plany te musiałyby zostać zmienione podnosząc koszty utrzymania pojazdów. Odwołujący 1 podkreślił, iż wykazał również, że nie spełniają one wymogu Zamawiającego o zachowaniu korelacji liniowej przy zwiększaniu czasów i przebiegów pomiędzy poziomami utrzymania, co oznacza, że oferty tych wykonawców, jako niezgodne z SIWZ powinny zostać odrzucone. Odwołujący 1 ponadto zauważył, że operator taki jak Zamawiający, co do zasady, dąży do jak najbardziej efektywnego wykorzystania posiadanej floty pociągów metra - co oznacza zwiększanie, a nie zmniejszanie ich przebiegów rocznych. Tylko bowiem jeżdżące pojazdy generują zysk i pozwalają na realizację obowiązków statutowych Zamawiającego w postaci zapewnienia mieszkańcom Warszawy szybkiego i dostępnego transportu publicznego.

Sygn akt KIO 1290/18

W dniu 29 czerwca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej „Odwołujący 2” lub „Konsorcjum Siemens, Newag”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających w szczególności na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Škoda mimo, iż oferta ta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona;
2. zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców Stadler, Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. (dalej jako „CAF”), Alstom;
3. prowadzeniu niedopuszczanych negocjacji treści oferty CAF;
4. zaniechaniu uzupełnienia dokumentów z oferty Konsorcjum Škoda potwierdzających spełnienie warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej;
5. zaniechaniu poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego 2.

Odwołujący 2 zrzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie:

1. Art. 91 ust 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Škoda i wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi i sprzeczne ze stanem techniki dane w zakresie systemu utrzymania pojazdu,
2. art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez nieprawidłową ocenę oferty Stadler, mimo iż jest niezgodna z SIWZ i podlega

- odrzućeniu, ponieważ zawiera niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi i sprzeczne ze stanem techniki dane w zakresie systemu utrzymania pojazdu,
3. art 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Škoda i wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż przedmiotowa oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzućeniu, ponieważ zawiera nierealne i sprzeczne ze stanem techniki dane zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu,
 4. art. 26 ust. 2f w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Škoda do złożenia aktualnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, mimo iż Zamawiający w trakcie postępowania powinien powziąć uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, a co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która powinna być przestrzegana na każdym etapie postępowania,
 5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Škoda do złożenia wyjaśnień w zakresie referencji Czeskich Kolei Państwowych oraz zaniechania weryfikacji, czy z uwagi na powszechnie dostępne informacje o wadach pojazdów InterPanter referencje nadal pozostają aktualne, mimo iż Zamawiający mógł w trakcie postępowania powziąć informacje uzasadniające wezwanie do wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia referencji;
 6. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Stadler i zaniechanie jej odrzućenia, mimo iż przedmiotowa oferta jest niezgodna z SIWZ, zawiera dane nierealne i sprzeczne ze stanem techniki w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu;
 7. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty CAF, ponieważ wbrew wymaganiom SIWZ, wykonawca nie podał w załączniku „Wstępny plan utrzymania” do oferty danych na temat okresów przeglądowych Przeglądu: P3, P4.1, P4.2, P4.3, P5;
 8. art 87 ust. 1 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji dotyczących treści oferty CAF w zakresie okresów międzyprzeglądowych/międzynaprawczych (P3-P5) w wyniku czego doszło do zaniechania odrzućenia oferty CAF;
 9. art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Alstom i zaniechanie jej odrzućenia, mimo iż przedmiotowa oferta jest niezgodna z SIWZ, ponieważ zawiera nierealne i sprzeczne ze stanem techniki dane w zakresie zużycia energii i masy pojazdu;
 10. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oferty Odwołującego 2

w trybie oczywistej omyłki rachunkowej dotyczącej masy pojazdu obciążonego nominalnie mimo istnienia podstaw do jej poprawienia;

11. art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „k.c.”) poprzez zaniechanie odrzucenia nieważnej oferty Škoda, Stadler i Alstom, których wykonawcy oferują świadczenie niemożliwe w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu;
12. art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez złożenie oferty przez Škoda, Stadler i Alstom stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez oferowanie świadczeń niemożliwych w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu a w odniesieniu do ofert Skody i Stadler - w zakresie systemu utrzymania pojazdu.
13. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stadler z powodu niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie nieprawidłowego określenia czasookresu względem pierwszego poziomu utrzymania w schemacie cyklu przeglądowo - naprawczego.

Z uwagi na ww. zarzuty Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Škoda;
2. dokonanie ponownej oceny ofert;
3. odrzucenie oferty Konsorcjum Škoda;
4. odrzucenie oferty Stadler;
5. odrzucenie oferty CAF;
6. odrzucenie oferty Alstom;
7. poprawienie oczywistej omyłki w ofercie Odwołującego 2 w trybie 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczącej masy pojazdu obciążonego nominalnie w taki sposób, że jest wpisana masa: 267 214 kg, a powinna być: 263 340 kg;
8. wybór oferty Odwołującego 2, jako oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania.

Ewentualnie Odwołujący 2 wniósł o:

9. wezwanie Konsorcjum Škoda do złożenia aktualnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Ponadto Odwołujący 2 wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki i kolejnictwa na następujące okoliczności:

- a) ustalenia, czy podane przez Konsorcjum Škoda wartości w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu są zgodne z SIWZ, z obecnym stanem techniki i czy są realne, przy zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Škoda na podstawie całej dokumentacji postępowania,
- b) ustalenia, czy podane przez Stadler wartości w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu są zgodne z SIWZ, z obecnym stanem techniki i czy są realne, przy zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa Stadler, na podstawie całej dokumentacji postępowania,
- c) ustalenia, czy podane przez Alstom wartości w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu są zgodne z SIWZ, z obecnym stanem techniki i czy są realne, przy zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa Alstom, na podstawie całej dokumentacji postępowania;

oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kolejnictwa na następujące okoliczności:

- a) ustalenia, czy podane przez Konsorcjum Škoda dane w zakresie systemu utrzymania pojazdu są zgodne z SIWZ, z obecnym stanem techniki i czy są realne przy zachowaniu tajemnicy Konsorcjum Škoda, na podstawie całej dokumentacji postępowania,
- b) ustalenia, czy podane przez firmę Stadler dane w zakresie systemu utrzymania pojazdu są zgodne z SIWZ, z obecnym stanem techniki i czy są realne przy zachowaniu tajemnicy przedsiębiorstwa Stadler na podstawie całej dokumentacji postępowania.

Uzasadniając spełnienie materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Konsorcjum Siemens, Newag wskazało, iż złożyło ofertę, która jako jedyna nie podlega odrzuceniu i powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejsza w postępowaniu. Brak odrzucenia ofert wykonawców, którzy uzyskali wyższą ilość punktów niż Odwołujący 2 według kryteriów oceny ofert - Konsorcjum Škoda, Stadler, CAF, może skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego 2. Odwołujący 2 wskazał ponadto, iż biorąc pod uwagę okoliczność utajnienia przyczyn nieprzyznania punktów za wszystkie kryteria wykonawcy Alstom, którego oferta została oceniona z tego powodu jako mniej korzystna niż oferta Odwołującego 2 i w przypadku zmiany tej oceny przez Zamawiającego, to niepodniesienie na obecnym etapie wszystkich zarzutów w stosunku do tej oferty, skutkowałoby brakiem możliwości skutecznego podniesienia tych zarzutów na dalszym etapie postępowania (zasada koncentracji środków odwoławczych). W konsekwencji zaniechanie złożenia odwołania względem wszystkich zarzutów w ofertach wykonawców pozbawiłoby Odwołującego 2 możliwości ochrony jego interesu w uzyskaniu

zamówienia na ewentualnym, dalszym etapie postępowania. Natomiast, gdyby po dokonaniu ponownej oceny ofert i odrzuceniu ofert wykonawców niezgodnych z treścią SIWZ, Zamawiający nie miał możliwości zwiększenia środków, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i postanowił unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że nieudzielenie zamówienia tj. unieważnienie postępowania, spowoduje, że Zamawiający będzie zmuszony do ponownego przeprowadzenia postępowania przetargowego, co da Odwołującemu 2 szansę na uzyskanie danego zamówienia. Odwołujący 2 powołał się również w tym zakresie na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w szczególności wyrok z dnia 11 maja 2017 r. (sygn. C- 131/16).

Uzasadniając zarzut nr 1 i 2 dotyczący systemu utrzymania pojazdu w ofertach Konsorcjum Škoda oraz Stadler, Odwołujący 2 przedstawił tabele odzwierciedlające cykl przeglądowo-naprawczy zadeklarowany w ofertach wykonawców. W ocenie Odwołującego 2 zawarte w ofertach schematy cykli przeglądowo-naprawczych wartości mogą wprowadzać Zamawiającego w błąd mając na celu zyskanie nieuprawnionej liczby punktów w kryterium systemu utrzymania pojazdu. W zakresie deklaracji złożonych przez Wykonawcę Škoda Konsorcjum Siemens, Newag wskazało, iż deklarowany 131-dniowy okres pomiędzy przeglądami pierwszego poziomu utrzymania (P1), jest niespotykany na europejskim rynku kolejowym i nie zapewnia zachowania niezbędnego poziomu bezpieczeństwa pojazdu. Natomiast z perspektywy bezpieczeństwa pojazdu, określenie struktury systemu utrzymania pojazdu musi być poparte doświadczeniem eksploatacyjnym na rynku zgodnym z regulacjami europejskiego systemu prawnego.

Odwołujący 2 zauważył, że pierwszy poziom utrzymania zgodnie z Załącznikiem 3 do RMI ogranicza się do prostych czynności takich jak oględziny stanu pojazdu i uzupełnienie materiałów eksploatacyjnych. W ocenie Odwołującego 2 należy zwrócić szczególną uwagę, że zgodnie z ofertą firmy Konsorcjum Škoda, na przykład odbierak prądu w zakresie oceny stanu zużycia nakładki odbieraka czy jego ogólnego stanu, będzie przez 131 dni poza jakąkolwiek kontrolą. Potwierdzeniem nieprawidłowości tej wartości (131 dni) są wartości zadeklarowane przez innych wykonawców posiadających doświadczenie we współpracy z dostawcami podzespołów dla pojazdów metra (Alstom - 91 dni; CAF - 46 dni). W zakresie drugiego poziomu utrzymania (P2), zgodnie z Załącznikiem 3 do RMI, znajdują się takie czynności jak sprawdzenie poprawności geometrii zestawu kołowego. Przyjmując dla oferty Konsorcjum Škoda roczny przebieg na poziomie 105 000 km, dla wartości 17,47 miesiąca uzyskamy przebieg na poziomie 152 863 km, zaś uwzględniając rzeczywiste możliwe roczne przebiegi uzyskiwane przez pojazdy metra można szacować, że rzeczywisty przebieg do przeglądu drugiego poziomu utrzymania (P2) wyniesie nawet do 200 000 km. Tak duże

przebiegi pomiędzy weryfikacją podstawowych parametrów geometrii kół stanowią poważne zagrożenie i mogą być powodem wykolejenia pociągu. Zatem podana częstotliwość przeglądów dla tego poziomu utrzymania jest stanowczo niemożliwa do dotrzymania bez znacznego negatywnego wpływu na bezpieczeństwo. Analiza wartości zadeklarowanej przez firmę Škoda, jak również firmę Stadler, wskazuje że zostały one zaproponowane w celu uzyskania wyższej wartości punktowej, bez należytego poziomu bezpieczeństwa i nie mają odniesienia do praktyki.

W zakresie trzeciego poziomu utrzymania (P3), zgodnie z Załącznikiem 3 do RMI, znajdują się bardziej szczegółowe czynności utrzymaniowe, które wymagają czasowego wyłączenia pojazdu kolejowego z planowanej eksploatacji, takie jak np. dokładny przegląd i czyszczenie ochronnika przepięć czy izolatorów odbieraka prądu. Konsorcjum Škoda w swojej propozycji systemu utrzymania zaproponowało wykonywanie takich czynności po 2,86 latach zaś firma Stadler po 2 latach eksploatacji. Odwołujący 2 zauważył, że przykładowo wymienione czynności są ściśle związane z bezpieczeństwem pojazdu kolejowego i wykonanie ich rzadziej niż co roku stanowi poważne zagrożenie prowadzące nawet do powstania pożaru. W zakresie piątego poziomu utrzymania (P5), zgodnie z Załącznikiem 3 do RMI, stanowiącego równoważnik dawnej naprawy głównej, znajdują się czynności doprowadzające do uzyskania pojazdu o parametrach zgodnych z pojazdem nowym. Zatem dla wartości podanych przez Konsorcjum Škoda należy zauważyć, że ten poziom naprawy wypadnie po ponad 45 latach. Stąd żywotność pojazdu zgodnie z ofertą firmy Škoda będzie na poziomie 92 lat. Biorąc pod uwagę właściwości fizyczne materiałów używanych w kolejnictwie, nie ma możliwości budowy nowoczesnego pojazdu kolejowego którego kluczowe zespoły (pudło wagonu, rama wózka) będą odporne na liczbę cykli obciążeń dynamicznych odpowiadającej tak długiej żywotności. Zatem w ocenie Odwołującego 2 wskazana przez Konsorcjum Škoda wartość jest nierealna i niemożliwa do uzyskania.

Stąd, zdaniem Konsorcjum Siemens, Newag, dla właściwej oceny poprawności propozycji systemów utrzymania złożonych przez Konsorcjum Škoda i Stadler konieczne jest powołanie biegłego w zakresie utrzymania pojazdów kolejowych, który potwierdzi nierealność i niezgodność z SIWZ oraz stanem prawnym, zadeklarowanych wartości.

Uzasadniając zarzuty nr 3, 6 i 9 w zakresie zadeklarowanego zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu w ofercie Stadler, Konsorcjum Škoda i Alstom, Odwołujący 2 podniósł, iż Specyfikacja Techniczna precyzyjnie określa przedmiot zamówienia jako elektryczny zespół trakcyjny metra o dokładnie zdefiniowanej liczbie wagonów, wózków, określonych gabarytach zewnętrznych (określając precyzyjnie rozstaw wózków czy rozstaw zestawów kołowych w obrębie wózka), liczbie i szerokości drzwi oraz wymaganej pojemności pojazdu. ST określa też wymogi odnośnie układu napędowego oraz osiągniętych prędkości

i przyspieszeń. Tym samym wykonawcy nie mają dużej swobody w proponowaniu różnych konstrukcji, muszą ściśle dopasować się do wymagań Zamawiającego. Zatem pojazdy proponowane przez różnych wykonawców, o ile będą wykonane zgodnie ze sztuką i z zastosowaniem najnowszych dostępnych technologii, będą posiadały podobną charakterystykę zewnętrzną, a co za tym idzie, będą podobnie zachowywać się podczas przejazdu po odcinku referencyjnym. Czyli pod względem parametrów fizycznych produkty różnych wykonawców będą ekwiwalentne. Jednocześnie Odwołujący 2 podniósł, iż Zamawiający precyzyjnie określił (w załączniku nr 1.7 do ST) wymagania odnośnie przejazdu teoretycznego. Tym samym Zamawiający zdefiniował krzywą przebiegu dla obliczeń symulacyjnych. Zatem wykonując obliczenia symulacyjne, każdy z wykonawców był obowiązany ściśle zastosować się do określonych zasad. Zatem symulacja przejazdu wedle założonego cyklu dla pojazdów o zbliżonej konstrukcji, zdaniem Konsorcjum Siemens, Newag musi skutkować porównywalnymi wynikami o dużej zależności zużycia energii względem masy pojazdu.

Odwołujący 2 podniósł, iż wykonując obliczenia jaką masę musiałyby mieć pojazdy dla zadeklarowanego zużycia energii przez firmy Stadler, Alstom oraz Konsorcjum Škoda można uzyskać wynik, który wskazuje na nierealność wyników symulacji wymienionych firm. Dla każdego z wymienionych przypadków zużycia energii masa pojazdu musiałaby być znacząco (o co najmniej kilkadziesiąt ton) mniejsza niż zadeklarowana przez wykonawców. Osiągnięcie tak niskiego zużycia energii jak zadeklarowane przez firmy Stadler (50,55 kWh/256,78 t), Alstom (52,1 kWh/283 t) czy Konsorcjum Škoda (55,80 kWh/265,4 t) wymagałoby masy pustego pojazdu na niemożliwym do osiągnięcia przy obecnym stanie techniki, bardzo niskim poziomie. Dla weryfikacji poprawności wyników symulacji, Konsorcjum Siemens, Newag wniosło o powołanie biegłego w zakresie obliczeń energetycznych dla elektrycznych pojazdów trakcyjnych, który posiadając pełny wgląd do złożonych ofert dokona analizy poprawności zadeklarowanych wartości zużycia energii i masy pojazdów. Tym samym biegły będzie w stanie określić, prawdziwość złożonych ofert pod względem zadeklarowanych wartości energetycznych w odniesieniu do oferowanej masy pojazdu.

Uzasadniając zarzut nr 4 dotyczący warunku finansowego w ofercie Škoda, Odwołujący 2 podniósł, iż 9 stycznia 2018 r. Škoda wniosła skargę od wyroku KIO z 13 grudnia 2017, o sygn. KIO 2421/17 wraz z wnioskiem o zwolnienie z kosztów sądowych. Škoda uzasadniała swój wniosek tym, że nie posiada dostatecznych środków na poniesienie kosztów w postępowaniu sądowym oraz że nie jest w stanie uiścić opłaty sądowej w wysokości 75.000 zł bez uszczerbku dla bieżącego funkcjonowania przedsiębiorstwa. Z kolei, dnia 9 maja 2017 r., na rozprawie przed Sądem Okręgowym, pełnomocnik Konsorcjum Škoda wniósł o

wyznaczenie terminu kolejnej rozprawy przed upływem terminu ważności gwarancji wadialnej Konsorcjum Škoda, argumentując, że przedłużenie gwarancji wadialnej łączy się z wysokimi kosztami, których Škoda nie chce ponosić. W dniu 12 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Škoda do złożenia oświadczeń i dokumentów poświadczających oświadczenia zawarte w JEDZ. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum Škoda złożyło referencję bankową z dnia 13 lutego 2018 r., potwierdzającą wysokość przyznanej linii kredytowej. Przed przekazaniem wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie wzywał Skody do złożenia aktualnych dokumentów potwierdzających wymaganą w SIWZ zdolność finansową.

W ocenie Odwołującego 2, z uwagi na informacje przekazywane przez Konsorcjum Škoda w toku postępowania świadczące o trudnej sytuacji finansowej przedsiębiorcy, Zamawiający powinien był przed wyborem oferty najkorzystniejszej ponownie zweryfikować możliwości spełniania przez Skodę warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej. Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że Konsorcjum Škoda ostatecznie uiszczyło opłatę sądową w wysokości 75.000 zł, niemniej jednak samo wskazywało, że uiszczenie 75.000 zł nie jest obojętne dla bieżącego funkcjonowania przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę skalę zamówienia i jego wartość, a także cash-flow niezbędny do wykonania zamówienia, powyżej wskazane twierdzenia Konsorcjum Škoda i wynikające z tych okoliczności konsekwencje np. konieczność zwiększenia rezerwy spółki, mogą budzić uzasadnione wątpliwości, co do obecnej sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Odwołujący 2 wskazał, że ze względu na strukturę finansowania projektu przewidzianą przez Zamawiającego tj. zaliczka w wysokości 10% wartości przedmiotu zamówienia brutto, pozostałe 90% wartości przedmiotu zamówienia płatne jest po dokonaniu protokolarnego odbioru każdego pociągu co oznacza, że przez okres ok. 2 lat wykonawca musi sfinansować 90% wartości umowy oraz ponieść koszty uzyskania finansowania na ten projekt. Oświadczenia Konsorcjum Škoda o niemożności poniesienia kosztów opłaty sądowej w wysokości 75 000 zł, poniesienia kosztów przedłużenia wadium, bez negatywnego wpływu na bieżące funkcjonowanie przedsiębiorstwa, budzą uzasadnione wątpliwości, co do kondycji finansowej tego podmiotu i możliwości realizacji zamówienia pod względem posiadania niezbędnej zdolności finansowej. Wobec powyższych okoliczności, zdaniem Konsorcjum Siemens, Newag zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy bank dysponując powyższymi informacjami wystawiłby referencję bankową o treści takiej, jak referencja bankowa z 13.02.2018 r.

Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, iż złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne ma możliwość na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia aktualnych

dokumentów potwierdzających, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący 2 podniósł, iż Zamawiający w postępowaniu zaniechał wezwania Konsorcjum Škoda do złożenia aktualnej informacji z banku, mimo że w ocenie Odwołującego 2 zachodzą uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia przez Konsorcjum Škoda w zakresie zdolności finansowych. Niewątpliwie, zaniechanie zamawiającego stanowi naruszenie przepisów w zakresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust 1 ustawy Pzp). Konsorcjum Škoda wyraźnie deklarowało, że ponoszenie kosztów postępowania, przedłużenia gwarancji wadialnej, może mieć negatywny wpływ na bieżące funkcjonowanie przedsiębiorstwa. Mimo takich informacji Zamawiający nie podjął żadnych działań, zmierzających do weryfikacji czy Konsorcjum Škoda w istocie jest w stanie zrealizować niniejsze zamówienie pod względem posiadania niezbędnej zdolności finansowej.

Uzasadniając zarzut nr 5 odnoszący się do warunku doświadczenia w ofercie Konsorcjum Škoda, Odwołujący 2 wskazał, iż w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Škoda powołała się na należyte wykonanie zamówienia na rzecz Czeskich Kolei Państwowych w 2016 roku (str. 42 oferty Konsorcjum Škoda, list referencyjny str. 473, 474 odpowiedź na wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów). Natomiast, w prasie czeskiej ukazało się szereg artykułów wskazujących na problemy w użytkowaniu pojazdów, liczne wady pojazdów i konieczność zastępowania pojazdów Skody, starymi składami. W prasie były cytowane wypowiedzi rzeczownika Czeskich Kolei Państwowych, który potwierdzał problemy w użytkowaniu pojazdów Konsorcjum Škoda. W ocenie Odwołującego 2, Zamawiający, jako uczestnik rynku kolejowego powinien wiedzieć o takich zdarzeniach, tym bardziej, że na rynku działa ograniczona liczba producentów pojazdów. Zamawiający w celu należytego prowadzenia postępowania powinien weryfikować informacje i dokumenty przekazywane przez wykonawców, czy to poprzez zobligowanie Wykonawcy do wyjaśnień wątpliwych kwestii czy też weryfikowanie informacji bezpośrednio u wystawcy dokumentu, w tym przypadku wystawcy referencji. Odwołujący 2 podkreślił, że Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Naruszeniem tej zasady jest niezwyfikowanie, czy referencje Czeskich Kolei Państwowych są aktualne i czy nie zostały cofnięte, mimo iż w przestrzeni publicznej dostępne są liczne informacje o wadach pojazdów. Zaniechanie tej czynności może doprowadzić do tego, że zamówienie otrzyma w istocie podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty nr 7 i 8 dotyczące braku okresów przeglądowych w ofercie CAF,

Odwołujący 2 podniósł, iż jednym z kryteriów oceny ofert jest system utrzymania pojazdu. Zgodnie z pkt. 12.1. pkt. 3 zarówno przebiegi jak i okresy pomiędzy przeglądami są przez Zamawiającego punktowane. W pkt 9.5. pkt 5 Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą wykonawcy są zobowiązani złożyć „schemat cyklu przeglądowo-naprawczego zawierający informacje i dane niezbędne dla dokonania przez Zamawiającego oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 12.1. ppkt 3 SIWZ. W strukturze cyklu przeglądowo naprawczego nowego taboru należy zachować zasadę, że możliwość wydłużenia max. przebiegów kilometrażowych międzyprzeglądowych - międzynaprawczych (w stosunku do przedstawionych w załączniku nr 1.8 Specyfikacji Technicznej) jest w korelacji liniowej (o tym samym współczynniku, co dla obecnego taboru) z okresem międzyprzeglądowym/ międzynaprawczym wyrażonym w jednostce czasu, na poszczególnych poziomach utrzymania, w całym cyklu przeglądowo - naprawczym. Dla poziomów utrzymania P1, P2 należy przyjąć wyłącznie kryterium czasowe, bez limitu kilometrów.”

Odwołujący 2 podniósł, iż CAF wraz z ofertą złożył załącznik pn. „Wstępny plan utrzymania pojazdu”, jednak wbrew postanowieniom SIWZ nie wskazał okresów przeglądowych pomiędzy przeglądami P3, P4.1, P4.2, P4.3 P5, a jedynie przebieg, Z uwagi na tę niezgodność z wymogami Zamawiającego oraz niezgodność z Załącznikiem 3 do RMI, w dniu 19 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał CAF do wyjaśnień, jakie są okresy pomiędzy poszczególnymi przeglądami. Treść wyjaśnień nie jest dostępna dla Odwołującego 2, ponieważ została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Konsorcjum Siemens, Newag okresy pomiędzy poszczególnymi przeglądami P3, P4.1, P4.2, P4.3 P5 nie mogą być przedmiotem wyjaśnień, a powinny być podane w ofercie każdego wykonawcy. Wprawdzie Odwołujący 2 nie ma dostępu do wyjaśnień CAF w tym zakresie, jednak uważa, że wyjaśnienia w takiej sytuacji mogą prowadzić do niedozwolonej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści oferty i należy je traktować w istocie, jako negocjacje treści oferty, co na gruncie obowiązujących przepisów jest zakazane. Z uwagi na powyższe należy uznać, że CAF złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, nie zawierającą wymaganych przez Zamawiającego informacji, podlegających ocenie, co skutkować powinno odrzuceniem oferty CAF, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut nr 10 Odwołujący 2 wskazał, iż na skutek oczywistej omyłki rachunkowej w jego ofercie nieprawidłowo została wpisana masa pociągu obciążonego nominalnie w:

- pkt 2 tabeli kol. „parametry deklarowane” załącznika nr 7 - Informacje i dane do oceny w kryterium opisanym w pkt 12.1 ppkt 2) SIWZ (str. 204 oferty Odwołującego).
- pkt 2 tabeli część G kol, „parametry deklarowane” załącznika nr 1 a do SIWZ w ofercie Odwołującego (str. 247 oferty),

w taki sposób, że jest wpisana masa: 267 214 kg, a powinna być: 263 340 kg.

Odwołujący 2 wyjaśnił, że masę pociągu obciążonego nominalnie oblicza się poprzez dodanie do masy pociągu próżnego (bez pasażerów) - pkt 1 załącznika nr 7 do SIWZ w ofercie Odwołującego 2 (str. 204 oferty) „nominalnej pojemności pojazdu (liczby pasażerów) 7 pasażerów na m²” zadeklarowanej przez Odwołującego 2 - pkt 3 części C załącznika nr 1 a do SIWZ w ofercie Odwołującego (str. 238 oferty), przyjmując zgodnie z normą PN-EN 15663:2009, że normatywna masa pasażera wynosi 70 kg. Wyliczenie to jest następujące: $158\,200\text{ kg} + (1502\text{ osób} \times 70\text{ kg}) = 263\,340\text{ kg}$. Wskazana omyłka jest omyłką rachunkową (błąd w obliczeniach matematycznych), jest oczywista i możliwa do poprawienia w oparciu o dane zawarte w samej ofercie. Omyłką rachunkową jest nie tylko omyłka w cenie, ale również w innych wartościach wyrażonych w ofercie liczbowo (wyr. KIO z 30.5.2016 r., KIO 826/16). Zamawiający niezgodnie z przepisami PZP zaniechał poprawienia oczywistej omyłki poprzez wpisanie masy pociągu obciążonego nominalnie zgodnie z powyższym wzorem. W konsekwencji masa ta będzie o kilka ton niższa niż masa nieprawidłowo wpisana. Niepoprawienie tej oczywistej omyłki, zdaniem Odwołującego 2, naruszy zasadę równości i uczciwej konkurencji w związku z tym, że oferty wykonawców zostały ocenione odmiennie, przy przyjęciu tych samych założeń dotyczących sposobu obliczania masy pociągu obciążonego nominalnie.

Uzasadniając zarzut nr 11, Konsorcjum Siemens, Newag wskazało, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Takim odrębnym przepisem jest m. in. art. 387 § 1 k.c., zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Według wykładni tego przepisu istnieje zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można wykonać. Zgodnie z treścią zarzutu nr 3, 6 i 9 zużycie energii względem zadeklarowanej masy pojazdu zaoferowane przez Wykonawców Škoda, Stadler i Alstom są niezgodne z SIWZ, nierealne i sprzeczne ze stanem techniki.

Uzasadniając zarzut nr 12 Odwołujący 2 podniósł, iż czyn nieuczciwej konkurencji stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wskazał, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, za działania godzące w zasadę uczciwej konkurencji uznaje się m.in. oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko, by uzyskać zamówienie (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1059/10). Zgodnie z zarzutem nr 3, 6 i 9 zużycie energii względem zadeklarowanej masy pojazdu zaoferowane przez Wykonawców Konsorcjum Škoda, Stadler i Alstom jest niezgodne z SIWZ, nierealne i sprzeczne ze stanem techniki. Określony przez Konsorcjum Škoda oraz Stadler system utrzymania pojazdu także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ zadeklarowane

parametry są niezgodne z SIWZ, przepisami powszechnie obowiązującymi i sprzeczne ze stanem techniki.

Uzasadniając zarzut nr 13 Odwołujący 2 podniósł, iż Zamawiający wymagał wskazania cyklu przeglądowo-naprawczego P1 w dniach. Natomiast Stadler wskazał, że interwał wykonania przeglądu wynosi 3 miesiące. W związku z tym, że nie określono w treści SIWZ, w jaki sposób należy liczyć terminy określone w innych czasookresach niż w wymaganych dniach to nie ma możliwości ustalenia jaki czasookres został wskazany przez wykonawcę Stadler. Zamawiający nie przyznał wykonawcy punktów za to podkryterium co potwierdza powyższe ustalenia. Jednakże zaniechał on odrzucenia oferty Stadler z powodu niezgodności jego oferty z treścią SIWZ, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp.

Sygn akt KIO 1297/18

W dniu 2 lipca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Škoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie oraz Škoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie (dalej „Odwołujący 3” lub „Konsorcjum Škoda”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- a) przyznaniu ofertom złożonym w postępowaniu, tj. Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag a także wykonawcy Alstom punktacji nieznajdującej oparcia w opisie kryteriów oceny ofert oraz złożonych ofertach,
- b) a także na zaniechaniu wykluczenia z postępowania pozostałych wykonawców, tj. Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag a także wykonawcy Alstom. i zaniechaniu odrzucenia ich ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag a także wykonawcy Alstom, z uwagi na brak określenia w tych ofertach szczegółowego zakresu szkoleń, co było wymagane zgodnie z pkt 3.8 „Wymagania dodatkowe” ppkt 2 załącznika nr 1b do ST, zatytułowanego „Warunki techniczne i parametry techniczne systemów infrastruktury na taborze I i II linii metra - urządzenia automatycznego prowadzenia pojazdów”;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16) i pkt 17) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag, a także wykonawcy Alstom, z uwagi na fakt, iż wykonawcy ci podali oceniane parametry na poziomie, który nie wynika z możliwości oferowanego przedmiotu zamówienia, nie były nigdy podane do publicznej wiadomości, parametrami takimi - jak wskazane w ofertach - nie charakteryzuje się żaden dostępny produkt każdego z tych wykonawców, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie dotyczącym przyznawanej punktacji wykonawcom biorącym udział w postępowaniu;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler jako niezgodnej z SIWZ, w sytuacji, w której powinna ona zostać odrzucona jako sprzeczna z wymogami zawartymi w pkt 9.5 ppkt 5) SIWZ i pkt 9.2 SIWZ w związku z treścią ppkt 1lit. F załącznika nr 1a do ST, przewidującymi konieczność wskazania w ofercie maksymalnego okresu międzyprzeglądowego dla przeglądu P1 w sposób, który umożliwi ocenę oferty w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, w wyniku czego nie jest możliwe dokonanie oceny oferty Stadler w podkryterium P1,
- jako oferta wariantowa, tj. zawierająca różne możliwe do przyjęcia warianty okresu międzyprzeglądowego P1, podczas gdy Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych (pkt 9.2 SIWZ), oraz
naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy Stadler punktacji w Kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu z uwzględnieniem punktów za przegląd P1, podczas gdy Stadler w ramach podkryterium P1 i P2 nie powinien był otrzymać w ogóle punktów ze względu na brak możliwości dokonania oceny w tych podkryteriach;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stadler jako niezgodnej z treścią SIWZ, pomimo że wykonawca ten w ofercie – w schemacie cyklu przeglądowo-naprawczego (str. 97 oferty Stadler) pominął jeden z wymaganych poziomów utrzymania (zamiast wymaganych 7 poziomów utrzymania, tj. P1, P2, P3, P4.1, P4.2, P4.3, P5, zaoferował 6 poziomów, gdyż poziom 4.3 i P5 *de facto* są jednym poziomem), podczas gdy Zamawiający wymagał zaoferowania siedmiu odrębnych poziomów utrzymania (tj. P1, P2, P3, P4.1, P4.2, P4.3, P5);
5. art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Stadler pomimo że wykonawca ten wskazał w ofercie – w schemacie cyklu przeglądowo-naprawczego (str. 97 oferty Stadler) taki sam okres międzyprzeglądowy na poziomie P 4.3 i poziomie P5, co nie jest uzasadnione w świetle wymogów Zamawiającego i zgodne z przepisami RMI;
6. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przyznanie Konsorcjum Škoda w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, w sposób niezrozumiały i nieuzasadniony, zbyt małej ilości punktów, tj. 21,88 pkt, podczas gdy Odwołujący 3 powinien był uzyskać w tym kryterium, w tym w ramach wszystkich podkryteriów (P1+P2+P3+P4.1+P4.2+P4.3+P4.4.) maksymalną ilość punktów, tj. 22 pkt;
7. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez przyznanie ofertom wykonawców: Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens Newag., a także wykonawcy Alstom w kryteriach oceny ofert nr 2 - zużycie energii elektrycznej, nr 3 - system utrzymania

pojazdu, zbyt dużej ilości punktów, podczas gdy przyznana tym wykonawcom punktacja nie wynikała ze złożonych przez nich ofert w związku z opisem tych kryteriów.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. wykluczenia z postępowania wykonawców: Stadler, CAF Konsorcjum Siemens, Newag, Alstom;
2. odrzucenia ofert ww. wykonawców;
ewentualnie
3. nakazanie ponownego badania i oceny ofert ww. wykonawców z uwzględnieniem konieczności weryfikacji i zmniejszenia przyznanej tym wykonawcom punktacji.

Uzasadniając spełnienie materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Konsorcjum Škoda wskazało, iż Zamawiający dokonał w postępowaniu kwestionowanych odwołaniem czynności polegających na przyznaniu w sposób błędny punktacji złożonym w postępowaniu ofertom, w wyniku czego pozostałym wykonawcom zawyżono punktację. Zamawiający ponadto zaniechał wykluczenia tych wykonawców i zaniechał odrzucenia ofert innych wykonawców. W przypadku wniesienia odwołań przez pozostałych wykonawców na wybór oferty Odwołującego 3, zmierzających do przyznania Odwołującemu 3 mniejszej ilości punktów i/lub odrzucenia jego oferty, interes Odwołującego 3 nie będzie chroniony w wystarczającym zakresie, ponieważ instytucja przystąpienia pozwala na wyrażanie stanowiska wyłącznie względem zarzutów podnoszonych w odwołaniach, a tymczasem w postępowaniu zaistniały podstawy do wniesienia odwołania na czynności Zamawiającego podjęte względem ofert sklasyfikowanych na pozycjach dalszych niż pierwsza oraz względem oferty Odwołującego 3 w zakresie przyznania mu zbyt niskiej punktacji. Zatem interes wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie będzie mógł być w pełni zabezpieczony jedynie w drodze dokonanego zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego. Nieskorzystanie tym samym z przysługujących środków ochrony prawnej przez Odwołującego 3 na obecnym etapie postępowania może doprowadzić do tego, że poniesie on szkodę wyrażającą się w utracie uzyskania zamówienia.

Konsorcjum Škoda wskazało ponadto, iż za uznaniem posiadania przez nie interesu przemawia dodatkowo obowiązek Zamawiającego rozpatrzenia wszystkich ofert z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, obligujący go do odrzucenia pozostałych ofert, a także wynikająca z ustawy Pzp (przepisów dotyczących terminów na wniesienie odwołania) zasada koncentracji środków odwoławczych. Zasada ta wymaga także od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, podnoszenia zarzutów wobec czynności zamawiającego (względem pozostałych ofert czy własnej oferty w zakresie

zaniżenia jej punktacji) w pierwszym możliwym terminie liczonym od powzięcia informacji o podstawie kwestionowanych czynności - art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Celem tej regulacji jest to, by zamawiający dysponował pełną wiedzą co do ewentualnych zarzutów w stosunku do podjętych przez siebie decyzji w możliwie najwcześniejszym momencie. Decyzje te muszą być podejmowane zawsze zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a jeśli jest lub może być inaczej, informacja/zarzut w tym zakresie i rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę powinno się odbywać na najwcześniejszym etapie. W przypadku, gdyby uznać, że Odwołujący 3 nie ma interesu we wniesieniu odwołania, na obecnym etapie istnieje poważne ryzyko, że zarzuty postawione przez niego na późniejszym etapie postępowania zostaną uznane za spóźnione, a odwołanie będzie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp jako wniesione po terminie. Brak wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy Pzp skutkuje brakiem możliwości podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych w niniejszym odwołaniu na późniejszym etapie prowadzonego postępowania, co powoduje, iż obecne naruszenia nie będą mogły zostać skorygowane w późniejszym etapie postępowania. Odwołujący 3 powołał się w tym zakresie na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, jak również na wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 245/15 oraz postanowienie KIO z dnia 11 maja 2011 r., sygn. akt KIO 932/11.

Uzasadniając zarzuty dotyczące niewłaściwego przyznania przez Zamawiającego punktów w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, tj. zaniżenia punktacji przyznanej Konsorcjum Škoda oraz podania przez wykonawców informacji istotnych dla tego kryterium niewynikających z możliwości oferowanego przez nich sprzętu, Odwołujący 3 przytoczył sposób oceny ofert wykonawców w ramach ww. kryterium wynikający z punktu 12.1 SIWZ. Powołał się również na brzmienie Załącznika nr 1.8. do Specyfikacji Technicznej, z którego wynika długość okresów utrzymania w ramach poszczególnych poziomów utrzymania. Wskazał, iż punktacja oferty w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu stanowi sumę punktów za poszczególne podkryteria (P1+P2+P3+P4.2+P3.3+P5), dotyczące maksymalnych czasookresów między poszczególnymi poziomami utrzymania (tj. przeglądami/naprawami) w ramach cyklu przeglądowo-naprawczego. Opis kryterium nr 3 odwołuje się do Załącznika nr 1a do ST, zatytułowanego „Zestawienie podstawowych wymagań i parametrów techniczno-eksploatacyjnych taboru metra dla I i II linii metra”. W części F tego załącznika wykonawcy mieli podać parametry systemu obsługi taboru. W ppkt 1 części F w ofercie należało wskazać (zgodnie z opisem tego podpunktu) „Zakładane przeglądy poziomu utrzymania P1, P2, P3 i naprawy poziomu utrzymania P4.1, P4.2, P4.3 oraz P5 w cyklu przeglądowo - naprawczym.” Pouczenie do podpunktu 1 wskazywało, że „strukturę cyklu przeglądowo- naprawczego wyraża się w km i jednostkach czasu. Dla poziomu utrzymania 3, 4 i 5 (przeгляд P3 naprawy P4 i P5) należy podać wartości

maksymalne (w km i jednostce czasu). Dla poziomu utrzymania 1 oraz 2 (przeeglądy P1 i P2) tylko w jednostce czasu. Jeśli kryterium będzie tylko czas eksploatacji to należy podać, jako wartość wynikową również przebieg międzyprzeoglądowy/ międzynaprawczy w km, przy założonym określonym przebiegu dobowym pociągu.” Odwołujący 3 podniósł ponadto, iż zgodnie z pkt 9.5 ppkt 5 SIWZ wykonawcy wraz z ofertą mieli złożyć w celu oceny w ramach kryterium nr 3 schemat cyklu przeoglądowo-naprawczego. Przedstawione przez wykonawców w ofertach schematy cyklu przeoglądowo- naprawczego podlegały ocenie Zamawiającego w kryterium nr 3.

Konsorcjum Škoda wskazało, iż w wyniku dokonanego badania i oceny jego oferty w kryterium nr 3 w sposób niezrozumiały i nieuzasadniony przyznano mu zbyt małą ilość punktów, tj. 21,88 pkt. Odwołujący 3 tymczasem powinien był uzyskać w tym kryterium (P1+P2+P3+P4.1+P4.2+P4.3+P4.4.), maksymalną ilość punktów, tj. 22 pkt. Decyzja Zamawiającego jest o tyle niezrozumiała, że w każdym z podkryteriów Odwołujący 3 powinien dostać maksymalną ilość punktów. W wyniku zaniechania przyznania Konsorcjum Škoda maksymalnej liczby punktów w kryterium nr 3, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe znajduje uzasadnienie w ofercie złożonej przez Odwołującego 3, a dokładnie w treści schematu cyklu przeoglądowo-naprawczego, zawartego na str. 93 i 94 oferty Odwołującego 3 (wykaz pozostaje częściowo objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Ponadto Konsorcjum Škoda podkreśliło, że dane w odniesieniu do poszczególnych poziomów utrzymania (przeoglądu/naprawy) – P1, P2, P3, P4.1, P4.2, P4.3 oraz P5, dotyczące cyklu przeoglądowo-naprawczego, wskazane przez wykonawców Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag, a także wykonawcę Alstom zostały przedstawione jedynie w celu uzyskania możliwie największej liczby punktów. Punktowany był maksymalny okres między danymi przeoglądami dotyczącymi konkretnych poziomów przeoglądu/naprawy, stąd wykonawcy ci uwzględniali w swoich ofertach parametry niemożliwe do dotrzymania. Wykazywane przez tych wykonawców długości okresów międzyprzeoglądowych należy uznać za nierealne w zakresie oferowanego przez tych wykonawców taboru, z uwzględnieniem dostępnej wiedzy technicznej oraz dostępnej technologii oferowanej przez tych wykonawców. Odwołujący 3 zauważył, że wykonawcy ci parametry te oferują po raz pierwszy w postępowaniu, co dodatkowo podkreśla ich niewiarygodność. Podkreślił, że dane wskazywane przez wymienionych wykonawców dotyczące systemu utrzymania pojazdów powinny podlegać szczegółowej weryfikacji służb technicznych Zamawiającego - gdyby taka weryfikacja została dokonana, wykonawcy ci podlegaliby wykluczeniu z postępowania w związku z tym, że deklarowane w ich ofertach parametry są nierealne w kontekście oferowanego przez nich przedmiotu zamówienia (zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) i pkt 17)

ustawy Pzp). Ewentualnie wskazać trzeba, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy (art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), doszło do błędnego przyznania punktacji w postępowaniu w ramach kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu. Kwestionowanym ofertom powinna być bowiem przyznana mniejsza liczba punktów.

Uzasadniając zarzut sprzeczności oferty Stadler z SIWZ w zakresie okresu międzyprzeładowego P1 oraz zawyżenia punktacji w podkryterium P1, Konsorcjum Škoda podniosło, że ww. wykonawca w złożonym wraz z ofertą schemacie cyklu przeładowo – naprawczego wskazał odnośnie przeładowu P1 (pierwszy poziom utrzymania) 3 miesiące (przed wjazdem na linię) jako maksymalny okres międzyprzeładowy. Tymczasem zgodnie z pkt 9.5 ppkt 5 SIWZ odnośnie P1 należało w tym schemacie podać czas, na podstawie którego możliwa będzie ocena oferty w kryterium nr 3 - schemat ten miał stanowić podstawę do oceny w tym kryterium. Podanie okresu międzyprzeładowego P1 w miesiącach, jak to uczynił wykonawca Stadler, nie umożliwia tymczasem dokonania oceny oferty Stadler w przedmiotowym podkryterium P1. W ocenie Odwołującego 3 nie jest bowiem możliwe ustalenie w sposób obiektywny, ile wynosi okres międzyprzeładowy odpowiednio dla P1, gdyż nie wiadomo po ile dni należy liczyć jeden miesiąc (miesiąc może mieć najmniej 29 dni, najwięcej 31 dni). Nie jest przy tym możliwe przyjęcie, że jeden miesiąc liczy 30 dni, gdyż okres międzyprzeładowy jest ciągły, a w tej sytuacji nie można zastosować przepisu art. 114 k.c., wskazującego że „Jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach lub latach, a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za dni trzydzieści, a rok za dni trzysta sześćdziesiąt pięć.” Natomiast znajduje zastosowanie przepis art. 112 k.c., wskazujący iż „Termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwa lub data odpowiada początkowemu dniowi terminu” - tymczasem nie wiadomo w jakim dniu przypada początek biegu terminu 3-miesięcznego przeładowu, zatem – z uwagi na różną ilość dni w danym miesiącu - nie wiadomo kiedy okres ten miałby się kończyć. Zdaniem Konsorcjum Škoda zatem nie wiadomo, jaką długość miesiąca, a w konsekwencji jaką długość dni dla odpowiednio przeładowu P1, przyjął Zamawiający do kryterium oceny ofert, oceniając ofertę Stadler. Zamawiający nie był uprawniony do dowolnego przyjęcia liczby dni dla okresów międzyprzeładowych dla P1 gdyż stanowi to niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty i jako takie jest niedopuszczalne zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący 3 podniósł dodatkowo, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych (pkt 9.2 SIWZ), tymczasem złożenie oferty przez Stadler z zaoferowaniem różnych okresów międzyprzeładowych stanowi o wariantowości tej oferty. Wobec braku możliwości wybrania przez Zamawiającego liczby dni w miesiącu w celu ustalenia okresów międzyprzeładowych, oferta Stadler powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Jest bowiem ona sprzeczna z wymogami dotyczącymi konieczności wskazania w ofercie maksymalnych okresów międzyprzebiegów odpowiednio dla przebiegów P1 w sposób, który umożliwi ocenę oferty w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, zawartymi w załączniku nr 1a do ST (lit. F ppkt 1), pkt 9.5 ppkt 5 SIWZ oraz pkt 9.2 SIWZ. Ewentualnie, Odwołujący 3 podkreślił, że oferta Stadler z pewnością nie powinna być podlegać punktacji w podkryterium P1 (w którym przysługiwało max. 4 pkt) - w konsekwencji liczba punktów przyznanych Stadler w Kryterium nr 3 powinna ulec zmniejszeniu o 4 pkt.

Uzasadniając zarzut sprzeczności oferty wykonawcy Stadler z treścią SIWZ i RMI, dotyczącej niezaoferowania wymaganych siedmiu poziomów utrzymania, Konsorcjum Škoda podniosło, iż ww. wykonawca w schemacie cyklu przeglądowo – naprawczego (str. 97 oferty Stadler) wskazał w odniesieniu do naprawy P 4.3 (czwarty poziom utrzymania) maksymalny przebieg 1.680.000 km i naprawy P5 (piąty poziom utrzymania) maksymalny przebieg również wynoszący 1.680.000 km, co jest niezgodne z wymogami Zmawiającego i przepisami RMI - wykonawca bowiem nie zaoferował wymaganych siedmiu poziomów utrzymania taboru. Odwołujący 3 wyjaśnił, iż w Załączniku nr 1.8 do ST, Zamawiający wskazał na konieczność zaoferowania nie mniej jak siedmiu poziomów utrzymania (przy czym okresy międzyprzebiegowe liczone mają być od momentu zakończenia odpowiednio przeglądu/ naprawy do rozpoczęcia następnego przeglądu/naprawy) oraz podał informację o maksymalnym przebiegu. Ponadto w pkt 3.10 ST Zamawiający wskazał, iż wymaga dostarczenia specjalistycznego wyposażenia obsługowego „umożliwiającego wykonywanie obsługi pojazdu do piątego poziomu utrzymania łącznie.” W pkt 3.13 ST wskazano, że w zakresie zamówienia jest „przeprowadzenie na swój koszt niezbędnych szkoleń dla pracowników MW zapewniających prawidłową eksploatację i utrzymanie dostarczonych wagonów i do poziomu utrzymania – P5 łącznie).”

Konsorcjum Škoda zwróciło uwagę, iż punktacji w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu podlegała długość okresów międzyprzebiegów w ramach poszczególnych przeglądów/napraw: P1, P2, P3, P4.1, P4.2, P4.3, P5. Zatem istotnym było rzeczywiste zaoferowanie siedmiu przeglądów. Tymczasem wykonawca Stadler pominął jeden z wymaganych poziomów utrzymania - faktycznie zaoferował i podał do oceny w kryteriach oceny ofert jedynie jeden poziom utrzymania (tj. poziom P5) zamiast dwóch odrębnych poziomów, tj. poziomu P 4.3 i poziomu P 5. Struktura utrzymania jest bowiem zaprojektowana w taki sposób, aby każdy okres wyższego poziomu obejmował poprzednie okresy (przedziały) niższego poziomu, co wynika z postanowień RMI. Takiej struktury, pięciopoziomowej, wymagał też Zamawiający. W związku z tym przedział P4, który jest zaprojektowany do bardziej wymagającego utrzymania większych komponentów i ich wymiany, obejmuje działania na wyższym poziomie, niż te określone na niższych poziomach.

Stąd zdaniem Odwołującego 3 można stwierdzić, że wskazanie w ofercie Stadler, że wykona zarówno Poziom P4. jak i P5 do 1.680.000 km, oznacza, że faktycznie tylko poziom P5 będzie wykonany do 1 680 000 km.

Ponadto w ocenie Konsorcjum Škoda wskazanie przez Stadler takiego samego okresu międzyprzebiegowego na poziomie P 4.3 i poziomie P5, jest nie tylko nie uzasadnione w świetle wymogów Zamawiającego, ale nie znajduje oparcia w przepisach RMI. Na okoliczność tę zwrócił uwagę Zamawiający, wzywając pismem z dnia 19.01.2018 r. wykonawcę Stadler na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień treści oferty „poprzez wskazanie sposobu i zasadności określonego w ofercie na poziomie P5 okresu międzyprzebiegowego takiego samego jak dla naprawy na poziomie P 4.4 - w szczególności w nawiązaniu do przepisów RMI (...). Eksploatacja pojazdów kolejowych powinna odbywać się z zachowaniem wymagań technicznych i organizacyjnych określonych w rozporządzeniu" - jak wskazano w § 3 pkt 1 RMI. W tym kontekście Odwołujący 3 przytoczył treść § 2 pkt 1 i 3, § 9 ust. 1 pkt 1, 3, 6, § 13 ust. 1 a i b ww. rozporządzenia, a także wskazał na konieczność zachowania odrębnie pięciu poziomów utrzymania zgodnie z Załącznikiem nr 3 do RMI, którego brzmienie również przywołał w treści odwołania. W ocenie Konsorcjum Škoda oferta Stadler podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, w szczególności z załącznikiem nr 1.8 do ST, a także jako niezgodna z ww. przepisami odrębnymi.

Uzasadniając zarzut dotyczący niewłaściwego przyznania przez Zamawiającego punktów w kryterium nr 2 - zużycie energii elektrycznej, Odwołujący 3 przywołał sposób oceny ofert w ramach ww. kryterium (pkt 12.1 SIWZ). Podniósł, iż jak wskazano w opisie dotyczącym kryterium nr 2, zbilansowane zużycie energii E + Er (kierunek „tam” i „z powrotem”) należało podać w ofercie i opisać w kWh wg ppkt 7 części G załącznika 1a do ST. W ppkt 1 części G w ofercie należało wskazać (zgodnie z opisem tego podpunktu) „Zużycie energii pociągu pustego: E, Er, E+Er i En [kWh], [Er/E [-/-], jzeb, jze [Wh/btkm]” z rozbiem na kierunek „tam” i „z powrotem.” Zgodnie z pkt 9.5 ppkt 4) SIWZ wykonawcy wraz z ofertą mieli złożyć w celu oceny w ramach kryterium nr 2 wypełniony Załącznik nr 7 do SIWZ, zawierający informacje i dane niezbędne dla dokonania przez Zamawiającego oceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 12.1 ppkt 2) SIWZ. W Załączniku 7 należało podać:

- Zużycie energii pociągu pustego: E, Er, E+Er i En [kWh], [Er/E [-/-], jzeb, jze [Wh/btkm];
- Zużycie energii pociągu obciążonego nominalnie: E, Er, E+Er i En [kWh], [Er/E [-/-], jzeb, jze [Wh/btkm];
- Zużycie energii pociągu obciążonego maksymalnie: E, Er, E+Er i En [kWh], [Er/E [-/-], jzeb, jze [Wh/btkm];
- Prąd średni pociągu pustego: Isr, Isrr[A] Procentowy czas poboru prądu tp% i hamowania th%;

- Prąd średni pociągu obciążonego nominalnie: I_{sr} , $I_{srr}[A]$, Procentowy czas poboru prądu $t_p\%$ i hamowania $t_h\%$.

Konsorcjum Škoda podniosło, iż dane dotyczące zużycia energii elektrycznej przez pojazdy trakcyjne, wskazane w ofertach wykonawców Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag oraz Alstom zostały przedstawione jedynie w celu uzyskania możliwie największej liczby punktów. Punktowany było minimalne zużycie energii, stąd wykonawcy ci uwzględniali w swoich ofertach parametry niemożliwe do dotrzymania. Wykazywanie tych parametrów należy uznać za nierealne w zakresie oferowanego przez tych wykonawców taboru, z uwzględnieniem dostępnej wiedzy technicznej oraz dostępnej technologii. Odwołujący 3 zauważył, że wykonawcy ci parametry te oferują po raz pierwszy w postępowaniu, co dodatkowo podkreśla ich niewiarygodność. Z ofert ww. wykonawców wynika rozbieżność między podanymi wartościami zużycia energii elektrycznej pojazdów w kierunku tam i z powrotem w stosunku do podanej masy pojazdu. Ponadto Odwołujący 3 podniósł, że dane wskazywane przez wymienionych wykonawców dotyczące zużycia energii przez pojazdy powinny podlegać szczegółowej weryfikacji służb technicznych Zamawiającego - gdyby taka weryfikacja została dokonana, wykonawcy ci podlegaliby wykluczeniu z postępowania (zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) i pkt 17) ustawy Pzp). Ewentualnie wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy (art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), doszło do błędnego przyznania punktacji tym wykonawcom w postępowaniu w ramach kryterium nr 2 - zużycie energii elektrycznej, kwestionowanym ofertom powinna być bowiem przyznana mniejsza liczba punktów.

Odnosząc się do braku określenia w ofertach wykonawców Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag oraz Alstom szczegółowego zakresu szkoleń świadczącego o niezgodności ofert z SIWZ, Odwołujący 3 powołał się na wymóg określenia w ofercie szczegółowego zakresu szkoleń dla systemu SOP wynikający z treści Załącznika nr 1b do ST, pkt 3.8. ppkt 2. Odwołujący 3 wskazał, iż ww. wykonawcy nie przedłożyli wraz ze złożonymi przez siebie ofertami szczegółowego zakresu szkoleń dla systemu, co miało stanowić wyraz, iż wykonawca oferuje wymagane przez Zamawiającego szkolenia. W związku z brakiem zaoferowania wymienionych szkoleń uznać należy, że oferty tych wykonawców w zakresie przedmiotowego wymogu Zamawiającego pozostają w sprzeczności z treścią SIWZ i jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Odwołujący 3 podkreślił, iż przedmiotowy zakres szkoleń był istotną treścią oferty, wymaganą przez Zamawiającego i w związku z tym stanowi o konieczności odrzucenia ofert wykonawców.

Sygn akt KIO 1301/18

W dniu 2 lipca 2018 r. wykonawca Stadler Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach (dalej „Odwołujący 4” lub „Stadler”) wniósł

odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postaci bezprawnego:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Škoda;
2. zaniechania udostępnienia dokumentacji postępowania w zakresie:
 - a) zapytania Zamawiającego do Konsorcjum Škoda w sprawie wyjaśnienia zaoferowanego cyklu przeglądowo-naprawczego oraz wyjaśnień Konsorcjum Škoda w tym przedmiocie w zakresie nie objętym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
 - b) wypełnionego załącznika nr 1a do ST, załączonego do pisma Konsorcjum Škoda z dnia 20 lutego 2018 r. w odniesieniu do lit. F ww. załącznika;
3. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
4. zaniechania przyznania złożonej przez Stadler ofercie dodatkowych 2,75 pkt w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu za maksymalny okres międzyprzeglądowy między przeglądami P1.

Odwołujący 4 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia po wyborze najkorzystniejszej oferty dokumentów i zawartych w nich informacji w zakresie wskazanym powyżej, składających się na załączniki do protokołu Postępowania (protokół ZP-PN) pomimo, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 4 u.z.n.k. lub innych informacji ustawowo chronionych;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda pomimo zaoferowania przez tego wykonawcę cyklu przeglądowo-naprawczego niezgodnego z treścią SIWZ;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Škoda z postępowania pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie cyklu przeglądowo-naprawczego, w jakim mają być utrzymywane oferowane pojazdy - co w związku faktem, iż dzięki podanym interwałom czynności przeglądowo-naprawczych, stanowiącym jedno z kryteriów oceny ofert, oferta Konsorcjum Škoda uzyskała najwyższą punktację, miało oczywisty wpływ na wynik postępowania;
4. art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 387 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo, że przedmiotem oferty w zakresie cyklu przeglądowo-naprawczego jest świadczenie niemożliwe, nierealne w świetle stanu wiedzy technicznej, niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami branżowymi, dobrymi praktykami i ustalonymi zwyczajami w sektorze kolejowym, które stanowi

nadużycie prawa w zakresie dopuszczalnego kształtowania sposobu utrzymywania pojazdu kolejowego i jako takie nie może korzystać z ochrony;

5. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo, że jej ukształtowanie w zakresie cyklu przeglądowo-naprawczego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zaoferowaniu utrzymania pojazdów w sposób niemożliwy do zrealizowania i pozornego, nierealnego w świetle stanu wiedzy technicznej, niezgodnego z bezwzględnie obowiązującymi przepisami branżowymi, dobrymi praktykami i ustalonymi zwyczajami w sektorze kolejowym, obliczonego jedynie na uzyskanie jak największej punktacji w ramach kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 12.1 SIWZ (kryterium nr 3) i w ten sposób uzyskanie nieuczciwej przewagi konkurencyjnej oraz pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców, przedstawiających rzetelne oferty w tym zakresie;
6. art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo, że jej treść w zakresie wyceny przedmiotu oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz przez prowadzenie z Konsorcjum Škoda negocjacji dotyczących złożonej oferty, w konsekwencji których dokonana została niedozwolona zmiana treści oferty, błędnie zakwalifikowana jako poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej;
7. art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym ceny za dostawę pojazdów (pkt 3.2.8 SIWZ), części zamiennych (pkt 3.2.10 SIWZ) oraz specjalistycznego wyposażenia i oprogramowania (pkt 3.2.11 SIWZ), jak również w zakresie wartości procentowej tych cen względem siebie;
8. art. 89 ust. 1 pkt 7a), art. 89 ust. 1 pkt 7b) oraz art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo że wykonawca ten nie przedłużył prawidłowo terminu związania ofertą oraz nie przedłużył ważności wadium na odpowiedni czas związania swoją ofertą;
9. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 k.c., ewentualnie w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, przez zaniechanie przyznania Odwołującemu Stadler 2,75 pkt w ramach kryterium oceny ofert, o którym mowa w pkt 12.1 SIWZ - kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, za maksymalny okres międzyprzeglądowy między oferowanymi przeglądami P1, pomimo zaoferowania 3-miesięcznego (90-dniowego) interwału czasowego pomiędzy przeglądami P1.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący 4 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Škoda;
2. nakazania udostępnienia treści zapytań w sprawie oferowanego cyklu przeglądowo naprawczego kierowanych przez Zamawiającego do Konsorcjum Škoda i odpowiedzi Konsorcjum Škoda w tym przedmiocie, a także wypełnionego załącznika nr 1A do Specyfikacji Technicznej - Zestawienie podstawowych wymagań i parametrów techniczno-eksploatacyjnych, załączonego do pisma Konsorcjum Škoda z dnia 20 lutego 2018 r., w zakresie w jakim zawarte tam informacje nie zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. ponownego badania i oceny ofert, w tym wykluczenia z postępowania Konsorcjum Škoda oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także przyznania ofercie Odwołującego 4 dodatkowych 2,75 pkt.

Nadto, Odwołujący 4 wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w niniejszym odwołaniu oraz dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych na rozprawie - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz na rozprawie.

Odwołujący Stadler wskazał, iż spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wynikającego z błędnego rozstrzygnięcia postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia jest jednoznaczny z uwagi na fakt, iż gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum Škoda i dokonał jej odrzucenia, to właśnie oferta Odwołującego 4 zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to w świetle przedstawionej punktacji właśnie wykonawca Stadler uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Jednocześnie Odwołujący 4 wskazał, iż doznaje szkody w postaci utraty możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne oraz utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania. Dodatkowo ponosi stratę w postaci poniesienia kosztów uczestnictwa w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut obejmujący zaniechanie udostępnienia dokumentacji postępowania Odwołujący Stadler wskazał, iż pismem z dnia 27 czerwca 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie załączników do protokołu postępowania w pełnym zakresie, w tym również informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący 4 zwrócił się również z prośbą o udzielenie informacji na temat czy Zamawiający zwracał się do Konsorcjum Škoda o wyjaśnienie oferowanego cyklu przeglądowo-naprawczego oraz czy Konsorcjum Škoda udzieliło tego typu wyjaśnień (i w którym miejscu). Zamawiający pismem z dnia 28 czerwca 2018 r. odmówił dostępu do dokumentacji postępowania w zakresie wykraczającym poza udostępniany uprzednio oraz zignorował prośbę o wskazanie, czy była

prowadzona procedura wyjaśniania treści oferty Konsorcjum Škoda w przedmiocie utrzymania pojazdu. W związku z powyższym, nie wiedząc, w którym miejscu dokumentacji postępowania (i czy w ogóle) wyjaśniano kwestie związane z cyklem przeglądowo-naprawczym Konsorcjum Škoda, Odwołujący 4 zmuszony jest stawiać zarzuty i żądania odtajnienia informacji w tym zakresie w sposób ogólny. Przypuszcza jedynie, że informacje takie mogą być zawarte w utajnionych częściach korespondencji pomiędzy Zamawiającym i Konsorcjum Škoda – w piśmie Zamawiającego z 6 kwietnia 2018 r. oraz piśmie Konsorcjum Škoda z 11 kwietnia 2018 r. Odwołujący Stadler wniósł również o odtajnienie i udostępnienie wypełnionego załącznika nr 1a do ST, załączonego do pisma Konsorcjum Škoda z dnia 20 lutego 2018 r. w zakresie dotyczącym lit. F tego załącznika. Jego zdaniem nie jest wykluczone, że w załączniku tym podano dodatkowe informacje na temat cyklu przeglądowo-naprawczego oferowanego przez Konsorcjum Škoda w stosunku do informacji zawartych w ofercie.

Uzasadniając zarzut nr 2 dotyczący niezgodności oferty Konsorcjum Škoda z SIWZ w zakresie cyklu przeglądowo – naprawczego, Odwołujący Stadler wskazał, iż według pkt 3.1.4 SIWZ jednym z wymagań opisu przedmiotu zamówienia było dostarczenie pojazdów spełniających nie tylko wymagania opisane bezpośrednio w SIWZ i jej załącznikach, ale również spełniających wymagania przepisów prawa i zasad wiedzy technicznej. Jednym z elementów oferty, charakteryzującym oferowane pojazdy, był przewidywany cykl przeglądowo-naprawczy, zgodnie z którym pojazdy będą utrzymywane i serwisowane przez Zamawiającego w okresie ich eksploatacji. Odwołujący Stadler wskazał, iż zgodnie z pkt. 9.5 ppkt 5) SIWZ do oferty wykonawcy mieli dołączyć schemat cyklu przeglądowo-naprawczego. Zamawiający wskazał przy tym, że w strukturze cyklu przeglądowo-naprawczego nowego taboru należy zachować zasadę, że możliwość wydłużenia max. przebiegów kilometrażowych międzyprzeglądowych/międzynaprawczych (w stosunku do przedstawionych w załączniku nr 1.8 Specyfikacji technicznej) jest w korelacji liniowej (o tym samym współczynniku, co dla obecnego taboru) z okresem międzyprzeglądowym/międzynaprawczym wyrażonym w jednostce czasu, na poszczególnych poziomach utrzymania, w całym cyklu przeglądowo - naprawczym. Dla poziomów utrzymania P1, P2 należy przyjąć wyłącznie kryterium czasowe, bez limitu kilometrów. Ponadto w pkt 13 załącznika nr 1 do ST Zamawiający wskazał, że wagony winny podlegać obsłudze, nie częściej niż obecnie eksploatowane na I linii metra warszawskiego w cyklu przeglądowo-naprawczym podanym w załączniku nr 1.8 oraz, że należy uwzględnić aktualne wymagania RMI. W załączniku 1.8 do ST Zamawiający podał aktualne maksymalne okresy/przebiegi pomiędzy poszczególnymi przeglądami i naprawami na poszczególnych poziomach utrzymania, które stosuje na obecnie eksploatowanym taborze. W zakresie

rozumienia poszczególnych poziomów utrzymania Zamawiający odsyłał do wskazanych w pkt 13 zał. nr 1 do ST oraz w pkt 1.31 Ogólnych Warunków Umowy (Zał. nr 10 do SIWZ) przepisów Załącznika nr 3 do RMI. Do przepisów ww. rozporządzenia odsyłały również odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ: nr 68 z 11.08.2017 r.; nr 174 i 175 z 22.08.2017 r.; nr 383 i 384 z 13.09.2018 r.

Odwołujący Stadler wyjaśnił ponadto, że wykonawcy zgodnie z pkt. 9.5 ppkt 5 SIWZ i pkt 13 załącznika nr 1 do ST mogli wydłużyć oferowane okresy/przebiegi w stosunku do podanych w Zał. nr 1.8 do ST, co było punktowane w ramach kryterium oceny ofert, opisanego w pkt 12.1 ppkt 3 SIWZ - system utrzymania pojazdu. Zgodnie z wzorami opisanymi w kryterium nr 3 promowane było zaoferowanie jak najdłuższych okresów i przebiegów międzyprzeładowych (zaoferowanie pojazdu, który będzie sprawdzany i planowo serwisowany jak najrzadziej). Następnie Odwołujący 4 przedstawił tabelę odzwierciedlającą oferty wykonawców w zakresie cykli przeglądowo-naprawczych. Wskazał, iż zawarte w tabeli dane na temat czasów pomiędzy przeglądami dla poziomów utrzymania P3-P5 nie zostały odtajnione wyrokiem KIO 2421/17 (odwołujący w tej sprawie cofnął zarzuty w tym zakresie), jednakże przy zachowaniu wymaganej korelacji liniowej względem rocznego przebiegu podanego przez Zamawiającego na poziomie 105 000 km dla okresu 1 roku, łatwo policzyć, jakie okresy przewidzieli tu poszczególni wykonawcy. Dla Konsorcjum Škoda, przy podanym (odtajnionym) w schemacie cyklu przeglądowo-naprawczego przebiegu 300 000 km dla P3, okres międzyprzeładowy wynosił będzie 2,86 lat oraz analogicznie dla kolejnych poziomów utrzymania (jak w tabeli). W przypadku, gdyby okresy międzyprzeładowe w ofercie Konsorcjum Škoda były inne niż wskazane w powyższej tabeli (z uwzględnieniem możliwości innych zaokrągleń i notyfikacji czasu), Odwołujący stawia zarzut braku zachowania korelacji liniowej z danymi podanymi przez Zamawiającego w zakresie przeglądów na poziomach utrzymania P3-P5, czyli niezgodności oferty z pkt 9.5 ppkt 5 SIWZ i pkt 13 załącznika nr 1 do ST w związku z pkt 3.1.2 SIWZ.

Natomiast nawet w przypadku zachowania przez Konsorcjum Škoda korelacji pomiędzy przebiegami i okresami dla poziomów P3-P5, Odwołujący 4 zarzucił, że cały cykl przeglądowo-naprawczy zaoferowany przez Konsorcjum Škoda jest niezgodny z pkt 3.1.4 SIWZ, z racji nieodpowiadania przepisom prawa i zasadom wiedzy technicznej. Odwołujący Stadler wskazał, iż utrzymanie pojazdów kolejowych, na które składają się m.in. wszelkie planowe czynności przeglądowe i naprawcze oraz interwały i cykle, w ramach których są wykonywane, regulują przepisy RMI, gdzie w Załączniku nr 3 przewidywane są poziomy utrzymania od P1 do P5 oraz opisywane jest zakres prac, który powinien być wykonywany w poszczególnych poziomach utrzymaniowych. Opracowanie systemu utrzymania pojazdu regulowane jest również w przepisach europejskich, rozporządzeniu wykonawczym Komisji

UE z 30 kwietnia 2013 r. Nr 402/2013 i właśnie wprowadzanej w Polsce normie EN 17023, gdzie kładzie się nacisk na zarządzanie i kompensacje ryzyk związanych z przyjmowanymi okresami i przebiegami, po których wykonywane mają być poszczególne przeglądy i naprawy. Wskazane przepisy branżowe nie określają co prawda maksymalnych limitów czasu i kilometrów pomiędzy poszczególnymi poziomami utrzymaniowymi, jednakże *ratio legis* powyższych regulacji jest przede wszystkim zapewnienie niezbędnego poziomu bezpieczeństwa przewozów i pasażerów przez utrzymywanie taboru w należyłym stanie, zwłaszcza przez dokonywanie planowych przeglądów i napraw w stosownych terminach. Tylko odpowiednio prowadzona diagnostyka pojazdów i wymiana ich poszczególnych części i podzespołów w stosownym czasie zmniejsza ryzyko powstania awarii i wystąpienia katastrof w ruchu kolejowym, a tym samym zagrożenia dla życia i zdrowia osób oraz dla szkód w mieniu. *A contrario*, przeglądy prowadzone zbyt rzadko nie umożliwią wykrycia uchybów i nieprawidłowości w działaniu poszczególnych urządzeń i podzespołów oraz ich prewencyjnej wymiany lub naprawy, a w konsekwencji nie spełnią swej roli w postaci zapobiegania awariom. Również brak stosownych wymian części i podzespołów może prowadzić do użytkowania elementów nadmiernie zużytych i materiałowo zmęczonych, podatnych na awarie i nieprawidłowe działanie. Odwołujący 4 wskazał, iż zbędne jest objaśnianie do jak katastrofalnych następstw może doprowadzić awaria pojazdu używanego do masowych przewozów pasażerskich. Natomiast ryzyko powstania takiego zdarzenia rośnie wykładniczo przy przekroczeniu maksymalnych limitów czynności przeglądowo-naprawczych właściwych dla danych urządzeń i materiałów. Truizmem jest również twierdzenie, że na bezpieczeństwie pasażerów nie można oszczędzać. Jak wielką wagę i znaczenie dla bezpieczeństwa przewozów kolejowych ma prawidłowe utrzymywanie taboru, dostrzega również Prezes Urzędu Transportu Kolejowego, z mocy art. 10 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o transporcie kolejowym, organ ustawowo właściwy w sprawach bezpieczeństwa ruchu kolejowego oraz nadzoru nad eksploatacją i utrzymaniem pojazdów kolejowych. W swoich wystąpieniach i działaniach Prezes UTK negatywnie ocenia wydłużanie okresów i przebiegów międzyprzeglądowych, a także odwołuje się przy ocenie powyższego do dobrych praktyk i ustalonych standardów oraz analizy ryzyk z tym związanych.

W ocenie Odwołującego Stadler przyjęcie i zastosowanie cyklu oferowanego przez Konsorcjum Škoda będzie stanowiło precedens rynkowy, który przekreśli wszelkie wysiłki i starania Prezesa UTK w tym zakresie. Oznaczało będzie, że również inni zamawiający i wykonawcy zaczną wymagać lub zalecać analogicznie nierealne i niebezpieczne (ale tańsze) cykle utrzymywania pojazdów. Cykl przeglądowo-naprawczy przewidziany w ofercie Konsorcjum Škoda, tj. przewidziane w nim czasookresy i przebiegi kilometrowe, po których dokonywane będą stosowne czynności utrzymaniowe dla poziomów P1-P5, nie spełnia

obowiązujących w sektorze kolejowym standardów i dobrych praktyk, a tym samym nie zapewnia wymaganego poziomu bezpieczeństwa eksploatacji pojazdów, przez co jest niezgodny z powoływanymi przepisami. Zdaniem Odwołującego 4 Zamawiający nie powinien dopuścić, aby jego pojazdy „obywały się” bez podstawowych przeglądów na poziomie P1, aż przez 131 dni, przeglądy na poziomie P2 wykonywane były prawie co 18 miesięcy, a czynności na poziomie P3 co 300 000 km (i dalej analogicznie w odniesieniu do następnych poziomów utrzymania). Praktycznie przekreśla to możliwość wykrycia i zapobieżeniu wielu awariom poszczególnych podzespołów i elementów pojazdów. Wykonywanie przeglądu P1 oznacza również, że tak istotne z punktu widzenia bezpieczeństwa urządzenia, jak odbierak prądu czy elementy układu hamulcowego przez 131 dni w ogóle nie będą sprawdzane i regulowane.

Odwołujący Stadler wskazał ponadto, iż częstotliwość wykonywania poszczególnych czynności utrzymaniowych jest również niezgodna i niemożliwa do pogodzenia z zaleceniami producentów poszczególnych podzespołów i urządzeń stosowanych w pojazdach metra. W szczególności niezwykle istotne dla bezpieczeństwa przewozów, systemy ATM i SOP-3, które muszą być zastosowane w pojazdach zamawianych w tym postępowaniu, nie mogą być utrzymywane w tak rozciągniętych interwałach, jakie przewiduje Konsorcjum Škoda dla swoich pojazdów.

Za rażące obejście przepisów i standardów w tym zakresie w ocenie Stadler należy uznać przewidzenie utrzymania na poziomie P5 (według nomenklatury z uprzednio obowiązujących w tym zakresie przepisów: naprawa główna). W sektorze kolejowym, w znacznej mierze opierającym swoją działalność na ustalonych praktykach i zwyczajach branżowych, przyjmuje się, że naprawę główną (wg obecnej nomenklatury P5) należy przeprowadzić w połowie cyklu życia pojazdu. Ma to uzasadnienie techniczne i ekonomiczne, bowiem naprawa główna polega na całkowitej wymianie wszystkich możliwych do wymiany elementów pojazdu oraz podniesieniu i dostosowaniu jego standardu do aktualnych wymagań rynkowych. W przypadku przyjęcia, że Konsorcjum Škoda przewidziało naprawę główną (P5) oferowanego pojazdu w połowie jego cyklu życia, oznacza to, że przyjmuje i oferuje pojazd o żywotności na poziomie 92 lat (P5 wg oferty Konsorcjum Skody odbywać się ma prawie co 46 lat). Natomiast jeżeli Škoda przewiduje wykonanie naprawy głównej pod koniec życia pojazdu, to jest to absurdalne z punktu widzenia celu przepisów Rozporządzenia i ekonomii. Żadnego uzasadnienia nie znajduje kompletna przebudowa pojazdu, który ma być zaraz zezłomowany. Nawet gdyby przyjąć, że naprawa główna wykonywana jest w ostatnim roku życia pojazdu oznaczałoby to, iż żywotność pojazdu Škoda określana jest na 46 lat. Żaden pojazd obecny na rynku i zbudowany w technologii innej niż „kosmiczna” nie może być eksploatowany tak długo bez naprawy głównej.

Reasumując, według Odwołującego Stadler, przy obecnym poziomie techniki, jakim dysponują producenci taboru kolejowego, nie jest możliwe zbudowanie pojazdu metra, który utrzymywany według cyklu podawanego przez Konsorcjum Škoda, spełni europejskie przepisy i standardy gwarantujące bezpieczeństwo przewozów. Z samego porównania okresów i przebiegów przewidywanych przez innych uznanych producentów pojazdów i zaoferowanych w tym postępowaniu wynika, że cykl utrzymania zaoferowany przez Konsorcjum Škoda znacznie odbiega od ustalonych w tym zakresie sektorowych standardów.

W zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego wprowadzenia w błąd w zakresie cyklu utrzymaniowego przez Konsorcjum Škoda, Odwołujący Stadler podniósł, iż w związku z okolicznościami prawnymi i faktycznymi opisanymi w uzasadnieniu zarzutu nr 2, należy uznać, iż Konsorcjum Škoda podała informacje w przedmiocie cyklu przeglądowo-naprawczego, który stosowany będzie na jego pojeździe, w sposób wprowadzający Zamawiającego w błąd. W rzeczywistości cykl i dokumentacja utrzymaniowa pojazdu w oparciu o tak przedstawione założenia i wartości nie będzie mogła być zrealizowana. Natomiast nieprawdziwe informacje podane w ofercie, w związku ze wskazanymi kryteriami oceny ofert, miały wpływ na wynik postępowania - doprowadziły do uzyskania przez Konsorcjum Škoda maksymalnej ilości punktów w Kryterium nr 3.

Uzasadniając zarzut nr 4 odnoszący się do zaoferowania przez Konsorcjum Škoda świadczenia niemożliwego, Odwołujący Stadler podniósł, iż w związku z okolicznościami prawnymi i faktycznymi opisanymi w uzasadnieniu Zarzutu nr 2, należy uznać, iż zaoferowane przez Škoda czasookresy i przebiegi międzyprzeglądowe i międzynaprawcze są nierealne i niemożliwe do realizowania ze względów gospodarczych i prawnych. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Według art. 387 § 1 k.c., umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Z powyższego wynika zakaz kontraktowania świadczeń, których nie można zrealizować w oferowany sposób. Konsekwencją pierwotnej niemożliwości świadczenia, które ma miejsce na skutek zaoferowania przez wykonawcę parametrów cyklu utrzymaniowego pojazdu niemożliwego do dotrzymania zgodnie z obecnym stanem techniki i obowiązujących standardów, jest nieważność umowy, którą zawarłby Zamawiający z wybranym wykonawcą. Z tego względu, w ocenie Stadler, oferta Konsorcjum Škoda powinna zostać odrzucona jako zawierająca zobowiązanie do świadczenia niemożliwego. Wskazywane rozciągnięcie okresów i przebiegów pomiędzy poszczególnymi poziomami utrzymaniowymi, dokonane jest jedynie w celu uzyskania maksymalnej punktacji w kryterium oceny ofert nr 3 i w ten sposób uzyskania zamówienia, bez liczenia się z jakimikolwiek normami prawnymi, zwyczajowymi, dobrymi praktykami i standardami branżowymi w tym

zakresie. Tego typu działanie wykonawcy, zdaniem Odwołującego 4, należy ocenić w świetle art. 5 k.c. jako nadużycie uprawnienia do swobodnego kształtowania cyklu utrzymaniowego własnego pojazdu, które jest sprzeczne z przeznaczeniem tego prawa oraz obowiązującymi w tym zakresie standardami i normami prawnymi.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego Stadler zaoferowanie obiektywnie niemożliwych do dotrzymania i zastosowania w trakcie eksploatacji pojazdu wartości czasookresów i przebiegów kilometrowych pomiędzy poszczególnymi poziomami utrzymaniowymi P1-P5 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Odwołujący 4 wskazał, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie ze sformułowaną przez doktrynę definicją za „dobre obyczaje” uważa się zachowanie „zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi [...] cechami oferowanych towarów i usług” (A. Szwaja, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Komentarz, C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 157). W związku z tym zakazy zawarte w przedmiotowej ustawie mają za cel przeciwdziałanie posługiwania się przez przedsiębiorców nieuczciwymi praktykami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku kosztem konkurentów (por. m. in. wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 r IV CKN 255/00). W tym kontekście zaoferowanie przez Konsorcjum Škoda parametrów utrzymania pojazdu na poziomie nierealnym i niezgodnym z dobrymi praktykami i standardami, stanowi działanie mające na celu uzyskanie zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwości kupieckiej na właściwym rynku, który stanowi przedmiotowe postępowanie. Wskazywane rozciągnięcie okresów i przebiegów pomiędzy poszczególnymi poziomami utrzymaniowymi, zdaniem Stadler, dokonane jest jedynie w celu uzyskania maksymalnej punktacji w kryterium oceny ofert nr 3 i w ten sposób uzyskania zamówienia, bez liczenia się z jakimikolwiek normami prawnymi, zwyczajowymi, dobrymi praktykami i standardami branżowymi w tym zakresie, a nawet w celu ich obejścia. Ponadto oferta Konsorcjum Škoda narusza interesy zarówno podmiotu konkurencyjnego - Odwołującego Stadler, jak i Zamawiającego. Interesy Odwołującego 4 są naruszone, ponieważ na skutek sprzecznego z dobrymi obyczajami działania wykonawcy, zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Natomiast interesy Zamawiającego doznają uszczerbku, ponieważ Zamawiający nigdy nie otrzyma pojazdów o oferowanych przez Konsorcjum Škoda cechach, co będzie oznaczać niezrealizowanie zamówienia zgodnie z umową.

Uzasadniając zarzuty nr 6 i 7 odnoszące się do niedozwolonego poprawienia oferty oraz błędu w obliczeniu ceny w ofercie Konsorcjum Škoda, Odwołujący Stadler wyjaśnił, iż pismem z dnia 28 grudnia 2017 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę Škoda o

poprawieniu „oczywistych omyłek rachunkowych” w jego ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z pkt 13.12 SIWZ. Zamawiający poprawił, zarówno w Formularzu ofertowym jak i Formularzu cenowym:

- cenę jednostkową za zestaw części zamiennych, zgodnie z pkt 3.2.10 SIWZ,
- cenę jednostkową za niezbędny, fabrycznie nowy sprzęt, stanowiska, narzędzia i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki, zgodnie z pkt 3.2.11 SIWZ,
- cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia,

doprowadzając w konsekwencji do zmiany oferty tego wykonawcy o kwotę 1.299.817,6 zł. Zamawiający, poprawiając ofertę Konsorcjum Škoda, oparł się na nieuprawnionym założeniu, że wiążącymi danymi, stanowiącymi podstawę poprawienia zaoferowanych cen, jest wartość 1,90 % wskazana w pkt 2 oferty Konsorcjum Škoda - jako zaoferowana wartość procentowa ceny kompletu części zamiennych w stosunku do ceny każdego sześciowagonowego pojazdu oraz wartość 0,58 % wskazana w pkt 3 oferty Konsorcjum Škoda - jako zaoferowana wartość procentowa ceny sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki w stosunku do ceny wszystkich pojazdów zamówienia podstawowego.

Zdaniem Odwołującego Stadler Zamawiający, poprawiając w ww. sposób ofertę Konsorcjum Škoda naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ingerując w treść pierwotnie złożonej oferty w sposób niedozwolony, a treść oferty Konsorcjum Škoda jest nieprawidłowa i niezgodna z treścią SIWZ w zakresie sposobu obliczania i oferowania ceny. Oferta ta jest wewnętrznie sprzeczna zarówno w stosunku do oferowanych cen za poszczególne zakresy zamówienia jak i co do oferowanego stosunku procentowego cen względem siebie. Przede wszystkim wskazać należy, że zgodnie z Formularzem oferty oraz Formularzem cenowym (Załącznik nr 2a do SIWZ), przedmiotem oferty wykonawców w postępowaniu, były zarówno:

- ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, zarówno w ramach zamówienia podstawowego jak i w ramach opcji (w tym w zakresie poszczególnych elementów zamówienia, jak ceny pojazdów, ceny kompletów fabrycznie nowych części zamiennych, a także cena dostawy sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki), jak i
- zadeklarowana relacja cen względem siebie w ujęciu procentowym - Zamawiający wymagał aby wartość procentowa ceny części zamiennych, o którym mowa w pkt 2 oferty, nie stanowiła więcej niż 2 % ceny każdego sześciowagonowego pojazdu trakcyjnego oraz aby wartość procentowa ceny niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki, o których mowa w pkt 3 oferty, nie stanowiła więcej niż 1 % ceny wszystkich pojazdów zamówienia

podstawowego (zgodnie z przypisami UWAGA w Formularzu ofertowym oraz w Formularzu cenowym oraz zgodnie z pkt 3.2.10 i pkt 3.2.11 SIWZ).

Odwołujący Stadler podniósł, iż w ramach granic oznaczonych przez Zamawiającego w SIWZ, wykonawcy mieli obowiązek wskazać oferowane wartości procentowe, obejmując je swoim oświadczeniem woli. Każdy z wykonawców uczestniczących w postępowaniu zaoferował odmienne wartości w ww. zakresie. Jednakże, z żadnego postanowienia oferty Konsorcjum Škoda ani też z żadnego postanowienia SIWZ nie można wywnioskować, że deklarowane wartości procentowe będą nadrzędne w stosunku do oferowanych cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. Z nieznanymi powodami Zamawiający przyjął, że sprzeczności i nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum Škoda należy usunąć poprzez przyjęcie za podstawę do obliczenia ceny właśnie oferowanych wartości procentowych. Tymczasem nie ma ku temu żadnych podstaw jurydycznych ani faktycznych. Przyjęty przez Zamawiającego sposób zmiany oferty cenowej wykonawcy Konsorcjum Škoda - tj. przyjęcie za prawidłowo podane ceny za pojazd oraz wartości procentowe - nie jest jedynym teoretycznie możliwym. Przykładowo, teoretycznie można by przyjąć, że prawidłowo podano w ofercie ceny za pojazd (Lp. 1 w Formularzu cenowym), za części zamienne (Lp. 2 w Formularzu cenowym) oraz za sprzęt i oprogramowanie specjalistyczne (Lp. 3 w Formularzu cenowym), i dalej na tej podstawie obliczyć dla tych cen nowe wartości procentowe. Jeszcze innym założeniem mogłoby być przyjęcie, że to ceny za części zamienne (Lp. 2 w Formularzu cenowym) oraz cena za sprzęt i oprogramowanie specjalistyczne (Lp. 3 w Formularzu cenowym), a także wartości procentowe są prawidłowe, a korekcie powinna podlegać cena pojazdów (Lp. 1 w Formularzu cenowym). Przykłady takie można mnożyć, a wynika z nich wniosek, iż Zamawiający nie wiedział i nie mógł wiedzieć, jaka była intencja Konsorcjum Škoda w przedmiotowym zakresie. Z treści jego oświadczenia woli zawartego w ofercie nie wynika bowiem, które dane miały charakter podstawowy i pierwotny a które wtórny. Takie zasady nie wynikały także z treści SIWZ.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego 4, Zamawiający nie jest w stanie prawidłowo odkodować treści oferty Skody w zakresie oferowanych cen i ich relacji względem siebie, bez prowadzenia negocjacji z tym wykonawcą po terminie składania ofert. Poprawiając ceny Skody jako oczywiste omyłki rachunkowe, Zamawiający w sposób istotny zmienił treść oferty tego wykonawcy, kreując nowe oświadczenie woli. Poprawieniu podlega jedynie oczywista omyłka rachunkowa, za którą uznaje się omyłkę polegającą na błędnym wykonaniu w ofercie działań arytmetycznych, polegających np. na błędnym przemnożeniu określonych ilości przez cenę jednostkową lub błędnym zsumowaniu poszczególnych pozycji w kosztorysie. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie występuje, ponieważ błędy ani nie są oczywiste do poprawienia, ani nie są możliwe do naprawienia na podstawie prostych

rachunków. Nie ma możliwości odkodowania na podstawie oferty Škoda rzeczywistych intencji w tym zakresie. Ponadto, Zamawiający poprawił także ceny jednostkowe części zamiennych oraz sprzętu specjalistycznego, a więc zmienił dane źródłowe/wyjściowe, co potwierdza nieoczywisty charakter tych błędów.

Odwołujący 4 powołał się na orzecznictwo TSUE, z którego wynika, iż zakazane są negocjacje między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w związku z czym, co do zasady, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną z SIWZ. Możliwe jest wyłącznie poprawianie lub uzupełnianie szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki. Odwołujący Stadler podniósł, iż również KIO stoi na stanowisku, że, poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Nie jest możliwe złożenie wyjaśnień i uzupełnienie oferty co do treści, których pierwotna oferta nie zawiera. Pozyskanie takich informacji oznaczałoby uzupełnienie (zmianę) treści oferty po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne.

W ocenie Stadler treść złożonej oferty nie daje żadnych podstaw by twierdzić, że intencją Konsorcjum Škoda było zaoferowanie właśnie takich cen, jak to wskazał Zamawiający. Zamawiający wykreował zupełnie nowe oświadczenie woli wykonawcy, którego ten nie złożył w treści oferty oraz zrekonstruował jego wartość w sposób i na podstawie danych, które nie wynikają z treści złożonej oferty. Faktycznie, Zamawiający przeprowadził z Konsorcjum Škoda niedozwolone negocjacje, ustalając ceny wskazane w Lp. 2 i 3 Formularza cenowego i w konsekwencji cenę końcową, na zupełnie innym niż pierwotnie poziomie, oraz doprowadzając do różnicy ponad 1,2 mln zł.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego 4, doszło także do nierównego, preferencyjnego potraktowania Konsorcjum Škoda względem Odwołującego 4, który prawidłowo skalkulował swoją ofertę. Tymczasem, mimo nienaprawialnych błędów popełnionych przez Konsorcjum Škoda, to oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą. Z powyższego wynika, że oferta Konsorcjum Škoda powinna zostać także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, bowiem zawiera błąd w obliczeniu ceny. Do takiego wniosku prowadzi stwierdzenie, iż Konsorcjum Škoda zaoferowało realizację zamówienia w podstawowym kryterium oceny (cena - 50 %) na podstawie sprzecznych ze sobą danych cenowych, niekwalifikujących się jako oczywiste omyłki

rachunkowe.

Uzasadniając zarzut nr 8 obejmujący brak przedłużenia terminu związania ofertą i wniesienia wadium na przedłużony termin związania ofertą przez Konsorcjum Škoda, Odwołujący Stadler wskazał, iż Konsorcjum Škoda w dniu 11 kwietnia 2018 r. przedłożyło Zamawiającemu niedatowane pismo, zgodnie z którego treścią przedłuża termin związania ofertą do dnia 17 lipca 2018 r. Jednakże dołączony do pisma aneks nr 3 gwarancji bankowej potwierdza, że wadium zostało przedłużone jedynie do 17 czerwca 2018 r. Tym samym nie doszło do prawidłowego przedłużenia terminu związania ofertą, które jest „dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą” - art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Oferta Konsorcjum Škoda wygasła zatem definitywnie przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej. Wymogi w zakresie wadium i terminu związania ofertą mają charakter formalny. Treść art. 85 ust. 4 ustawy Pzp jest jednoznaczna i restrykcyjna, o czym świadczą zwroty takie jak „dopuszczalne” „tylko z jednoczesnym”, itd. Skoro zatem wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, to do takiego przedłużenia w ogóle nie doszło, w innym bowiem przypadku byłoby to niezgodne z treścią powołanego przepisu. Zamawiający nie miał zatem podstaw do przyjęcia, że przedłużenie terminu związania ofertą dostąpiło de facto do 17 czerwca 2018 r., ponieważ byłoby to niezgodne z treścią oświadczenia wykonawcy. Oświadczenie było jednoznaczne, jednakże nieprawidłowe z powodu niezachowania wymogów z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp i w tym kontekście powinno być oceniane. Związanie jest koniecznym elementem konstrukcyjnym oferty jako instytucji prawa cywilnego, stanowiąc główny skutek prawny jej złożenia. Bezskuteczny upływ terminu związania przed przyjęciem oferty oznacza zakończenie jej bytu prawnego. Odnowienie oferty w takim przypadku stanowiłoby prawnie złożenie nowej oferty po terminie składania ofert.

W konsekwencji w ocenie Stadler uznać należy, że Konsorcjum Škoda nie wyraziło zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp na przedłużenie terminu związania ofertą (skoro nie zabezpieczyło tego związania wadium), wadium nie zostało wniesione, względnie zostało wniesione w sposób nieprawidłowy (nie na cały czas związania ofertą), w związku z czym oferta wygasła i w momencie jej wyboru była nieważna. Z uwagi na fakt, iż w udostępnionej Odwołującemu 4 dokumentacji nie było korespondencji pomiędzy Konsorcjum Škoda a Zamawiającym, dotyczącej terminu związania ofertą oraz wadium w okresie między 21 lutego a 11 kwietnia 2018 r., zdaniem Odwołującego oznacza to także brak przedłużenia terminu związania ofertą oraz wadium po dacie 21 lutego 2018 r. (data ważności wadium zgodnie z aneksem nr 1 oraz termin związania ofertą zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum Škoda w piśmie z dnia 17 stycznia 2018 r).

Odnosząc się do zarzut nr 9 dotyczącego nieprzyznania punktów Odwołującemu Stadler w kryterium nr 3, wskazał on, iż jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2018 r. stanowiącego informację o wyniku postępowania oraz podstawienia przyznanych tam danych punktowych i danych zawartych w ofercie Odwołującego 4 w zakresie oferowanych czasookresów międzyutrzymaniowych do wzoru przedstawionego w pkt 12.1 SIWZ (kryterium nr 3), ofercie Odwołującego bezprawnie nie przyznano 2,75 punktu należnego za czasookres międzyprzeładowy dla poziomu P1. Jedynie z ostrożności procesowej, Odwołujący 4 podniósł zarzut ewentualny naruszenia art 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp i wniósł o nakazanie poprawienia jego oferty w zakresie okresów między przeglądami P1 z „3 miesięcy” na „90 dni”.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w sprawach o sygn. akt KIO 1287/18, 1290/18, 1297/18, 1301/18 w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie.

Izba nie uwzględniła zgłaszanego przez Zamawiającego oraz popieranego przez Uczestników postępowania wniosku o odrzucenie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania określa art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W konsekwencji, jak wskazuje się w orzecznictwie, podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp będzie podmiot nie będący wykonawcą, uczestnikiem postępowania, czy inną osobą posiadającą interes w uzyskaniu zamówienia i mogącą ponieść szkodę np. podmiot, który nie złożył oferty lub członek konsorcjum działający w imieniu własnym, osoba nie upoważniona do reprezentacji wykonawcy czy na gruncie przepisów obowiązujących w obecnym postępowaniu podwykonawca, a zatem wszystkie te podmioty, które nie mieszczą się w pojęciu katalogu osób uprawnionych do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179

ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1556/16).

W sprawie o sygn. akt KIO 1290/18 odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, czyli przez ten sam podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Do odwołania załączono pełnomocnictwa udzielone przez członków konsorcjum liderowi konsorcjum, jak również pełnomocnictwo od lidera konsorcjum dla osób reprezentujących Odwołującego 2 w postępowaniu odwoławczym. W świetle dokumentów złożonych przez Konsorcjum Siemens, Newag nie budziła wątpliwości Izby okoliczność, iż do przekształcenia podmiotowego doszło już po wniesieniu odwołania (odwołanie wniesiono 29 czerwca 2018 r., zaś do przekształceń podmiotowych u członków konsorcjum doszło dopiero w lipcu 2018 r.), nie sposób zatem uznać, aby odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Poglądy doktryny przywoływane przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie dotyczyły przypadku, kiedy odwołanie wniesione zostało wyłącznie przez jednego z członków konsorcjum we własnym imieniu, a zatem sytuacji odmiennej od mającej miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż przekształcenie podmiotowe po stronie członków konsorcjum nie wpływało na brak legitymacji czynnej po stronie Odwołującego 2 w postępowaniu odwoławczym – przekształcenie było konsekwencją dokonanego podziału spółek Siemens Sp. z o.o. i Siemens Aktiengesellschaft Österreich, a podział ten z mocy prawa powodował wstąpienie spółek przejmujących w prawa i obowiązki spółki dzielonej w określonym w planie podziału zakresie. Z planu podziału spółki Siemens Sp. z o.o. wynikało w sposób jednoznaczny, iż podział następował poprzez wydzielenie, tj. przeniesienie części majątku Siemens Sp. z o.o. (Działu Mobility) na Siemens Mobility Sp. z o.o. Wydzielona zorganizowana część przedsiębiorstwa, zgodnie z planem podziału, obejmowała m.in. prawa i ekspektatywy wynikające z udziału Siemens Sp. z o.o. w procedurach o udzielenie zamówień publicznych w ramach działalności Działu Mobility, które zostaną z mocy prawa w dniu wydzielenia przejęte przez Siemens Mobility Sp. z o.o., w tym wynikające z uczestnictwa w postępowaniu na „Dostawę 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie” – Metro Warszawskie Sp. z o.o. (EH.25.00053.2017.SPAGKU).

Z powyższego w ocenie Izby wprost wynika, iż spółka Siemens Mobility Sp. z o.o., przejmując Dział Mobility, przejęła również wszelkie prawa i obowiązki wynikające z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie (wpis do rejestru przedsiębiorców miał miejsce 9 lipca 2018 r.) Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku austriackiej spółki Siemens Aktiengesellschaft Österreich, co Odwołujący 2 potwierdził

składając zaświadczenie notarialne wraz z tłumaczeniem, z którego wynika, iż ww. spółka „przekazała Dział Mobility, którego częścią jest w szczególności przetarg na zamówienie publiczne, ogłoszone i zrealizowane przez Metro Warszawskie Sp. z o.o. pod nazwą Dostawa 37+8 pojazdów metra trakcji elektrycznej przeznaczonych do transportu pasażerów na pierwszej i drugiej linii metra w Warszawie (nr ref. EH.25.00053.2017.SPAGKU) do Siemens Mobility GmbH, jako spółce przejmującej w drodze podziału poprzez przejęcie w drodze sukcesji uniwersalnej oraz z rejestracją takiego podziału w rejestrze spółek w dniu 3 lipca 2018 r.” Konsorcjum Siemens, Newag przedstawiło także wyciąg z właściwego regulaminu potwierdzający uprawnienie notariusza do wydawania dokumentów prawnych dotyczących faktów wynikających z publicznych rejestrów.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, w szczególności okoliczność, iż przejęcie praw i obowiązków odpowiednio przez spółki Siemens Mobility Sp. z o.o. i Siemens Mobility GmbH nastąpiło w drodze sukcesji uniwersalnej, z mocy prawa, Izba nie znalazła także podstaw do kwestionowania skuteczności przystąpień do postępowania odwoławczego zgłoszonych przez Konsorcjum Siemens, Newag w sprawach o sygn. akt KIO 1287/18 oraz KIO 1297/18.

W konsekwencji Izba na posiedzeniu w dniu 12 lipca 2018 r. stwierdziła skuteczność wszystkich zgłaszanych przez wykonawców przystąpień do postępowania odwoławczego, uznając za spełnione przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp. W sprawie o sygn. akt KIO 1287/18 Izba dopuściła do udziału w charakterze uczestników postępowania Konsorcjum Siemens, Newag po stronie Odwołującego, Konsorcjum Škoda, wykonawcę Stadler po stronie Zamawiającego. W sprawie o sygn. akt KIO 1290/18 Izba dopuściła do udziału w charakterze uczestników postępowania po stronie Zamawiającego Konsorcjum Škoda, wykonawcę Stadler oraz wykonawcę CAF. W sprawie o sygn. akt KIO 1297/18 Izba dopuściła do udziału w charakterze uczestników postępowania po stronie Zamawiającego Konsorcjum Siemens, Newag, wykonawcę Stadler oraz wykonawcę CAF. W sprawie o sygn. akt KIO 1301/18 Izba dopuściła do udziału w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego Konsorcjum Škoda.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami z uwzględnieniem dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia modyfikacji oraz wyjaśnień treści SIWZ udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności pismem nr 1 i 2 z 17.07.2017 r., pismem nr 3 z dnia 28.07.2017 r., pismem nr 4 i 5 z dnia 8.08.2017 r., pismem nr 6 z dnia 11.08.2017 r., pismem nr 7 z dnia 22.08.2017 r., pismem nr 8 z dnia 1.09.2017 r., pismem nr 9 i 10 z dnia 13.09.2018 r. i pismem nr 11 z dnia

28.09.2017 r., oferty wykonawców, dokumenty i oświadczenia złożone przez Konsorcjum Skoda w dniu 20 lutego 2018 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 lutego 2018 r. – część jawna oraz część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z wykonawcami, w tym z Konsorcjum Skoda (w szczególności pismo Zamawiającego z 6 kwietnia 2018 r., pismo Konsorcjum Skoda z 11 kwietnia 2018 r.), Stadler (w szczególności pismo Zamawiającego z 19 stycznia 2018 r., wyjaśnienia wykonawcy z 29 stycznia 2018 r.), CAF (w szczególności pismo Zamawiającego z 19 stycznia 2018 r., wyjaśnienia wykonawcy z 25 stycznia 2018 r.), informację Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2018 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy oraz w pismach procesowych, w szczególności:

1. w pismach złożonych w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18:
 - pismo Odwołującego z dnia 12 lipca 2018 r. „Stanowisko Odwołującego”;
 - pismo Zamawiającego z dnia 12 lipca 2018 r. (data wpływu) – odpowiedź na odwołanie;
 - pismo Przystępującego Konsorcjum Škoda z dnia 12 lipca 2018 r.;
2. w pismach złożonych w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18:
 - pismo Zamawiającego z dnia 12 lipca 2018 r. (data wpływu) – odpowiedź na odwołanie;
 - pismo Przystępującego Konsorcjum Škoda z dnia 12 lipca 2018 r.;
 - pismo Odwołującego „Wykazanie nierealności danych w kryterium utrzymania pojazdów” złożone na rozprawie w dniu 13 lipca 2018 r.;
 - pismo Odwołującego „Wykazanie nierealności danych w kryterium zużycie energii elektrycznej” złożone na rozprawie w dniu 13 lipca 2018 r.;
 - pismo Odwołującego „Wykazanie nierealności danych w kryterium zużycie energii elektrycznej” złożone na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r.;
 - pismo Odwołującego „Suplement do wykazanie nierealności danych w kryterium zużycie energii elektrycznej oferty Stadler” złożone na rozprawie 19 lipca 2018 r.;
 - Stanowisko Konsorcjum Škoda z dnia 19 lipca 2018 r. o niezasadności wniosku o powołanie biegłego;
 - Pismo Konsorcjum Škoda zawierające spis dowodów złożonych na rozprawie 19 lipca 2018 r.;
 - pismo Odwołującego z dnia 20 lipca 2018 r. odnośnie dowodów z dokumentów złożonych przez Konsorcjum Škoda na rozprawie w dniu 19 lipca 2018 r.;
3. w pismach złożonych w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18:
 - pismo Zamawiającego z dnia 12 lipca 2018 r. (data wpływu) – odpowiedź na odwołanie;

4. w pismach złożonych w sprawie o sygn. akt KIO 1301/18:
 - pismo Zamawiającego z dnia 12 lipca 2018 r. (data wpływu) – odpowiedź na odwołanie;
 - pismo Przystępującego Konsorcjum Škoda z dnia 12 lipca 2018 r.;
 - Stanowisko Konsorcjum Škoda z 24 lipca 2018 r. dot. zarzutów Stadler co do zakresu przeglądu poziomemu P5 i ustalania zakresów przeglądów P3-P4;
5. w pismach złożonych we wszystkich sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania:
 - pismo Zamawiającego z 27 lipca 2018 r. z załączonym pismem z UTK z 23.07.2018 r.;
 - pismo Zamawiającego z 31 lipca 2018 r. z załączoną odpowiedzią do UTK;
 - pismo Zamawiającego z 31 lipca 2018 r. dotyczące dowodu z opinii biegłego;
 - pismo Konsorcjum Škoda z 31 lipca 2018 r. w sprawie dowodu z opinii biegłego;
 - pismo Alstom z 31 lipca 2018 r. – pismo procesowe i pytania do biegłego;
 - Pismo Stadler z 31 lipca 2018 r. w sprawie dowodu z opinii biegłego;
 - Pismo Konsorcjum Siemens, Newag z 31 lipca 2018 r. w sprawie dowodu z opinii biegłego;
 - Pismo procesowe CAF z 31 lipca 2018 r.;
 - Pisma procesowe Konsorcjum Škoda z 3 sierpnia 2018 r. w sprawie zakresu opinii biegłego;
 - Pismo Zamawiającego z 6 sierpnia 2018 r.;
 - Pismo Konsorcjum Siemens, Newag z 6 sierpnia 2018 r.;
 - Pismo Stadler z 6 sierpnia 2018 r.;
 - pismo Alstom z 19 listopada 2018 r.;
 - Pismo Konsorcjum Siemens, Newag z 19 listopada 2018 r.;
 - pismo Konsorcjum Škoda z 19 listopada 2018 r.;
 - Pismo Stadler z 19 listopada 2018 r.;
 - Pismo Zamawiającego z 19 listopada 2018 r.;
 - pismo Alstom z 30 listopada 2018 r.;
 - Pismo Konsorcjum Siemens, Newag z 30 listopada 2018 r.;
 - pismo Konsorcjum Škoda z 30 listopada 2018 r.;
 - Pismo Stadler z 30 listopada 2018 r.;
 - Pismo CAF z 30 listopada 2018 r.;
 - Pismo Zamawiającego z 30 listopada 2018 r.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w postępowaniu odwoławczym przez Strony i Uczestników postępowania, w szczególności:

1. Złożone przez Konsorcjum Siemens, Newag:
 - odpis skargi na wyrok KIO z 13.12.2017 r., sygn. akt KIO 2421/17;

- wyciąg z nagrania rozprawy z 9.05.2018 r. sygn. akt XXIII Ga 95/18;
- artykuły ze stron internetowych www.byznys.lidovky.cz, www.ct24.ceskatelevize.cz, www.zdopravy.cz, www.ekonomika.idnes.cz, www.zpravy.aktualne.cz, dotyczące dostawy pociągów dla Kolei Czeskich;
- plan centralnego odcinka II linii metra – Schemat osi torów i przekrój podłużny;
- zestawienie okresów międzyprzebiegów w ofertach wykonawców wraz z wykresami;
- wyciąg z publikacji R. Podoski „Trakcja elektryczna”;
- wyciągi z raportów rocznych Metra Warszawskiego za lata 2004 – 2013;
- zestawienie dziennych przebiegów pojazdów metra w miesiącu grudzień 2014 r.;
- wydruk Rozporządzenia Ministra Transportu z dnia 20 października 2006 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie projektowania, wytwarzania, eksploatacji, naprawy i modernizacji specjalistycznych urządzeń ciśnieniowych;
- dwa wyciągi z publikacji T. Siemiński, T. Jarosz „Odbieraki prądu i ich współpraca z siecią jezdnią” (str. 204 i str. 202 – 206);
- instrukcja defektoskopowych ultradźwiękowych badań zestawów kołowych wagonów Metropolis Metra Warszawskiego;
- wyciąg z publikacji inż. R. Podoskiego „Tramwaje i koleje elektryczne”;
- wydruk ze strony internetowej Zamawiającego obrazujący pliki do pobrania w zakresie dotyczącym prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (Plan centralnego odcinka II linii metra – Schemat osi torów i przekrój podłużny);
- wydruk rysunku ze strony internetowej Zamawiającego dotyczący usytuowania poszczególnych stacji;
- wydruk ze strony internetowej www.on-line.dnb.com.pl dotyczący firmy Ambrose Kft. wraz z częściowym tłumaczeniem;
- dokumentacja dotycząca postępowania na „Dostawę 30 osi z zaprasowaną tuleją wagonów metra serii 81” (informacja z otwarcia ofert, informacja o wyborze oferty, specyfikacja techniczna);
- wydruk ze strony internetowej www.przetargi.um.warszawa.pl dotyczący zamówienia na „Dostawę kół monoblokowych do wagonów metra serii 81”;
- dokumenty dotyczące udziału pełnomocnika Odwołującego w konferencji „Zakup nowoczesnego taboru szynowego elementem rozwoju Województwa Dolnośląskiego” i jego osiągnięć;
- wydruk artykułów ze strony internetowej www.transport-publiczny.pl;
- wyciąg z publikacji E. Domański, E. Kowalczyk, J. Skoniecki „Elektryczne zespoły trakcyjne”;
- wydruk artykułu ze strony internetowej www.blog.koleo.pl „Najstarszy polski pociąg – ile

ma lat?”

- wydruk artykułów ze stron internetowych www.kurierkolejowy.eu „Zderzenie pociągów KM i SKM w Wesołej”, www.rynek-kolejowy.pl „Wypadek w Ostrowie Wielkopolskim”, www.tvn24.pl „Zderzenie pociągów w Słowenii”, www.rail.phototrans.eu (fotografia), www.rynek-kolejowy.pl „Zderzenie czołowe SKM i KM w Warszawie”
- dokumenty dotyczące taboru Tramwajów Warszawskich;
- fotografia ze strony internetowej www.commons.wikimedia.org;
- dokumentacja paszportowo – rejestracyjna zbiorników zainstalowanych w pojeździe o numerze ewidencyjnym 74;
- wydruk ze strony internetowej www.Skoda.cz/produkty/metro oraz fotokopie oferty Škoda w postępowaniu na „Dostawę 35 pojazdów sześciowagonowych metra” nr ref. EH/250/86/JM/10;
- wyciąg z publikacji mgr inż. B. Cywińskiego „Encyklopedia kolejnictwa”
- artykuł A. Sikora, E. Kałuża „Wpływ przyjętej masy pociągu na dokładność obliczeń symulacyjnych”
- wyciąg z opracowania M. Ciąčka, W. Kobos „Trakcyjny napęd asynchroniczny o podwyższonej sprawności energetycznej z wykorzystaniem pojemnościowego zasobnika energii”;
- wydruk ze strony internetowej www.pl.wikipedia.org dotyczący współczynnika korelacji Pearsona;
- zestawienie wykresów obrazujących korelację liniową według wymogów SIWZ i w ofertach Konsorcjum Siemens, Konsorcjum Škoda, Stadler;
- zestawienie dziennych przebiegów pojazdów metra w okresie lipiec – grudzień 2014 r. wraz z podsumowaniem miesięcznym i rocznym;
- wyciąg z rejestru pojazdu w zakresie prac wykonywanych podczas przeglądu;
- artykuł ze strony internetowej www.transport-publiczny.pl „Przetarg Metra w zawieszeniu. Problem z utajnieniem ofert”;
- wystąpienie pokontrolne Prezesa UTK z dnia 24 czerwca 2016 r., TO1.506.3.2015.22.AN;
- wydruk artykułu ze strony www.nrk.no wraz z tłumaczeniem;
- załącznik nr 1.5. do Specyfikacji Technicznej – Usytuowanie szyny zasilającej – trzeciej szyny w obecnym i poprzednim postępowaniu;
- wyciąg z Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 1300/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznych specyfikacji interoperacyjności odnoszących się do dostępności systemu kolei Unii dla osób niepełnosprawnych i o ograniczonej możliwości poruszania się;

- wyrok Sądu Okręgowego z 15 czerwca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 95/18;
- opinia dr inż. P. Błaszczyka z Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Łódzkiej;
- artykuł z czasopisma naukowego „Environmental International” wraz z tłumaczeniem pkt 3.2.3 artykułu;
- raport z metra w Oslo wraz z tłumaczeniem;
- zdjęcia przedstawiające odbierak Stemann pociągu Alstom;
- 2. złożone przez Konsorcjum Škoda:
 - zaświadczenie o realizacji dostaw z dnia 9 lipca 2018 r. wystawione przez Ceske drahy a.s. (wraz z tłumaczeniem);
 - wyciąg z dokumentacji zamówienia na naprawę generalną i modernizację wagonów metra serii 81-717.4 - 24 wagony i serii 81-714.4 - 24 wagony (Sofia) wraz z tłumaczeniem;
 - wydruk prezentacji dr hab. J. Koniecznego „Kupować czy modernizować pojazdy?”;
 - artykuł z portalu www.rynek-kolejowy.pl „Stop modernizacjom taboru”;
 - oświadczenie Ambrose Kft w sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Zestaw kołowy (wraz z tłumaczeniem);
 - pismo Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. dot. dostosowania wymaganych okresów przeglądowo-naprawczych systemu SOP-3 dla pociągów Metra Warszawskiego;
 - oświadczenie ABB s.r.o. sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Ogranicznik przepięć (wraz z tłumaczeniem);
 - oświadczenie Knorr Bremse GmbH w sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Hamulce i system dostawy powietrza (wraz z tłumaczeniem);
 - opracowanie dr inż. M. Moczarskiego „Problem kształtowania systemu obsługi wagonów metra;”
 - opinia ekspercka Politechniki Czeskiej w Pradze dotycząca oceny części cyklu przeglądowo – naprawczego oferty Konsorcjum Škoda (wraz z tłumaczeniem);
 - orzeczenie VUKV a.s. dotyczące okresu użytkowania konstrukcji aluminiowej;
 - oświadczenie Stemman-Technik GmbH w sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Odbierak prądu (wraz z tłumaczeniem);
 - oświadczenie DAKO-CZ w sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Układ hamulcowy (wraz z tłumaczeniem);
 - oświadczenie Škoda Electric a.s. w sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Kontener falowników pomocniczych;
 - oświadczenie Škoda Electric a.s. w sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Kontener trakcyjny;

- oświadczenie Škoda Electric a.s. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Silnik trakcyjny;
- oświadczenie Bonatrans Group a.s. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Zestaw kołowy (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie Faiveley Transport Czech w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Jednostka wentylacyjna (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie Saft Ferak a.s. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Ni-Cd baterie (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie Dellner Couplers AB w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Półautomatyczny sprzęg przedni, Półstały sprzęg oraz Półautomatyczny sprzęg pośredni (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie ZKL Bearings CZ a.s. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Łożysko osiowe (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie ELMESY s.r.o. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu System drzwiowy (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie LOKEL s.r.o. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentów Komputer sterujący i innych wymienionych w treści oświadczenia (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie RADOM s.r.o. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentów komunikacyjnej części systemu MAV (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie Wikov MGI a.s. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Skrzynia biegów (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie POLL s.r.o. w sprawie okresów międzyprzebiegów komponentu Jednostka klimatyzacji (wraz z tłumaczeniem);
- test skuteczności skrzyni biegów (wraz z tłumaczeniem);
- wyciąg z opracowania Brandlein, Eschmann, Hasbargen, Weigand „Łożyska w praktyce” (wraz z tłumaczeniem);
- wyciąg z opracowania inż. J. Drabek „Dynamika i energetyka trakcji elektrycznej” (wraz z tłumaczeniem);
- oświadczenie tłumacza przysięgłego języka czeskiego z dnia 20.07.2018 r. dotyczące nazw miesięcy czerwiec i lipiec w języku czeskim;
- oświadczenie Speel Praha s.r.o. w sprawie poziomów utrzymania komponentu „Rejestrator” (wraz z tłumaczeniem);
- pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego w Sankt Peteresburgu do Škoda Transportation a.s. z 16.07.2018 r.;
- oświadczenie Ultimate Europe Transportation Equipment GmbH w sprawie poziomów utrzymania komponentu Drzwi i przegub międzyczłonowy (wraz z tłumaczeniem);

- pismo ATM PP Sp. z o.o. z 24.07.2018 potwierdzające okres przeglądu rejestratora ATM odpowiadający P4 5,71 lat (wraz z tłumaczeniem);
 - dokument zatwierdzający instrukcję konserwacji lokomotywy elektrycznej Deutsche Bahn AG (wraz z tłumaczeniem);
 - oświadczenie Bonatrans Group a.s. w sprawie konstrukcji osi (wraz z tłumaczeniem)
 - oświadczenie MEDCOM Sp. z o.o. w sprawie poziomów utrzymania urządzenia Kontener przetwornicy pomocniczej;
 - oświadczenie MEDCOM Sp. z o.o. w sprawie poziomów utrzymania urządzenia Kontener rezystora hamowania;
 - oświadczenie MEDCOM Sp. z o.o. w sprawie poziomów utrzymania urządzenia Kontener wyposażenia trakcyjnego;
 - decyzja Ministerstwa Transportu 10/2018-130-SPR/5 dot. akredytacji firmy VUKV a.s. do przeprowadzania badań pojazdów szynowych;
 - oświadczenie Mitsubishi Electric Europe B.V. w sprawie poziomów utrzymania komponentu Kontener urządzeń trakcyjnych (wraz z tłumaczeniem);
 - oświadczenie Mitsubishi Electric Europe B.V. w sprawie poziomów utrzymania komponentu Kontener urządzeń pomocniczych (wraz z tłumaczeniem);
 - oświadczenie VZU Plzen s.r.o. z 23.07.2018 r. w sprawie żywotności i ram wózków dla wagonów metra Warszawa (wraz z tłumaczeniem);
 - opinia ekspercka Wydziału Transportu Politechniki Warszawskiej z 26 października 2018 r.;
3. złożone przez Stadler:
- zestawienie przebiegów oraz czasów międzyprzebiegów podanych przez wykonawców w postępowaniu (z wyłączeniem danych Stadler dot. czasu);
 - zestawienie zużycia energii deklarowane przez poszczególnych wykonawców;
 - stanowisko jednostki notyfikowanej Arsenal Railway Certification GmbH w zakresie obliczeń zużycia energii przez Stadler;
 - opinia prof. Dr hab. P. Machnikowskiego w sprawie interpretacji oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
 - pismo Prezesa UTK z dnia 22 maja 2018 r.;
 - artykuł ze strony internetowej www.rynek-kolejowy.pl „Dlaczego przewoźnicy wydłużają okresy przeglądów?”;
 - zestawienie przebiegów oraz czasów międzyprzebiegów podanych przez wykonawców w postępowaniu;
 - pismo ATM PP Sp. z o.o. z 13.06.2018 r. dot. uaktualnienia okresów przeglądowych dla systemów ATM oferowanych do zabudowy na pojazdach przeznaczonych dla Metra

Warszawskiego;

- pismo Bombardier z 14.06.2018 r. dot. uaktualnienia okresów przeglądowych dla systemu SOP-3 dla pociągów Metra Warszawskiego;
 - wiadomość e-mail z dnia 18 lipca 2018 r. od Prezesa Zarządu Bombardier Transportation ZWUS do pełnomocnictwa Stadler;
 - plik dokumentów zawierający oświadczenia producentów komponentów złożone przez Konsorcjum Škoda na rozprawie w dniu 20.07.2018 r. z odręcznymi adnotacjami pełnomocnika Stadler;
 - opinia mgr inż. Ryszarda Szerbarta z dnia 18.07.2018 r. w sprawie cyklu przeglądowo-naprawczego dla pojazdu typu „metro” oferowanego przez Konsorcjum Škoda w przetargu ogłoszonym przez Metro Warszawskie Sp. z o.o.;
 - artykuły ze strony internetowej www.rynek-kolejowy.pl: „Koleje Mazowieckie odebrały ostatni zmodernizowany ezt EN57” oraz „Cegielski zmodernizuje SA105 dla lubuskiego”;
 - opinia dr hab. Bogdana Sowińskiego z 18.07.2018 r. w przedmiocie realności i możliwości rynkowej eksploatacji elektrycznych zespołów trakcyjnych dla metra przez okres co najmniej 45 lat bez wykonywania w tym okresie naprawy głównej (poziom utrzymania P5);
 - wyciąg z dokumentacji przetargowej na wykonanie prac w ramach bieżącego remontu w zakresie TR-3 dla projektu „Neva,” w tym załącznik nr 3 do Opisu Technicznego „Zakres prac w ramach bieżącej naprawy wagonów metra poziomu TR-3 Modeli 81-556/557/558 (wraz z częściowym tłumaczeniem);
 - artykuły ze stron internetowych www.globalrailnews.com i www.m.railjournal.com wraz z tłumaczeniem oraz wydruk ze strony www.Skoda.cz (dotyczące okoliczności, że VUKV jest spółką zależną od Škoda Transportation);
 - dwie fotografie odbieraków prądu - w pojazdach metra Neva oraz w pojazdach kolei DB;
 - artykuł ze strony internetowej www.stuttgarter-zeitung.de „Deutsche Bahn walczy z opóźnionymi dostawami pociągów” (wraz z częściowym tłumaczeniem);
 - wydruk wiadomości e-mail z dnia 23.07.2018 r. od Prezesa Zarządu ATM PP Sp. z o.o. do pełnomocnika Stadler;
 - pismo Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z dnia 22.06.2018 r. do Stadler (wyjaśniające, że schemat cyklu odnosi się do wszystkich urządzeń SOP-3);
4. złożone przez Zamawiającego:
- pismo Škoda z 19.02.2018 r. dot. przedłużenia ważności oferty i gwarancji bankowej do 18.04.2018 r. wraz z aneksem nr 2 do gwarancji bankowej oraz raportem Zamawiającego z 11.07.2018 r.;
 - zestawienie okresów międzyprzeglądowych oraz czynności dotyczących systemu

rejestracji (ATM) wykonywane w trakcie remontu taboru Metra;

- zestawienie czynności związanych z utrzymaniem urządzeń systemu SOP-3.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożonych przez Konsorcjum Siemens, Newag wydruków ze stron internetowych www.rta.eu oraz www.siemens.com, które złożone zostały wyłącznie w języku angielskim. Zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Brak złożenia stosownego tłumaczenia ww. dokumentów spowodował ich pominięcie przez Izbę podczas rozpoznawania przedmiotowej sprawy.

Izba postanowieniem z dnia 14 sierpnia 2018 r. dopuściła dowód z opinii biegłego w zakresie parametru zużycia energii elektrycznej na okoliczność ustalenia czy zaoferowane przez wykonawców:

- Konsorcjum Škoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie oraz Škoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie;
- Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach;
- Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A z siedzibą w Beasain;
- Konsorcjum Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (poprzednio Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), Siemens Mobility GmbH z siedzibą w Wiedniu (poprzednio Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu) oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu;
- Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie;

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie” wartości parametru zużycia energii elektrycznej są realne i możliwe do osiągnięcia w świetle wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym m.in. w załączniku nr 1 specyfikacji technicznej i załączniku nr 1.7 specyfikacji technicznej), wymagań wynikających z przepisów prawa oraz zasad wiedzy technicznej (zgodnie z obecnym stanem techniki - dla istniejących rozwiązań technicznych oraz rozwiązań technicznych będących w fazie projektów lub testów, ale jeszcze nie stosowanych w eksploatacji)?

Ponadto Izba postanowieniem z dnia 14 sierpnia 2018 r. dopuściła dowód z opinii biegłego w zakresie kryterium system utrzymania pojazdu na okoliczność ustalenia:

1. czy zaoferowane przez wykonawców:

- Konsorcjum Škoda Transportation a.s. z siedzibą w Pilźnie oraz Škoda Vagonka a.s. z siedzibą w Ostrawie;
- Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach;
- Construcciones Y Auxiliar de Ferrocarriles S.A z siedzibą w Beasain;
- Konsorcjum Siemens Mobility Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (poprzednio Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie), Siemens Mobility GmbH z siedzibą w Wiedniu (poprzednio Siemens Aktiengesellschaft Österreich z siedzibą w Wiedniu) oraz Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu;
- Alstom Konstal S.A. z siedzibą w Chorzowie;

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie” maksymalne okresy międzyprzeładowe - międzynaprawcze wyrażone w jednostce czasu oraz maksymalne przebiegi kilometrażowe międzyprzeładowe - międzynaprawcze przedstawione w schematach cyklu przeglądowo - naprawczego dla poszczególnych poziomów utrzymania są realne i prawidłowe (w szczególności w zakresie zachowania bezpieczeństwa ruchu kolejowego) w świetle wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym m.in. w pkt 9.5.5. SIWZ, w załączniku 1 pkt 13 specyfikacji technicznej i załączniku 1.8 specyfikacji technicznej), wymagań wynikających z przepisów prawa oraz zasad wiedzy technicznej (zgodnie z obecnym stanem techniki - dla istniejących rozwiązań technicznych oraz rozwiązań technicznych będących w fazie projektów lub testów, ale jeszcze nie stosowanych w eksploatacji)?

2. czy w świetle wymagań wynikających z przepisów prawa i wiedzy technicznej istnieje wymóg, aby pewne ściśle określone czynności jak np. ocena stanu technicznego, wymiana, naprawa konkretnych elementów, zespołów, podzespołów pojazdów, były wykonywane na konkretnym poziomie utrzymania (P1-P5)? Czy w świetle wymagań wynikających z przepisów prawa i wiedzy technicznej możliwe jest przenoszenie poszczególnych czynności pomiędzy poszczególnymi poziomami utrzymania w cyklu przeglądowo – naprawczym?

Biegły sądowy mgr inż. Rafał Jeleń wpisany na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Poznaniu z dziedziny mechanika: budowa i eksploatacja pojazdów kolejowych, analiza zapisów rejestratorów (parametrów jazdy) pojazdów (pociągów) kolejowych, zasadność napraw pojazdów kolejowych oraz transport: zarządzanie bezpieczeństwem w transporcie kolejowym, audyt bezpieczeństwa w kolejnictwie, postępowanie po wypadkach kolejowych, na podstawie postanowienia Izby z dnia 14 sierpnia 2018 r., przedstawił opinię w zakresie parametru „zużycia energii” – część jawna i

część niejawna oraz opinię w zakresie parametru „maksymalne okresy międzyprzebiegi – międzynaprawcze wyrażone w jednostce czasu oraz maksymalne przebiegi kilometrażowe międzyprzebiegi – międzynaprawcze przedstawione na schematach cyklu przeglądowo – naprawczego dla poszczególnych poziomów utrzymania” – część jawna i część niejawna.

Na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r. Izba przeprowadziła dowód z ustnej opinii uzupełniającej złożonej przez ww. biegłego w zakresie tez dowodowych określonych w postanowieniu Izby z dnia 14 sierpnia 2018 r.

Izba nie uwzględniła wniosków Konsorcjum Siemens, Newag przedstawionych w pismach z dnia 19 i 30 listopada 2018 r. o przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii w zakresie parametru zużycia energii elektrycznej przygotowanej przez biegłego w dziedzinie elektryk energetyk ze specjalnością energia trakcyjna oraz o zobowiązanie biegłego opiniującego już w sprawie do przygotowania opinii uzupełniającej w zakresie wskazanym w treści pisma z dnia 30 listopada 2018 r.

W ocenie Izby złożone w postępowaniu odwoławczym opinie biegłego sądowego wypełniały wytyczne wynikające z postanowienia Izby z dnia 14 sierpnia 2018 r., były rzetelne, jasne, jak również wyczerpujące merytorycznie. Ewentualne nieścisłości czy zastrzeżenia zgłaszane przez Strony i Uczestników postępowania zostały przez biegłego wyjaśnione podczas rozprawy w dniu 21 listopada 2018 r., w ramach opinii uzupełniającej. Izba umożliwiła także wszystkim zainteresowanym swobodne zadawanie pytań biegłemu w granicach zarzutów podnoszonych w odwołaniu, przy czym należy wskazać, iż przed terminem tej rozprawy Strony i Uczestnicy mieli możliwość zapoznania się nie tylko z opiniami biegłego, ale i z pismami procesowymi swoich przeciwników, które zawierały odniesienie do treści tych opinii. W konsekwencji, zdaniem składu orzekającego, wnioski dowodowe Konsorcjum Siemens, Newag zmierzały do przedłużenia postępowania, podczas gdy przeprowadzenie tych dowodów nie wniosłoby istotnego wkładu merytorycznego dla rozstrzygnięcia, zwłaszcza zważywszy, że szereg okoliczności podnoszonych przez Konsorcjum Siemens, Newag jako wymagających sporządzenia pisemnej opinii uzupełniającej, było już przedmiotem opinii złożonej w sprawie. Zasadność odmowy przeprowadzenia wnioskowanych dowodów w takiej sytuacji potwierdza orzecznictwo, w tym m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 269/15.

Niezasadne i zmierzające do przedłużenia postępowania było również żądanie Konsorcjum Siemens, Newag zobowiązania wykonawców Stadler, CAF i Alstom do przedłożenia dokumentów, o których mowa w pkt 13.2.3 SIWZ. Do złożenia tych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązane było wyłącznie Konsorcjum Škoda, którego oferta została najwyżej oceniona na podstawie ustalonych

kryteriów oceny ofert, w związku z czym wymagane od pozostałych wykonawców, aby opracowywali wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Specyfikacji Technicznej (w tym szczegółowe rysunki techniczne, schematy, charakterystyki techniczne), byłoby niecelowe, a dodatkowo czasochłonne i kosztowne dla wykonawców.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych przez Konsorcjum Siemens, Newag, dowodów.

Natomiast odnosząc się do wniosku Konsorcjum Siemens, Newag o odtajnienie wynikowych danych eksploatacyjnych zawartych w części niejawnej opinii biegłego w zakresie parametru zużycia energii, Izba wskazuje, iż parametry zaoferowane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia (za wyjątkiem masy pojazdu obciążonego nominalnie oraz zużycia energii pojazdu obciążonego nominalnie – kierunek „tam” i „z powrotem” oraz średniej arytmetycznej), a w konsekwencji także w toku postępowania odwoławczego, były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie podlegała kognicji Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ocena zasadności zaniechania udostępnienia tychże informacji pozostałym wykonawcom przez Zamawiającego, wobec niepostawienia w tym zakresie stosownych zarzutów.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony i Uczestników postępowania stan faktyczny sprawy nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 3.1. SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa 37+8 sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych przeznaczonych do przewozu pasażerów na I i II linii metra w Warszawie, zwanym w treści SIWZ „Pojazdem”. W punkcie 3.1.1 SIWZ przedstawiono szczegółowy opis przedmiotu zamówienia precyzując, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowych wagonów metra, zestawionych w sześciowagonowe elektryczne zespoły trakcyjne („EZT”) wraz z niezbędnym na okres gwarancji, zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania („DSU”) dla nowego taboru, kompletem fabrycznie nowych części zamiennych podlegających obowiązkowym wymianom, szybko zużywających się oraz mogących być potencjalnie narażonymi podczas eksploatacji na zniszczenie lub uszkodzenia oraz dostawa niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki. Podstawowym zakresem zamówienia (pkt 3.1.1 lit. a) była objęta dostawa fabrycznie nowych 222 wagonów metra, w tym 74 wagonów z kabiną maszynisty i 148 wagonów pośrednich, zestawionych w 37 sześciowagonowych EZT, a zakresem zamówienia w ramach opcji (pkt 3.1.1 lit. b)

dostawa fabrycznie nowych 48 wagonów metra, w tym 16 wagonów z kabiną maszynisty i 32 wagonów pośrednich, zestawionych w 8 sześciowagonowych EZT. Zamawiane pojazdy mają być zbudowane w oparciu o dokumentację techniczną wykonawcy, uzgodnioną z Zamawiającym, uwzględniającą wszystkie wymagania zawarte w załączniku nr 1 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna (pkt 3.1.2 SIWZ). Wszystkie Pojazdy, tak objęte zakresem podstawowym, jak i zakresem opcjonalnym, muszą spełniać wymagania i parametry określone w Umowie, Ogólnych warunkach umowy, Specyfikacji Technicznej, dokumentacji technicznej, Warunkach Technicznych Wykonania i Odbioru oraz przepisach prawa i zasadach wiedzy technicznej (pkt 3.1.4. SIWZ).

W punkcie 3.2. SIWZ wskazano, iż przedmiot zamówienia obejmuje zakres zamówienia szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna, w tym w szczególności: [...] uzyskanie świadectwa bezterminowego dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego, wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego („UTK”) (pkt 3.2.7 SIWZ); dostawę do Zamawiającego na cały okres gwarancji, zgodnie z DSU dla nowego taboru, kompletu fabrycznie nowych części zamiennych podlegających obowiązkowym wymianom, szybko zużywających się oraz mogących być potencjalnie narażonymi podczas eksploatacji na zniszczenie/uszkodzenie (w tym akty wandalizmu). Wartość ww. części zamiennych nie może stanowić więcej niż 2% ceny każdego pojazdu liczone „od stu.” Wartość procentową ceny ww. części zamiennych w stosunku do ceny każdego pojazdu trakcyjnego metra określa wykonawca w ofercie, z uwzględnieniem powyższego zastrzeżenia (pkt 3.2.10 SIWZ); dostawę niezbędnego, fabrycznie nowego (atestowanego w koniecznym zakresie) sprzętu/stanowisk, narzędzi specjalistycznych do obsługi/serwisu i diagnostyki oraz oprogramowania serwisowego – diagnostycznego (w tym plików oprogramowania systemowego - firmware - sterowników i komputerów) umożliwiającego wykonywanie obsługi pojazdu do piątego poziomu utrzymania włącznie. Wymienione w tym punkcie pozycje będą łącznie stanowić nie więcej niż 1% wartości wszystkich pojazdów z zakresu podstawowego zamówienia (37 pojazdów) liczonej „od stu.” [...] (pkt. 3.2.11 SIWZ); przeprowadzenie na koszt wykonawcy niezbędnych szkoleń dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o.o. zapewniających prawidłową eksploatację i utrzymanie dostarczonych wagonów (do poziomu utrzymania P5 włącznie). Ramowy program szkolenia i liczba osobodni (min. 2000) zostanie przez wykonawcę uzgodniona z Zamawiającym (pkt 3.2.13 SIWZ); niezależnie od szkoleń wymienionych w pkt 3.2.13 przeprowadzenie na koszt wykonawcy teoretycznego i praktycznego przeszkolenia instruktorów maszynistów z obsługi symulatora (5 osób), minimum 50 maszynistów pojazdów metra (minimum 5 dni dla grupy 10 osób – razem 25 dni). Szkolenia powinni prowadzić instruktorzy, którzy praktycznie zapoznają maszynistów z techniką prowadzenia

pociągu, przyjęciem i zdaniem pociągu, usuwaniem usterek oraz postępowaniem w przypadkach awaryjnych [...]. Uwaga: szczegółowe wymagania dotyczące szkoleń dla radiołączności, MAV, CCTV, łączności audio są zawarte w załączniku 1c, a dla systemów SOP i BSK w załączniku 1b (pkt 3.2.14 SIWZ).

W punkcie 5.2.1. SIWZ Zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazując, iż:

- 1) wykonawca musi wykazać roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za wszystkie pełne lata obrotowe (na podstawie rachunku zysków i strat pozycja – Przychody netto ze sprzedaży i zrównane z nimi przy wariacie porównawczym lub – Przychody netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów przy wariacie kalkulacyjnym) w wysokości nie mniejszej niż 500 mln PLN;
- 2) w przypadku wskazania wartości finansowych, w celu spełnienia warunku opisanego w pkt 5.2.1. ppkt 1 w walucie innej niż PLN, przeliczenie tych wartości nastąpi po średnim kursie ogłoszonym przez NBP w dniu opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W przypadku, gdy w tym dniu NBP nie opublikuje tabeli kursów średnich, Zamawiający przyjmie jako podstawę kurs z tabeli kursów średnich opublikowanych w dniu najbliższym po dniu publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 3) wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 100 000 000,00 zł (słownie: sto milionów złotych).

W punkcie 5.2.2. SIWZ Zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że uzna, że wykonawca spełnił ten warunek, jeżeli udokumentuje, że:

- 1) posiada niezbędne doświadczenie w produkcji taboru szynowego, tj. wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał i przekazał do eksploatacji, co najmniej 10 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, złożonych z minimum 3 wagonów każdy, z których co najmniej dla jednego składu wagonów lub dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenia danego typu wagonów do eksploatacji na obszarze Unii Europejskiej. Przez pojęcie „składu wagonów” należy rozumieć fabrycznie nowy elektryczny zespół trakcyjny złożony z minimum 3 wagonów. [...]
- 2) dysponuje:
 1. zapleczem technicznym wraz z torem prób dla sześciowagonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych;
 2. systemem kontroli jakości, niezależnym od wydziałów produkcyjnych;

3. wdrożonymi nowoczesnymi technologiami produkcji, tj. musi wykazać, że zastosował daną technologię w dowolnych, produkowanych przez siebie pojazdach (więcej niż jednym), w szczególności:
 - komputerowe systemy wspomagania projektowania,
 - nowoczesne systemy sterowania silników trakcyjnych (tj. sterowaniem napięciowym metodą wektorową z regulacją prędkości obrotowej przez zmianę częstotliwości lub nowsza metodą), oparte na tranzystorach IGBT,
 - kompleksowe systemy diagnostyki pojazdu.

Zamawiający na potwierdzenie powyższego warunku wymaga złożenia oświadczenia wykonawcy w JEDZ.

W punkcie 7.1. SIWZ Zamawiający zawarł wymóg wniesienia przez wykonawcę przed złożeniem oferty wadium na okres związania ofertą w wysokości 15 000 000,00 zł. Termin związania ofertą został określony na 90 dni (pkt 8.1. SIWZ).

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych i wariantowych (pkt 9.1. i 9.2. SIWZ). W ofercie wykonawcy zobowiązani byli określić m.in. wartość procentową w stosunku do ceny każdego pojazdu, ceny części zamiennych podlegających obowiązkowym wymianom, szybko zużywających się oraz takich części, które mogą być potencjalnie narażone podczas eksploatacji na zniszczenie/uszkodzenie na skutek aktów wandalizmu (zgodnie z DSU dla nowego taboru). Wartość ceny wyżej wymienionych części zamiennych nie może stanowić więcej niż 2% ceny każdego pojazdu trakcyjnego metra (pkt 9.4 SIWZ). Wykonawcy, zgodnie z punktem 9.4.1. SIWZ, mieli opracować ofertę na wzorcowym formularzu oferty (załącznik nr 2). W załączonym do oferty formularzu cenowym (załącznik nr 2a) należy wycenić wszystkie pozycje. Oferta i pozostałe dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w SIWZ winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami.

W punkcie 9.5. SIWZ Zamawiający wskazał dokumenty jakie wykonawcy powinni złożyć wraz z ofertą, w tym:

- w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia - aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym w załączniku nr 3 do SIWZ, w formie JEDZ (pkt 9.5 ppkt 1 SIWZ),
- wypełniony załącznik nr 7, zawierający informacje i dane niezbędne dla dokonania przez Zamawiającego oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 12.1. ppkt 2 SIWZ (pkt 9.5. ppkt 4 SIWZ),
- schemat cyklu przeglądowo - naprawczego zawierający informacje i dane niezbędne dla dokonania przez Zamawiającego oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 12.1. ppkt 3 SIWZ. W strukturze cyklu przeglądowo - naprawczego nowego taboru należy zachować zasadę, że możliwość wydłużenia max. przebiegów

kilometrażowych międzyprzeładowych - międzynaprawczych w stosunku do przedstawionych w załączniku nr 1.8) Specyfikacji Technicznej jest w korelacji liniowej (o tym samym współczynniku, co dla obecnego taboru) z okresem międzyprzeładowym/ międzynaprawczym wyrażonym w jednostce czasu, na poszczególnych poziomach utrzymania, w całym cyklu przeglądowo – naprawczym . Dla poziomów utrzymania P1, P2 należy przyjąć wyłącznie kryterium czasowe, bez limitu kilometrów (pkt 9.5. ppkt 5 SIWZ).

Zgodnie z punktem 12.1. SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena wykonania przedmiotu zamówienia – waga 50%;
- 2) zużycie energii elektrycznej – waga 24%;
- 3) system utrzymania pojazdu – waga 22%;
- 4) ekologia – waga 4%.

Liczba punktów w kryterium nr 2 - zużycie energii elektrycznej przyznawana była według wzoru: $E = (E_{\min}/E_b) \times 24$ pkt, gdzie E_{\min} to najniższe zbilansowane zużycie energii pojazdu, a E_b zbilansowane zużycie energii pojazdu oferty badanej. Zbilansowane zużycie energii stanowiło średnią arytmetyczną $E + E_r$ z dwóch kierunków – „tam” i „z powrotem” (w kWh wg zał. 1a część G ppkt 7).

Liczba punktów w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu stanowiła sumę punktów uzyskaną zgodnie z wzorem $P = P1 + P2 + P3 + P4.1. + P4.2. + P.4.3 + P5$, gdzie:

- Liczba punktów za okres między „P1” stanowiła wynik równania: $P1 = (P1_b/P1_{\max}) \times 4$ pkt, gdzie $P1_{\max}$ to max. okres międzyprzeładowy między oferowanymi przeglądami P1 (w dniach), a $P1_b$ to max. okres między przeglądami P1 w badanej ofercie (w dniach).
- Liczba punktów za okres między „P2” stanowiła wynik równania: $P2 = (P2_b/P2_{\max}) \times 4$ pkt, gdzie $P2_{\max}$ to max. okres międzyprzeładowy między oferowanymi przeglądami P2 (w miesiącach), a $P2_b$ to max. okres między przeglądami P2 w badanej ofercie (w miesiącach).
- Liczba punktów za okres między „P3” stanowiła wynik równania: $P3 = (P3_b/P3_{\max}) \times 4$ pkt, gdzie $P3_{\max}$ to najdłuższy w km przebieg max. między oferowanymi P3, a $P3_b$ to max. przebieg w km między przeglądami P3 w badanej ofercie.
- Liczba punktów za okres między „P4.1” stanowiła wynik równania: $P4.1 = (P4.1_b/P4.1_{\max}) \times 2,5$ pkt, gdzie $P4.1_{\max}$ to najdłuższy w km przebieg max. między oferowanymi P4.1, a $P4.1_b$ to max. przebieg w km między przeglądami P4.1 w badanej ofercie.
- Liczba punktów za okres między „P4.2” stanowiła wynik równania: $P4.2 = (P4.2_b/P4.2_{\max}) \times 2,5$ pkt, gdzie $P4.2_{\max}$ to najdłuższy w km przebieg max. między oferowanymi P4.2, a $P4.2_b$ to max. przebieg w km między przeglądami P4.2 w badanej

ofercie.

- Liczba punktów za okres między „P4.3” stanowiła wynik równania: $P4.3 = (P4.3_b/P4.3_{max}) \times 2,0$ pkt, gdzie $P4.3_{max}$ to najdłuższy w km przebieg max. między oferowanymi P4.3, a $P4.3_b$ to max. przebieg w km między przeglądami P4.3 w badanej ofercie.
- Liczba punktów za okres między „P5” stanowiła wynik równania: $P5 = (P5_b/P5_{max}) \times 3$ pkt, gdzie $P5_{max}$ to najdłuższy w km przebieg max. między oferowanymi P5, a $P5_b$ to max. przebieg w km między przeglądami P5 w badanej ofercie.

W punkcie 13.2 SIWZ Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu oceny ofert wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia, w terminie 10 dni, dokumentów i oświadczeń, w tym:

- na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.1 SIWZ – bilans i rachunek zysków i strat oraz jeżeli sprawozdanie finansowe podlega badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości – również z opinią niezależnego biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, spełniające warunek opisany w pkt 5.2.1. SIWZ. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez Zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnienie warunku opisanego w pkt 5.2.1 SIWZ (pkt 13.2.1 SIWZ);
- na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.2.1 SIWZ - dowody potwierdzające, że wykazane zamówienia, jakie zawiera podany w JEDZ wykaz wykonanych dostaw, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 5.2.2.1) SIWZ, z podanym zakresem wykonanego zamówienia, w tym z oznaczeniem ilości pojazdów z rozbiem na poszczególne wagony, daty wykonania, adresy odbiorców wykonanego zamówienia – zostały wykonane należycie (13.2.2 SIWZ);
- na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymogom określonym w ST wykonawca winien dostarczyć: 1) zestawienie podstawowych wymagań i parametrów techniczno – eksploatacyjnych taboru metra dla I i II linii metra (wypełniony załącznik nr 1a do ST); 2) wykaz materiałów niemetalowych, jakie będą użyte podczas realizacji zamówienia wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi bezpieczeństwo przeciwpożarowe tych materiałów; 3) rysunki techniczne (wymiarowe), schematy, charakterystyki techniczne, obliczenia wynikające z wymagań przedstawionych

w załączniku nr 1 do ST, wykonane zgodnie z załącznikiem nr 2 do ST (pkt. 13.2.3 SIWZ).

W punkcie 13.12 SIWZ Zamawiający podał, iż poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty oraz niezwłocznie zawiadamia o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z kolei w punkcie 13.13 SIWZ Zamawiający wskazał, iż może żądać od wykonawcy w toku badania i oceny ofert udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Załącznik nr 7 do SIWZ zawierał informacje i dane do oceny w kryterium opisanym w punkcie 12.1 ppkt 2 SIWZ, przedstawiane w formie tabeli zawierającej zestawienie parametrów trakcyjnych z przejazdu teoretycznego w obie strony pojazdu metra dla odcinka centralnego II linii metra.

W Specyfikacji Technicznej Zamawiający określił wymagania techniczne dotyczące dostaw fabrycznie nowych 222 wagonów metra, w tym 74 wagonów z kabiną maszynisty i 148 wagonów pośrednich, zestawionych w 37 elektrycznych zespołów trakcyjnych – pojazdów metra. Pojazdy powinny być zestawione z wagonów wyposażonych w systemy w pełni współpracujące z systemami i urządzeniami infrastruktury I i II linii metra oraz wyposażeniem technologicznym Stacji Techniczno – Postojowej (STP) Kabaty (zgodnie z wymaganiami technicznymi zawartymi w załączniku nr 1 do ST). Zamawiane pojazdy sześciowagonowe mają być zbudowane w oparciu o dokumentację techniczną wykonawcy, uzgodnioną z Zamawiającym, uwzględniającą wszystkie wymagania zawarte w załączniku nr 1 (pkt 1.1. ST).

Zgodnie z punktem 3.7 ST zakres zamówienia obejmuje uzyskanie zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym świadectwa bezterminowego dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydanego przez Prezesa UTK (jeśli produkowane pojazdy nie posiadają takiego świadectwa). Wykonawca powinien do czasu przekazania do eksploatacji pierwszego pojazdu dostarczyć Zamawiającemu świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego wydanego przez UTK. Jeżeli będzie to świadectwo terminowe wykonawca zobowiązany jest do uzyskania świadectwa bezterminowego przed wygaśnięciem ważności świadectwa terminowego, tzn. świadectwo terminowe musi posiadać ważność do czasu przekazania przez wykonawcę Zamawiającemu ww. świadectwa bezterminowego. Tryb wydawania świadectw określa Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów

kolejowych. Zakres dostarczanych do Zamawiającego dopuszczeń, świadectw i certyfikatów musi wyczerpywać wszystkie wymagania stawiane w tym zakresie przez polskie przepisy (podstawę stanowi Ustawa o transporcie kolejowym), a w zakresie koniecznych badań, które należy wykonać – Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych oraz norma PN-EN 50215:2009 Zastosowania kolejowe – Badanie pojazdów szynowych poza kończeniu budowy a przed wprowadzeniem do eksploatacji.

W punkcie 3.10. ST wskazano ponadto, że zakres zamówienia obejmuje dostawę do Zamawiającego specjalistycznego wyposażenia obsługowego, tj. niezbędnego fabrycznie nowego sprzętu/stanowisk, narzędzi specjalistycznych do obsługi/serwisu i diagnostyki oraz oprogramowania serwisowego – diagnostycznego umożliwiającego wykonywanie obsługi pojazdu do piątego poziomu utrzymania włącznie.

Zgodnie z punktem 3.13 ST zakres zamówienia obejmował również przeprowadzenie na swój koszt niezbędnych szkoleń dla pracowników Metra Warszawskiego Sp. z o.o. zapewniających prawidłową eksploatację i utrzymanie dostarczonych wagonów (do poziomu utrzymania – P5 włącznie).

W załączniku nr 1 do ST określono wymagania techniczne dla taboru Metra Warszawskiego Sp. z o.o. dla I i II linii metra. W punkcie 5 lit. k wskazano wymóg w zakresie żywotności wagonów - co najmniej 30 lat z jedną naprawą główną. W pkt. 13 wskazano, iż wagony winny podlegać obsłudze, nie częściej niż obecnie eksploatowane na I linii metra warszawskiego w cyklu przeglądowo naprawczym podanym w załączniku nr 1.8. Należy uwzględnić aktualne wymagania Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12.10.2005 r. w sprawie ogólnych warunków eksploatacji pojazdów kolejowych (tekst jednolity: Dz.U. z 2016 r. poz. 226). W strukturze cyklu przeglądowo-naprawczego nowego taboru należy zachować zasadę, że możliwość wydłużenia max. przebiegów kilometrażowych międzyprzeglądowych - międzynaprawczych (w stosunku do przedstawionych w załączniku nr 1.8) jest w korelacji liniowej (o tym samym współczynniku, co dla obecnego taboru) z okresem międzyprzeglądowym/międzynaprawczym wyrażonym w jednostce czasu, na poszczególnych poziomach utrzymania, w całym cyklu przeglądowo - naprawczym. Dla poziomów utrzymania P1, P2 należy przyjąć wyłącznie kryterium czasowe, bez limitu kilometrów.

W załączniku nr 1.7. do ST zawarto wykaz rysunków technicznych, schematów i obliczeń parametrów technicznych, w tym w pkt 15 rysunek silnika trakcyjnego oraz jego charakterystyki trakcyjne – rozruchu oraz charakterystyki hamowania obliczone dla kół nowych, w pkt 16 charakterystyki trakcyjne rozruchu i hamowania pojazdu obliczone dla kół nowych. W pkt 17 przedstawiono informacje w zakresie obliczenia parametrów trakcyjnych

przejazdu teoretycznego pojazdu metra dla odcinka centralnego II linii metra. W założeniach do przejazdu teoretycznego m.in. wskazano: „Sposób przejazdu tam (st. Rondo Daszyńskiego - st. Dworzec Wileński) i z powrotem (st. Dworzec Wileński - st. Rondo Daszyńskiego), pojazd próżny, pojazd obciążony nominalnie, pojazd obciążony maksymalnie – masa pasażera 70 kg, przy napięciu znamionowym trzeciej szyny 750 V DC, przy określonym profilu trasy (załącznik-rysunek), prędkości średniej 37 km/h, czas zatrzymania na stacjach 20s (nie uwzględniać czasu postoju na stacji początkowej i końcowej), przyjęć maksymalne stosowanie hamowania/podhamowania elektrycznego odzyskowego (oznacza to że zakłada się, iż układ zasilania jest w pełni zdolny do przejęcia energii hamowania odzyskowego): a) rozruch z każdego postoju z max przyspieszeniem (uwzględnić dopuszczalne szarpnięcie) do max. prędkości eksploatacyjnej na odcinku (wg profilu prędkości na rysunku), jazda z maksymalną dopuszczalną (możliwą do osiągnięcia) prędkością, bez wybiegu, hamowanie docelowe do zatrzymania na przystanku z max. opóźnieniem służbowym (uwzględnić dopuszczalne szarpnięcie). [...]”

W załączniku 1.8. do ST wskazano, iż cykl przeglądowo – naprawczy pojazdów metra jest następujący:

- a. Przegląd P1 – pierwszy poziom utrzymania
Max. okres międzyprzeglądowy – 14 dni (przed wyjazdem na linię)
- b. Przegląd P2 – drugi poziom utrzymania
Max. okres międzyprzeglądowy – 3 miesiące
- c. Przegląd P3 – trzeci poziom utrzymania
Max przebieg/ okres/ międzyprzeglądowy – 105.000 km, max. 1 rok
- d. Naprawa P4.1 – czwarty poziom utrzymania
Max przebieg/ okres/ międzyprzeglądowy – 210.000 km, max. 2 lata
- e. Naprawa P4.2 – czwarty poziom utrzymania
Max przebieg/ okres/ międzyprzeglądowy – 420.000 km, max. 4 lata
- f. Naprawa P4.3 – czwarty poziom utrzymania
Max przebieg/ okres/ międzyprzeglądowy – 840.000 km, max. 8 lat
- g. Naprawa P5 – piąty poziom utrzymania
Max przebieg/ okres/ międzyprzeglądowy – 1.680.000 km, max. 16 lat

Okresy cyklu międzyprzeglądowego, międzynaprawczego liczone są od momentu zakończenia odpowiednio przeglądu/naprawy do rozpoczęcia następnego przeglądu/naprawy.

Załącznik nr 1a do ST zawierał zestawienie podstawowych wymagań i parametrów techniczno – eksploatacyjnych taboru metra dla I i II linii metra, w tym dane z zakresu ergonomii i poziomu komfortu (część A), bezpieczeństwa (część B), ogólnych wskaźników

technicznych (część C), podstawowych rozwiązań konstrukcyjnych (część D), systemu diagnostyki (część E), systemu obsługi (część F), parametrów trakcyjnych z przejazdu teoretycznego w obie strony pojazdu metra dla odcinka centralnego II linii metra (część G, odpowiednik załącznika nr 7 do SIWZ). W części F System obsługi, w pkt 1 należało wskazać zakładane przeglądy poziomu utrzymania P1, P2, P3 i naprawy poziomu utrzymania P4.1, P4.2, P4.3, P5 w cyklu przeglądowo naprawczym* (*strukturę cyklu przeglądowo-naprawczego wyraża się w km i jednostkach czasu. Dla poziomu utrzymania 3, 4 i 5 (przeгляд P3, naprawy P4 i P5) należy podać wartości maksymalne (w km i jednostce czasu). Dla poziomu utrzymania 1 oraz 2 (przeгляды P1 i P2) tylko w jednostce czasu. Jeśli kryterium będzie tylko czas eksploatacji, to należy podać jako wartość wynikową również przebieg międzyprzeglądowy/międzynaprawczy w km, przy założonym określonym przebiegu dobowym pociągu). W pkt 2 należało podać zakładaną prędkość poszczególnych przeglądów i napraw (w roboczogodzinach), dla cyklu przeglądowo – naprawczego z jedną naprawą P5.

W załączniku nr 1b do ST zawierającym wymagania techniczne i parametry techniczne systemów infrastruktury na taborze I i II linii metra – urządzenia automatycznego prowadzenia pociągów, BSK, w pkt 3.5.13 w ramach wymagań funkcjonalnych wskazano, iż system umożliwia prowadzenie ruchu z następstwem pociągów 85 sek. przy prędkości handlowej ok. 35 km/h, przy jeździe bez zatrzymywania (lub skróconym czasem zatrzymania) pod warunkiem właściwego dobrania długości odstępów blokowych i stopni prędkości do dynamiki taboru.

W pkt 3.8 „Wymagania dodatkowe” ppkt 2 załącznika nr 1b do ST wskazano, iż w ramach zaoferowanej ceny wykonawca przeszkoli pracowników Zamawiającego w zakresie zaawansowanej obsługi oraz serwisu oferowanych urządzeń systemu SOP. Szczegółowy zakres szkoleń dla systemu wykonawca określi w ofercie, przy czym zawartość tych szkoleń musi zawierać wszelką niezbędną wiedzę potrzebną do samodzielnego usuwania usterek systemów przez Zamawiającego. Szkolenia muszą być autoryzowane przez producenta sprzętu. Uczestnicy szkolenia powinni otrzymać certyfikat potwierdzający odbycie szkolenia. Szkolenia muszą odbyć się przed rozpoczęciem testów odbiorczych.

W załączniku nr 2 do ST przedstawiono wymagania dotyczące dokumentacji technicznej i eksploatacyjnej dla pojazdu trakcyjnego metra, w tym wskazano na obowiązek opracowania przez wykonawcę: (pkt 2) kompletnej, uzgodnionej w ramach realizacji umowy Dokumentacji technicznej – konstrukcyjnej oraz Dokumentacji Techniczno – Ruchowej (DTR) pojazdu, wagonu i wszystkich jego części składowych, zespołów i podzespołów uwzględniającą pełny cykl utrzymania pojazdu (do poziomu utrzymania P5); (pkt 3) planu utrzymania/obsługi sporządzonego z podziałem na poziomy utrzymania, z podaniem przebiegów i okresów

międzyobsługowych/międzynaprawczych pojazdu, części składowych, zespołów i podzespołów; (pkt 4) dokumentacji systemu utrzymania pojazdu metra, w niezbędnym zakresie wynikającym z obowiązujących przepisów i zatwierdzonej przez Prezesa UTK.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający udzielił licznych wyjaśnień treści SIWZ, m.in.:

W odpowiedzi na pytanie nr 68 dotyczące Załącznika nr 1 pkt 5i: Wymagania ogólne dla taboru o treści:

„do jakiej kategorii utrzymania w kontekście cyklu przeglądowo-naprawczego, przywołanego w załączniku nr 1 do ST pkt 13 oraz załącznika nr 1.8 do ST należy zaliczyć czynności eksploatacyjne, wynikające z przedmiotowej listy wygenerowanej przez system diagnostyczny pojazdu? Koniecznym jest techniczne zdefiniowanie przez Zamawiającego relacji pomiędzy listą czynności do wykonania dla obsługi serwisowej wynikającej z obecnego stanu pojazdu, ze szczególnym uwzględnieniem wartości granicznych/kresowych parametrów technicznych, bieżących awarii i usterek, a zaplanowanym procesem utrzymania pojazdu”

Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z punktem 5i w załączniku nr 1 do ST system diagnostyki ma wspomagać planowane czynności obsługowe. Potencjalne awarie i usterek powinny być widoczne na wygenerowanej przez system diagnostyki liście czynności serwisowych. Zgodnie z pkt 13 załącznika nr 1 do ST wagony winny podlegać obsłudze, nie częściej niż obecnie eksploatowane na I linii metra warszawskiego w cyklu przeglądowo-naprawczym podanym w załączniku nr 1.8. Należy uwzględnić aktualne wymagania RMI, mając na uwadze załącznik nr 3 do ww. rozporządzenia. Zgodnie z załącznikiem nr 2 do ST, wykonawca winien opracować plan utrzymania/obsługi, sporządzony z podziałem na poziomy utrzymania, z podaniem przebiegów i okresów międzyobsługowych/międzynaprawczych pojazdu, części składowych, zespołów i podzespołów.

W odpowiedzi na pytanie nr 91 dotyczące punktu 9.5.5 SIWZ o treści:

„W strukturze cyklu przeglądowo-naprawczego nowego taboru należy zachować zasadę, że możliwość wydłużenia max. przebiegów kilometrażowych międzyprzeglądowych/międzynaprawczych (w stosunku do przedstawionych w załączniku nr 1.8 do ST) jest w korelacji liniowej (o tym samym współczynniku, co dla obecnego taboru) z okresem międzyprzeglądowym i międzynaprawczym wyrażonym w jednostce czasu, na poszczególnych poziomach utrzymania, w całym cyklu przeglądowo - naprawczym. Dla poziomów utrzymania P1, P2 należy przyjąć wyłącznie kryterium czasowe, bez limitu kilometrów. W jaki sposób będzie odbywała się kontrola korelacji liniowej między podanymi

wartościami i obecnym taboru? Jak należy postępować w przypadku, że żywotność obecnego taboru jest krótsza niż max. przebieg?”

Zamawiający wyjaśnił, iż przedstawił swoje wymagania w pkt. 13 załącznika nr 1 do ST. W przypadku wydłużenia w ofercie okresu między przeglądami zarówno kryterium czasowe, jak i przebieg muszą być zwiększane w korelacji liniowej. Kryteria wykonania danego poziomu utrzymania (czasowe, przebieg) są ze sobą w logicznej alternatywie. Decyduje wcześniej zaistniały czynnik. Żywotność taboru określona jest w załączniku nr 1 do ST, w punkcie 5k (Zamawiający nie definiuje maksymalnego przebiegu).

W odpowiedzi na pytanie nr 127 dotyczące pkt 3.2.13 SIWZ o treści:

„[...] Prosimy o sprecyzowanie ilości osób, które będą uczestniczyć w szkoleniu obsługi i badań defektoskopowych zestawów kół. Następnie prosimy o doprecyzowanie, czy wymagana ilość osobodni dotyczy tylko punktu 3.2.13 czy i punktu 3.2.14 i 3.2.15 oraz załącznika nr 1b ustęp 3.8 punkt 2) i ustępu 7.6 załącznika nr 1c?”

Zamawiający wyjaśnił, iż wymagania dotyczące szkoleń zostały jednoznacznie określone w ST w pkt. 3.13 i 3.14 oraz w załączniku nr 1b pkt. 3.8 ppkt. 2 i załączniku nr 1c pkt 7.6. Ramowy program szkolenia i liczbę osobodni (min. 2000) zostaną przez wykonawcę uzgodnione z Zamawiającym. W szkoleniu z obsługi i badań defektoskopowych zestawów kół będzie uczestniczyć max. do 10 osób.

W odpowiedzi na pytanie nr 128 dotyczące załącznika nr 1b ust. 3.8. pkt 2 o treści:

„[...] Prosimy o doprecyzowanie, ile osób powinno być przeszkolonych na urządzeniu systemu SOP i czy ogólna ilość osobodni dotyczy minimalnej ilości osobodni (2000) z SIWZ, punkt 3.2.14. Następnie prosimy o wyjaśnienie jaki szczegół dokładności jest uważany pod pojęciem „Dokładny zakres szkolenia”. Dotyczy to przede wszystkim zawartości poszczególnych szkoleń czy i szczegółowego rozdzielenia na ilości godzin dla każdego tematu w ramach konkretnego szkolenia?”

Zamawiający wyjaśnił, iż wymagania dotyczące szkoleń zostały jednoznacznie określone w ST w pkt. 3.13 i 3.14 oraz w załączniku nr 1b pkt. 3.8, ppkt. 2 i załączniku nr 1c pkt. 7.6. Ramowy program szkolenia i liczbę osobodni (min. 2000) zostaną przez wykonawcę uzgodnione z Zamawiającym.

W odpowiedzi na pytanie 145 o treści:

„Prosimy o określenie średnicy kół, która ma być brana pod uwagę do przeprowadzenia obliczeń wymaganych w załączniku 1.7 „Wykaz rysunków technicznych, schematów i obliczeń parametrów technicznych”, punkty 16 i 17.

Wyniki tych obliczeń podane są:

- w tabelce w załączniku 1a) „Zestawienie podstawowych wymagań i parametrów technicznoeksploatacyjnych taboru metra dla I i II linii metra” punkt G „Parametry trakcyjne

z przejazdu teoretycznego w obie strony pojazdu metra dla odcinka centralnego II linii metra”.

- w tabelce w załączniku 7 do SIWZ „Informacje i dane do oceny w kryterium opisanym w pkt 12.1 ppkt. 2) SIWZ. Część obliczonych wartości jest jednym z kryteriów oceny. Dlatego jesteśmy przekonani, że określenie średnicy kół jest niezbędne, aby wyniki obliczeń wszystkich uczestników postępowania przetargowego były porównywalne.”

Zamawiający wyjaśnił, że wielkość średnicy kół pojazdu jest kwestią konstrukcyjną i jej dobór pozostaje w gestii wykonawcy. W pkt. 15 i pkt.16 zał.nr 1.7 Specyfikacji technicznej jest napisane, dla jakich kół należy przyjąć średnicę do w/w obliczeń.

W odpowiedzi na pytanie nr 174 dotyczące załącznika nr 8 do SIWZ o treści:

„Zamawiający przewiduje 7 stopni utrzymania (P1-P5). Czy wykonawca musi w swojej ofercie uwzględnić wszystkie stopnie?”

Zamawiający wskazał, iż niezbędne informacje na temat systemu utrzymania pojazdów metra warszawskiego zostały podane w załączniku nr 1 ST pkt 13. Cykl przeglądowo – naprawczy został podany w załączniku nr 1.8 do ST. Należy uwzględnić wymagania RMI.

W odpowiedzi na pytanie nr 175 dotyczące załącznika nr 8 do SIWZ o treści:

„Prosimy o podanie czynności wykonywanych przez Zamawiającego dla przeglądu P1”

Zamawiający wyjaśnił, iż wykonawca określa zakres czynności wymaganych przy obsłudze pojazdu dla każdego poziomu utrzymania. Należy uwzględnić wymagania RMI.

W dniu 23 października 2017 r. miało miejsce otwarcie ofert. W postępowaniu wpłynęło pięć ofert - wykonawców Stadler, CAF, Alstom, Konsorcjum Škoda i Konsorcjum Siemens, Newag.

Wykonawca Alstom w formularzu ofertowym oświadczył, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 1 796 634 431,40 zł. W wypełnionym załączniku nr 7 wskazał m.in. masę pociągu obciążonego nominalnie: 283 000 kg; zużycie energii pociągu obciążonego nominalnie E+Er kierunek „tam” 31,6 kWh, kierunek „z powrotem” 72,6 kWh. Pozostałe dane wskazane w tym załączniku zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawca Alstom załączył do oferty schemat cyklu przeglądowo – naprawczego, w którym wskazano następujące przebiegi i okresy międzyprzeglądowe (informacje odnośnie okresów międzyprzeglądowych dla poziomów P3-P5 zostały ujawnione przez Alstom w postępowaniu odwoławczym. W pozostałym zakresie dane dotyczące cyklu przeglądowo - naprawczego były jawne już w chwili wnoszenia odwołania): P1 – 91 dni, P2 – 6 miesięcy, P3 – 220 000 km/1 rok, P4.1 – 440 000 km/2 lata, P4.2 – 880 000 km/4 lata, P4.3 – 1 760 000 km/8 lat, P5 – 3 520 000 km/16 lat.

Konsorcjum Siemens, Newag w formularzu ofertowym oświadczyło, iż oferuje wykonanie

przedmiotu zamówienia za cenę brutto 2 212 527 191,85 zł. W wypełnionym załączniku nr 7 wskazało m.in. masę pociągu obciążonego nominalnie: 267 214 kg; zużycie energii pociągu obciążonego nominalnie E+Er kierunek „tam” 34,18 kWh, kierunek „z powrotem” 77,41 kWh. Pozostałe dane wskazane w tym załączniku zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto Konsorcjum Siemens, Newag załączyło do oferty schemat cyklu przeglądowo – naprawczego, w którym wskazano następujące przebiegi i okresy międzyprzegładowe (informacje dotyczące cyklu przeglądowo - naprawczego zostały ujawnione przez Konsorcjum Siemens, Newag w postępowaniu odwoławczym): P1 – 92 dni, P2 – 6 miesięcy, P3 – 210 000 km/12 miesięcy, P4.1 – 420 000 km/2 lata, P4.2 – 1 260 000 km/6 lat, P4.3 – 1 680 000 km/8 lat, P5 – 3 360 000 km/16 lat.

Konsorcjum Škoda w formularzu ofertowym oświadczyło, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę netto/brutto 1 308 248 300,00 zł (podatek VAT – nie dotyczy), w tym: a) za wykonanie zamówienia podstawowego zgodnie z pkt 3.2.10. SIWZ oraz dostawa niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki zgodnie z pkt 3.2.1.11 SIWZ za cenę netto 1 076 988 300,00 zł (podatek VAT – nie dotyczy); b) za wykonanie zamówienia opcjonalnego zgodnie z punktem 3.2.10 SIWZ za cenę 231 260 000,00 zł netto (podatek VAT – nie dotyczy); przy czym: cena 1 szt. sześciowagonowego pojazdu wynosi 28 369 000,00 zł (podatek VAT – nie dotyczy); dla jednego pojazdu cena 1 zestawu niezbędnego na okres gwarancji [...] zgodnie z pkt 3.2.10. SIWZ wynosi 538 500,00 zł (podatek VAT – nie dotyczy). W punkcie 2 formularza ofertowego Konsorcjum Škoda oświadczyło, iż deklaruje, iż wartość procentowa ceny niezbędnego na okres gwarancji, zgodnie z DSU dla nowego taboru, kompletu fabrycznie nowych części zamiennych podlegających obowiązkowym wymianom, szybko zużywających się i mogących być potencjalnie narażonych podczas eksploatacji na zniszczenia lub uszkodzenia – tak w podstawowym zakresie zamówienia, jak i w zakresie zamówienia w ramach opcji – będzie stanowić 1,90% ceny każdego sześciowagonowego pojazdu. W punkcie 3 formularza ofertowego Konsorcjum Škoda zadeklarowało, iż wartość procentowa ceny niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki będzie stanowić 0,58% ceny wszystkich pojazdów zamówienia podstawowego. W konsekwencji w formularzu cenowym Konsorcjum Škoda wskazało:

- w wierszu 1 (sześciowagonowy pojazd trakcyjny metra): cenę jednostkową netto (zł) 28 369 000,00; ilość 45 szt.; wartość netto (zł) (kol. 3 x kol. 4): 1 276 605 000,00;
- w wierszu 2 (zestaw części zamiennych zgodnie z pkt 3.2.10 SIWZ): cenę jednostkową netto (zł) 538 500,00, ilość 45 szt., wartość netto (zł) (kol. 3 x kol. 4): 24 232 500,00;
- w wierszu 3 (niezbędny, fabrycznie nowy sprzęt, stanowiska, narzędzia i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki, zgodnie z pkt 3.2.11 SIWZ): cenę

jednostawową 7 410 800,00; ilość 1 kpl.; wartość netto (zł) (kol 3 x kol 4) 7 410 800,00 zł.
Razem cena: 1 308 248 300,00 (suma netto/suma brutto).

Lider Konsorcjum Škoda – Skoda Transportation a.s. w Części IV JEDZ lit. B pkt 6 wskazał, iż posiada środki finansowe/zdolność kredytową w wysokości co najmniej 100 000 000,00 zł. Drugi z członków Konsorcjum Škoda – wykonawca Škoda Vagonka a.s. w formularzu JEDZ w Części IV lit. C w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazał na dostawę 14 dwusystemowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do przewozów pasażerów złożonych z trzech wagonów (typ 660) i pięciu wagonów (typ 661), homologowanych i eksploatowanych w Republice Czeskiej, wykonaną w okresie 25.10.2015 r. – 25.04.2016 r. na rzecz České dráhy a.s. (Czeskie Koleje Państwowe).

W wypełnionym załączniku nr 7 Konsorcjum Škoda wskazało m.in. masę pociągu obciążonego nominalnie: 265 400 kg; zużycie energii pociągu obciążonego nominalnie E+Er kierunek „tam” 34,18 kWh, kierunek „z powrotem” 77,41 kWh. Pozostałe dane wskazane w tym załączniku zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto Konsorcjum Škoda załączyło do oferty schemat cyklu przeglądowo – naprawczego, w którym wskazano następujące przebiegi i okresy międzyprzeglądowe (informacje odnośnie okresów międzyprzeglądowych dla poziomów P3-P5 zostały ujawnione przez Konsorcjum Škoda w postępowaniu odwoławczym. W pozostałym zakresie dane dotyczące cyklu przeglądowo - naprawczego były jawne już w chwili wnoszenia odwołania): P1 – 131 dni, P2 – 17,47 miesięcy, P3 – 300 000 km/2,86 roku, P4.1 – 600 000 km/5,71 roku, P4.2 – 1 200 000 km/11,43 roku, P4.3 – 2 400 000 km/22.86 roku, P5 – 4 800 000 km/45,71 roku.

Wykonawca Stadler w formularzu ofertowym oświadczył, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 1 656 142 110,00 zł. W wypełnionym załączniku nr 7 wskazał m.in. masę pociągu obciążonego nominalnie: 265 780 kg; zużycie energii pociągu obciążonego nominalnie E+Er kierunek „tam” 33,40 kWh, kierunek „z powrotem” 67,70 kWh. Pozostałe dane wskazane w tym załączniku zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawca Stadler załączył do oferty schemat cyklu przeglądowo – naprawczego, w którym wskazano następujące przebiegi i okresy międzyprzeglądowe (informacje odnośnie okresów międzyprzeglądowych dla poziomów P3-P5 zostały ujawnione przez Stadler w postępowaniu odwoławczym. W pozostałym zakresie dane dotyczące cyklu przeglądowo - naprawczego były jawne już w chwili wnoszenia odwołania): P1 – 3 miesiące, P2 – 12 miesięcy, P3 – 210 000 km/2 lata, P4.1 – 420 000 km/4 lata, P4.2 – 840 000 km/8 lat, P4.3 – 1 680 000 km/16 lat, P5 – 1 680 000 km/16 lat.

Wykonawca CAF w formularzu ofertowym oświadczył, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę netto 1 421 894 500,00 zł. W wypełnionym załączniku nr 7 wskazał m.in. masę pociągu obciążonego nominalnie: 276 280 kg; zużycie energii pociągu

obciążonego nominalnie E+Er kierunek „tam” 53,264 kWh, kierunek „z powrotem” 97,289 kWh. Ponadto wykonawca CAF załączył do oferty schemat cyklu przeglądowo – naprawczego, w którym wskazano następujące przebiegi i okresy międzyprzeglądowe (informacje odnośnie okresów międzyprzeglądowych dla poziomów P3-P5 nie zostały ujawnione przez wykonawcę CAF w postępowaniu odwoławczym. W pozostałym zakresie dane dotyczące cyklu przeglądowo - naprawczego były jawne w chwili wnoszenia odwołania): P1 – 46,35 dni, P2 – 4,57 miesięcy, P3 – 160 000 km, P4.1 – 320 000 km, P4.2 – 640 000 km, P4.3 – 1 280 000 km, P5 – 2 560 000 km.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający poprawił omyłki w ofertach wykonawców. M.in. w dniu 29 grudnia 2017 r. zawiadomił Konsorcjum Škoda o poprawieniu w jego ofercie oczywistych omyłek rachunkowych. W związku z faktem, iż wykonawca zaoferował w pkt 2 oferty, iż wartość procentowa niezbędnego okresu gwarancji będzie stanowić 1,90 % ceny każdego sześciowagonowego pojazdu, a w pkt 3 oferty, iż wartość procentowa niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki będzie stanowić 0,58% ceny wszystkich pojazdów zamówienia podstawowego, Zamawiający poprawił cenę zestawu części zamiennych w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (str 08 oferty) wiersz 2 kolumna 3 – na kwotę 539 011,00, a w kolumnie 5 na kwotę 24 255 495,00. Zamawiający poprawił ponadto wiersz 3: niezbędny, fabrycznie nowy sprzęt, stanowiska, narzędzia i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki, zgodnie z pkt 3.2.11 SIWZ, kolumna 3: cena jednostkowa netto (zł) wpisując kwotę 6 087 987,40, a w kolumnie 5: wartość netto (zł) kwotę 6 087 987,40. W konsekwencji Zamawiający poprawił pkt 1 (str. 3 oferty) dotyczący łącznej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, wskazując cenę 1 306 948 482,40, a także pkt 1 na str. 4 oferty dotyczący ceny dla jednego pojazdu wskazując kwotę bez VAT 539 011,00 zł.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2018 r. wezwał wykonawcę Stadler na podstawie art. 87 ust. 1 do złożenia wyjaśnień w zakresie określenia w ofercie na poziomie P5 takiego samego okresu międzyprzeglądowego jak dla naprawy na poziomie P4.3. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 29 stycznia 2018 r. wykonawca Stadler złożył wyjaśnienia treści oferty odnośnie zaoferowanych poziomów utrzymania. Treść wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Również w dniu 19 stycznia 2018 r. Zamawiający skierował wezwanie do wyjaśnienia treści oferty do wykonawcy CAF w zakresie dotyczącym sposobu dokonania obliczeń okresów międzyprzeglądowych – międzynaprawczych w jednostce czasu na poszczególnych poziomach utrzymania w cyklu przeglądowo – naprawczym. W wykonaniu ww. wezwania wykonawca CAF udzielił stosownych wyjaśnień, których treść została objęta tajemnicą

przedsiębiorstwa.

W dniu 12 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Škoda do złożenia oświadczeń i dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, które Konsorcjum Škoda złożyło w dniu 20 lutego 2018 r. Wśród dokumentów złożono m.in. wykaz dostaw zrealizowanych przez konsorcjanta – Škoda Vagonka a.s. na rzecz Czeskich Kolei Państwowych (dostawa jednopiętrowego elektrycznego zespołu trakcyjnego Interpanter typ 661 oraz dostawa jednopiętrowego elektrycznego zespołu trakcyjnego Interpanter typ 660), jak również referencje wystawione przez Czeskie Koleje Państwowe w dniu 18 września 2017 r. potwierdzające, iż dostawy te zostały wykonane należycie, a elektryczne zespoły trakcyjne zostały przekazane do eksploatacji zgodnie z umową i są obecnie w regularnej eksploatacji. Ponadto złożono dokument zatytułowany „referencja bankowa” z dnia 13 lutego 2018 r. potwierdzający linię kredytową konsorcjanta Škoda Transportation a.s. na kwotę 2 019 952 000,00 CZK.

W dniu 6 kwietnia 2018 r. Zamawiający wystosował do Konsorcjum Škoda wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń, dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp złożonych wraz z pismem z dnia 20 lutego 2018 r., w tym o uzupełnienie danych w pkt 1 tabeli F „System obsługi” (punkt 3 pisma Zamawiającego odnoszący się do str. 523 dokumentów Konsorcjum Škoda z dnia 20 lutego 2018 r.). Konsorcjum Škoda odpowiedziało na ww. wezwanie, uzupełniając dane żądane przez Zamawiającego (pismo z dnia 11 kwietnia 2018 r.). Część wyjaśnień dotycząca odpowiedzi na pytanie nr 3 została objęta przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 10 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż termin związania ofertą upływa w dniu 18 kwietnia 2018 r. i wskazał na przysługujące im prawo do samodzielnego, wielokrotnego, przedłużania terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tą informacją Konsorcjum Škoda przesłało pismo informujące, iż w załączeniu wykonawca składa oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do 17 czerwca 2018 r. oraz kopię aneksu do gwarancji bankowej (data wpływu pisma: 11 kwietnia 2018 r.). Ponadto w piśmie poinformowano, iż bezpośrednio do Zamawiającego został wysłany oryginał aneksu do gwarancji bankowej z dnia 10 kwietnia 2018 r. przedłużający ważność gwarancji także do 17 czerwca 2018 r. Załączone do pisma oświadczenie, podpisane przez tego samego pełnomocnika, co pismo przewodnie, nie było datowane i zawierało informację o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz wadium do dnia 17 lipca 2018 r. Załączona kopia aneksu nr 3 do gwarancji bankowej wskazywała na przedłużenie terminu ważności do dnia 17 czerwca 2018 r.

18 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o gotowości do

udostępnienia (odtajnieniu) części informacji zawartych w ofertach, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt 2421/17. Dotyczyło to m.in. zawartych w ofertach Alstom, Konsorcjum Škoda, Stadler i CAF informacji o masie pojazdu obciążonego nominalnie, informacji dotyczących zużycia energii pociągu obciążonego nominalnie: tam E+Er, z powrotem: E+Er, a także informacji „System utrzymania pojazdu” bez lat określających częstotliwość przeglądu. Jednocześnie w piśmie tym Zamawiający poinformował wykonawców, iż Konsorcjum Siemens, Newag odtajniło informację z poz. 2 na str. 204 oferty, tj. informację o masie pociągu obciążonego nominalnie.

W dniu 20 czerwca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę konsorcjum firm Škoda Transportation a.s. i Škoda Vagonka a.s. Zamawiający przyznał ofertom Wykonawców następującą punktację:

- Stadler: kryterium 1 – 48,53 pkt, kryterium 2 – 24 pkt, kryterium 3 – 11,42 pkt, kryterium 4 – 4 pkt; łącznie – 87,95 pkt;
- CAF: kryterium 1 – 45,96 pkt, kryterium 2 – 16,12 pkt, kryterium 3 – 9,87 pkt, kryterium 4 – 4 pkt; łącznie – 75,95 pkt;
- Alstom: kryterium 1 – 44,74 pkt, kryterium 2 – 0 pkt, kryterium 3 – 14,33 pkt, kryterium 4 – 4 pkt; łącznie – 63,07 pkt;
- Konsorcjum Škoda: kryterium 1 – 50 pkt, kryterium 2 – 21,74 pkt, kryterium 3 – 21,88 pkt, kryterium 4 – 4 pkt; łącznie – 97,62 pkt;
- Konsorcjum Siemens, Newag: kryterium 1 – 36,33 pkt, kryterium 2 – 20,69 pkt, kryterium 3 – 14,73 pkt, kryterium 4 – 4 pkt; łącznie – 75,75 pkt.

W dniu 27 czerwca 2018 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy Stadler, w którym wnosił on o udostępnienie załączników do protokołu postępowania, w tym wezwania z dnia 6 kwietnia 2018 r. skierowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum Soda oraz pisma konsorcjum Škoda z dnia 11 kwietnia 2018 r. złożonego w odpowiedzi na to wezwanie. Ponadto w piśmie wykonawca Stadler zwrócił się z wnioskiem o wskazanie w przypadku braku odtajnienia i udostępnienia ww. dokumentów czego poszczególne dokumenty dotyczą i kto jest ich autorem. W szczególności zwrócił się o udzielenie informacji, w którym piśmie Zamawiający zwracał się do Konsorcjum Škoda o wyjaśnienie zaoferowanego cyklu przeglądowo – naprawczego (i czy w ogóle) i w którym miejscu Konsorcjum Škoda udzieliło wyjaśnień w tym przedmiocie (i czy w ogóle).

W odpowiedzi na to pismo, Zamawiający w dniu 28 czerwca 2018 r. wskazał, iż dokumenty objęte wnioskiem nie mogą być udostępnione, gdyż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a wnioskiem są objęte także dokumenty, które nie były przedmiotem postępowania przed KIO. W odniesieniu do punktu dotyczącego dokumentów Konsorcjum Škoda Zamawiający wskazał, iż udostępniona została część jawna dokumentów złożonych

w dniu 20 lutego 2018 r., a pozostała część dokumentów złożona przez tego wykonawcę na skutek wezwania przez Zamawiającego została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba uznała, że odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1287/18, KIO 1290/18, KIO 1297/18, KIO 1301/18 należało oddalić w całości.

Sygn. akt KIO 1287/18

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby, mając na uwadze, iż zgodnie z pkt 13.2 SIWZ, po dokonaniu oceny ofert Zamawiający wzywa do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego tylko tego wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, nie sposób odmówić Odwołującemu 1 interesu w uzyskaniu zamówienia, albowiem w przypadku wyeliminowania z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej bądź zmiany punktacji tej oferty na skutek orzeczenia KIO, wynik przetargu pozostawał będzie otwarty. Na obecnym etapie postępowania nie można przesądzić czy wykonawcy, których oferty zostały ocenione wyżej niż oferta Alstom, w przypadku wezwania do złożenia ww. dokumentów wykazaliby się spełnieniem warunków podmiotowych i przedmiotowych. Sprowadza się to do wniosku, że interes we wniesieniu odwołania w takiej sytuacji będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób prawidłowy i nie uzyskali zamówienia z uwagi na otrzymanie mniejszej liczby punktów w kryteriach oceny ofert niż oferta najkorzystniejsza.

Zarzut nr 1 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18

Odnosząc się do pierwszej grupy zarzutów stawianych przez Odwołującego 1, dotyczących jego własnej oferty, tj. nieprzyznania punktów w kryterium oceny ofert nr 2 - zużycie energii elektrycznej, należy wskazać, iż Odwołujący 1 w treści odwołania nie podniósł konkretnych zarzutów względem sposobu oceny jego oferty w tym kryterium przez Zamawiającego, wskazując, iż brak przyznania jego ofercie punktów nastąpił z przyczyn dla niego niezrozumiałych. W tym miejscu podkreślić należy, iż zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie zaś z art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, obowiązkiem Zamawiającego było przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego także w zakresie punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert. Każdy wykonawca powinien mieć bowiem możliwość poznania podstaw, dla których jego oferta została oceniona w taki, a nie inny sposób, a w konsekwencji prześledzenia procesu decyzyjnego Zamawiającego. Tym bardziej dotyczy to sytuacji wykonawcy, który w danym kryterium nie uzyskał punktów, jak miało to miejsce w przypadku Odwołującego 1 i kryterium nr 2 – zużycie energii elektrycznej. W konsekwencji konkretna i merytoryczna argumentacja Odwołującego 1 została przedstawiona dopiero na rozprawie, po zapoznaniu się przez niego z treścią odpowiedzi na odwołanie wniesionej przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18, z której wynikało, iż Odwołujący 1 w swoich obliczeniach zużycia energii nie wykonał obliczeń zgodnie z SIWZ, w zakresie, w jakim Zamawiający wymagał, aby obliczenia zużycia energii dla przejazdu teoretycznego wykonać dla kół nowych. Mając na względzie, iż Odwołujący 1 w treści odwołania postawił zarzut dalej idący niż zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba skonfrontowała stanowiska Stron i Uczestników postępowania w zakresie dotyczącym interpretacji pkt 17 załącznika nr 1.7. do ST i założeń do przejazdu teoretycznego, jakie należało przyjąć do obliczeń (tj. dla jakich kół - zgodnie z SIWZ - należało dokonać obliczeń zużycia energii elektrycznej dla przejazdu teoretycznego, które to zużycie stanowiło kryterium nr 2 o wadze 24%).

Izba dostrzegła potencjalną wątpliwość interpretacyjną, jaka mogła nasuwać się podczas analizy postanowień SIWZ w zakresie założeń do przeprowadzenia symulacji przejazdów teoretycznych przedstawionych w załączniku nr 1.7 do ST. Wątpliwość ta wynikała z faktu, iż w punkcie 17 ww. załącznika, gdzie wskazano założenia do przejazdu teoretycznego, Zamawiający nie określił wprost średnicę jakich kół należy uwzględnić podczas obliczeń, podczas gdy w punktach 15 i 16 tego samego dokumentu, dotyczących charakterystyk trakcyjnych rozruchu i hamowania, Zamawiający powołał się bezpośrednio na konieczność wykonania obliczeń dla kół nowych. Izba podzieliła jednakże stanowisko Zamawiającego, iż z treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2017 r. (pismo nr 6) w odpowiedzi na pytanie nr 145 wynikało, że obliczenia zużycia energii elektrycznej dla

przejazdu teoretycznego należało wykonać z uwzględnieniem średnicy kół nowych. Zwrócić należy uwagę, iż treść pytania została sformułowana w taki sposób, iż nie budziło wątpliwości, że dotyczyła ona również punktu 17 załącznika nr 1.7 do ST („Prosimy o określenie średnicy kół, która ma być brana pod uwagę do przeprowadzenia obliczeń wymaganych w załączniku 1.7 „Wykaz rysunków technicznych, schematów i obliczeń parametrów technicznych”, punkty 16 i 17.”). Wyjaśniając treść SIWZ w tym zakresie Zamawiający jednoznacznie wskazał, że w pkt 15 i pkt 16 załącznika nr 1.7 do ST jest napisane, dla jakich kół należy przyjąć średnicę do ww. obliczeń, co oznacza, że do obliczeń należało przyjąć średnicę dla kół nowych, o takich bowiem jest mowa w pkt 15 i 16 załącznika nr 1.7 do ST. Jest to spójne z argumentacją Zamawiającego, iż istotnym elementem obliczeń zużycia energii dla przejazdu teoretycznego były charakterystyki trakcyjne rozruchu i hamowania pojazdu obliczone w układzie wskazanym w punkcie 16 zał. 1.7 do ST, gdyż to na podstawie tych właśnie charakterystyk przyjmowane były wartości parametrów technicznych dla potrzeb obliczeń przejazdu teoretycznego. W punkcie 16 zał. 1.7 do ST wprost zaś wskazano, że charakterystyki tam wskazane zostały obliczone dla kół nowych.

Powyższe, w ocenie Izby, nie stoi w sprzeczności z twierdzeniami Zamawiającego, iż wielkość średnicy kół pojazdu jest kwestią konstrukcyjną i jej dobór pozostaje w gestii wykonawcy, czym innym bowiem jest kwestia doboru wielkości średnicy kół pojazdu przez wykonawcę, wynikająca z przyjęcia określonych założeń konstrukcyjnych, a czym innym kwestia uwzględnienia przy obliczeniach stopnia zużycia kół o określonej średnicy (koło nowe, koło średnio zużyte, koło maksymalnie zużyte etc.). Po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 145 kwestia ta nie była przedmiotem dalszych pytań ze strony wykonawców, a zatem uznać należy, iż nie budziło ich wątpliwości, że wyliczenia zużycia energii elektrycznej należy dokonać dla kół nowych. Co prawda Odwołujący 1 w piśmie z dnia 21 września 2017 r. wskazywał, iż Zamawiający nie podał, dla jakiego stanu kół należy przeprowadzić obliczenia zużycia energii oraz, że w jego opinii wartością, która prawidłowo odzwierciedla średnie zużycie energii przez pojazd w okresie jego eksploatacji jest średnie zużycie kół, było to jednak pismo złożone już po upływie terminu zobowiązującego Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień treści SIWZ (art. 38 ustawy Pzp). Wobec tego trudno czynić Zamawiającemu zarzut, iż nie ustosunkował się do treści ww. pisma Alstom, jeśli nie był do tego ustawowo zobowiązany, a ponadto w sytuacji, gdy wniosek ten dotyczył po części już udzielonych wyjaśnień. Zgodnie z art. 38 ust. 1a ustawy Pzp jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął po upływie terminu składania wniosku, o którym mowa w ust. 1, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez

rozpoznania.

Okoliczność, iż do obliczeń zużycia energii elektrycznej dla przejazdu teoretycznego należało przyjąć średnicę kół nowych znajduje potwierdzenie także w treści opinii biegłego w zakresie parametru „zużycia energii”, gdzie biegły stwierdził, iż jakkolwiek na gruncie postanowień załącznika nr 1.7 do ST istnieć może pewna wątpliwość interpretacyjna, to Zamawiający doprecyzował pkt 17 załącznika nr 1.7 do ST w odpowiedzi na pytanie nr 145, nakazując wykonawcom przyjęcie do obliczeń przejazdów teoretycznych średnic kół nowych. Biegły zwrócił także uwagę na istotność zależności wpływu średnicy kół na potencjalną wartość zużycia energii (promień koła jest odwrotnie proporcjonalny do siły pociągowej możliwej do uzyskania z silnika trakcyjnego).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego, wyliczenie przez Odwołującego 1 zużycia energii dla koła średnio zużytego (na co wskazał podczas rozprawy w dniu 12 lipca 2018 r. i co wynika z treści wypełnionego przez Odwołującego 1 załącznika nr 7 do SIWZ ppkt 7 złożonego wraz z ofertą, kolumna „Uwagi wykonawcy”) było niezgodne z założeniami określonymi dla przejazdu teoretycznego. Nie negując zatem twierdzeń Odwołującego, że takie wyliczenie odzwierciedla zbilansowane zużycie energii przez cały okres życia pojazdu oraz realne koszty eksploatacji, których poznaniem zainteresowany jest Zamawiający, to pozostaje ono jednak w sprzeczności z treścią Specyfikacji Technicznej, czyniąc ofertę Odwołującego 1 w tym zakresie nieporównywalną. Tym samym Zamawiający prawidłowo nie przyznał wykonawcy Alstom punktów w kryterium nr 2 „Zużycie energii elektrycznej” wobec niezgodności dokonanych obliczeń z wymaganymi założeniami.

W konsekwencji, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Nadto Izba uznała za bezzasadne powoływanie się przez Odwołującego 1 w powyższym zakresie na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, który reguluje sytuację odrzucenia przez Zamawiającego oferty niezgodnej z ustawą lub której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do odrzucenia oferty Odwołującego 1 na podstawie którejkolwiek z ww. przesłanek, zaś Odwołujący 1 postawił zarzut odnoszący się do oceny jego oferty w jednym z kryteriów oceny ofert, a zatem ww. przepisy nie mają w tym zakresie zastosowania. Z kolei pojawiający się w treści uzasadnienia odwołania zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest zarzutem wadliwym – art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera punktu 6. Odwołujący 1 w uzasadnieniu faktycznym zarzutów nie wyjaśnił, w czym upatruje naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ograniczając się do stwierdzenia, że Zamawiający, mając jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie oferty nie rozstrzygnął ich poprzez ich wyjaśnienie z Odwołującym 1. Ponadto wskazać należy, że z treści załącznika nr 7 do SIWZ ppkt 7 złożonego wraz z ofertą,

kolumna „Uwagi wykonawcy” jednoznacznie wynikało, jakie koła Odwołujący 1 przyjął do obliczeń, wobec czego w ocenie Izby brak było w tym zakresie wątpliwości, wymagających ewentualnego wyjaśnienia przez Zamawiającego.

Zarzut nr 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18

W ocenie Izby, również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp odnoszący się do bezzasadnego przyznania ofertom Konsorcjum Škoda i wykonawcy Stadler punktów w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, nie potwierdził się.

Wyżej przywołane przepisy wskazują, iż 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, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp). Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp). Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą oraz jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Nieprawidłową ocenę ofert ww. wykonawców w kryterium nr 3 Odwołujący 1 wywodził z braku zachowania w schematach cyklu przeglądowo – naprawczego współczynnika korelacji liniowej wymaganego przez Zamawiającego, którą to tezę Odwołujący 1 oparł na założeniu rzeczywistego rocznego przebiegu pojazdu na poziomie ok 204 400 km (zgodnie z tabelą przedstawioną w odwołaniu) przy przyjęciu prędkości handlowej 35km/h oraz dziennego czasu eksploatacji w wymiarze 16h. Odwołujący 1 nie podnosił zarzutu, iż zaoferowane przez Konsorcjum Škoda i wykonawcę Stadler, przy przejętych przez tych wykonawców rocznych przebiegach, cykle przeglądowo – naprawcze nie spełniają wymogu zachowania korelacji liniowej w stosunku do przedstawionych w załączniku nr 1.8 do ST.

Powyższa argumentacja Odwołującego 1 nie broni się w konfrontacji z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w tym z treścią SIWZ. To zaś z konkretną treścią SIWZ oferta musi być niezgodna w aspekcie merytorycznym, aby można było w sposób skuteczny czynić zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Po pierwsze należy zwrócić uwagę na brzmienie pkt 13 załącznika nr 1 do ST, z którego wynika obowiązek zachowania w strukturze cyklu przeglądowo – naprawczego zasady, że możliwość maksymalnego wydłużenia przebiegów kilometrażowych w stosunku do przedstawionych w załączniku nr 1.8 pozostawać będzie w korelacji liniowej

(o tym samym współczynniku co dla obecnego taboru) z okresem wyrażonym w jednostce czasu na poszczególnych poziomach utrzymania, w całym cyklu przeglądowo – naprawczym. Punktem odniesienia dla konstrukcji cyklu przeglądowo – naprawczego w kontekście korelacji liniowej był zatem cykl przedstawiony przez Zamawiającego w załączniku nr 1.8 do ST, a nie rzeczywiste przebiegi pojazdów metra warszawskiego. Z treści załącznika nr 1.8. do ST wprost wynika, że w ramach struktury cyklu przeglądowo – naprawczego zakładany roczny przebieg pojazdu nie mógł być mniejszy niż 105 000 km, taki został bowiem przedstawiony przez Zamawiającego jako właściwy dla obecnego taboru. Natomiast SIWZ nie zawierała żadnych szczegółowych danych, które wskazywałyby, jaki jest rzeczywisty roczny przebieg pojazdów metra, tym bardziej nie nakładała na wykonawców obowiązku przyjęcia takich rzeczywistych rocznych przebiegów w cyklu przeglądowo – naprawczym. Sam Odwołujący 1 na rozprawie przed Izbą w dniu 12 lipca 2018 r. przyznał, iż Zamawiający nie wskazał w SIWZ rzeczywistego średniorocznego przebiegu pojazdu. Skoro Zamawiający jednoznacznie wskazał, że współczynnik korelacji liniowej ma być taki sam jak dla obecnego taboru, a dla tego obecnego taboru przedstawił w załączniku nr 1.8 do ST konkretne wartości, to nieuprawnione jest wywodzenie, że wykonawcy mieli sami ustalać rzeczywisty, faktyczny przebieg pojazdów. Takie rozumowanie, w sytuacji gdy rzeczywistych danych odnośnie przebiegów nie podano w treści SIWZ, czyniłoby oferty wykonawców w kryterium nr 3 nieporównywalnymi, każdy wykonawca mógłby bowiem przyjąć w tym zakresie inne zmienne.

W ocenie Izby brzmienie pkt 13 załącznika nr 1 do ST (i analogicznie pkt 9.5.5 SIWZ) mogło budzić pewne wątpliwości interpretacyjne wykonawców. Jak wykazało postępowanie odwoławcze takie wątpliwości zachodziły w przypadku oceny czy wymóg, aby współczynnik korelacji liniowej w cyklu przeglądowo – naprawczym był taki sam jak dla obecnego taboru, miał znaleźć zastosowanie wyłącznie na poszczególnych poziomach utrzymania (korelacja „pozioma” - czyli dla przykładu, jeśli w załączniku 1.8 do ST wskazano wartości dla poziomu P3 jako 105 000 km/1 rok, to wykonawca wydłużając przebieg międzyprzeglądowy dwukrotnie, do 210 000 km musi zwiększyć także dwukrotnie okres międzyprzeglądowy, do 2 lat) czy także pomiędzy poszczególnymi poziomami (korelacja „pionowa” – czyli w sytuacji, gdy z załącznika nr 1.8 do ST wynika, że wartości każdego kolejnego poziomu utrzymania od P3 do P5 są w stosunku 2:1 do poprzedzającego poziomu utrzymania, to taki sam stosunek musi zachodzić pomiędzy poziomami utrzymania w cyklu przeglądowo – naprawczym oferenta). Izba stoi na stanowisku, iż treść pkt 13 załącznika 1 do ST nie pozwala na wyprowadzenie jednoznacznego wniosku w tym zakresie, a zatem wywodzenie z treści tego postanowienia konieczności zachowania przez wykonawców także korelacji „pionowej” stanowi nadinterpretację. W treści tego postanowienia wskazano, iż korelacja

liniowa ma mieć miejsce „na poszczególnych poziomach utrzymania, w całym cyklu przeglądowo – naprawczym” a nie na poszczególnych poziomach utrzymania i pomiędzy tymi poziomami. W odpowiedzi na pytanie nr 91 do treści SIWZ dotyczącego tego, w jaki sposób będzie odbywała się kontrola korelacji liniowej między podanymi wartościami i obecnym taborem, Zamawiający wyjaśnił jedynie, iż przedstawił swoje wymagania w pkt.13 załącznika nr 1 do ST oraz wskazał, że „w przypadku wydłużenia w ofercie okresu między przeglądami zarówno kryterium czasowe, jak i przebieg muszą być zwiększane w korelacji liniowej. Kryteria wykonania danego poziomu utrzymania (czasowe, przebieg) są ze sobą w logicznej alternatywie. Decyduje wcześniej zaistniały czynnik.” Zamawiający nie rozwiął zatem swoją odpowiedzią powstałych wątpliwości.

W tym kontekście warto wskazać na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które kładzie duży nacisk na znaczenie precyzyjnego i jednoznacznego sformułowania postanowień SIWZ. Dla przykładu wskazać należy na wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad, gdzie w pkt 18 podkreślono, iż „[...] zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonyj zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (por. także wyroki z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell’Adda, C-42/13, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 2 czerwca 2016 r., Pizzo, C-27/15, pkt 36).” Ugruntowany również w orzecznictwie Izby jest pogląd, iż niejasności w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy i nie mogą one powodować eliminacji z postępowania wykonawcy, który w określony sposób zastosował się do postanowień SIWZ mogących podlegać różnej interpretacji (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 maja 2018 r., sygn. akt KIO 923/18, wyrok KIO z dnia 30 maja 2018 r., sygn. akt KIO 925/18).

Ponadto wskazywane przez Odwołującego 1 wartości rocznych przebiegów rzędu od 150 000 do ponad 200 000 km nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym, jaki został zgromadzony w postępowaniu odwoławczym. Izba uznała za wiarygodne twierdzenia

Zamawiającego, iż rzeczywisty średni przebieg pojazdu w metrze warszawskim wynosi ok. 80 000 km rocznie, znalazło to bowiem odzwierciedlenie w złożonych w postępowaniu odwoławczym przez Przystępującego Stadler wyciągach z raportów rocznych metra warszawskiego z 2015 i 2016 roku. Raporty te wskazywały na przebiegi roczne rzędu 80 000 – 90 000 km w zależności od typu taboru (roczny średni przebieg w 2016 r. pojazdu serii „81” to 75,2 tys. km, typu Metropolis 89,9 tys. km, typu Inspiro 84 tys. km; roczny średni przebieg w 2015 r. pojazdu serii „81” to 63,6 tys. km, typu Metropolis 87,4 tys. km, typu Inspiro 84,2 tys. km) . Odwołujący nie wykazał, że przebiegi takie, na jakie się powoływał, są chociażby zbliżone do rzeczywistych rocznych przebiegów pojazdów metra warszawskiego. Sama argumentacja Odwołującego 1 jest niespójna, gdyż pierwotnie w odwołaniu przy tych samych założeniach powoływał się on na przebieg rzędu 204 000 km, podczas gdy w piśmie z dnia 12 lipca 2018 r. Odwołujący 1 wskazywał, iż przy tożsamej prędkości i czasie eksploatacji roczny przebieg pojazdu kształtował się będzie na poziomie 150 955 km, a dopiero przy założeniu czasu eksploatacji na poziomie 19h na dobę roczny przebieg pojazdu przekroczy 204 000 km. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał także na wadliwość prędkości handlowej, jaką Odwołujący przyjął do obliczeń. Poza tym wziąć należy pod uwagę, iż - jak ustalono w postępowaniu odwoławczym na podstawie przedstawionych raportów rocznych - inne przebiegi publikowane są dla pojazdów Inspiro, inne dla pojazdów Metropolis, a jeszcze inne dla pojazdów serii „81”. Tym bardziej, mając na względzie, iż w SIWZ nie określono jaki będzie planowany rzeczywisty przebieg dla pojazdów nowego taboru, twierdzenia Odwołującego Alstom (oraz Przystępującego po stronie Odwołującego Konsorcjum Siemens, Newag) co do przebiegu, jaki należało przyjąć przy konstruowaniu cyklu przeglądowo – naprawczego są nieuprawnione. Również w ocenie biegłego opiniującego w sprawie podstawę do obliczeń powinny stanowić wartości określone w załączniku nr 1.8 do ST.

Izba stwierdziła także, iż Odwołujący 1 swoje twierdzenia o realności cyklu przeglądowo – naprawczego oparł na niejasnym założeniu, iż przy eksploatacji pojazdów zgodnie z ich przeznaczeniem, nigdy nie powinien zostać przekroczony założony przebieg kilometrów przed przeglądem utrzymaniowym. Prawidłowość powyższego założenia nie została przez Odwołującego Alstom wykazana w toku postępowania odwoławczego. Jego słuszności nie potwierdzają także przepisy RMI. Jak wynika z § 13 ust. 1a i 1b RMI strukturę cyklu przeglądowo-naprawczego wyraża się w kilometrach i jednostkach czasu, przy czym dla poziomów utrzymania pojazdu kolejowego 1 i 2 określonych w załączniku nr 3 do rozporządzenia strukturę cyklu przeglądowo-naprawczego można wyrazić w kilometrach albo jednostkach czasu. Oznacza to, iż w przypadku przeglądów P3 – P5 decydujące znaczenie będzie miała okoliczność, który z parametrów – czy zdefiniowany przebieg, czy

wskazany okres czasu, zostanie jako pierwszy osiągnięty. Potwierdzają to wyjaśnienia treści SIWZ opublikowane przez Zamawiającego, który w odpowiedzi na pytanie nr 91 wskazał, iż „kryteria wykonania danego poziomu utrzymania (czasowe, przebieg) są ze sobą w logicznej alternatywie. Decyduje wcześniej zaistniały czynnik.” W konsekwencji wcześniejsze osiągnięcie ustalonego w cyklu przeglądowo – naprawczym przebiegu w kilometrach przed założonym okresem międzyprzeglądowym, w żaden sposób w ocenie Izby nie przesądza o wadliwej konstrukcji takiego cyklu.

Izba ustaliła ponadto, iż z treści dokumentacji przetargowej nie wynikał bezpośrednio warunek, aby przegląd P5 odbywał się dokładnie w połowie okresu żywotności pojazdu, z którego Odwołujący 1 wywodził niezgodność z SIWZ ofert Przystępującego Konsorcjum Škoda i Przystępującego Stadler. Taki wymóg nie wynika również z załącznika nr 3 do RMI, na który powoływał się Alstom. W załączniku tym dla poziomu utrzymania P5, w kolumnie „Charakterystyka,” wpisano: „Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta,” z kolei w kolumnie „Ramowy zakres prac” wskazano w punkcie 1: „Demontaż zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymiana na nowe lub zregenerowane” a w punkcie 2 „Modyfikacje nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych.” Z przepisów ww. rozporządzenia, mających charakter ogólny, nie wynika w jakim okresie żywotności pojazdu powinien nastąpić przegląd P5. Z kolei z samego faktu, iż w ramach przeglądu piątego ma miejsce tzw. naprawa główna pojazdu, nie sposób wywodzić, że każdorazowo taka naprawa powinna wypadać w połowie żywotności pojazdu oraz że każdorazowo przeprowadzenie takiej naprawy o największym zakresie jest w stanie zapewnić sprawność pojazdu na kolejny tak długi okres, jak od rozpoczęcia eksploatacji do naprawy głównej. Nie potwierdził tego również biegły opiniujący w sprawie. Nawet jeżeli zgodnie z przyjętą praktyką rynkową – czego Odwołujący 1 jednak nie wykazał – przegląd piąty co do zasady przeprowadzany jest w połowie żywotności pojazdu, to nie można okoliczności tej uznawać za równoznaczną z tym, że po pierwsze właśnie w ten sposób Przystępujący Konsorcjum Škoda i Przystępujący Stadler przewidzieli moment, w którym przeprowadzony zostanie P5 (tj., że przyjęli, iż nastąpi on w połowie żywotności pojazdu), a po drugie że ewentualne przewidzenie P5 w cyklu przeglądowo – naprawczym w późniejszym okresie żywotności pojazdu niż połowa, jest niezgodnie z przepisami RMI czy zasadami wiedzy technicznej, a w efekcie i z treścią SIWZ.

Tym samym będąca przedmiotem zarzutu nierealność cykli przeglądowo – naprawczych zaproponowanych przez Przystępującego Konsorcjum Škoda i Przystępującego Stadler nie została przez Odwołującego 1 udowodniona, a zatem zarzut podlegał oddaleniu. W konsekwencji nie był zasadny także, stawiany jako ewentualny, zarzut

wezwania ww. wykonawców do wyjaśnień odnośnie zaoferowanych cykli przeglądowo - naprawczych oparte na tożsamych okolicznościach stanu faktycznego.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie wykonawcy Alstom nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego 1 tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 1290/18

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Konsorcjum Siemens, Newag była ofertą czwartą w rankingu ofert, niemniej - analogicznie jak w przypadku odwołania wykonawcy Alstom w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18 - należy zauważyć, iż w razie wyeliminowania z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej bądź zmiany punktacji tej oferty na skutek orzeczenia KIO, wynik przetargu pozostawał będzie otwarty. Jak wynika z pkt 13.2 SIWZ po dokonaniu oceny ofert Zamawiający wzywa do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, tylko tego wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona. Sprowadza się to do wniosku, że interes we wniesieniu odwołania w takiej sytuacji będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób prawidłowy i nie uzyskali zamówienia z uwagi na otrzymanie mniejszej liczby punktów w kryteriach oceny ofert niż oferta najkorzystniejsza. Ponadto Odwołujący 2 objął zakresem zaskarżenia wszystkie trzy wyżej usytuowane w rankingu oferty, co powoduje, że w przypadku potwierdzenia się stawianych zarzutów, ma on szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej potwierdza także ewentualny interes Odwołującego 2 w unieważnieniu postępowania, gdyby okazało się, iż Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia środków, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tak aby móc go udzielić Odwołującemu 2 (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 11

maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama).

Zarzut nr 1 i 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

W ocenie Izby nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę ofert Konsorcjum Škoda i wykonawcy Stadler, które podlegać powinny odrzuceniu, ponieważ zawierają niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi i sprzeczne ze stanem techniki dane w zakresie systemu utrzymania pojazdu (zarzut nr 1 i 2 odwołania).

Niezgodność treści SIWZ zachodzi wtedy, gdy treść oferty nie odpowiada określonym merytorycznym wymaganiom Zamawiającego, w szczególności w zakresie przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Chodzi tu o materialną niezgodność treści zobowiązania wykonawcy wyrażonego w ofercie ze świadczeniem, jakiego Zamawiający oczekuje. Oczekiwania te muszą być w sposób jednoznaczny i precyzyjny w SIWZ określone, co potwierdza orzecznictwo przywoływane przez Izbę przy omawianiu zarzutu nr 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18, w szczególności wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad. Zasadnicze znaczenie dla oceny zarzutów dotyczących zgodności treści oferty z SIWZ ma zatem treść tych postanowień SIWZ, których wymagań (w ocenie Odwołującego 2) nie spełniają złożone przez wykonawców Stadler i Konsorcjum Škoda oferty.

Jak wynika z treści odwołania Konsorcjum Siemens, Newag, zarzut niezgodności z SIWZ ofert ww. wykonawców oparto w zasadzie wyłącznie na okolicznościach wynikających z doświadczenia Odwołującego 2 i znanej mu praktyki kolejowej, czyli tak naprawdę na pewnych twierdzeniach czy regułach wynikających z zasad wiedzy technicznej. Odwołujący 2 nie wskazał w odwołaniu żadnych konkretnych postanowień SIWZ, z którymi oferty Konsorcjum Škoda i Stadler miały być niezgodne, nie przywołał również żadnych przepisów prawa, które na ową niezgodność by wskazywały. W treści odwołania Konsorcjum Siemens, Newag powołało się jedynie na bliżej nieokreślone „regulacje europejskiego systemu prawnego,” zaś rozporządzenie RMI przywołano jedynie w celu wyjaśnienia, jaki zakres czynności wykonywany jest na pewnych poziomach utrzymania, nie podnosząc jednak argumentacji mającej wskazywać na niezgodność ofert Przystępujących z przepisami tego rozporządzenia. Odwołujący 2 swoją argumentację oparł na tym, że wykonywanie określonych przeglądów w okresach czasowych zaproponowanych przez Konsorcjum Škoda i Stadler wiązać się będzie ze zbyt rzadkim przeglądem pewnych zespołów, podzespołów czy urządzeń, które wpływają istotnie na bezpieczeństwo ruchu.

Zamawiający wskazał w treści SIWZ, iż wszystkie pojazdy, tak objęte zakresem podstawowym, jak i zakresem opcjonalnym, muszą spełniać wymagania i parametry

określone w Umowie, Ogólnych warunkach umowy, Specyfikacji Technicznej, dokumentacji technicznej, Warunkach Technicznych Wykonania i Odbioru oraz przepisach prawa i zasadach wiedzy technicznej (pkt 3.1.4. SIWZ), jednak to obowiązkiem wykonawcy – jako podmiotu profesjonalnego – jest precyzyjne określenie, z którymi postanowieniami SIWZ dana oferta jest niezgodna. Nie jest rolą Izby wywodzenie z argumentacji przedstawionej w odwołaniu, zgodność z którymi postanowieniami SIWZ Odwołujący 2 zamierzał objąć zakresem zaskarżenia.

Jeśli chodzi o ofertę Konsorcjum Škoda, to Odwołujący zwracał uwagę przede wszystkim na cztery aspekty:

1. niespotykany na europejskim rynku kolejowym i nie zapewniający poziomu bezpieczeństwa pojazdu okres pomiędzy przeglądami pierwszego poziomu utrzymania P1 zadeklarowany na 131 dni, powodujący np. brak kontroli przez tak długi okres stanu zużycia nakładki odbieraka prądu;
2. zagrożenie bezpieczeństwa spowodowane zbyt długim okresem międzyprzeglądowym poziomu P2, na którym następuje sprawdzenie poprawności geometrii zestawu kołowego;
3. zagrożenie bezpieczeństwa spowodowane zbyt długim okresem międzyprzeglądowym poziomu P3, na którym następuje m.in. dokładny przegląd i czyszczenie ochronnika przepięć czy izolatorów odbieraka prądu;
4. zadeklarowanie żywotności pojazdu na poziomie 92 lat przy braku możliwości budowy nowoczesnego pojazdu kolejowego, którego kluczowe zespoły będą odporne na liczbę cykli obciążeń dynamicznych odpowiadającej tak długiej żywotności.

Odnosnie oferty Przystępującego Stadler Konsorcjum Siemens, Newag w odwołaniu powołało się jedynie na dwie okoliczności, tj. zagrożenie bezpieczeństwa spowodowane zbyt długim okresem międzyprzeglądowym poziomu P2, na którym następuje sprawdzenie poprawności geometrii zestawu kołowego oraz zbyt długim okresem międzyprzeglądowym poziomu P3, na którym następuje m.in. dokładny przegląd i czyszczenie ochronnika przepięć czy izolatorów odbieraka prądu.

Odnosząc się do powyższego należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, iż rozporządzenie RMI określa ogólne warunki techniczne eksploatacji pojazdów kolejowych kolei normalnotorowych, wąskotorowych i szerokotorowych oraz pojazdów kolejowych metra. W § 2 pkt 1) RMI definiuje poziom utrzymania jako zestawienie czynności utrzymaniowych wykonywanych dla danego pojazdu kolejowego określone zakresem tych prac, a w pkt 3 strukturę cyklu przeglądowo – naprawczego jako kolejność występowania po sobie poszczególnych rodzajów przeglądów i napraw wykonywanych w ramach procesu utrzymania pojazdu kolejowego. W § 9 ust. 1 pkt 4) RMI wskazano, iż dokumentacja

związana z procesem utrzymania pojazdów kolejowych obejmuje (między innymi) dokumentację systemu utrzymania. Zgodnie z § 13 ust. 1 RMI DSU, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3, powinna zawierać następujące dokumenty niezbędne do zarządzania utrzymaniem i utrzymania pojazdu kolejowego:

- 1) opis funkcjonalny pojazdu z podziałem na jego elementy składowe w procesie utrzymania;
- 2) dokumentację zawierającą:
 - a) opisy czynności przeglądowych i naprawczych, instrukcje demontażu lub montażu,
 - aa) strukturę cyklu przeglądowo-naprawczego,
 - b) zestawienie parametrów mierzonych w procesie przeglądu lub naprawy i opisy metod pomiarowych,
 - c) wzory kart pomiarowych z wykazem wartości konstrukcyjnych, ponaprawczych i kresowych parametrów dla zespołów, podzespołów i elementów pojazdu,
 - d) wykazy urządzeń i narzędzi specjalistycznych,
 - e) wykazy testów wykonywanych w trakcie utrzymania,
 - f) wymagania dotyczące kwalifikacji pracowników oraz wymagania szczególne w zakresie czynności spawania i badań nieniszczących;
- 3) ograniczenia związane z bezpieczeństwem i interoperacyjnością dla podzespołów lub części istotnych dla bezpieczeństwa i interoperacyjności, określające limity, których nie można przekroczyć w czasie eksploatacji, łącznie z eksploatacją w trybie awaryjnym;
- 4) wykaz podzespołów objętych dozorem technicznym.

Warunkiem eksploatacji pojazdu kolejowego jest posiadanie zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego dokumentacji systemu utrzymania pojazdu kolejowego (§17 ust. 1 RMI).

Zamawiający w pkt 9.5.5 SIWZ wymagał złożenia wraz z ofertą wyłącznie schematów cyklu przeglądowo – naprawczego. Zgodnie z § 13 ust. 1a RMI strukturę cyklu przeglądowo-naprawczego wyraża się w kilometrach i jednostkach czasu, zgodnie z poziomami utrzymania pojazdu kolejowego określonymi w załączniku nr 3 do rozporządzenia, przy czym dla poziomów utrzymania pojazdu kolejowego 4 i 5 należy wskazać wartości maksymalne. W myśl ust. 1b tego przepisu dla poziomów utrzymania pojazdu kolejowego 1 i 2 określonych w załączniku nr 3 do rozporządzenia strukturę cyklu przeglądowo-naprawczego można wyrazić w kilometrach albo jednostkach czasu.

Jeśli chodzi o poziomy utrzymania pojazdów kolejowych RMI w § 7 ust. 2 odsyła do Załącznika nr 3. Załącznik nr 3 do RMI „Poziomy utrzymania pojazdów kolejowych” wskazujący na charakterystykę czynności i ramowy zakres prac, ma następujące brzmienie:

Poziom utrzymania	Charakterystyka	Ramowy zakres prac
Poziom 1 ¹⁾	Czynności sprawdzające lub	1. Ocena stanu zasadniczych

	monitoring dokonywane przed wyjazdem pojazdu kolejowego na linię, w czasie jazdy lub po zjeździe pojazdu. Niektóre z tych czynności mogą być dokonywane przez pracowników przewoźnika (maszynistę, rewidenta) lub przy użyciu automatycznych urządzeń pokładowych lub przytorowych.	zespołów, podzespołów i układów pojazdu kolejowego, mających wpływ na bezpieczeństwo ruchu pojazdu. 2. Zaopatrzenie pojazdu kolejowego w materiały eksploatacyjne. 3. Ewentualna wymiana zużytych w trakcie eksploatacji elementów szybko zużywających się.
Poziom 2 ²⁾	Czynności, które zapobiegają przekroczeniom limitów zużycia, wykonywane na specjalistycznych stanowiskach, w przerwach między kolejną planowaną eksploatacją pojazdu kolejowego.	1. Szczegółowa ocena stanu technicznego pojazdu kolejowego przez sprawdzenie działania jego obwodów, oględziny dostępnych bez demontażu podzespołów, przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne. 2. Naprawy dokonywane przez wymianę standardowych elementów.
Poziom 3 ³⁾	Czynności z zakresu utrzymania, które zapobiegają przekroczeniom limitów zużycia wykonywane na specjalistycznych stanowiskach, z wyłączeniem pojazdu kolejowego z planowanej eksploatacji.	1. Szczegółowa ocena stanu technicznego pojazdu kolejowego poprzez sprawdzenie działania jego obwodów, oględziny dostępnych także po demontażu określonych w dokumentacji podzespołów, a także przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne. 2. Planowe wymiany podzespołów oraz niewielkie naprawy zespołów i podzespołów funkcjonalnych wykonywane na wyspecjalizowanych stanowiskach.
Poziom 4 ⁴⁾	Czynności wykonywane z zakresu utrzymania naprawczego wykonywane w zakładach posiadających zaplecze	1. Szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji podzespołów i zespołów

	techniczne i stanowiska pomiarowe.	połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego.
		2. Planowe wymiany podzespołów i zespołów.
		3. Naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach.
Poziom 5 ⁵⁾	Czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta.	1. Demontaż zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymiana na nowe lub zregenerowane.
		2. Modyfikacje nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych.

1) Zgodny z dotychczasowymi przeglądami kontrolnymi pojazdów kolejowych.

2) Zgodny z dotychczasowymi przeglądami okresowymi pojazdów kolejowych.

3) Zgodny z dotychczasowymi przeglądami okresowymi poszerzonymi pojazdów kolejowych.

4) Zgodny z dotychczasowymi naprawami okresowymi rewizyjnymi pojazdów kolejowych.

5) Zgodny z dotychczasowymi naprawami głównymi i modernizacją pojazdów kolejowych.

Z powyższego wynika, iż RMI nie wskazuje w sposób konkretny, jakie czynności należy wykonać na określonym poziomie utrzymania, a opisy czynności przeglądowych i naprawczych stanowią element DSU. RMI wskazuje jedynie ogólną charakterystykę czynności wykonywanych na danym poziomie utrzymania i ramowy zakres prac, co jest w pełni uzasadnione z uwagi na różnorodność dostępnych rozwiązań technicznych, jak i dynamiczny postęp technologiczny. Ponadto RMI, poza wytycznymi co do sposobu wyrażania cyklu przeglądowo - naprawczego (w kilometrach, w jednostce czasu), nie zawiera żadnych wymagań co do czasu trwania okresów międzyprzeglądowych/międzynaprawczych, czy też długości przebiegów międzyprzeglądowych/międzynaprawczych, w szczególności nie określa granicznych wartości, po przekroczeniu których cykl przeglądowo – naprawczy nie gwarantowałby bezpieczeństwa w ruchu kolejowym.

Twierdzenia Odwołującego 2, iż okres między przeglądami P1 zaproponowany przez Konsorcjum Škoda na 131 dni jest niespotykany na europejskim rynku kolejowym i nie zapewniający poziomu bezpieczeństwa, nie zostały wykazane. W szczególności Odwołujący 2 nie dowiódł słuszności swojego stanowiska w zakresie braku kontroli przez tak długi okres stanu zużycia nakładki odbieraka prądu. Odwołujący złożył w postępowaniu odwoławczym

dowody mające wskazywać na istotność tego podzespołu dla bezpieczeństwa, jak artykuł ze strony internetowej www.nrk.no, czy wyciągi z dokumentacji poprzedniego postępowania na dostawę taboru dla metra warszawskiego dotyczące usytuowania szyny zasilającej, natomiast sama istotność tego urządzenia nie była co do zasady przedmiotem sporu. Sporna była możliwość prawidłowego utrzymania tego elementu w okresie zadeklarowanym przez Konsorcjum Škoda, a braku takiej możliwości Odwołujący 2, w ocenie Izby, nie wykazał.

Jak wynika z załącznika nr 1a do ST Część D pkt 16 dla odbieraka prądu Zamawiający przedstawił następujące wymagania: „zamocowany do maźnic zestawów kołowych, regulowana wysokość, wymienna nakładka ślizgu, z napędem umożliwiającym zdalne odłączenie ślizgu od trzeciej szyny w sytuacjach awaryjnych, wyposażony w zabezpieczenie zwarciowe, włączony w system diagnostyki pojazdu. Materiał ślizgu (nakładki) o wysokiej przewodności elektrycznej i trwałości, niepowodujący podczas pracy powstawania pyłów.” Powyższe potwierdza stanowisko Zamawiającego i Konsorcjum Škoda, iż odbierak prądu będzie włączony w system diagnostyki pojazdu, co gwarantuje, iż jego jakość będzie odpowiednio monitorowana, a ewentualne nieprawidłowości zostaną przez system zakomunikowane, co wpływa na możliwość wydłużenia okresu międzyprzeglądowego. Nadto Odwołujący 2 nie zaprzeczył twierdzeniom Konsorcjum Škoda, że stosowane przez tego wykonawcę nakładki odbieraka prądu wykazują żywotność wyższą niż planowany dla P1 okres międzyprzeglądowy. Nawet gdyby tak było, to nie zostało wykluczone, że nie można by w czasie przeglądu P1 wymieniać nakładki odbieraka na nową, eliminując w ten sposób ryzyko jej zużycia.

Ponadto przywoływane publikacje naukowe odnośnie trwałości nakładki ślizgaczy nie stanowią w ocenie Izby istotnego dowodu na okoliczność trwałości rozwiązań stosowanych przez Konsorcjum Škoda, gdyż po pierwsze nie dotyczą zastosowanych rozwiązań, a po drugie mają walor historyczny, jeśli weźmie się pod uwagę dynamikę postępu technologicznego (przykładowo przedstawiona publikacja T. Siemiński, T. Jarosz „Odbieraki prądu i ich współpraca z siecią jezdnią” została wydana w 1989 r., czyli prawie trzydzieści lat temu). Na istotny rozwój technologiczny wskazuje chociażby fakt, iż aktualnie najstarsze pojazdy metra warszawskiego serii „81” mają wykonywany przegląd P1 codziennie, pojazdy typu Metropolis co dwa tygodnie, a pojazdu Inspiro co 2 miesiące przegląd P1.1., a co 4 miesiące przegląd P1.2. Okoliczność, iż część czynności objętych zakresem pierwszego poziomu utrzymania już w przypadku pojazdów Inspiro eksploatowanych od 2014 r. realizowana jest co 4 miesiące, dodatkowo uprawdopodobnia realność okresu międzyprzeglądowego dla P1, zaoferowanego przez Konsorcjum Škoda (131 dni).

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego 2 o potencjalnym zagrożeniu bezpieczeństwa wiążącym się ze sprawdzaniem poprawności geometrii zestawu kołowego w

ramach poziomu utrzymania P2, Izba stwierdziła, iż zostało ono oparte w zasadzie wyłącznie na twierdzeniu, że tak długie przebiegi pomiędzy przeglądami P2, jakie zaoferowało Konsorcjum Škoda (wg wyliczeń Odwołującego 2 na poziomie 152 863 km), bez sprawdzenia podstawowych parametrów geometrii kół, stanowią poważne zagrożenie i mogą być powodem wykolejenia pociągu oraz na okoliczności, że rzeczywiste przebiegi pojazdu do przeglądu P2 mogą wynieść nawet do 200 000 km.

W tym zakresie Izba podtrzymuje w całości stanowisko przedstawione w zakresie zarzutu nr 2 odwołania Alstom w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18, gdzie zwrócono uwagę na brak podania przez Zamawiającego w treści SIWZ rzeczywistych danych co do przebiegów pojazdów, jak również brak obowiązku wykonawców do samodzielnego ustalania faktycznego przebiegu pojazdów metra warszawskiego i opieranie na tych ustaleniach cyklu przeglądowo – naprawczego. Co więcej, twierdzenia Konsorcjum Siemens, Newag o tym, że rzeczywiste przebiegi pojazdu przez okres 17,47 miesięcy (niespełna półtora roku) mogą kształtować się na poziomie nawet 200 000 km nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym, jaki został zgromadzony w postępowaniu odwoławczym, zwłaszcza w świetle twierdzeń Zamawiającego, który określał obecny rzeczywisty średni przebieg pojazdu w metrze warszawskim na ok. 80 000 km rocznie. Twierdzenia Zamawiającego znajdują odzwierciedlenie w złożonych w postępowaniu odwoławczym przez Przystępującego Stadler wyciągach z najnowszych raportów rocznych metra warszawskiego z 2015 i 2016 roku, wskazujących na przebiegi roczne rzędu 80 000 – 90 000 km w zależności od typu taboru (roczny średni przebieg w 2016 r. pojazdu serii „81” to 75,2 tys. km, typu Metropolis 89,9 tys. km, typu Inspiro 84 tys. km; roczny średni przebieg w 2015 r. pojazdu serii „81” to 63,6 tys. km, typu Metropolis 87,4 tys. km, typu Inspiro 84,2 tys. km).

Również we wcześniejszych latach eksploatacji, przed dostawą taboru Inspiro, kiedy roczne przebiegi pojazdów Metropolis były najwyższe, to nie przekraczały one 130 000 km., co wynika z raportów przedstawionych przez samego Odwołującego. Ponadto nawet przyjmując (jak zauważyło Konsorcjum Škoda) roczny przebieg pojazdu wynikający z zał. 1.8 do ST na poziomie 105 000 km, wartość 200 000 km, wskazywana przez Odwołującego 2, nie zostanie w czasie 17,47 miesięcy do przeglądu P2 osiągnięta. W ocenie Izby nie ma racji Odwołujący 2 także w zakresie, w jakim twierdzi, iż Zamawiający może wręcz oczekiwać przebiegu na poziomie 200 000 km z uwagi na kwestię trwałości łożysk. Takie oczekiwanie nie zostało wprost wyartykułowane w SIWZ. Wręcz przeciwnie – punktem odniesienia dla struktury cyklu przeglądowo – naprawczego były okresy i przebiegi międzyprzeglądowe/międzynaprawcze określone we wspomnianym wyżej załączniku nr 1.8 do ST.

Odwołujący 2 nie wykazał ponadto, że sprawdzenie geometrii zestawów kołowych

každorazowo powinno nastąpić w ramach przeglądu P2 ani, że ich weryfikacja w okresie zaproponowanym przez Konsorcjum Škoda niesie zagrożenie dla bezpieczeństwa, skoro pojazd posiadać będzie wymagany przez Zamawiającego, rozbudowany system diagnostyki pojazdu, pozwalający na systematyczną ocenę stanu technicznego pojazdu i alarmujący o sytuacjach osiągnięcia wartości granicznych. Zauważyć przy tym należy, że załącznik nr 3 do RMI, w odniesieniu do czynności na poziomie utrzymania P1, wprost wskazuje na możliwość dokonywania niektórych tych czynności przez maszynistę, czy przy użyciu automatycznych urządzeń pokładowych, na co wskazywał Zamawiający. Z kolei Konsorcjum Škoda w toku postępowania odwoławczego złożyło oświadczenie producenta Ambrose Kft w sprawie okresów międzyprzeglądowych komponentu Zestawy kołowe, potwierdzające zgodność parametrów utrzymania tego komponentu z cyklem przeglądowo – naprawczym zaoferowanym przez Konsorcjum Škoda. Odwołujący 2 próbował podważyć wiarygodność oświadczeń ww. producenta i jego sytuację finansową, nie zakwestionował jednak w sposób skuteczny prawdziwości oświadczenia tego producenta.

Powyższe rozważania znajdują pełne odniesienie w zakresie tożsamyh zarzutów stawianych ofercie wykonawcy Stadler, co do których Odwołujący 2 nie podniósł żadnych dodatkowych okoliczności, a nawet nie przywołał szacowanego przebiegu między przeglądami P2, jaki wynikał z oferty tego wykonawcy.

Również twierdzenia Konsorcjum Siemens, Newag w zakresie zagrożenia bezpieczeństwa spowodowanego zbyt długim okresem międzyprzeglądowym poziomu P3, zaoferowanym przez Konsorcjum Škoda i Stadler, na którym następuje m.in. dokładny przegląd i czyszczenie ochronnika przepięć czy izolatorów odbieraka prądu, nie zostały wykazane. Odwołujący 2 swoje wywody w odwołaniu ograniczył w zasadzie wyłącznie do stwierdzenia, że wykonywanie tych czynności tak rzadko, jak zaproponowali wykonawcy Konsorcjum Škoda i Stadler, stanowi poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa. Dowody z zagranicznych artykułów publikowanych w Internecie przedstawione przez Odwołującego 2 wskazywały na istotność tego rodzaju czynności dla bezpieczeństwa ruchu pojazdu (obrazując skutki zaniechań dokonywania odpowiednich przeglądów, takie jak pożary), natomiast okoliczność ta nie była kwestionowana w postępowaniu odwoławczym. Przedmiotem sporu było zaoferowanie przez wykonawców zbyt długich okresów/przebiegów międzyprzeglądowych, a tej okoliczności Odwołujący 2 nie wykazał. W szczególności nie zaprzeczył on skutecznie twierdzeniom podnoszonym przez Przystępującego Stadler, iż czynności związane z przeglądem i czyszczeniem ochronnika przepięć czy izolatorów odbieraka prądu mogą być wykonywane nie tylko na poziomie utrzymania P3, ale też na innych poziomach utrzymania. Same twierdzenia Odwołującego 2 – w sytuacji kwestionowania ich przez przeciwników procesowych - nie mogą stanowić udowodnienia ani

nawet uprawdopodobnienia prawdziwości stawianego zarzutu, ponieważ ustawa Pzp w art. 190 ust. 1 nakłada na strony obowiązek wskazania dowodów, dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Jeśli chodzi zaś o twierdzenia co do zadeklarowanego przez Przystępującego Konsorcjum Škoda okresu żywotności pojazdu (wg Odwołującego 2 określonego na 92 lata), Izba wskazuje, iż jest ono oparte na niewykazanym założeniu, że skoro przegląd P5 zaplanowano po ponad 45 latach, to żywotność ta wynosić będzie 92 lata. Odwołujący 2 w postępowaniu odwoławczym nie sprostął ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania, że czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie realizowane na poziomie P5, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej czy przepisami prawa, wykonywane są co do zasady w połowie żywotności pojazdu (tj., że przedłużają one okres żywotności pojazdu o drugie tyle). Izba w tym zakresie w całości podziela stanowisko wyrażone już przy omawianiu zarzutu nr 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18, wobec czego nie jest celowym jego powielanie w tym miejscu.

Podkreślić jedynie raz jeszcze należy, że ani z treści SIWZ, ani z przepisów RMI nie wynika warunek, aby przegląd P5 odbywał się dokładnie w połowie okresu żywotności pojazdu. Jeżeli okoliczność taka wynika z zasad wiedzy technicznej, to Odwołujący 2 – jako podmiot, który z tego faktu wywodzi skutek prawny w postaci niezgodności oferty Konsorcjum Škoda z SIWZ – zobowiązany był to wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, czego nie uczynił. W ocenie Izby nie sposób wywodzić tego – jak Konsorcjum Siemens, Newag wskazało na rozprawie – z wymogu Zamawiającego co do żywotności pojazdu określonej na min. 30 lat z jedną naprawą główną. Zamawiający nie zawarł wymogu, że przegląd P5 ma mieć miejsce w połowie żywotności pojazdu. Również przedstawiana przez Odwołującego 2 argumentacja (w tym w dokumencie „Wykazanie nierealności danych w kryterium systemu utrzymania pojazdu) dotycząca zasady cykliczności prac w cyklu przeglądowo – naprawczym, nie była w ocenie Izby wystarczająca do przesądzenia niezgodności cyklu zaproponowanego przez Konsorcjum Škoda z zasadami wiedzy technicznej. Odwołujący 2 nie udowodnił także, że ewentualne zaplanowanie przeglądu P5 w cyklu przeglądowo – naprawczym w późniejszym okresie żywotności pojazdu niż połowa, jest niezgodnie z przepisami RMI czy zasadami wiedzy technicznej, a w efekcie i z treścią SIWZ.

W dalszej kolejności należy zauważyć, że w toku postępowania odwoławczego Konsorcjum Siemens, Newag rozszerzało podstawy faktyczne zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazując na co raz to nowsze okoliczności mające świadczyć o niezgodności cyklu przeglądowo – naprawczego Konsorcjum Škoda i Stadler. Przykładowo należy wskazać, iż już na rozprawie dotyczącej odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18 w

dniu 13 lipca 2018 r., Odwołujący 2 powołał się m.in. na wymogi wynikające z przepisów Rozporządzenia Ministra Transportu w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego w zakresie projektowania, wytwarzania, eksploatacji, naprawy i modernizacji specjalistycznych urządzeń ciśnieniowych z dnia 20 października 2006 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 1465) w zakresie serwisowania zbiorników powietrznych, czy na konieczność wykonywania badań defektoskopowych zestawów kołowych po nie więcej niż 300 000 km, czyli według cyklu Konsorcjum Škoda na trzecim poziomie utrzymania, z których wywodził nierealność zadeklarowanych parametrów. Analogiczna sytuacja ma miejsce w zakresie twierdzeń Odwołującego 2 o niezachowaniu przez Przystępujących Stadler i Konsorcjum Škoda wymaganej korelacji liniowej w cyklach przeglądowo – naprawczych czy o niedostosowaniu tych cykli do trwałości łożysk.

Praktykę taką Izba ocenia jako nie znajdującą oparcia w przepisach prawa, podstawą zarzutu jest bowiem nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. Jak wskazuje się w orzecznictwie, norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. Tym samym to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18). Oparcie się w odwołaniu na ogólnych - i jak w niniejszym przypadku – bardzo szerokich tezach o niezgodności cyklu przeglądowo - naprawczego z treścią SIWZ, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej i konkretyzowanie podstaw faktycznych zarzutu dopiero na rozprawie, uniemożliwia zarówno Zamawiającemu, jak i pozostałym Uczestnikom postępowania, przygotowanie argumentacji i rzeczowe odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego 2 okoliczności (por. m.in. wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 533/18). Tym bardziej mieć należy na uwadze, iż wskazana powyżej argumentacja Konsorcjum Siemens, Newag nie stanowiła repliki na twierdzenia pozostałych Stron i Uczestników postępowania odwoławczego i mogła zostać podniesiona, a przynajmniej zasygnalizowana, w odwołaniu.

Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o podnoszoną argumentację w zakresie zaoferowania przez Przystępującego Stadler poziomów P4.3 i P5 o takich samych maksymalnych przebiegach międzyprzebiegów – okoliczność ta nie była objęta zarzutami odwołania, a zatem nie może stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18, jako, że Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Taki zarzut przeciwko ofercie Stadler podniosło wyłącznie Konsorcjum Škoda w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18 i twierdzenia Odwołującego 2 w tym zakresie nie mogą być brane pod uwagę, jako że w postępowaniu o sygn. akt KIO 1297/18 Konsorcjum Siemens, Newag przystąpiło do postępowania po stronie Zamawiającego, a zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż w zakresie zgodności cykli przeglądowo – naprawczych z treścią SIWZ, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej przeprowadzone zostało szczegółowe postępowanie dowodowe, włącznie z dopuszczeniem na wniosek Odwołującego 2 dowodu z opinii biegłego sądowego, a następnie dowodu z ustnej opinii uzupełniającej tego biegłego złożonej na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r., jako że Izba uznała, iż pełna, kompleksowa i rzetelna ocena podnoszonych zarzutów jest możliwa wyłącznie w oparciu się o wiadomości specjalne. W ocenie składu orzekającego, zgromadzony w sprawie obszerny materiał dowodowy, w tym także opinia biegłego sądowego, nie dawał podstaw do tego, aby w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości przesądzić o niezgodności treści ofert Konsorcjum Škoda i Stadler z SIWZ.

Biegły w treści opinii w zakresie parametru „maksymalne okresy międzyprzebiegowe – międzynaprawcze wyrażone w jednostce czasu oraz maksymalne przebiegi kilometrażowe międzyprzebiegowe – międzynaprawcze przedstawione na schematach cyklu przeglądowo – naprawczego dla poszczególnych poziomów utrzymania” oraz ustnej opinii uzupełniającej zwrócił uwagę na ogólność postanowień RMI i jego niedostosowanie do postępu technologicznego. Biegły potwierdził przekonanie składu orzekającego, iż na gruncie tego rozporządzenia nie można jednoznacznie określić, aby ściśle określone czynności realizowane były w trakcie konkretnego poziomu utrzymania. Wskazał ponadto, iż w praktyce spotykane są sytuacje, gdy ingerencja w dany element odbywa się na niższym poziomie utrzymania, jeżeli po przeprowadzeniu oceny jego stanu technicznego zostanie on uznany za nieakceptowalny lub prognoza jego zużycia, ewentualnie doświadczenia eksploatacyjne, wskazywać będą, że ostateczne osiągnięcie granicznych parametrów eksploatacyjnych nastąpi szybciej niż planowany termin/przebieg kolejnego przeglądu. Jest to dopuszczalne działanie, bowiem nadrzędnym celem w procesie utrzymania pojazdów kolejowych jest ich

późniejsza bezpieczna eksploatacja, natomiast konsekwencją może być m.in. wydłużenie czasu wyłączenia pojazdu z eksploatacji czy wzrost kosztów utrzymania.

Biegły zwrócił uwagę także na istotną w sprawie okoliczność, iż struktura cyklu przeglądowo - naprawczego jest tylko jednym z elementów, jaki składa się na dokumentację systemu utrzymania pojazdu. W konsekwencji nie jest on jedynym elementem pozwalającym wnioskować czy spełnione są warunki bezpieczeństwa przy utrzymaniu technicznym pojazdów. Kluczowe jest tutaj przypisanie określonych zestawów czynności do poszczególnych poziomów utrzymania. Zakresy czynności koniecznych do wykonania przy pojeździe kolejowym stanowią sumę niezbędnych prac obsługowych, konserwacyjnych, naprawczych przy wszystkich urządzeniach i podzespołach pojazdów wskazanych przez producentów. Wynika z tego konieczność uwzględnienia w DSU wymagań producentów poszczególnych podzespołów oraz zapewnienie zgodności z tymi wymaganiami. Zatem, jak wskazał biegły, sama konstrukcja cyklu przeglądowo - naprawczego uzależniona jest od trwałości poszczególnych zespołów, podzespołów i części pojazdu, zaleceń w procesie utrzymania wydanych przez producentów oraz przewidywanej intensywności eksploatacji pojazdu.

Powyższe potwierdza przekonanie składu orzekającego Izby, iż w świetle treści postanowień SIWZ, w szczególności niewymagania przez Zamawiającego złożenia dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących systemu utrzymania pojazdu, jednoznaczna ocena prawidłowości konstrukcji zaoferowanych cykli przeglądowo – naprawczych była znacząco ograniczona. Biegły wskazał w tym zakresie jako przykład na brak określenia granicznej pracochłonności czynności utrzymaniowych na poszczególnych poziomach, co miałyby wpływ na czas wyłączenia pojazdu z ruchu i ograniczyłoby dążenie do przenoszenia niektórych czynności utrzymania do niższych poziomów. Wykonawcy nie mieli także obowiązku wskazania, jakie czynności planowane są do realizacji na poszczególnych poziomach utrzymania, czy też jakie zamierzają zastosować komponenty i jaki jest cykl utrzymania poszczególnych zespołów, podzespołów czy urządzeń, wymagany przez ich producentów.

Jeśli chodzi o ofertę Przystępującego Stadler, to sporządzona w postępowaniu przez biegłego sądowego opinia nie wskazywała na jakiegokolwiek zastrzeżenia, co do zaoferowanej konstrukcji cyklu przeglądowo - naprawczego. Jak stwierdził biegły porównując cykle przeglądowe m.in. ww. wykonawcy do cykli realizowanych przy utrzymaniu obecnie eksploatowanych pojazdów metra warszawskiego, można przyjąć, iż są one realne do wykonania przy założeniu podobnego zakresu czynności na poszczególnych poziomach utrzymania. Wpisują się bowiem w ogólną tendencję do wydłużania przebiegów pojazdów wraz z postępem technicznym (intensywność eksploatacji) przy utrzymaniu czasokresów

wymaganych do osiągnięcia rewersów międzyprzeładowych. Dowody przedstawiane w postępowaniu odwoławczym przez Konsorcjum Siemens, Newag w postaci artykułów prasowych czy publikacji naukowych, jakkolwiek poszerzały wiedzę na temat kolejnictwa, to zdaniem Izby były niewystarczające do przesądzenia o wadliwości oferty Przystępujący Stadler, tym bardziej, że Odwołujący 2 w postępowaniu odwoławczym swoją argumentację skupił głównie na wykazaniu nierealności parametrów zaoferowanych przez Konsorcjum Škoda, a nie Stadler. Z kolei przeprowadzony przede wszystkim na wniosek Odwołującego 2 dowód z opinii biegłego sądowego, okolicznościom wywodzonym przez niego i dowodzonym na rozprawie w dniach 12 – 24 lipca 2018 r., zaprzeczył. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do tego, aby zakwestionować decyzję Zamawiającego, iż cykl przeglądowo - naprawczy Przystępującego Stadler jest zgodny z SIWZ, przepisami prawa czy zasadami wiedzy technicznej, a zatem brak było podstaw do odrzucenia oferty ww. wykonawcy z tego powodu.

Odnosząc się do oferty Konsorcjum Škoda które zaoferowało znacząco wydłużone w stosunku do ofert pozostałych wykonawców okresy i przebiegi międzyprzeładowe, w ocenie Izby materiał dowodowy zgromadzony w sprawie również nie pozwalał przesądzić w sposób nie budzący wątpliwości, iż taka konstrukcja cyklu przeglądowo – naprawczego świadczy o niezgodności z SIWZ, przepisami prawa czy zasadami wiedzy technicznej.

Jak wynika z opinii biegłego sądowego złożonej w sprawie, choć na pierwszy rzut oka dane w ofercie Konsorcjum Škoda mogą wydawać się nieprawdopodobne i nieuzasadnione poziomem technicznym zastosowanych podzespołów do konstrukcji pojazdu, to teoretycznie zadeklarowane parametry są możliwe do osiągnięcia pod warunkiem umiejętnego rozdziału czynności utrzymania oraz wymian i napraw podzespołów na poszczególne poziomy utrzymania z tendencją realizacji większego zakresu czynności na niższych poziomach utrzymania. W opinii biegłego może to oznaczać, że czynności utrzymania, wymiany lub naprawy podzespołów zaplanowane przez kontroferentów np. na poziomie P4.1 lub P4.2, w przypadku cyklu utrzymania zaoferowanego przez Konsorcjum Škoda będą wykonywane odpowiednio w ramach P3 lub P4.1. Nie jest zatem wykluczone, iż zakresy prac zaplanowanych przez pozostałych wykonawców w ramach poziomu utrzymania P5, w przypadku oferty Konsorcjum Škoda będą wykonywane w ramach poziomu P4.3 lub nawet P4.2. Według RMI planowe wymiany podzespołów są możliwe już od poziomu trzeciego, co powoduje, iż zaplanowanie wymian podzespołów, które osiągnęły graniczne parametry eksploatacji może odbyć się wcześniej niż deklarowany termin realizacji poziomu piątego. Zdaniem biegłego nie jest to niezgodne z RMI, oznaczać będzie jednak zwiększony zakres prac przy niższych poziomach utrzymania, dłuższe wyłączenia na czas wykonania przeglądu i niższą dostępność pojazdów w eksploatacji. Zamawiający jednak w SIWZ nie limitował

maksymalnego czasu realizacji danego poziomu utrzymania, w związku z powyższym taka koncepcja cyklu przeglądowo – naprawczego nie jest niezgodna z wymogami Zamawiającego. Biegły podkreślił jednak, że potwierdzenie lub zaprzeczenie tym spostrzeżeniami może nastąpić dopiero po analizie zakresów czynności przewidzianych do realizacji w ramach poszczególnych poziomów utrzymania oraz ich porównaniu z wymaganiami w zakresie utrzymania producentów podzespołów i urządzeń wykorzystanych do konstrukcji pojazdu. Zamawiający nie postawił jednak wymogu, aby na etapie składania ofert przedstawić takie dokumenty, a nadmienić trzeba, że zarówno wykonawcy składając oferty, jak i Izba w postępowaniu odwoławczym, pozostawali związani tak ukształtowanymi postanowieniami SIWZ.

Biegły wydając opinię poddał analizie także oświadczenia producentów komponentów złożone przez Konsorcjum Škoda, co potwierdził podczas rozprawy. Oświadczenia te w opinii biegłego potwierdzają, iż wyroby tych producentów mogą być wplecione w poszczególne poziomy utrzymania pojazdów oferowanych przez Konsorcjum Škoda. Pomimo dysponowania tymi oświadczeniami, biegły zwrócił uwagę, iż w dalszym ciągu brak jest informacji co do zakresu czynności zalecanych do wykonania na poszczególnych poziomach utrzymania, które nie były wymagane przez Zamawiającego. Oświadczenia dostawców podzespołów uprawniają jednak do założenia, że Konsorcjum Škoda umiejętnie wplotło wymogi w zakresie utrzymania stawiane dla poszczególnych komponentów w projektowany cykl utrzymania pojazdu oraz przeniosło niektóre prace utrzymaniowe, planowe wymiany i naprawy podzespołów do niższych poziomów utrzymania niż konkurenci. Biegły zwrócił także uwagę na ryzyka związane z dostępnością części zamiennych w całym cyklu życia pojazdu (ryzyko poszukiwania zamienników czy ponownej procedury dopuszczenia pojazdu do eksploatacji) i wydłużeniem okresów dla przeglądów P1 i P2 (ryzyko wyłączenia pojazdów między okresami lub zwiększenia prac w ramach poszczególnych poziomów utrzymania związane z nieplanowymi czynnościami), natomiast pomimo tych ryzyk nie przesądził o niezgodności zaproponowanego przez Konsorcjum Škoda cyklu przeglądowo – naprawczego z SIWZ, zasadami wiedzy technicznej czy przepisami prawa.

Podczas ustnej opinii uzupełniającej biegły podtrzymał wnioski opinii, wskazując, iż nie jest w stanie przesądzić o niezgodności konstrukcji cyklu przeglądowo – naprawczego Konsorcjum Škoda ani innych wykonawców. Wyjaśnił m.in., iż sformułowanie w opinii dotyczące dostępności części zamiennych nie jest równoznaczne z tym, że ta dostępność nie będzie zapewniona. Na pytanie Izby, czy okresy i przebiegi zaoferowane przez wykonawców wskazują na zagrożenie dla bezpieczeństwa, biegły zaprzeczył. Wskazał, iż nawet biorąc pod uwagę tak znaczne wydłużenie cyklu, jak oferuje Škoda, to nie można

jednoznacznie określić, że którakolwiek oferta zagraża bezpieczeństwu w ruchu. Biegły nie zauważył także w ofertach ewentualnych niedozwolonych przesunięć w ramach przeglądów, podkreślił, że rozporządzenie RMI jest ubogie o precyzyjne wymagania, a istotne znaczenie mają wymogi dostawców zespołów i podzespołów. W jego ocenie, w świetle analizowanej dokumentacji, nie było nadmiernego czy nieuzasadnionego wydłużenia cyklu w stosunku do deklaracji producenta. Ponadto na pytanie Izby, czy co do którejś z ofert istnieje prawdopodobieństwo, że cykl utrzymania trzeba będzie skorygować, biegły odpowiedział, iż nie można jednoznacznie przesądzić, że byłaby taka potrzeba.

Izba nie uznała za zasadne zastrzeżeń zgłaszanych przez Konsorcjum Siemens, Newag do treści opinii biegłego w zakresie dotyczącym cykli przeglądowo – naprawczych. W ocenie Izby złożona przez biegłego sądowego opinia była opinią rzetelną, jasną, jak również wyczerpującą merytorycznie. Oparta została o całą dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, jak również o dokumentację postępowania odwoławczego, w tym przedmiotem jej analizy były także dowody składane przez Strony i Uczestników postępowania na rozprawie w dniach 12-24 lipca 2018 r. Ewentualne nieścisłości czy zastrzeżenia zgłaszane przez Strony i Uczestników postępowania, w tym zastrzeżenia przedstawione w piśmie Odwołującego 2 z 19 listopada 2018 r., zostały przez biegłego wyjaśnione podczas rozprawy w dniu 21 listopada 2018 r., w ramach ustnej opinii uzupełniającej. Izba umożliwiła także wszystkim zainteresowanym swobodne zadawanie pytań biegłemu w granicach zarzutów podnoszonych w odwołaniu, przy czym należy wskazać, iż przed terminem tej rozprawy Strony i Uczestnicy mieli możliwość zapoznania się nie tylko z opiniami biegłego, ale i z pismami procesowymi swoich przeciwników, które zawierały odniesienie do treści tych opinii. Odwołujący 2 skorzystał z przysługujących mu w tym zakresie uprawnień, niemniej pomimo dociekliwości Odwołującego 2, ustna opinia uzupełniająca złożona przez biegłego w pełni potwierdziła wnioski wynikające z opinii pisemnej. Twierdzenia Konsorcjum Siemens, Newag, iż biegły nie weryfikował deklaracji producentów komponentów złożonych przez Konsorcjum Škoda, stanowią nadinterpretację wypowiedzi biegłego, iż nie pamięta dokładnie treści każdego z analizowanych dokumentów, podczas gdy biegły jednoznacznie potwierdził, iż weryfikował oświadczenia przedstawione w tym zakresie przez Konsorcjum Škoda. Z twierdzeń Odwołującego 2 można wywieść wniosek, iż oczekiwał on bardzo szczegółowego odniesienia się przez biegłego do każdej, nawet najdrobniejszej, kwestii poruszanej na rozprawie, do każdego złożonego dowodu, tymczasem brak takiego odniesienia, w ocenie Izby, nie świadczy o tym, że opinia nie jest kompletna i konkretna. Jak już wskazano wcześniej, została ona wydana w oparciu o całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu odwoławczym, a ustna opinia uzupełniająca złożona przez biegłego na rozprawie potwierdziła okoliczność, iż ten materiał dowodowy, w tym twierdzenia

Odwołującego 2, czy oświadczenia producentów komponentów złożone przez Konsorcjum Škoda, były biegłemu znane.

Mając na uwadze treść opinii biegłego sądowego, jak i pozostały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w ocenie Izby nie było możliwości przesądzenia w sposób jednoznaczny i bezsporny o niezgodności z SIWZ zaoferowanego przez Konsorcjum Škoda cyklu przeglądowo - naprawczego, a tym bardziej o niezgodności cyklu zaoferowanego przez Przystępującego Stadler, którego propozycja nie odbiegała w aż tak znaczny sposób od ofert pozostałych wykonawców, jak propozycja Konsorcjum Škoda. Jak wykazało postępowanie dowodowe, istotne znaczenie dla oceny realności cyklu utrzymania ma przypisanie określonych zakresów czynności do poszczególnych poziomów utrzymania i skorelowanie tych czynności z wymaganiami producentów podzespołów i urządzeń. Podania takich danych Zamawiający nie wymagał jednak w postępowaniu, co utrudniało jednoznaczną ocenę złożonych ofert. Z kolei oświadczenia producentów określonych komponentów złożone przez Konsorcjum Škoda w postępowaniu odwoławczym uprawdopodobniały zgodność cyklu przeglądowo - naprawczego z wymaganiami producentów poszczególnych zespołów, podzespołów, urządzeń, czyli jedną z kluczowych okoliczności, wpływających na prawidłowość konstrukcji cyklu. Prawidłowość cyklu przeglądowo – naprawczego stwierdzały także złożone do akt postępowania przez Konsorcjum Škoda prywatne opinie eksperckie Politechniki Czeskiej w Pradze i Politechniki Warszawskiej, które sporządzono z uwzględnieniem deklaracji producentów komponentów, aczkolwiek z uwagi na prywatny charakter tych opinii (sporządzenie ich na zlecenie strony postępowania) traktowane są one jedynie jako wzmocnienie argumentacji Przystępującego Konsorcjum Škoda.

Ponadto, jak ustalono, RMI wprost nie zabrania zakładania pewnych planowych czynności na niższych poziomach utrzymania. Wiązać się to będzie co prawda z dłuższym wyłączeniem pojazdu z eksploatacji, natomiast Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymagań odnośnie maksymalnych okresów wyłączenia pojazdów z eksploatacji. Wymagania prawne wynikające z rozporządzenia RMI umożliwiają dość swobodny przydział czynności do poziomów utrzymania, gdyż RMI w sposób bardzo ogólny definiuje zakres czynności na poszczególnych poziomach utrzymania. Aby zatem móc przesądzić w sposób niebudzący wątpliwości o pełnej zgodności cyklu przeglądowo - naprawczego zaoferowanego przez Konsorcjum Škoda (ale też innych wykonawców), w ocenie Izby, Zamawiający musiałby dysponować dokumentacją systemu utrzymania albo przynajmniej posiadać wiedzę o zaplanowanych na danym poziomie utrzymania czynnościach i cyklach utrzymania poszczególnych, planowanych do zastosowania, komponentów pojazdu. Na gruncie takich założeń SIWZ, jakie stanowiły podstawę faktyczną rozstrzygnięcia Izby, przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało niezgodności zaoferowanych cykli przeglądowo -

naprawczych z SIWZ, przepisami prawa czy zasadami wiedzy technicznej. Przy czym podkreślić należy, iż Izba rozpoznając zarzuty odwołania i oceniając wywiązanie się przez wykonawców z obowiązków nałożonych na nich przez Zamawiającego, związana była ustaleniami faktycznymi wynikającymi z treści SIWZ i ST, a prawidłowość postanowień w tych dokumentach zawartych nie była przedmiotem rozpoznania przez Izbę i nie podlegała ocenie. W sytuacji zatem, gdy z treści SIWZ nie wynikały konkretne obowiązki wykonawców czy inne mechanizmy pozwalające na pełniejszą ocenę realności, zgodności z przepisami prawa czy zasadami wiedzy technicznej zaoferowanych cykli przeglądowo – naprawczych, nie sposób było konsekwencjami takiego stanu rzeczy obciążać wykonawców.

W świetle powyższego nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazujące na konieczność odrzucenia ofert Konsorcjum Škoda i wykonawcy Stadler, jako zawierających niezgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi i sprzeczne ze stanem techniki dane w zakresie systemu utrzymania pojazdu.

Zarzut nr 3, 6 i 9 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

Izba nie uznała za zasadne także zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę ofert Konsorcjum Škoda, wykonawcy Stadler i wykonawcy Alstom, które podlegać powinny odrzuceniu, ponieważ zawierają nierealne i sprzeczne ze stanem techniki dane zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu (zarzut nr 3, 6 i 9 odwołania). W ocenie składu orzekającego zgromadzony w sprawie obszerny materiał dowodowy, w tym także opinia biegłego sądowego, nie dawał podstaw do tego, aby przesądzić o niezgodności treści ofert wykonawców Alstom, Stadler i Konsorcjum Škoda z SIWZ.

Odwołujący 2 sformułował zarzuty w powyższym zakresie w sposób bardzo ogólny. Zwrócił uwagę, iż w obliczu wymogów wynikających z postanowień SIWZ wykonawcy nie mieli zbyt dużej swobody w proponowaniu różnych konstrukcji EZT, a Zamawiający precyzyjnie określił wymagania odnośnie przejazdu teoretycznego w załączniku nr 1.7 do ST, co zdaniem Odwołującego 2 powinno skutkować porównywalnymi wynikami o dużej zależności zużycia energii względem masy pojazdu. Odwołujący 2 przyjął w swojej argumentacji założenie, że ponieważ pojazdy oferentów są tożsame pod względem konstrukcyjnym oraz funkcjonalnym, są zbudowane z bardzo podobnych, porównywalnych zaawansowanych komponentów dostępnych u wiodących firm na rynku, kluczowym elementem, jaki jest wpływowy i wyróżnia te pojazdy między sobą, jest masa każdego z nich (tak wskazano m.in. w dokumencie „Wykazanie nierealności danych w kryterium zużycie energii elektrycznej” złożonym na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r.). Wykonując obliczenia, jaką masę musiałyby mieć pojazdy, według zadeklarowanego przez Alstom, Stadler i

Konsorcjum Škoda zużycia energii, zdaniem Odwołującego 2, dla każdego z ww. przypadków, masa musiałaby być znacząco (o kilkadziesiąt ton) mniejsza niż zadeklarowana.

Odwołujący 2 w treści odwołania nie przedstawił żadnych dalszych argumentów, w szczególności obliczeń, na podstawie których opierał swoje wywody. Nie odniósł się także w sposób indywidualny do ofert poszczególnych wykonawców, pomimo iż zadeklarowane przez nich parametry zużycia energii były zgoła odmienne, jak i różny był stosunek tych wartości do wartości zadeklarowanych przez samego Odwołującego 2. Dla przykładu należy wskazać, iż ostateczne różnice punktowe pomiędzy ofertą Odwołującego 2 a ofertą Przystępującego Konsorcjum Škoda w kryterium oceny ofert nr 2 wyniosły jedynie 1,05 pkt. Odwołanie, poza ogólnym odniesieniem się do relacji zużycia energii do masy pojazdu, nie zawierało bardziej precyzyjnych informacji. Jak wskazano już we wcześniejszej części uzasadnienia, konstruowanie zarzutów w sposób ogólny, z niesprecyzowaną podstawą faktyczną, ma przełożenie na całe postępowanie odwoławcze, ponieważ zakres rozstrzygnięcia Izby determinowany jest treścią odwołania. To na Odwołującym 2, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarówno na płaszczyźnie prawnej, jak i faktycznej.

Odnosząc się do zarzutów Konsorcjum Siemens, Newag, które zostały wyartykułowane w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż zarzuty te nie potwierdziły się.

Bezspornym jest, iż w załączniku nr 1.7. do ST w pkt 17 Zamawiający przedstawił informacje w zakresie obliczenia parametrów trakcyjnych przejazdu teoretycznego pojazdu metra dla odcinka centralnego II linii metra, które wpływały na symulację przejazdu teoretycznego, a w konsekwencji na obliczoną na tej podstawie zbilansowaną wartość zużycia energii elektrycznej. Natomiast, w ocenie Izby, założenia do symulacji przejazdu teoretycznego dawały wykonawcom pewną swobodę podczas dokonywania obliczeń, która niewątpliwie wpływać mogła na różnicę w zadeklarowanym zużyciu energii elektrycznej. To z kolei czyni bezzasadnym twierdzenia Odwołującego 2, iż wobec precyzyjności postanowień SIWZ, nierealność parametrów jest możliwa do stwierdzenia wyłącznie na podstawie relacji zadeklarowanego zużycia energii do masy pojazdu.

Jedną z wątpliwości, na którą zwrócił uwagę biegły sądowy w złożonej w sprawie opinii w zakresie parametru zużycia energii elektrycznej, była wartość opóźnienia hamowania, jaką należało przyjąć w założeniach symulacyjnych.

W załączniku nr 1.7 do ST, w założeniach do przejazdu teoretycznego, wskazano, iż należy „przyjąć maksymalne stosowanie hamowania/podhamowania elektrycznego odzyskowego (oznacza to, że zakłada się, iż układ zasilania jest w pełni zdolny do przejścia

energii hamowania odzyskowego):

- a) rozruch z każdego postoju z max. przyspieszeniem (uwzględnić dopuszczalne szarpnięcie) do max. prędkości eksploatacyjnej na odcinku (wg profilu prędkości na rysunku), jazda z maksymalną dopuszczalną (możliwą do osiągnięcia) prędkością, bez wybiegu, hamowanie docelowe do zatrzymania na przystanku z max. opóźnieniem służbowym (uwzględnić dopuszczalne szarpnięcie).
- b) rozruch do max. dopuszczalnej prędkości eksploatacyjnej, przejazd w dowolny sposób z optymalizacją zużycia energii elektrycznej przy utrzymaniu zadanej prędkości średniej (czasu przejazdu odcinka).
- c) rozruch na wzniesieniu o długości 1 km (wg pkt 6.1 i) przy napięciach: 750 i 500V DC.

W ocenie biegłego z powyższego wynika, iż z jednej strony Zamawiający wskazuje na wymóg przyjęcia maksymalnego stosowania hamowania/podhamowania elektrycznego odzyskowego, a następnie w ppkt a) odnoszącym się do przejazdów z maksymalnymi parametrami jazdy, Zamawiający wymaga, aby stosować „hamowanie docelowe do zatrzymania na przystanku z max. opóźnieniem służbowym.” W opinii biegłego powoduje to wątpliwość, czy maksymalną wartość opóźnienia hamowania służbowego mieszane (która jest większa niż samego hamowania elektrodynamicznego – odzyskowego) stosować w całym przedziale prędkości od rozpoczęcia hamowania, czy też hamowanie służbowe mieszane (elektrodynamiczne uzupełnione pneumatycznym) stosować jedynie przy małych prędkościach jazdy, wówczas gdy hamulec elektrodynamiczny nie jest w stanie wytworzyć na tyle dużej siły elektromotorycznej, aby utrzymać żądane wartości opóźnienia hamowania. Ta niejednoznaczność, zdaniem biegłego, przejawia się w określony sposób na wielkość energii odzyskanej w fazie hamowania pociągu, tzn. przy dużych prędkościach jazdy można wdrożyć hamowanie odzyskowe (elektrodynamiczne), które dopiero przy małych prędkościach jazdy zostanie początkowo uzupełnione, a ostatecznie całkowicie zastąpione hamowaniem pneumatycznym lub też od razu wdrożyć maksymalne hamowanie służbowe o większej wartości opóźnienia hamowania, w którym część energii możliwej do odzyskania poprzez zwrot do sieci zasilającej zostanie wytracona w rezystorze hamowania (który dodatkowo musi być chłodzony, co wymusza pracę urządzeń dodatkowych – wentylatorów rezystora) i w ten sposób pogarsza bilans energetyczny pojazdu.

Powyższej wątpliwości, w ocenie Izby, nie wyjaśnia treść innych postanowień SIWZ, na które powołał się Zamawiający w piśmie z dnia 19 listopada 2018 r., a z ich brzmienia nie wynika jednoznacznie, że hamowanie mieszane dotyczy pełnego zakresu prędkości. W punkcie 6.1 lit. g załącznika nr 1 do ST, na który wskazał Zamawiający, podano jedynie wartości dla opóźnień hamowania służbowego (mieszanego) – max. $1,3 \text{ m/s}^2$, hamowania awaryjnego (pneumatycznego) – max. $1,4 \text{ m/s}^2$, max. służbowego elektrycznego – min. $1,18$

m/s², z którymi miała być zgodna oferta. W odpowiedzi na pytanie nr 30, Zamawiający potwierdził powyższe. W odpowiedzi na pytanie nr 159 Zamawiający jedynie wyjaśnił, iż hamowanie mieszane to połączone hamowanie pneumatyczne i elektryczne. Żadne z tych postanowień nie rozwiewa zatem powstałych wątpliwości. Z kolei w pkt 6.3 lit. b załącznika nr 1 do ST znajduje się wyłącznie odniesienie do hamowania elektrycznego, które dotyczy pełnego zakresu prędkości i jest nadrzędne nad pneumatycznym. Postanowienie to nie odnosi się do hamowania mieszanego. Natomiast w przywołanym przez Zamawiającego pkt 8 lit. a załącznika nr 1 do ST odnośnie hamulca zasadniczego przedstawiono wymóg, iż ma to być hamulec elektryczny z automatycznym przełączaniem na hamowanie pneumatyczne w końcowej fazie hamowania oraz w razie konieczności dający wspomaganie tak, aby utrzymać zadane osiągi (opóźnienie hamowania). Ten wymóg wskazuje, że hamowanie pneumatyczne jest aktywowane po to, aby utrzymać wymagane wartości opóźnienia hamowania w końcowej fazie hamowania i w razie takiej konieczności, co poddawać może w wątpliwość twierdzenia Zamawiającego, że hamowanie mieszane (czyli połączone hamowanie elektryczne i pneumatyczne) dotyczyć ma także pełnego zakresu prędkości.

W związku z tym, w ocenie Izby, w zależności od przyjętego trybu hamowania, inaczej mogło kształtować się zużycie energii elektrycznej. Odwołujący 2 nie przedstawił w tym zakresie dowodu przeciwnego, podnoszone przez biegłego wątpliwości interpretacyjne w przedmiotowym aspekcie nie były też kwestionowane przez innych wykonawców. Brak było ponadto argumentacji, która podważałaby słuszność tezy przyjętej przez biegłego, że pewne wątpliwości, jakie wyrażono w opinii pisemnej (część niejawna) w zakresie przyjętego trybu hamowania w ofercie Konsorcjum Škoda, nie przesądzały o niezgodności tej oferty z SIWZ, lecz były wynikiem możliwej interpretacji wymagań Zamawiającego.

Kolejną kwestią, w jakiej SIWZ dawała wykonawcom pewną swobodę podczas symulacji przejazdu teoretycznego, był brak jasnego określenia przez Zamawiającego, jakie urządzenia pomocnicze powinny być załączone w pojeździe w czasie przejazdu teoretycznego. Jak ustaliła Izba, z załącznika nr 1.7. do ST pkt 17 wynika, iż to wykonawcy mają podać, które urządzenia w pojeździe, uwzględnione w bilansie mocy nietrakcyjnej, są włączane, nawet okresowo - „W trakcie przejazdu należy uwzględnić pobór energii na potrzeby nietrakcyjne z podaniem bilansu mocy potrzeb nietrakcyjnych (wymienić urządzenia i pobór mocy w warunkach typowych, z uwzględnieniem innych urządzeń włączanych okresowo, np. wentylatora rezystora hamowania, jeśli jest stosowany).” Na powyższe zwrócił uwagę także biegły sądowy w złożonej w sprawie opinii, wskazując, iż pozwala to przypuszczać, że wartości bilansu mocy nietrakcyjnych, między poszczególnymi wykonawcami mogą się różnić w zależności od tego, jakie założenia w tym zakresie zostały uwzględnione w symulacjach. Jest to, zdaniem biegłego, istotne, bowiem chwilowa moc

pobrana z sieci zasilającej jest sumą mocy chwilowej pojazdu na kołach oraz mocy pobranej na cele nietrakcyjne. Innymi słowy w czasie rozruchu pojazdu przy tej samej mocy pobranej z sieci, im mniejsze będzie zużycie mocy na cele nietrakcyjne, tym wyższa będzie sprawność chwilowa pojazdu, a więc tym bardziej efektywnie moc eklektyczna z sieci zasilającej będzie przekształcona w moc mechaniczną pojazdu, co przełoży się na niższe zużycie energii. Analogicznie przy hamowaniu odzyskowym: im mniejsze zużycie mocy na cele nietrakcyjne, tym więcej energii można oddać do sieci zasilającej, co w efekcie poprawi całkowity bilans energetyczny pojazdu. Z kolei, jak wskazał biegły w ustnej opinii uzupełniającej, w odpowiedzi na jedno z pytań Odwołującego 2, sposób przedstawienia danych i wymagania SIWZ nie pozwalają na wywiedzenie wniosku, czy założono maksymalną wydajność urządzeń wentylacyjnych, ale też innych urządzeń związanych z celami nietrakcyjnymi. Powyższe wnioski biegłego nie były w postępowaniu odwoławczym kwestionowane przez Odwołującego 2, który wskazywał jedynie na wynikającą z różnic w zadeklarowanym przez wykonawców zużyciu energii na cele nietrakcyjne, konieczność wnikliwej analizy tego aspektu.

Również Przystępujący Stadler w toku postępowania odwoławczego wskazywał na okoliczność, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom pole do doboru odpowiednich rozwiązań, w tym w zakresie silników i średnicy kół nowych przyjętej do obliczeń, co też nie było w postępowaniu odwoławczym kwestionowane, a niewątpliwie mogło wpłynąć na różnice w obliczeniach zużycia energii elektrycznej.

Nie bez znaczenia dla ogólnej oceny omawianej kwestii, pozostają także wątpliwości interpretacyjne co do kół, których średnicę należało przyjąć, do obliczeń przejazdu teoretycznego, omówione w sposób szczegółowy przy zarzucie nr 1 odwołania Alstom w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18 (do których Izba w tym miejscu odsyła). Błędne zrozumienie tego wymogu przez wykonawcę Alstom spowodowało, że nie otrzymał on punktów w kryterium nr 2. Jak wskazał biegły sądowy w opinii złożonej w sprawie w zakresie parametru zużycia energii elektrycznej, powyższe mogło mieć wpływ na osiągnięcie przez wykonawcę Alstom - dzięki dużej masie własnej pojazdu - najniższego jednostkowego zużycia energii. Promień koła jest bowiem odwrotnie proporcjonalny do siły pociągowej możliwej do uzyskania z silnika trakcyjnego (wraz z malejącą średnicą koła można uzyskać większą siłę pociagową z silnika o stałej mocy lub też maksymalną dopuszczalną chwilowo siłę pociagową można osiągnąć wykorzystując mniejszą chwilową moc silników, a więc zmniejszając zużycie energii). W związku z tym stosunek masy pojazdu Alstom do zadeklarowanego zużycia energii elektrycznej wcale nie musiał świadczyć o nierealności zaoferowanych parametrów, lecz o błędnej interpretacji postanowień SIWZ, który to jednak błąd nie był podstawą do stwierdzenia niezgodności tej oferty z treścią SIWZ, lecz do

nieprzyznania punktów w kryterium nr 2 – zużycie energii elektrycznej, gdyż to właśnie ocenie w tym kryterium służyły obliczenia energii elektrycznej przejazdu teoretycznego.

W związku z powyższym, mając na uwadze pozostawienie wykonawcom przez Zamawiającego pewnej swobody podczas obliczeń zużycia energii elektrycznej dla przejazdu teoretycznego, w ocenie Izby, z dużym prawdopodobieństwem okoliczność ta mogła przekładać się na przeprowadzone symulacje przejazdów teoretycznych i zadeklarowane wartości zużycia energii elektrycznej. Odwołujący 2 nie przedstawił argumentacji faktycznej, która kwestionowałaby wpływ tej okoliczności na obliczenia wykonawców albo przynajmniej wskazywałaby, że ten wpływ nie był tak istotny, aby uzasadniać różnice pomiędzy wartościami zużycia energii zadeklarowanymi przez poszczególnych wykonawców.

Na bezpodstawność zarzutów Konsorcjum Siemens, Newag wskazuje ponadto okoliczność, iż jak wykazało postępowanie odwoławcze, wpływ na zużycie energii elektrycznej ma, oprócz masy pojazdu, szereg innych czynników. Tymczasem Odwołujący 2 swoją argumentację w treści odwołania opierał przede wszystkim na zależności zużycia energii od masy pojazdu, wskazując, iż przy zadeklarowanych przez Stadler, Alstom i Konsorcjum Škoda parametrach zużycia energii, masa pojazdu powinna być o co najmniej kilkadziesiąt ton mniejsza i wywodząc z tego ich nierealność.

W tym zakresie Izba przyznała rację Zamawiającemu, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż podejście prezentowane przez Konsorcjum Siemens, Newag jest dużym uproszczeniem, gdyż „moc i rodzaj/liczba zainstalowanych silników trakcyjnych stanowiących napęd decyduje o zużyciu energii elektrycznej. Wpływ na zużycie energii ponadto ma sprawność, zastosowany silnik, sposób sterowania napędu, zdolność do rekuperacji energii, poziom zużycia energii potrzeb nietrakcyjnych (optymalizacja zużycia), opory ruchu (konstrukcja pojazdu), itp.” W postępowaniu odwoławczym zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący po stronie Zamawiającego, powoływali się na szereg czynników, jakie należy uwzględnić w obliczeniach zużycia energii. Powoływano się w tym zakresie m.in. na konstrukcję pojazdu i związane z nią opory pojazdu, zastosowane rozwiązania technologiczne, rodzaj napędu, rozwiązania rekuperacyjne, czy pobór energii na cele nietrakcyjne.

Powyższe znajduje potwierdzenie w opinii biegłego złożonej w sprawie. Omawiając ofertę Alstom, która zawierała najwyższą masę pojazdu przy najniższym zużyciu energii (część jawna opinii), biegły wyjaśnił, iż wpływ na zużycie energii ma wiele czynników, zależnych także od konstrukcji pojazdu, które mogą zniwelować negatywny wpływ większej masy pojazdu na zużycie energii elektrycznej. Ponadto biegły wskazał, iż wartość $E+E_r$ stanowi bilans energetyczny pojazdu, a więc różnicę energii pobranej przez pojazd z sieci zasilającej

i energii oddanej przez pojazd wskutek rekuperacji. Zatem mniejsze zbilansowane zużycie energii może wynikać z większej zdolności pojazdu do rekuperacji energii. Tu z kolei większa masa pojazdu jest sprzymierzeńcem, bowiem pojazd o większej masie przy zadanej prędkości w stosunku do pojazdu lżejszego ma większą energię kinetyczną, którą może oddać do sieci zasilającej wskutek jej przetworzenia na energię elektryczną w silnikach trakcyjnych. Z kolei do kwestii dotyczącej oporów pojazdu w sposób szczegółowy odniósł się Przystępujący Konsorcjum Škoda na rozprawie w dniu 19 lipca 2018 r., wyjaśniając jakie ich rodzaje się wyróżnia i składając dowody w postaci wyciągów z opracowań naukowych. Jak wskazał Przystępujący Konsorcjum Škoda, istniała pewna przestrzeń dla konstruktora podczas opracowywania konstrukcji pojazdu, możliwa do wykorzystania tak, aby niższe było zużycie energii.

Na ocenę zasadności stawianych przez Konsorcjum Siemens, Newag zarzutów, w ocenie Izby, wpływa także okoliczność, iż parametry zadeklarowane przez wykonawców w zakresie zużycia energii elektrycznej były stosunkowo zbliżone (poza ofertą Przystępującego CAF, który zadeklarował najwyższe zużycie energii). Biegły w opinii szczegółowo opisał różnice procentowe pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców (str. 6 opinii, część niejawną - wartości procentowe i dane tam wskazane zostały częściowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wobec czego nie są przytaczane w treści uzasadnienia). Zdaniem biegłego tak zbliżone wartości parametrów zużycia energii dowodzą, iż wykonawcy przyjęli realne założenia do realizowanych przejazdów teoretycznych. Biegły przedstawił w opinii także uzasadnienie, z czego mogą wynikać różnice między ofertami, wskazując m.in. na odmienne wzory matematyczne zastosowane do odwzorowania dynamiki jazdy pociągu, różnice konstrukcyjne pojazdów (współczynnik aerodynamiczny, współczynnik mas wirujących pojazdu, itp.), czy też różne założenia bazowe dla przeprowadzonych przejazdów teoretycznych (np. różny pobór mocy na zasilanie urządzeń pomocniczych, odmienne tryby hamowania). W treści opinii pisemnej biegły zaznaczył, że do wykonywania obliczeń trakcyjnych oraz obliczeń zużycia energii niezbędne było wykorzystanie programów komputerowych, które pozwalają na przeprowadzenie złożonych obliczeń matematycznych. Jak wskazał biegły, zastosowanie odmiennych wzorów matematycznych dotyczyło w szczególności oporów ruchu, które obliczane są na podstawie wzorów wyznaczonych empirycznie, w konsekwencji czego może okazać się, że przyjęcie jednego wzoru matematycznego dla potwierdzenia obliczeń spowoduje wyznaczenie całkowitych lub chwilowych oporów ruchu z pewnym błędem. Natomiast w opinii biegłego wzory wskazane w tym zakresie przez Konsorcjum Škoda i Konsorcjum Siemens, Newag (dane tylko tych wykonawców były w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia) były zgodne z teorią dynamiki, a samo przedstawienie wzorów nie wskazywało, aby były one błędne.

W świetle powyższych ustaleń wynikających z materiału dowodowego, w ocenie Izby, zbyt daleko idącym wnioskiem było twierdzenie Odwołującego 2, iż z uwagi na to, że Zamawiający zdefiniował pojazd, jaki ma zostać dostarczony w ramach postępowania, to wszystkie pojazdy są względem siebie ekwiwalentne, a pojazdy o tożsamej budowie i właściwościach będą tożsame pod względem zużycia energii lub zwracania tej energii do sieci. Ponadto nie było słuszne założenie, że już na podstawie samej masy pojazdu możliwe jest dokonanie obliczeń, że zaoferowane przez wykonawcę Alstom, Przystępującego Stadler i Przystępującego Konsorcjum Škoda zużycie energii jest niemożliwe do osiągnięcia, gdyż tego rodzaju obliczenia nie uwzględniają szeregu czynników, które także mogą – i to w istotny sposób – wpływać na zużycie energii elektrycznej przez pojazd.

Złożone w postępowaniu odwoławczym przez Konsorcjum Siemens, Newag dowody, zdaniem składu orzekającego Izby, nie były wystarczające, aby przesądzić o niezgodności ofert ww. wykonawców z SIWZ. Przywoływana przez Konsorcjum Siemens, Newag literatura naukowa nie dotyczyła zastosowanych przez konkurencyjnych wykonawców rozwiązań, lecz stanowiła rozważania teoretyczne, a ponadto miała walor historyczny i wątpliwe było czy uwzględniała obecnie stosowane rozwiązania. Ponadto dotyczyła ona przede wszystkim kwestii wpływu masy pojazdu na zużycie energii elektrycznej, podczas gdy okoliczność ta w zasadzie była w postępowaniu odwoławczym bezsporna. Kwestią istotną było to, czy i jak duże znaczenie dla zużycia energii elektrycznej mają inne niż masa czynniki.

Szczegółowe wyliczenia zawarte w dokumencie „Wykazanie nierealności danych w kryterium zużycie energii elektrycznej” oraz suplemencie do tego dokumentu, w ocenie Izby, miały charakter czysto teoretyczny, jako że Odwołujący 2 nie dysponował wiedzą o technologii produkcji pojazdów zaoferowanych przez Stadler, Alstom czy Konsorcjum Škoda, nie posiadał nawet wiedzy o szczegółowych parametrach zużycia energii opisanych w załączonych przez ww. wykonawców do ofert załącznikach nr 7. W konsekwencji moc dowodowa tych dokumentów nie była istotna, a przynajmniej nie była wystarczająca, aby Izba na ich podstawie mogła przesądzić o niezgodności zadeklarowanego przez wykonawców zużycia energii elektrycznej z SIWZ, przepisami prawa czy zasadami wiedzy technicznej. Natomiast niewątpliwie m.in. te dowody przyczyniły się do powstania u składu orzekającego Izby przekonania o konieczności zasięgnięcia wiadomości specjalnych i powołania - na wniosek Odwołującego 2 - dowodu z opinii biegłego dla pełnej oceny podnoszonych zarzutów dotyczących nierealności parametrów zużycia energii elektrycznej.

Izba nie uznała także za zasadne zastrzeżeń zgłaszanych przez Konsorcjum Siemens, Newag do treści opinii biegłego w zakresie dotyczącym zużycia energii elektrycznej. W ocenie Izby złożona przez biegłego sądowego opinia była opinią rzetelną, jasną, jak również wyczerpującą merytorycznie. Oparta została o całą dokumentację postępowania o udzielenie

zamówienia, jak również o dokumentację postępowania odwoławczego, a przedmiotem jej analizy były także dowody składane przez Strony i Uczestników postępowania na rozprawie w dniach 12-24 lipca 2018 r. Ewentualne nieścisłości czy zastrzeżenia zgłaszane przez Strony i Uczestników postępowania, w tym zastrzeżenia przedstawione w piśmie Odwołującego 2 z 19 listopada 2018 r., zostały przez biegłego wyjaśnione podczas rozprawy w dniu 21 listopada 2018 r., w ramach ustnej opinii uzupełniającej. Izba umożliwiła także wszystkim zainteresowanym swobodne zadawanie pytań biegłemu w granicach zarzutów podnoszonych w odwołaniu, przy czym należy wskazać, iż przed terminem tej rozprawy Strony i Uczestnicy mieli możliwość zapoznania się nie tylko z opiniami biegłego, ale i z pismami procesowymi swoich przeciwników, które zawierały odniesienie do treści tych opinii, a także możliwość własnego, pisemnego odniesienia się do tych opinii i twierdzeń podnoszonych przez przeciwników procesowych.

Odwołujący 2 skorzystał z przysługujących mu w tym zakresie uprawnień, aczkolwiek, w ocenie Izby, jego pytania zadawane biegłemu na rozprawie 21 listopada 2018 r. w znacznej części zmierzały do wykazania braku kompetencji biegłego, braku dysponowania przez niego odpowiednią ilością czasu na sporządzenie opinii, czy braku dokonania przez biegłego analizy wszystkich dokumentów zgromadzonych w postępowaniu odwoławczym, a nie wszechstronnego wyjaśnienia tych aspektów merytorycznych, co do których Odwołujący 2 miał wątpliwości. Z twierdzeń Odwołującego 2 można także wywieść wniosek (analogicznie jak w przypadku opinii dotyczącej cyklu przeglądowo – naprawczego), iż oczekiwał on bardzo szczegółowego odniesienia się przez biegłego do każdej kwestii poruszanej na rozprawie, do każdego złożonego dowodu. Potwierdzają to chociażby zarzuty o nieuwzględnieniu w treści opinii stanowiska Odwołującego 2 przedstawionego w dokumencie „Wykazanie nierealności danych w kryterium zużycie energii elektrycznej” i w suplemencie do tego dokumentu. Tymczasem biegły na rozprawie przed Izbą jednoznacznie wskazał, iż treść tych dokumentów była mu znana, natomiast miały one w jego ocenie walor czysto teoretyczny, podczas gdy on dysponował pełną dokumentacją postępowania odwoławczego.

Również zarzuty, iż biegły nie przeprowadzał samodzielnie szczegółowych obliczeń nie były w ocenie Izby zasadne. Zadaniem biegłego była weryfikacja zadeklarowanych przez wykonawców wartości zużycia energii i tę weryfikację biegły przeprowadził. Sporządzając opinię dysponował on taką wiedzą dotyczącą konstrukcji pojazdu i zastosowanej technologii, jaka wynikała z dokumentacji postępowania. Wszelkie obliczenia symulacyjne przeprowadzone samodzielnie przez biegłego z założenia byłyby obarczone błędem i nie byłyby w pełni miarodajne, ponieważ na wynik obliczeń zużycia energii elektrycznej dla przejazdu teoretycznego wpływ miał szereg czynników, których część nie wynikała z ofert

wykonawców (wobec braku obowiązku złożenia dokumentów opisujących szczegółowo podstawy dokonania obliczeń, wynikającego z SIWZ).

Izba nie zgodziła się także ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie, w jakim kwestionował on zasadność przyjęcia przez biegłego, że różnica nie więcej niż 15% pomiędzy ofertami wykonawców wskazuje na realność podanych wartości zużycia energii oraz wskazywał na brak przedstawienia stosownego uzasadnienia w tej kwestii. W ustnej opinii uzupełniającej, na pytanie Konsorcjum Škoda, czy prawdziwa jest teza, że jeżeli zużycie energii różni się od siebie o nie więcej niż około 15% przy założeniu porównywalności ofert, to taka różnica świadczy o realności podanych wartości zużycia energii, biegły wskazał, iż „tego rodzaju różnice w jego ocenie stanowią jedną z przesłanek realności, natomiast warto się w tym zakresie głębiej zastanowić.” Biegły nie przyjął zatem w sposób automatyczny, iż już sama taka różnica w zadeklarowanym przez wykonawców zużyciu energii, przesądza o realności tych parametrów. Ponadto w treści opinii pisemnej biegły wprost wskazał z czego, w jego ocenie mogą wynikać odchylenia w zadeklarowanych w ofertach zużyciu energii elektrycznej, co opisano powyżej (a do tej kwestii odnosił się także na rozprawie przed Izbą).

W przypadku oferty Alstom w treści opinii biegłego odniesiono się do możliwego wyjaśnienia relacji zadeklarowanego zużycia energii, które było najniższe, względem wskazanej masy pojazdu, która z kolei była najwyższa. Opisano także możliwy wpływ błędnego zinterpretowania postanowień SIWZ przez ww. wykonawcę na zaoferowanie takich parametrów. Jeśli zaś chodzi o ofertę Przystępującego Stadler biegły zwrócił uwagę m.in. na zadeklarowany czas jazdy czy zużycie energii na cele nietrakcyjne, które to czynniki mogły wpływać na korzyść tego wykonawcy. Z kolei analiza oferty Konsorcjum Škoda, co do której biegły dysponował najpełniejszą dokumentacją, została w sposób szczegółowy przedstawiona na str. 7-9 części niejawniej opinii i wynika z niej, iż w ofercie tego podmiotu nie stwierdzono nieprawidłowości. Odwołujący 2 w swojej argumentacji, jak już wskazywano powyżej, nie odnosił się do ofert poszczególnych wykonawców, lecz formułował ją w sposób zbiorczy, łącznie dla wszystkich ofert.

W tym miejscu należy podkreślić, że Odwołujący 2, mając wiedzę w zakresie czynników, jakie, zdaniem biegłego, mogły wpływać na zadeklarowane przez konkurencyjnych wykonawców zużycie energii elektrycznej, częściowo różne w odniesieniu do poszczególnych wykonawców, nie przedstawił twierdzeń przeciwnych. Formułowanie dalszych wniosków o przeprowadzenie dowodu z opinii uzupełniającej czy opinii dodatkowej, w sytuacji braku przedstawienia solidnych podstaw faktycznych uzasadniających racjonalność i niezbędnosć tych dowodów dla rozstrzygnięcia, zmierzało w ocenie Izby wyłącznie do przedłużenia postępowania odwoławczego. Aby można było takie wnioski

uznać za zasadne, najpierw Odwołujący 2 musiałby wykazać niewiarygodność, niespójność czy niekompletność zgromadzonego dotychczas w sprawie materiału dowodowego, w tym w szczególności opinii biegłego sądowego złożonej w sprawie, a następnie uprawdopodobnić, że te dodatkowe dowody pozwolą rozstrzygnąć powstałe wątpliwości. Powyższemu obowiązkowi, w ocenie Izby, Odwołujący 2 nie sprostał.

W tym miejscu należy jeszcze zwrócić uwagę, iż załączona do pisma z dnia 30 listopada 2018 r. opinia dr inż. P. Błaszczyka z Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Łódzkiej stanowiła opinię prywatną opracowaną na zlecenie Konsorcjum Siemens, Newag, a zatem nie można traktować jej w inny sposób niż tylko jako wzmocnienie stanowiska Odwołującego 2. Ponadto opinia ta miała potwierdzać konieczność weryfikacji obliczeń dotyczących zużycia energii elektrycznej z uwzględnieniem energii potencjalnej, tymczasem wnioski z treści tej opinii nie wynika. Opinia rozważa jedynie pod względem matematycznym analizę obliczeniową dla poboru energii „tam” i „z powrotem” w aspekcie energii potencjalnej związanej z geometrią pionową trasy, w żaden sposób nie wskazuje jednak na okoliczność, że taka właśnie analiza jest kluczowa i jedyna słuszna dla oceny zużycia energii elektrycznej. Ponadto z treści opinii (pkt 1 str. 2) wprost wynika, że została ona oparta jedynie o dokument „Wykazanie nierealności danych w kryterium zużycie energii elektrycznej,” zatem trudno, aby dokument ten mógł mieć jakiegokolwiek znaczenie dla rozstrzygnięcia. W tym miejscu należy także wskazać na treść ustnej opinii uzupełniającej biegłego sądowego, który na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r., na pytanie Odwołującego 2, wyjaśnił, że nie stwierdził ani w opinii pisemnej, ani ustnej, że analiza energii potencjalnej jest nieprzydatna, natomiast dysponował on danymi (objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa), które był w stanie samodzielnie ocenić. Podkreślił także, że to nie jest jedyna metoda pozwalająca ustalić, czy wartości zużycia energii są prawidłowe. Wyraźnie wskazał również, że nie pominął materiałów złożonych w tym zakresie przez Odwołującego 2, wręcz odwrotnie.

W świetle powyższego, mając na uwadze treść opinii biegłego sądowego, jak i pozostały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w ocenie Izby nie było podstaw do stwierdzenia niezgodności z SIWZ ofert wykonawców Alstom, Stadler i Konsorcjum Škoda w zakresie zadeklarowanego zużycia energii elektrycznej. Izba tym samym uznała za niepotwierdzone zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę i zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Škoda, wykonawcy Stadler i wykonawcy Alstom.

Zarzut nr 11 i 12 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

W świetle powyższych ustaleń Izby nie sposób mówić, aby doszło do zaoferowania przez Konsorcjum Škoda, wykonawcę Stadler i wykonawcę Alstom świadczenia niemożliwego w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu, którą to okoliczność

Odwołujący 2 wywodził wyłącznie z wyżej omówionych zarzutów nr 3, 6 i 9 odwołania.

Zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W wypadku wykazania, iż zaoferowane świadczenie jest niemożliwe do wykonania, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Przepis art. 387 § 1 k.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, czyli sytuacji kiedy nie ma obiektywnej możliwości realizacji określonego świadczenia przez kogokolwiek. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 19 marca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 444/14 świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu wiedzy i techniki (por. także m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 611/08, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I Wydział Cywilny z dnia 31 października 2017 r., sygn. akt I ACa 349/17).

W ocenie Izby Odwołujący 2 w postępowaniu odwoławczym nie dowiódł, że zaoferowane przez Konsorcjum Škoda, Przystępującego Alstom i Przystępującego Stadler parametry zużycia energii elektrycznej nie są obiektywnie możliwe do osiągnięcia, że są one nierealne w świetle obecnego stanu wiedzy i techniki, nie wykazał, że obiektywnie niemożliwe jest skonstruowanie pojazdu o zużyciu energii takim, jak zadeklarowane przez ww. wykonawców. Jak wykazało postępowanie dowodowe, co opisano we wcześniejszej części uzasadnienia odnoszącej się do zarzutów nr 3, 6 i 9 odwołania, brak było podstaw do stwierdzenia niezgodności z SIWZ, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej ofert ww. wykonawców w tym zakresie. Tym samym również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego (zarzut nr 11 odwołania) nie potwierdził się.

Podobnie Izba nie uznała za zasadne zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie ofert przez Konsorcjum Škoda, Stadler i Alstom stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez oferowanie świadczeń niemożliwych w zakresie zużycia energii względem zadeklarowanej masy pojazdu, a w odniesieniu do ofert Konsorcjum Škoda i Stadler w zakresie systemu utrzymania pojazdu (zarzut nr 12 odwołania).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego

przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten wskazuje na otwarty katalog sytuacji, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5–17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). Oznacza to, iż aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący 2 upatrywał czynu nieuczciwej konkurencji w zaoferowaniu przez wykonawców Alstom, Stadler i Konsorcjum Škoda świadczeń niewykonalnych, tj. zużycia energii, które względem zadeklarowanej masy pojazdu jest nierealne i sprzeczne ze stanem techniki oraz – w przypadku Stadler i Konsorcjum Škoda – systemu utrzymania pojazdu, którego parametry są niezgodne z SIWZ, przepisami prawa i sprzeczne ze stanem techniki. Izba zgadza się z Odwołującym 2, iż wykorzystanie przez wykonawców pozacenowych kryteriów oceny ofert i zaoferowanie świadczenia niemożliwego w celu uzyskania jak największej liczby punktów, a w konsekwencji w celu uzyskania zamówienia, mogłoby w określonych okolicznościach stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast skuteczność podniesionych w tym zakresie zarzutów uzależniona jest od wykazania przez Odwołującego 2, że po pierwsze faktycznie w przypadku ofert Alstom, Stadler i Konsorcjum Škoda doszło do zaoferowania świadczenia obiektywnie niemożliwego do spełnienia, a po drugie, że takie działanie było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i że zagraża ono czy też narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W sytuacji, gdy nie potwierdziły się zarzuty nr 1, 2, 3, 6, 9 i 11 odwołania, omówione we wcześniejszej części uzasadnienia, nie sposób uznać, aby Odwołujący 2 dowiódł zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Konsorcjum Siemens, Newag nie przedstawiło także jakiegokolwiek dodatkowej argumentacji poza powołaniem się na okoliczności wynikające z innych podniesionych w odwołaniu zarzutów, która mogłaby wskazywać na fakt, iż złożenie ofert przez wykonawców Alstom, Stadler i Konsorcjum Škoda stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Na rozprawie przed Izłą Odwołujący 2 potwierdził, że odnośnie zarzutów dotyczących świadczenia niemożliwego i czynu nieuczciwej konkurencji argumentacja jest analogiczna do omówionych zarzutów technicznych.

Zarzut nr 4 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 26 ust. 2f w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum Škoda do złożenia

aktualnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, w sytuacji gdy w ocenie Odwoływającego 2 Zamawiający w trakcie postępowania powinien powziąć uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne (zarzut nr 4 odwołania). Okoliczności mające świadczyć o sytuacji finansowej Konsorcjum Škoda, z których Odwoływający 2 wywodził konieczność powtórzonego zbadania aktualności spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie, sprowadzały się do dwóch kwestii: złożenia przez Konsorcjum Škoda wraz ze skargą z dnia 9 stycznia 2018 r. wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych oraz złożenia w dniu 9 maja 2018 r. wniosku o wyznaczenie przez Sąd Okręgowy terminu rozprawy w ww. sprawie przed upływem terminu ważności gwarancji wadialnej z uwagi na koszty związane z przedłużeniem tej gwarancji.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, iż brak jest podstaw do zakwestionowania prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oceny spełnienia przez Konsorcjum Škoda warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej. Przede wszystkim na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 lutego 2018 r. do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp, Konsorcjum Škoda w dniu 20 lutego 2018 r. złożyło wymagane dokumenty, w tym dokument: „referencja bankowa potwierdzająca wypłacalność klienta” z dnia 13 lutego 2018 r. w zakresie posiadanej zdolności kredytowej, która zgodnie z pkt 5.2.1. ppkt 3 SIWZ wynosić miała co najmniej sto milionów złotych. Treść tych dokumentów potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W konsekwencji Odwoływający 2, wskazując na dezaktualizację sytuacji finansowej Konsorcjum Škoda i kwestionując spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przez ten podmiot, powinien był wykazać, że zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone zgodnie z wymaganiami SIWZ dokumenty nie są aktualne lub nie zawierają treści zgodnej ze stanem rzeczywistym. Wynika to jednoznacznie z treści art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Jak wynika z brzmienia tego przepisu *in fine* uprawnienie Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia

aktualnych dokumentów lub oświadczeń ograniczone jest koniecznością zaistnienia uzasadnionych podstaw do uznania, że uprzednio złożone dokumenty lub oświadczenia przestały być aktualne. Art. 26 ust. 2f ustawy Pzp to przepis o charakterze dyspozytywnym, którego zastosowanie jest uzależnione od oceny dokonanej przez Zamawiającego na określonym etapie postępowania, przy czym należy podkreślić, że uznanie, iż doszło do dezaktualizacji złożonych oświadczeń lub dokumentów, powinno być nie tylko uzasadnione, ale także, w ocenie Izby, powinno mieć charakter obiektywny, a nie stanowić wyraz subiektywnego przekonania Zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż okoliczności stanu faktycznego sprawy nie dawały Zamawiającemu uzasadnionych podstaw, aby uznał on, że złożone przez Konsorcjum Škoda oświadczenia czy dokumenty zdezaktualizowały się. Przede wszystkim należy podkreślić, że sytuacja, na którą powołuje się Odwołujący 2, tj. złożenie przez Konsorcjum Škoda wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych, miała miejsce jeszcze przed złożeniem przez ten podmiot dokumentów i oświadczeń na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wniosek taki został złożony w treści skargi z 9 stycznia 2018 r., zaś dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej Konsorcjum Škoda zostały złożone w dniu 20 lutego 2018 r., zaś dokument „referencja bankowa” potwierdzający zdolność kredytową datowany był na dzień 13 lutego 2018 r. W konsekwencji nie budzi wątpliwości Izby, iż rzeczony dokumenty obrazowały stan bardziej aktualny niż istniejący w chwili składania wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych. Odwołujący 2 nie poddawał zaś w wątpliwość treści dokumentu „referencja bankowa”, potwierdzającej posiadaną przez Konsorcjum Škoda zdolność kredytową. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność podnoszona przez Konsorcjum Škoda, że Konsorcjum Škoda ostatecznie nie zostało zwolnione przez Sąd Okręgowy od obowiązku uiszczenia kosztów sądowych, w tym opłaty od skargi, co potwierdza, że sytuacja finansowa tego podmiotu w ocenie właściwego Sądu pozwalała na poniesienie tych wydatków.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego 2, jakoby na ocenę sytuacji finansowej wykonawcy wpływ powinien mieć złożony przez Konsorcjum Škoda do protokołu rozprawy z dnia 9 maja 2018 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 95/18 wniosek o wyznaczenie terminu rozprawy przed dniem upływu terminu związania ofertą. W ocenie Izby wniosek Odwołującego 2, iż okoliczność ta mogłaby wskazywać na zmianę (pogorszenie) sytuacji finansowej Konsorcjum Škoda, jest zbyt daleko idący. Po pierwsze, jak wynika wprost z treści wyciągu z protokołu z ww. rozprawy złożonego przez Odwołującego 2, z wnioskiem o wyznaczenie wcześniejszego terminu rozprawy wystąpił Zamawiający, który próbował przekonać Sąd, powołując się m.in. na termin związania ofertą. Wypowiedź pełnomocnika Konsorcjum Škoda stanowiła niejako poparcie dla wniosku Zamawiającego i uzupełniała jego

argumentację o informację co do daty upływu terminu związania ofertą oraz konieczność przedłużenia gwarancji wadialnej, z czym siłą rzeczy wiążą się wysokie koszty (wysokość wadium zgodnie z pkt 7.1 SIWZ została ustalona na kwotę 15 000 000 zł) . Z treści dokumentu przedstawionego przez Odwołującego 2 nie sposób wywieść wniosku, że wypowiedź pełnomocnika Konsorcjum Škoda mogła świadczyć o problemach finansowych ww. wykonawcy, tym bardziej że nie odwoływał się on w treści wypowiedzi (a przynajmniej nie w treści wypowiedzi przytoczonej w złożonym przez Odwołującego 2 wyciągu z protokołu rozprawy) do własnej sytuacji finansowej, a jedynie wskazywał na konieczność poniesienia przez wykonawców kosztów związanych z przedłużeniem gwarancji wadialnej, co jest okolicznością obiektywną. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, każdy wykonawca jest zainteresowany tym, aby nie musieć ponosić kosztów związanych z kolejnym przedłużaniem gwarancji wadialnej w sytuacji, w której postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby zakończyć się przed upływem ważności wadium, jeśli doszłoby do wcześniejszego rozpoznania skargi przez sąd. Nie sposób zatem wywodzić, że w związku z wypowiedzią pełnomocnika Konsorcjum Škoda, dotyczącą kosztów przedłużenia gwarancji wadialnej podnoszoną w celu przekonania Sądu do wyznaczenia wcześniejszego terminu rozprawy, Zamawiający powinien był powziąć uzasadnione przekonanie o istnieniu podstaw do uznania, że złożone dokumenty dotyczące sytuacji finansowej ww. wykonawcy zdezaktualizowały się. Było to raczej działanie uzasadnione ekonomicznie, niezależnie od sytuacji finansowej podmiotu.

Izba uznała także za nieudowodnione podnoszone przez Odwołującego 2 na rozprawie twierdzenia, jakoby fakt pogorszenia sytuacji finansowej Konsorcjum Škoda potwierdzały wady pojazdów InterPanter dostarczonych Czeskim Kolejom Państwowym. Odwołujący 2 swoje twierdzenia o licznych wadach produktów dostarczonych przez Konsorcjum Škoda opierał wyłącznie na złożonych na rozprawie artykułach prasowych z czeskich stron internetowych, podczas gdy, po pierwsze, część tych artykułów dotyczyła okresu wcześniejszego niż data wystawienia dokumentu referencyjnego potwierdzającego należyte wykonanie dostaw na rzecz Czeskich Kolei Państwowych, po drugie, część z nich odnosiła się do pociągów RegioPanter, nie zaś InterPanter, które były przedmiotem dostaw przywołanych przez Konsorcjum Škoda w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a po trzecie, sposób tłumaczenia tychże artykułów prasowych z języka czeskiego na język polski niejednokrotnie czynił niemożliwym ustalenie o jaki rodzaj pociągu chodzi i o jakiej usterce jest mowa (uwagi w tym zakresie przedstawione zostały także w dalszej części uzasadnienia odnoszącej się do zarzutu nr 5 odwołania). Po czwarte zaś, nieznanym jest stopień rzetelności informacji zawartych w tych artykułach. W tym stanie rzeczy dokonana przez Izbę ocena wiarygodności i mocy tych dowodów nie prowadziła do

przekonania o istnieniu uzasadnionych podstaw do kwestionowania zdolności finansowej Konsorcjum Škoda. Izba wyższą moc dowodową przypisała złożonym przez Konsorcjum Škoda w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym dokumentom referencyjnym wystawionym przez Czeskie Koleje Państwowe, które potwierdzały należyłą realizację dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych, na które ww. wykonawca powołał się w złożonym wykazie dostaw.

Reasumując, w ocenie Izby okoliczności podnoszone przez Odwołującego 2 nie były wystarczające do stwierdzenia, że zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, iż złożone przez Konsorcjum Škoda w dniu 20 lutego 2018 r. oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu z zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, straciły aktualność. Odwołujący 2 nie wykazał, do czego zobowiązany był zgodnie ze spoczywającym na nim obowiązkiem dowodowym wynikającym z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, że w omawianej sprawie zaszły obiektywne, uzasadnione podstawy, które wskazywałyby na dezaktualizację oświadczeń i dokumentów potwierdzających sytuację finansową Konsorcjum Škoda, w tym zdolność kredytową tego podmiotu.

Zarzut nr 5 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Škoda do złożenia wyjaśnień w zakresie referencji Czeskich Kolei Państwowych oraz zaniechanie weryfikacji, czy z uwagi na powszechnie dostępne informacje o wadach pojazdów InterPanter referencje nadal pozostają aktualne, mimo iż – zdaniem Konsorcjum Siemens, Newag - Zamawiający mógł w trakcie postępowania powziąć informacje uzasadniające wezwanie do wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia referencji (zarzut nr 5 odwołania).

Izba wskazuje, iż zgodnie z punktem 5.2.2. ppkt 1) SIWZ, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy zobowiązani byli udokumentować, że posiadają niezbędne doświadczenie w produkcji taboru szynowego, tj. wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawca należycie wykonał i przekazał do eksploatacji, co najmniej 10 fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, złożonych z minimum 3 wagonów każdy, z których co najmniej dla jednego składu wagonów lub dla każdego z wagonów wykonawca uzyskał dokument potwierdzający dopuszczenie danego typu wagonów do eksploatacji na obszarze Unii Europejskiej. Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie Zamawiającego zobowiązany był złożyć dowody potwierdzające, że wykazane zamówienia, jakie zawiera podany w JEDZ wykaz wykonanych dostaw, w zakresie niezbędnym do wykazania

spełnienia warunku określonego w pkt 5.2.2.1) SIWZ, z podanym zakresem wykonanego zamówienia, w tym z oznaczeniem ilości pojazdów z rozbiem na poszczególne wagony, daty wykonania, adresy odbiorców wykonanego zamówienia – zostały wykonane należycie.

Jeden z członków Konsorcjum Škoda – wykonawca Škoda Vagonka a.s. w formularzu JEDZ w Części IV lit. C w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wskazał na dostawę 14 dwusystemowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do przewozów pasażerów złożonych z trzech wagonów (typ 660) i pięciu wagonów (typ 661), homologowanych i eksploatowanych w Republice Czeskiej, wykonaną w okresie 25.10.2015 r. – 25.04.2016 r. na rzecz České dráhy a.s. (Czeskie Koleje Państwowe). Następnie na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum Škoda złożyło wykaz dostaw wskazanych w JEDZ, z uwzględnieniem typu produktów, terminów dostawy, liczby wagonów, liczby zespołów trakcyjnych i adresu odbiorcy. Konsorcjum Škoda przedstawiło także zaświadczenie o realizacji dostaw (referencje) wystawione przez České dráhy a.s. w dniu 18 września 2017 r., które potwierdzały należyte wykonanie obu wskazanych w wykazie dostaw. Z treści referencji wynikała ponadto okoliczność, iż dostarczone elektryczne zespoły trakcyjne są obecnie w regularnej eksploatacji.

W ocenie Izby, na podstawie treści złożonych dokumentów brak było podstaw do kwestionowania przez Zamawiającego spełnienia przez Konsorcjum Škoda warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący 2 nie wykazał, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia zaistniały takie okoliczności, które pozwalałyby Zamawiającemu poddać w wątpliwość aktualność przedstawionych referencji i należyte wykonanie dostaw, na które Konsorcjum Škoda się powoływało. Odwołujący 2 swoje twierdzenia o licznych wadach produktów dostarczonych przez Konsorcjum Škoda opierał wyłącznie na złożonych na rozprawie artykułach prasowych z czeskich stron internetowych oraz twierdzeniu, że Zamawiający – jako uczestnik rynku kolejowego – powinien posiadać wiedzę na ten temat. Zważyć jednak należy, iż ze złożonych pięciu artykułów prasowych, dwa dotyczą sytuacji, które miały miejsce na długo przed wystawieniem dokumentu referencyjnego (artykuły ukazały się odpowiednio w maju 2016 r. i w styczniu 2017 r.), co przesądza, że ewentualne wady - nawet jeśli występowały - były na tyle nieistotne, że nie świadczyły o nienależytym wykonaniu dostaw lub zostały usunięte, w przeciwnym razie Czeskie Koleje Państwowe nie wystawiłyby referencji potwierdzających należytość wykonania. Dwa kolejne artykuły (z 30 września 2017 r. oraz 22 listopada 2018 r.) odnoszą się do pociągów RegioPanter, nie zaś InterPanter, które były przedmiotem dostaw przywołanych przez Konsorcjum Škoda w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W treści artykułu prasowego z dnia 22 listopada 2017 r. znalazło się stwierdzenie: „Regiopanterowe jednostki, które są produkowane przez Škoda Transportation,

są na czeskich liniach kolejowych od 2012 r., świętując w ten sposób pięcioletni okres eksploatacji” – z którego wywieść można wniosek, iż pojazdy RegioPanter to produkt inny niż InterPanter i eksploatowany dłużej niż dostarczane przez Konsorcjum Škoda w latach 2015-2016 pojazdy InterPanter. Nadto Izba zwraca uwagę na złożone przez Odwołującego tłumaczenia artykułów prasowych z języka czeskiego na język polski, na podstawie których niejednokrotnie nie jest możliwe ustalenie o jaki rodzaj pociągu chodzi i o jakiej usterce jest mowa.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że przedstawione przez Odwołującego 2 dowody nie prowadziły do wykazania, że istniały podstawy do poddania w wątpliwość należytego wykonania dostaw przez Konsorcjum Škoda ani że Zamawiający powinien był posiadać wiedzę o wadach produktów InterPanter i podjąć działania w celu weryfikacji rzetelności złożonych w tym zakresie przez Konsorcjum Škoda oświadczeń i referencji. Należy też zauważyć, że Zamawiający – nawet jeśli wiedział o dokonanej dostawie – nie musiał wiedzieć o ukazujących się artykułach prasowych czy informacjach internetowych, czy też uznać je za wiarygodne i znaczące dla dokonanej przez niego oceny kwalifikacji wykonawcy. Ponadto mieć należy na uwadze, iż na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r. Konsorcjum Škoda złożyło zaświadczenie wystawione przez Czeskie Koleje Państwowe w dniu 9 lipca 2018 r., potwierdzające należyłą realizację dostaw 14 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych, na które ww. wykonawca powołał się w złożonym wykazie dostaw. Zarówno z dokumentu referencji złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i z dokumentu złożonego na rozprawie w sposób jednoznaczny wynika okoliczność należytego wykonania zamówienia przez Konsorcjum Škoda. Izba uznała za wiarygodne również twierdzenia Zamawiającego przedstawione na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r., iż usterki po rozpoczęciu eksploatacji występują praktycznie zawsze i podobnie było w przypadku pojazdów Metropolis i Inspiro – na początku ujawniały się wady, które były naprawiane i w dalszym okresie pojazdy były eksploatowane zgodnie z przeznaczeniem. Zamawiający zwrócił uwagę, iż produkt jest konstruowany na konkretne potrzeby Zamawiającego i nie da się zrobić tak, żeby od początku był niezawodny, bo pojazd w takiej konfiguracji nigdy wcześniej nie jeździł, dlatego zwykle w początkowym okresie zgłaszane są wady systemowe. Odwołujący nie wykazał, że z uwagi na liczbę, wagę czy charakter usterek w pociągach InterPanter, Zamawiający powinien był powziąć uzasadnioną wątpliwość, co do należytego wykonania dostaw ww. pociągów przez Konsorcjum Škoda i wszcząć procedurę wyjaśnień w tym zakresie.

Zarzut nr 7 i 8 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

Odnosząc się do zarzutów nr 7 i 8 odwołania dotyczących braku wskazania przez Przystępującego CAF w ofercie okresów międzyprzeglądowych dla poziomów P3-P5, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego 2 i uznała te zarzuty za chybione.

Zgodzić należy się z Odwołującym 2, iż wykonawcy zobowiązani byli przedstawić w ofercie schemat cyklu przeglądowo - naprawczego z uwzględnieniem zarówno okresów, jak i przebiegów międzyprzeładowych dla poszczególnych poziomów utrzymania, za wyjątkiem poziomów P1 i P2, gdzie wystarczające było przyjęcie wyłącznie kryterium czasowego. Izba ustaliła, iż w treści wstępnego planu utrzymania przedstawionego w części oferty zatytułowanej „Konserwacja i przeglądy” Przystępujący CAF nie wskazał wprost okresów międzyprzeładowych/międzynaprawczych dla poziomów utrzymania P3-P5. Natomiast Izba ustaliła także, iż Przystępujący CAF w części oferty „Konserwacja i przeglądy” przedstawił w sposób opisowy szczegółowe informacje dotyczące częstotliwości utrzymania taboru, w tym o przyjętym rocznym przebiegu pojazdu, który był podstawą do określenia częstotliwości diagnostyki pojazdów (co wynika wprost z planu utrzymania taboru, str. 161 oferty). W ocenie Izby dane przedstawione w tej części oferty Przystępującego CAF pozwalały Zamawiającemu na samodzielne ustalenie długości okresów międzyprzeładowych dla poziomów utrzymania P3-P5. Okoliczność tę potwierdza korespondencja wewnętrzna między komórkami organizacyjnymi Zamawiającego, gdzie zwrócono uwagę na możliwość samodzielnego dokonania tych obliczeń (pismo z dnia 5 stycznia 2018 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). W konsekwencji Zamawiający powinien był rozważyć, czy istnieje możliwość zastosowania w omawianym przypadku art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawienia tej niezgodności w ofercie Przystępującego CAF.

Mieć należy na uwadze, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawiania wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 204/18).

W przedmiotowej sprawie niezgodność w ofercie CAF, w ocenie Izby, była usuwalna oraz nie miała charakteru istotnego i sprowadzała się wyłącznie do zaniechania wskazania wprost danych liczbowych w jednostce czasu dla okresów międzyprzeładowych poziomów utrzymania P3-P5 w sytuacji, gdy informacje niezbędne do ustalenia tych okresów wynikały z treści oferty (część „Konserwacja i przeglądy”). Czynność Zamawiającego mająca na celu poprawienie tej niezgodności nie prowadziła zatem w takiej sytuacji do istotnej zmiany treści oferty, ponieważ informacje odnośnie przyjętych przez Przystępującego okresów

międzyprzeładowych zostały przedstawione już w samej ofercie, tyle że nie w sposób liczbowy, lecz opisowy, w związku z czym nie może być tu mowy o wykreowaniu nowego oświadczenia woli, a jedynie o wyartykułowaniu wprost już wyrażonych w ofercie intencji. Jak wskazuje się w orzecznictwie, pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym, w związku z czym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, przy czym należy wskazać, iż Zamawiający może takiej poprawy treści oferty dokonać również po uzyskaniu od danego wykonawcy wyjaśnień, po ustaleniu, jaki był faktyczny zamiar złożenia oferty, pod warunkiem, że nie prowadzi to do wykreowania nowej treści oferty, a wyjaśnienie będzie dotyczyło tego, co już jest w treści oferty zawarte (por. m.in. wyrok KIO z dnia 23 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 209/18). W ocenie składu orzekającego, okoliczności przedmiotowej sprawy dawały Zamawiającemu możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niemniej zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie nie było przedmiotem zarzutów ani nie ma obecnie wpływu na wynik postępowania.

Mając zaś na uwadze, że podstawa do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie aktualizuje się w tych sytuacjach, kiedy mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanek z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zarzut Odwołującego 2 dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego CAF na ww. podstawie nie jest zasadny. Również stanowisko Odwołującego 2, jakoby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego CAF prowadziły do niedozwolonej w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji i zmiany treści oferty, nie znajduje uzasadnienia na gruncie wyżej omówionych okoliczności, skoro w przedmiotowym przypadku dane niezbędne do ustalenia okresów międzyprzeładowych można było odczytać już z treści oferty Przystępującego CAF, a konsekwencją złożenia tych wyjaśnień nie była zmiana treści oferty, lecz jedynie wyjaśnienie sposobu dokonania obliczeń. Przy czym należy także mieć na uwadze, iż ocenie w ramach kryterium nr 3 dla poziomów P3-P5 podlegały jedynie przebiegi między przeładowami podane od początku w ofercie, nie zaś okresy, które były przedmiotem wyjaśnień.

Tym samym zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Zarzut nr 10 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

Zarzut nr 10 odwołania dotyczył zaniechania poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Odwołującego – Konsorcjum Siemens, Newag dotyczącej masy pojazdu obciążonego nominalnie.

Na wstępie należy zauważyć, iż w treści zarzutu wyartykułowanego w *petitum* odwołania Odwołujący powołał się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnoszący się do innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niemniej zarówno z treści opisu zarzutu przedstawionego w *petitum* odwołania, jak i z treści uzasadnienia faktycznego zarzutu wynika, iż odnosił się on do art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (tj. oczywistej omyłki rachunkowej) i w tym zakresie zarzut ten podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Analizując przedmiotowy zarzut należało przede wszystkim odpowiedzieć na pytanie czy brak poprawienia ewentualnej omyłki w ofercie Odwołującego 2 na obecnym etapie postępowania świadczył o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zauważyć należy, iż z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia bezspornie wynika, iż, aby stwierdzić ewentualną omyłkę w masie pojazdu obciążonego nominalnie wskazaną przez Odwołującego 2 w załączniku nr 7 należało zweryfikować m.in. informacje przedstawione przez Konsorcjum Siemens, Newag, dotyczące nominalnej pojemności pojazdu zadeklarowanej przez Odwołującego 2 w punkcie 3 części C załącznika nr 1a do SIWZ. Dokument ten co prawda został złożony przez Odwołującego 2, niemniej nie był on na tym etapie postępowania wymagany przez Zamawiającego. Zgodnie z punktem 9.5.4 SIWZ wykonawcy wraz z ofertą byli zobowiązani złożyć wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ, zawierający informacje i dane niezbędne do dokonania oceny ofert w kryterium nr 2 – zużycie energii elektrycznej, natomiast wypełniony załącznik nr 1a złożyć miał jedynie wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, na wezwanie Zamawiającego, po dokonaniu oceny ofert, na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w ST (pkt 13.2, pkt 13.2.3 ppkt 1 SIWZ).

W związku z tym Zamawiający dokonał oceny ofert w kryterium nr 2 na podstawie danych zawartych w wypełnionych przez wykonawców załącznikach nr 7, a po dokonanej ocenie ofert wezwał do złożenia oświadczeń i dokumentów, w tym przedmiotowych, tego wykonawcę, który uzyskał najwięcej punktów w rankingu ofert i badał informacje wynikające z treści tych dokumentów. Izba nie dostrzegła w takim działaniu Zamawiającego jakichkolwiek nieprawidłowości, bowiem na tym etapie postępowania nie było obowiązkiem Zamawiającego ani wzywaniem Odwołującego 2 do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w punkcie 13.2. SIWZ, ani weryfikacją dokumentów samodzielnie przez niego złożonych, skoro to nie jego oferta uzyskała najwięcej punktów podczas oceny ofert. Oznacza to, iż, aby powziąć wiedzę o omyłce Konsorcjum Siemens, Newag co do masy pojazdu obciążonego nominalnie, Zamawiający musiałby sięgnąć do dokumentów, których na tym etapie postępowania nie był zobligowany szczegółowo zweryfikować, co powoduje, iż

trudno tu mówić o oczywistości tej omyłki. Omyłka oczywista musi być widoczna na pierwszy rzut oka, bez konieczności dokonywania przez Zamawiającego dodatkowych ustaleń.

W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że na obecnym etapie postępowania zaniechanie Zamawiającego świadczyło o naruszeniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący 2 nie wykazał, dlaczego niepoprawienie ewentualnej omyłki co do masy pojazdu w jego ofercie już na tym etapie postępowania prowadzić miałyby do odmiennej oceny ofert wykonawców i naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji, skoro masa pojazdu nie podlegała ocenie w ramach kryterium nr 2 – zużycie energii elektrycznej, a punktowane było zbilansowane zużycie energii pojazdu. Z kolei Odwołujący nie twierdził, iż w związku z ewentualną omyłką co do masy pojazdu poprawieniu miałyby podlegać także ewentualne inne wyliczenia w zakresie zużycia energii elektrycznej, wręcz przeciwnie – na rozprawie potwierdził, iż symulacje były prowadzone na podstawie prawidłowej masy pojazdu, a nie masy wskazanej w załączniku nr 7. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, by stawiany zarzut został przez Odwołującego udowodniony, a nadto by miał on wpływ lub mógł mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a tylko w takim wypadku, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zarzut podlegać może uwzględnieniu.

Zarzut nr 13 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Stadler z powodu niezgodności z SIWZ w zakresie nieprawidłowego określenia czasookresu względem pierwszego poziomu utrzymania w schemacie cyklu przeglądowo-naprawczego (zarzut nr 13 odwołania), Izba ustaliła, iż istota sporu sprowadzała się do dokonania oceny, czy wskazanie okresu międzyprzeglądowego dla pierwszego poziomu utrzymania w miesiącach, a nie w dniach, jak uczynił to wykonawca Stadler, było zgodne z wymaganiami SIWZ oraz czy wynikająca z tego ewentualna niezgodność z treścią SIWZ przesądzała o konieczności odrzucenia oferty Przystępującego Stadler.

W ocenie Izby nie budziła wątpliwości okoliczność, iż przedstawiony przez Przystępującego Stadler schemat cyklu przeglądowo – naprawczego nie był w pełni zgodny z wymaganiami SIWZ, jako że nie zawierał określenia okresu międzyprzeglądowego dla poziomu P1 w dniach, lecz jedynie w miesiącach. Niemniej należy zauważyć, iż na konieczność wyrażenia okresu międzyprzeglądowego w dniach Zamawiający wskazywał wyłącznie w punkcie 12 – kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, ustalając, iż liczba punktów przyznawanych za okres między przeglądami P1 stanowić miała wynik równania: $P1 = (P1_b/P1_{max}) \times 4 \text{pkt}$, gdzie $P1_{max}$ to max. okres międzyprzeglądowy między oferowanymi

przeeglądami P1 (w dniach), a P1_b to max. okres między przeeglądami P1 w badanej ofercie (w dniach). Dla P2 punktacji podlegał okres wskazywany w miesiącach, z kolei dla poziomów P3-P5 punktację obliczano wyłącznie na podstawie danych o przebiegu w km między przeeglądami. Poza ww. postanowieniem Zamawiający w treści SIWZ nie określał jednostki czasu, w jakiej ma zostać wyrażony okres międzyprzeeglądowy dla P1. W szczególności w punkcie 9.5 ppkt 5) SIWZ, określającym dokumenty, jakie wykonawcy powinni złożyć wraz z ofertą, Zamawiający podał jedynie, iż dla poziomów utrzymania P1, P2 należy przyjąć wyłącznie kryterium czasowe, bez limitu kilometrów, posługując się w treści specyfikacji sformułowaniem, iż okres międzyprzeeglądowy ma być wyrażony „w jednostce czasu.” Analogicznego pojęcia użyto także w punkcie 13 załącznika nr 1 do ST oraz w Części F załącznika nr 1A do ST w odnośniku oznaczonym „*”.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż wskazanie przez wykonawców długości okresów międzyprzeeglądowych dla poziomu P1 w jednostce czasu określonej w dniach służyło wyłącznie ocenie ofert w kryterium nr 3 – system utrzymania pojazdu, w konsekwencji czego okres międzyprzeeglądowy wyrażony przez Przystępującego Stadler w nieprawidłowej jednostce czasu przekładał się na nieprzyznanie punktów w tym kryterium (a ściślej rzecz ujmując - w podkryterium odnoszącym się do P1) i nie przesądzał o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum Siemens, Newag tak skonstruowana oferta nie będzie niemożliwa do realizacji, a możliwość określenia w cyklu przeeglądowo - naprawczym okresów międzyprzeeglądowych w miesiącach potwierdza już chociażby fakt sformułowania takiego żądania przez Zamawiającego odnośnie poziomu P2. Sam Odwołujący 2 w cyklu przeeglądowo – naprawczym dla poziomu P2 określił okres międzyprzeeglądowy na 6 miesięcy, wobec czego za niezrozumiałe i niekonsekwentne Izba uznała twierdzenia przedstawiane na rozprawie, iż okresu 3 miesięcy zaoferowanego przez wykonawcę Stadler dla P1 nie będzie się dało przeliczyć. Na etapie realizacji umowy Zamawiający zobowiązany byłby stosować w takim przypadku analogiczne mechanizmy w zakresie liczenia okresów międzyprzeeglądowych, jak w przypadku przeeglądów P2. Podkreślenia wymaga także okoliczność, iż z RMI nie wynika wymóg, aby okresy pomiędzy przeeglądami poziomu P1 musiały być określane w dniach, jest tam mowa wyłącznie o „jednostkach czasu,” przez które należy rozumieć zarówno dni, jak i miesiące czy lata, a zatem oceniając czy tak skonstruowany cykl przeeglądowo - naprawczy byłby możliwy do realizacji nie sposób stwierdzić, aby zachodziła tu jakakolwiek niezgodność z przepisami prawa czy zasadami wiedzy technicznej.

Natomiast Izba nie podzieliła argumentacji przedstawianej na rozprawie przez Przystępującego Stadler w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18 (następnie podtrzymanej również w sprawach o sygn. akt KIO 1297/18 i 1301/18), iż Zamawiający powinien być na

potrzeby oceny oferty w kryterium nr 3 przeliczyć maksymalny okres międzyprzeładowy dla P1 określony jako 3 miesiące na 90 dni.

Mając na uwadze, iż ustawa Pzp nie reguluje bezpośrednio kwestii przeliczania terminów określonych (jak w omawianym przypadku) w miesiącach na liczbę dni, zastosowanie w tym zakresie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego poprzez odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przechodząc na grunt przepisów prawa cywilnego w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zasadę ogólną wyrażoną w art. 112 k.c. zdanie pierwsze, zgodnie z którą termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Dla zastosowania tego przepisu konieczna jest zatem możliwość ustalenia początkowego dnia terminu (zgodnie z załącznikiem nr 1.8. do ST okresy cyklu międzyprzeładowego, międzynaprawczego liczone są od momentu zakończenia odpowiednio przeglądu/naprawy do rozpoczęcia następnego przeglądu/naprawy), co jakkolwiek na etapie realizacji umowy będzie obiektywnie możliwe do ustalenia, to jednak na etapie postępowania o udzielenie zamówienia możliwości takiej nie ma.

Z kolei przywoływany przez Przystępującego Stadler art. 114 k.c. stanowi, iż jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach lub latach, a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc liczy się za dni trzydzieści, a rok za dni trzysta sześćdziesiąt pięć. Z brzmienia tego przepisu *expressis verbis* wynika, iż stosuje się go do obliczania tych terminów, których ciągłość nie jest wymagana. W przypadku terminu określającego maksymalną długość okresów międzyprzeładowych dla poziomu P1 mamy do czynienia z terminem, którego ciągłość jest wymagana – określa on interwał czasowy, jaki upłynąć ma pomiędzy jednym przeglądem P1, a kolejnym przeglądem P1. Okoliczność ta była w postępowaniu odwoławczym w zasadzie bezsporna, Przystępujący Stadler powoływał się jedynie na stanowisko doktryny, wskazujące, iż art. 114 k.c. należy interpretować rozszerzająco i stosować także w przypadkach, gdy wprowadzie termin ma charakter ciągły, ale nie ma oznaczonego początku swojego biegu. W tym zakresie Przystępujący Stadler złożył opinię prywatną, która jednakże – jako sporządzona na zlecenie tego wykonawcy – traktowana jest jedynie jako wzmocnienie jego stanowiska i stanowi co najwyżej dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziły zawarty w niej pogląd. Izba zauważa jednak, iż przywołany w tej opinii powyższy pogląd, prezentowany przez część komentatorów, nie jest jedynym słusznym, trudno także uznać, by był poglądem dominującym, gdyż w doktrynie równie mocno podkreśla się literalne brzmienie przepisu art. 114 k.c. i jego zastosowanie zgodnie z wykładnią językową wyłącznie

w przypadku terminów, których ciągłość nie jest wymagana, tj. kiedy termin może biec z przerwami.

W ocenie Izby zastosowanie takiej rozszerzającej interpretacji przepisu na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonywanie z jej uwzględnieniem wykładni oświadczenia woli wykonawcy, który zaniechał zastosowania się do wymogów wynikających z treści SIWZ, godzić mogłoby w zasadę równego traktowania wykonawców. To obowiązkiem wykonawcy, jako podmiotu profesjonalnego, jest szczegółowe zapoznanie się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelne skonstruowanie oferty w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ, tym bardziej, że mówimy tutaj o oświadczeniu, które wpływało bezpośrednio na ocenę ofert w kryterium nr 3 – system utrzymania pojazdu. Zdaniem składu orzekającego, nie było możliwe dokonanie wykładni oświadczenia woli Przystępującego Stadler w sposób, który prowadziłby do jednoznacznego i zarazem obiektywnego ustalenia zamiaru Przystępującego co do liczby dni definiującej długość okresu czasowego pomiędzy przeglądami poziomu P1.

Argumentacji Przystępującego Stadler, w ocenie Izby, nie potwierdza także okoliczność, że w art. 113 § 2 k.c. ustawodawca wskazał, iż termin półmiesięczny jest równy piętnastu dniom. Zakładając racjonalność ustawodawcy i spójność regulacji, a *contrario* można by bowiem stwierdzić, iż skoro w art. 113 § 2 k.c. ustawodawca wprost określił, jak należy liczyć termin półmiesięczny, to gdyby jego intencją było przyjmowanie w przypadkach nieuregulowanych ustawą (tudzież w przypadku terminów o charakterze ciągłym, dla których niemożliwe jest ustalenie daty początkowej biegu terminu), że termin miesięczny jest równy 30 dniom, to także w tym przypadku ustawodawca wyartykułowałby swój zamiar wprost, jak to uczynił w art. 113 § 2 k.c. Za nieprzekonujący uznać należało także argument, iż praktyką obrotu jest określanie okresu kwartalnego jako 90 dni, ponieważ metodę obliczania terminów z art. 112 k.c. stosuje się również do terminów określonych za pomocą kwartału lub trwających pół roku. Jedynie w przypadku wyznaczenia terminu kwartalnego lub półrocznego, dla którego ciągłość nie jest wymagana, termin kwartalny będzie oznaczał 90 dni (trzy miesiące po 30 dni). Mamy tu zatem do czynienia z analogiczną sytuacją, jak w przypadku terminu miesięcznego (przepisy odnoszą się do terminu wyrażonego w miesiącach). Mając na uwadze zasady prawa zamówień publicznych wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości, opieranie się podczas wykładni oświadczenia woli wykonawcy jedynie na praktyce obrotu, byłoby w ocenie Izby działaniem nieuprawnionym. Nawet gdyby ewentualna zmiana punktacji oferty Przystępującego Stadler w kryterium nr 3 nie wpływała na zmianę wyniku postępowania, to jednak nie można tracić z oczu okoliczności, że dokonanie wykładni oświadczenia woli wykonawcy z uwzględnieniem rozszerzającej interpretacji przepisu art.

114 k.c. dotyczyłoby oświadczenia woli o istotnej wadze – podlegającego ocenie w ramach jednego z kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie Konsorcjum Siemens, Newag nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego 2 tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 1297/18

Rozstrzygając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18 Izba w pierwszej kolejności zobligowana była ustalić, czy Odwołujący 3 – Konsorcjum Škoda, był uprawniony do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Kwestia ta była przedmiotem sporu pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania, ponieważ oferta ww. Konsorcjum została wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia jako oferta najkorzystniejsza.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby wykonawca wybrany nie jest zobowiązany do wskazywania zamawiającemu podstaw wykluczenia lub odrzucenia ofert konkurujących z nim wykonawców, którzy zajęli niższe niż on miejsca w rankingu ofert. Na tym etapie postępowania los innych ofert jest bowiem teoretycznie obojętny dla wybranego wykonawcy. W przypadku takiego odwołania trudnym do wykazania byłoby znaczenie podnoszonych zarzutów dla wyniku postępowania przetargowego, w związku z czym, jak wynika z dyspozycji art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp, wątpliwa byłaby możliwość jego uwzględnienia.

Natomiast nie jest w ocenie Izby uprawnione twierdzenie, iż wykonawca, którego oferta została wybrana, w każdym przypadku, automatycznie, pozbawiony jest uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej. Rozważając zaistnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp należy je każdorazowo odnosić do okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, co, po pierwsze, wyklucza jakikolwiek automatyzm, a po drugie pozwala na realizację postulatów wykładni proeuropejskiej zmierzającej do możliwie szerokiego rozumienia pojęcia

interesu w uzyskaniu zamówienia. W związku z tym, w sytuacji gdy wykonawca zdecyduje się na wniesienie odwołania, pomimo iż to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, należy rozważyć okoliczności towarzyszące takiej decyzji.

W omawianej sprawie Konsorcjum Škoda wniosło odwołanie w momencie, kiedy powzięło już wiedzę o zaskarżeniu jego oferty przez dwóch innych wykonawców (wykonawcę Alstom i Konsorcjum Siemens, Newag), co znajduje potwierdzenie w datach wniesienia poszczególnych odwołań. Konsorcjum Škoda kwestionowało punktację przyznaną własnej ofercie w kryterium nr 3 – system utrzymania pojazdu, jak również oferty wszystkich pozostałych czterech podmiotów, wskazując m.in. na ich niezgodność z SIWZ i domagając się odrzucenia tych ofert. Odwołanie zmierzało zatem, po pierwsze, do ewentualnego zwiększenia przewagi punktowej pomiędzy wybranym wykonawcą a jego konkurentami, na wypadek gdyby na skutek uwzględnienia pozostałych odwołań doszło do zmian w klasyfikacji punktowej, a po drugie, do wyeliminowania z postępowania pozostałych wykonawców, co było uzasadnione mając na względzie fakt, iż odwołania wniesione przeciwko ofercie Konsorcjum Škoda prowadzić mogły do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia wybranego wykonawcy bądź też odrzucenia jego oferty. Wniesienie odwołania przez Konsorcjum Škoda mogło zatem doprowadzić do sytuacji, w której, w przypadku wyeliminowania z postępowania ww. Konsorcjum doszłoby również do eliminacji z postępowania pozostałych wykonawców, co z kolei powodowałoby konieczność unieważnienia postępowania.

Okoliczność, iż pojęcie interesu w uzyskaniu „danego zamówienia” może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została przesądzona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama). W konsekwencji uznaje się, że interes w uzyskaniu zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia. Ww. interpretację art. 179 ust. 1 ustawy Pzp potwierdza także wykładnia dokonana przez TSUE w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (pkt 27 i 28), jak również w wyroku ETS z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12 Fastweb. Ostatnie z przywołanych orzeczeń dotyczyło sytuacji, w której odwołanie wniósł zarówno wykonawca, którego oferta zajmowała drugie miejsce w rankingu ofert, jak i wykonawca wybrany zgodnie z decyzją instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia. Zakwestionowana została wzajemna prawidłowość ofert każdego z tych podmiotów przez jego konkurenta, z uwagi na niezachowanie niektórych wymogów technicznych zawartych w specyfikacji warunków zamówienia. Powyższy przypadek był zatem podobny do sytuacji, jaka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, przy czym obecnie szerszy jest krąg wykonawców wzajemnie kwestionujących oferty konkurentów.

W pkt 33 wyroku w sprawie C-100/12 Fastweb, ETS wskazał, iż „odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta w sytuacji, gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach. W takiej sytuacji każdy z konkurentów może powoływać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.”

Z powyższego wynika m.in. wniosek, iż w przypadku, gdy oferta wykonawcy wybranego zostaje zakwestionowana przez jego konkurentów, a wniesione środki ochrony prawnej zmierzają do wyeliminowania wykonawcy wybranego z postępowania, to również wykonawca wybrany ma interes we wniesieniu odwołania zmierzającego do wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub odrzucenia ich ofert. Trybunał stwierdził, iż każdy z wykonawców ma wówczas uzasadniony interes przejawiający się w wyeliminowaniu z postępowania konkurencyjnego wykonawcy, co mogłoby spowodować konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania. W ocenie Izby taką interpretację uzasadnia również okoliczność, iż sam udział w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego (przystąpienie do postępowania odwoławczego) nie zawsze umożliwia pełną ochronę interesów wykonawcy, co uzależnione jest od zakresu zaskarżenia czynności przez inny podmiot.

Należy mieć na uwadze, że polski system środków ochrony prawnej stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej, a podstawowe pojęcia umożliwiające wykonawcom ochronę ich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2395/16). Nie bez znaczenia, w ocenie Izby, pozostaje również okoliczność, iż w postępowaniu wniesiono kilka odwołań mogących w konsekwencji zmienić całokształt rankingu ofert oraz że w odwołaniach tych kwestionowana była oferta Konsorcjum Škoda, inaczej kwestia interesu we wniesieniu odwołania przedstawiałaby się bowiem, gdyby to wyłącznie Konsorcjum Škoda wniosło odwołanie czy gdyby oferta tego Konsorcjum nie była przedmiotem zarzutów. W ocenie Izby kompleksowe podejście do rozpatrywania odwołań, w tak specyficznym układzie procesowym, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu, sprzyja szybszemu zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, jak i jest zgodne z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Na zasadę koncentracji środków odwoławczych i ewentualny brak możliwości podnoszenia zarzutów na dalszym etapie postępowania, wskazywał chociażby Przystępujący Konsorcjum Siemens, Newag uzasadniając swój własny interes we wniesieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż Odwołujący 3 wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 1 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18

Izba za chybiony uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Alstom, Konsorcjum Siemens, Stadler oraz CAF, który Odwołujący 3 wywodził z braku określenia przez ww. wykonawców w ofertach szczegółowego zakresu szkoleń, wymaganego zgodnie z pkt 3.8 „Wymagania dodatkowe” ppkt 2 załącznika nr 1b do ST.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ wymogu, aby oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia zawierała szczegółowy zakres szkoleń dotyczących obsługi systemu SOP. Zwrócić należy uwagę, iż w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przedstawił minimalne wymogi odnośnie tego, co powinna zawierać oferta, w tym w punkcie 10 wymienił opis sposobu przygotowania ofert. Oznacza to, iż w treści SIWZ Zamawiający powinien w sposób jasny, zrozumiały i możliwie precyzyjny wskazać, z jakich elementów powinna składać się oferta oraz jakie dokumenty wykonawcy zobowiązani są wraz z ofertą złożyć.

W przedmiotowym postępowaniu oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą zostały przez Zamawiającego wyszczególnione w pkt 9.5. SIWZ, przy czym w tym katalogu nie znalazł się warunek przedstawienia wraz z ofertą szczegółowego zakresu szkoleń z obsługi systemu SOP. Z kolei wszelkie wymogi w zakresie realizacji szkoleń zostały przez Zamawiającego przedstawione w tych częściach SIWZ, które odnosiły się *stricto* do przedmiotu zamówienia - w punkcie 3.2.13 i 3.2.14 SIWZ, gdzie wyszczególniono co m.in. obejmuje przedmiot zamówienia, następnie w Specyfikacji Technicznej, w szczególności w punkcie 3.13 i 3.14 oraz w załączniku nr 1b do ST pkt 3.8. ppkt 2 i załączniku nr 1c do ST pkt 7.6. (co znajduje potwierdzenie w odpowiedzi na pytanie nr 127 i 128). Zarówno z treści SIWZ, jak i odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego, wynikało, iż ramowy program szkoleń i liczba osobodni zostaną uzgodnione z Zamawiającym. Odnośnie szkoleń z zakresu zaawansowanej obsługi i serwisu oferowanych urządzeń systemu SOP, których dotyczył pkt 3.8 ppkt 2 SIWZ przywoływany przez Odwołującego 3, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 128 również potwierdził, iż ramowy program tych szkoleń i liczba osobodni zostanie uzgodniona z Zamawiającym. Sam pkt 3.8 Załącznika nr 1b do ST zawierał wymagania techniczne i parametry techniczne systemów infrastruktury na taborze I i II linii metra, a zatem odnosił się do przedmiotu zamówienia, nie do elementów składowych oferty przetargowej. Powyższe ustalenia w ocenie Izby jednoznacznie przesądzają o tym, że pojęcie „oferty” użyte w treści pkt 3.8. ppkt 2 załącznika nr 1b do ST dotyczyło oferty składanej na etapie realizacji zamówienia, a

nie oferty przetargowej. Wykonawcy mieli zatem uwzględnić konieczność zrealizowania tego rodzaju szkoleń w cenie oferty, natomiast brak było po ich stronie obowiązku załączania do oferty szczegółowego zakresu szkoleń. Co więcej, takie działanie byłoby nielogiczne, skoro ramowy program takich szkoleń miał być dopiero uzgadniany z Zamawiającym na etapie realizacji zamówienia. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający potwierdził, iż nie wymagał złożenia wraz z ofertą szczegółowego zakresu szkoleń z obsługi systemu SOP, jak również potwierdził okoliczność, iż po podpisaniu umowy, szczegółowy zakres szkoleń będzie uzgadniany z Zamawiającym.

Zarzut nr 2 i 7 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18

Izba nie uznała za uzasadnione zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag i Alstom z postępowania z uwagi na fakt, iż wykonawcy ci podali oceniane parametry na poziomie, który nie wynika z możliwości oferowanego przedmiotu zamówienia, nie były nigdy podane do publicznej wiadomości, parametrami takimi nie charakteryzuje się żaden dostępny produkt każdego z tych wykonawców, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie dotyczącym przyznawanej punktacji. Odwołujący 3 wskazywał na fakt zaoferowania przez wszystkich pozostałych wykonawców parametrów utrzymania pojazdu podlegających ocenie w ramach kryterium nr 3, jak również parametrów zużycia energii elektrycznej podlegających ocenie w ramach kryterium nr 2, które są nierealne w kontekście oferowanego przez nich przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Jak wskazuje się w orzecznictwie i co ma potwierdzenie bezpośrednio w brzmieniu przepisu, dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu

lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Dla zbadania czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny. O przypisaniu winy w tej postaci decyduje zachowanie się wykonawcy w określonych warunkach sprawy w sposób znacząco odbiegający od właściwego miernika staranności (por. m.in. wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 929/18).

Mając na uwadze powyższe, już z samego faktu, iż okoliczności, z których Odwołujący 3 wywodził naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp nie dotyczyły wykazywania braku podstaw do wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu ani kryteriów selekcji, zarzut naruszenia tego przepisu uznać należy za bezzasadny, wobec braku ziszczenia się jednej z przesłanek, niezbędnych do jego zastosowania.

Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania wszystkie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 30 maja 2018 r., sygn. akt KIO 925/18).

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18 - „ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów

miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności – za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. [...] Omawiana podstawa prawna posługuje się pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co *per se* oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki.” W ww. sprawie zdaniem Sądu spełniona została przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje zamawiającego, „gdyż błąd popełniony przez odwołującego dotyczy oceny ofert w postępowaniu zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez zamawiającego. Kwestia ta dotyczy zatem ilości punktów zdobytych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc m.in. na podstawie kwestionowanych informacji, dochodziłoby do wyboru oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogłoby wypaczać cały wynik postępowania.”

Izba podziela powyższe stanowisko, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, które dotyczą okoliczności podlegających punktacji w ustalonych kryteriach oceny ofert, co do zasady może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby jednak można było mówić o ziszczeniu się przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp należy przede wszystkim wykazać, że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, niezgodnych z rzeczywistością, a tej okoliczności, w ocenie Izby, Konsorcjum Škoda nie wykazało.

Odwołujący 3 swoją argumentację w powyższym zakresie oparł na ogólnym stwierdzeniu, iż wykazywane przez jego konkurentów długości okresów międzyprzebiegowych oraz parametry zużycia energii należy uznać za nierealne w zakresie oferowanego przez tych wykonawców taboru, z uwzględnieniem dostępnej wiedzy technicznej oraz dostępnej technologii oferowanej przez tych wykonawców, a parametry te wykonawcy oferują po raz pierwszy w postępowaniu. Poza powyższym stwierdzeniem Odwołujący 3 ograniczył swoją argumentację do przytoczenia wymogów SIWZ. Również w postępowaniu odwoławczym Odwołujący 3 nie sprostął ciężarowi dowodowemu nie przedstawiając uzupełniającej argumentacji i dowodów, poprzestając na powołaniu się na zasadzie analogii na dowody złożone przez Konsorcjum Siemens, Newag w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18. Na rozprawie podniesiono jedynie dodatkowy argument o niezachowaniu korelacji liniowej w ofertach Konsorcjum Siemens, Newag i Stadler, który to argument nie został w odwołaniu wyartykułowany jako podstawa faktyczna zarzutu.

W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje stanowisko składu orzekającego przedstawione w odniesieniu do sposobu formułowania zarzutów w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18. Praktykę konstruowania zarzutów w sposób niezwykle ogólny, z niesprecyzowaną podstawą faktyczną, a następnie rozszerzania tej podstawy podczas rozprawy, należy ocenić jako naganną, ponieważ podstawą zarzutu jest nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. Tego rodzaju praktyka nie tylko uniemożliwia pozostałym Stronom i Uczestnikom przygotowanie się do rozprawy i odniesienie do zarzutów, ale także stanowi próbę przedłużania czy też przywracania terminu na wniesienie odwołania, który to termin ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu. Norma wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw - prawnej oraz faktycznej. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wszystkich tych płaszczyznach i jeżeli podnoszone w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu. Konsorcjum Škoda nie sprecyzowało podstawy faktycznej swoich zarzutów, a ogólne twierdzenia nie zostały przez ten podmiot wykazane. Z kolei argumentacja dotycząca braku zachowania korelacji liniowej w ofertach Stadler i Konsorcjum Siemens, Newag nie była w ogóle objęta zarzutami odwołania, a zatem nie może stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18.

Odnosząc się do sformułowanych w sposób niezwykle ogólny zarzutów wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez podanie informacji co do długości okresów międzyprzebiegowych oraz parametrów zużycia energii, należy zauważyć, że zarzuty te Odwołujący 3 opierał na przekonaniu, iż są one nierealne, jeśli weźmie się pod uwagę dotychczas stosowaną przez tych wykonawców technologię i fakt, że oferują oni takie parametry pierwszy raz. Powyższe twierdzenie nie zostały w żaden sposób wykazane, Odwołujący 3 nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, które wskazywałyby, że technologie stosowane przez konkurencyjnych wykonawców nie pozwalają na osiągnięcie zadeklarowanych wartości. Podobnie brak było dowodów, że na możliwość osiągnięcia takich parametrów nie wskazuje dostępna wiedza techniczna. Argumentacja ta jawi się także jako niespójna z argumentacją prezentowaną przez Konsorcjum Škoda w pozostałych sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, gdzie bronione jest stanowisko o wpływie postępu technologicznego na możliwość zadeklarowania wydłużonych okresów

międzyprzeładowych przez samego Odwołującego 3. Zauważyć należy, że to oferta Odwołującego 3 uzyskała największą liczbę punktów w kryterium nr 3 – system utrzymania pojazdu, a także była drugą w kolejności pod względem liczby uzyskanych punktów ofertą w kryterium nr 2 – zużycie energii elektrycznej.

W kontekście powyższych zarzutów Izba – uznając za niecelowe powtarzanie znacznej części uzasadnienia - w całości podtrzymuje stanowisko składu orzekającego przedstawione w odniesieniu do zarzutu nr 2 w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18 oraz zarzutów nr 1, 2, 3, 6 i 9 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18, w szczególności w zakresie dotyczącym wniosków wynikających z treści SIWZ, przepisów RMI oraz opinii złożonych przez biegłego sądowego.

Jeśli chodzi o cykl przeglądowo - naprawczy to właśnie oferta Odwołującego 3, jako zawierająca najdłuższe i odbiegające w istotny sposób od ofert pozostałych wykonawców okresy i przebiegi międzyprzeładowe budziła największe wątpliwości. W związku z tym skoro szeroko zakrojone postępowanie dowodowe, w tym przeprowadzony dowód z opinii biegłego oraz ustnej opinii uzupełniającej, nie dawał podstaw, aby przesądzić niezgodność oferty Konsorcjum Škoda z SIWZ, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej, to tym bardziej brak jest takich podstaw w odniesieniu do cykli zaoferowanych przez Alstom, Konsorcjum Siemens, Newag, Stadler i CAF. Potwierdził to wprost biegły w swojej opinii, wskazując, iż realność cykli przeglądowo – naprawczych proponowanych przez Alstom, Konsorcjum Siemens, Newag i Stadler wynika z analizy porównawczej z cyklami utrzymania obecnie eksploatowanych pojazdów i ogólnej tendencji do zwiększania limitów kilometrów przy utrzymaniu czasookresów między poszczególnymi poziomami utrzymania, co biorąc pod uwagę postęp techniczny w branży jest możliwe. Z kolei cykl utrzymania zaproponowany przez Przystępującego CAF biegły ocenił jako najbardziej zachowawczy, nawet w stosunku do obecnie eksploatowanych pojazdów Inspiro, wobec czego nie sposób tu mówić o jakiegokolwiek nierealności. Ponadto, jak zwrócono uwagę już powyżej, Konsorcjum Škoda nie przedstawiło dowodów, które wskazywałyby, że technologie stosowane przez konkurencyjnych wykonawców nie pozwalają na osiągnięcie zadeklarowanych wartości. W toku postępowania odwoławczego kwestionowane było w zasadzie wyłącznie doświadczenie samego Odwołującego 3, który dotychczas wykonywał jedynie nieliczne dostawy pojazdów metra, a nie doświadczenie pozostałych wykonawców. Twierdzenia Konsorcjum Škoda nie bronią się także, jeśli weźmie się pod uwagę okoliczności takie jak dostawa dla warszawskiego metra przez wykonawcę Alstom pojazdów typu Metropolis, a przez wykonawcę Siemens pojazdów typu Inspiro, czy okoliczności podnoszone przez Przystępującego CAF na rozprawie, iż w zakresie swojej działalności zrealizował takich dostaw ponad 40.

Natomiast mówiąc o zużyciu energii elektrycznej, pełną aktualność zachowują wnioski Izby przedstawione w uzasadnieniu dotyczącym zarzutów nr 3, 6 i 9 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18. Co prawda odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18 obejmowało swym zakresem kwestię zgodności z SIWZ ofert Alstom, Stadler i Konsorcjum Škoda, niemniej poczynione tam wywody w pełni odnieść można także do ofert wykonawców CAF i Konsorcjum Siemens, Newag, które były objęte zakresem zaskarżenia przez Odwołującego 3. Biorąc pod uwagę, iż szeroko zakrojone postępowanie dowodowe, w tym złożona w sprawie opinia biegłego sadowego, nie dało podstaw do zakwestionowania realności zadeklarowanego zużycia energii przez wykonawców, którzy w kryterium nr 2 uzyskali największą liczbę punktów (tj. Stadler i następnie Konsorcjum Škoda), tym bardziej nie sposób wskazać na nierealność wartości zużycia energii zaoferowanego przez Konsorcjum Siemens, Newag i CAF. Dodać należy, że oferta Konsorcjum Siemens, Newag zawierała parametry zużycia energii bardzo zbliżone do wartości zaoferowanych przez samego Odwołującego 3 (różnica punktowa wyniosła jedynie 1,05 pkt), wobec czego twierdzenia Konsorcjum Škoda o niezgodności z SIWZ tych parametrów, przy braku przedstawienia jakichkolwiek dalszych argumentów czy dowodów, jawią się jako całkowicie bezpodstawne i wręcz sprzeczne z zasadami logiki. Za jeszcze mniej wiarygodne i w żaden sposób nieudowodnione należy uznać stanowisko Konsorcjum Škoda odnośnie oferty Przystępującego CAF, który zaoferował pojazd o zużyciu energii na poziomie dużo wyższym od zadeklarowanego przez innych wykonawców i uzyskał najmniej (poza ofertą Alstom ocenioną na 0 pkt) punktów w kryterium nr 2.

Mając na uwadze powyższe nie sposób stwierdzić, aby wykonawcy Alstom, CAF, Stadler i Konsorcjum Siemens, Newag przedstawili w swoich ofertach informacje nieprawdziwe, co powoduje brak ziszczenia się przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba nie uznała także zasadności zarzutu podnoszonego jako ewentualny (co wynika z uzasadnienia odwołania) naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofertom wykonawców Stadler, CAF, Konsorcjum Siemens, Newag i Alstom w kryteriach oceny ofert nr 2 i 3 zbyt dużej ilości punktów, podczas gdy taka punktacja nie wynikała ze złożonych przez nich ofert w związku z opisem tych kryteriów. Zarzut ten oparty był na tych samych okolicznościach faktycznych, co zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp, które to okoliczności – jak wskazano powyżej – nie zostały wykazane. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia nieprawidłowości w punktacji przyznanej przez Zamawiającego poszczególnym ofertom.

Zarzut nr 3 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie obejmującym wskazanie przez Przystępującego Stadler w ofercie okresu międzyprzeładowego P1 w sposób uniemożliwiający dokonanie oceny oferty ww. wykonawcy w kryterium nr 3 - system utrzymania pojazdu, podkryterium P1 (zarzut nr 3 odwołania), Izba w całości podtrzymuje stanowisko i argumentację przedstawioną w uzasadnieniu odnoszącym się do zarzutu nr 13 z odwołania Konsorcjum Siemens, Newag w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18, wobec czego - uznając powielanie argumentacji za zbędne - odsyła do powyższej części uzasadnienia. Podkreślić bowiem należy, iż przedmiotowy zarzut stawiany przez Konsorcjum Škoda jest oparty na tych samych okolicznościach faktycznych, co zarzut Konsorcjum Siemens, Newag z punktu 13 petitum odwołania, tj. na niezgodnym z wymaganiami Zamawiającego określeniu długości okresu międzyprzeładowego dla poziomu P1 w miesiącach, zamiast w dniach.

Uzupełniając Izba wskazuje, iż jakkolwiek słusznie Konsorcjum Škoda wskazywało na brak możliwości dokonania oceny oferty wykonawcy Stadler w tym podkryterium, to jednak wyrażenie przez Przystępującego Stadler okresu międzyprzeładowego w nieprawidłowej jednostce czasu przekładało się wyłącznie na nieprzyznanie punktów ofercie ww. wykonawcy w zakresie odnoszącym się do P1 i nie przesądzało o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Nie mamy tutaj do czynienia także z ofertą wariantową – Przystępujący Stadler określił jeden sposób wykonania zamówienia (zaoferował jeden maksymalny okres międzyprzeładowy dla poziomu P1), a jedynie uczynił to w sposób nieprawidłowy w zakresie służącym ocenie ofert w ramach kryterium oceny, z zastosowaniem błędnej jednostki czasu. Jak zaś stwierdziła Izba odnosząc się do argumentacji Przystępującego Stadler przedstawianej na rozprawie w sprawach o sygn. akt KIO 1290/18, KIO 1297/18 i KIO 1301/18, nie było możliwe obiektywne i jednoznaczne przeliczenie tej wartości przez Zamawiającego na wartość wymaganą w SIWZ.

Tym samym Izba zgodziła się z Odwołującym 3, iż nie było zasadne przyznanie Przystępującemu Stadler czterech punktów w podkryterium P1, natomiast jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i co Zamawiający potwierdził na rozprawie, punkty w tym podkryterium nie zostały Przystępującemu Stadler przyznane. Powoduje to, iż twierdzenia Konsorcjum Škoda o niezasadnym przyznaniu ww. wykonawcy punktów w tym podkryterium nie są zgodne ze stanem faktycznym ustalonym przez Izbę, co czyni zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w tym zakresie bezpodstawnym. Nadto niesłusznie Odwołujący 3 w treści zarzutu (zarzut nr 3, str. 3 odwołania) powoływał się na brak możliwości dokonania oceny oferty Przystępującego Stadler w podkryterium P2, ponieważ w tym podkryterium okres międzyprzeładowy został

wyrażony w takiej jednostce czasu, jaka była wymagana w SIWZ, tj. w miesiącach. Dla tak postawionego zarzutu nie przedstawiono także żadnego uzasadnienia faktycznego.

Zarzut nr 4 i 5 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18

W ocenie składu orzekającego nie potwierdziły się także kolejne zarzuty Konsorcjum Škoda stawiane wobec Przystępującego Stadler, dotyczące zaniechania odrzucenia jego oferty z uwagi na pominięcie w cyklu przeglądowo – naprawczym jednego z wymaganych poziomów utrzymania i zaoferowanie sześciu poziomów zamiast wymaganych siedmiu (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – zarzut nr 4 odwołania) oraz z uwagi na wskazanie w ofercie takiego samego okresu międzyprzeglądowego na poziomie P4.3 i P5, co nie jest uzasadnione wymogami Zamawiającego i przepisami RMI (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp – zarzut nr 5 odwołania).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ. Oferta niezgodna z SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. W omawianym przypadku, w ocenie Izby, brak było materialnej niezgodności oferty Stadler z postanowieniami SIWZ, wskazywanymi przez Odwołującego 3. Należy stwierdzić, iż wymogiem wynikającym z SIWZ było wskazanie w schemacie cyklu przeglądowo - naprawczego okresów i przebiegów międzyprzeglądowych/ międzynaprawczych dla poszczególnych poziomów utrzymania. Zamawiający w załączniku nr 1.8 do ST przedstawił cykl obecnie eksploatowanych pojazdów na I linii metra warszawskiego stanowiący punkt odniesienia dla cyklu przeglądowo - naprawczego oferowanego przez wykonawców. W załączniku nr 1.8 do ST wskazane zostało pięć poziomów utrzymania (od P1 do P5), przy czym poziom czwarty (P4) został rozbity na trzy podpoziomy: naprawa P4.1, naprawa P4.2, naprawa P4.3. W związku z tym analogicznie przedstawiony powinien być cykl przeglądowo - naprawczy w ofertach wykonawców, co wynikało także z treści kryterium oceny ofert nr 3, gdzie wskazano, iż punktowany będzie odrębnie każdy z poziomów (i podpoziomów) utrzymania – w związku z tym punkty były przyznawane odrębnie za poziom P4.1, odrębnie za poziom P4.2 i odrębnie za poziom P4.3. Przystępujący Stadler w swojej ofercie wskazał okresy międzyprzeglądowe/międzynaprawcze dla poziomów P1, P2, P3, P4.1, P4.2, P4.3 i P5 oraz przebiegi międzyprzeglądowe/międzynaprawcze dla poziomów P3, P4.1, P4.2, P4.3 i P5, w związku z czym formalnie spełnił wymóg wynikający z SIWZ.

W ocenie Izby Konsorcjum Škoda nie wykazało, aby ustalenie okresów i przebiegów międzyprzeglądowych dla poziomów P4.3 oraz P5 o tej samej wartości stanowiło

niepełnienie wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z § 2 pkt 1 RMI (na co zwrócił uwagę sam Odwołujący 3) przez poziom utrzymania pojazdu kolejowego należy rozumieć zestawienie czynności utrzymaniowych wykonywanych dla danego pojazdu kolejowego określone zakresem tych prac. Mając na uwadze zatem, iż na poziomie P4.3 (który jest czwartym poziomem utrzymania) wykonywany będzie inny zakres czynności niż na poziomie P5 (co wynika zarówno z załącznika 3 do RMI definiującego poziomy utrzymania pojazdów kolejowych - ich charakterystykę i ramowy zakres prac, jak i z wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Stadler w dniu 29 stycznia 2018 r. i co nie było przez Odwołującego 3 kwestionowane) nie sposób było uznać, że Przystępujący Stadler pominął jeden z wymaganych poziomów utrzymania. Odwołujący 3 nie wykazał, iż na gruncie postanowień SIWZ nie jest dopuszczalne ustalenie maksymalnych okresów i przebiegów pomiędzy przeglądami P4.3 i P5 o tej samej wartości oraz nie przedstawił argumentacji, która pozwalałaby poddać w wątpliwość zgodność cyklu przeglądowo – naprawczego zaoferowanego przez Przystępującego Stadler z wymaganiami Zamawiającego.

Konsorcjum Škoda nie wykazało także, aby taka konstrukcja cyklu przeglądowo – naprawczego była niezgodna z wymaganiami wynikającymi z RMI. Rozporządzenie to nie reguluje wprost przypadku, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu – tj. sytuacji rozbicia przez Zamawiającego jednego z poziomów utrzymania na trzy podpoziomy. Ponadto jak wielokrotnie Strony i Uczestnicy podnosili na rozprawie przed Izbą ww. rozporządzenie ma charakter bardzo ogólny, ramowy. RMI w § 2 pkt 3) definiuje strukturę cyklu przeglądowo – naprawczego jako kolejność występowania po sobie poszczególnych rodzajów przeglądów i napraw wykonywanych w ramach procesu utrzymania pojazdu kolejowego, nie zawiera jednak precyzyjnych wytycznych co do wzajemnej relacji poszczególnych poziomów utrzymania. W § 13 ust. 1a i 1b RMI wskazano jedynie, że strukturę cyklu przeglądowo – naprawczego wyraża się w kilometrach i jednostkach czasu, zgodnie z poziomami utrzymania pojazdu kolejowego określonymi w załączniku nr 3 do rozporządzenia, przy czym dla poziomów utrzymania pojazdu kolejowego 4 i 5 należy wskazać wartości maksymalne. Dla poziomów utrzymania pojazdu kolejowego 1 i 2 określonych w załączniku nr 3 do rozporządzenia strukturę cyklu przeglądowo – naprawczego można wyrazić w kilometrach albo w jednostkach czasu. Z kolei załącznik 3 RMI opisuje jedynie charakterystykę i ramowy zakres prac dla poszczególnych poziomów. W konsekwencji nie sposób z treści ww. rozporządzenia wywodzić tak daleko idących wniosków, jak czyni to Odwołujący 3, że zadeklarowane przez Przystępującego zbieżne okresy i przebiegi międzyprzeglądowe dla poziomów utrzymania P4.3 i P5 czynią przedstawiony cykl przeglądowo - naprawczy niezgodnym z tym rozporządzeniem. Ponadto

Przystępujący Stadler w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach przedstawił uzasadnienie dla zaoferowania takich samych wartości okresów i przebiegów międzyprzeładowych dla P4.3 i P5, wyjaśniając także jakie czynności planowane są do realizacji na tych poziomach. Izba zważyła także, że opinia biegłego sądowego mająca na celu weryfikację zaoferowanych przez wykonawców cykli przeglądowo – naprawczych pod kątem zgodności z treścią SIWZ, ale i z przepisami prawa, w tym zatem z RMI, nie stwierdziła jakichkolwiek uchybień w cyklu zaoferowanym przez Przystępującego Stadler.

W tym stanie rzeczy Izba nie uznała za udowodnione twierdzeń Konsorcjum Škoda o niezgodności przedstawionej przez Stadler struktury cyklu przeglądowo – naprawczego z przepisami RMI.

Zarzut nr 6 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum Škoda w kryterium nr 3 – System utrzymania pojazdu zbyt małej liczby punktów, tj. 21,88 pkt zamiast 22 pkt, Izba uznała, iż twierdzenia Odwołującego 3 w powyższym zakresie pozostają w sprzeczności z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, iż Odwołujący 3 w ramach sześciu z siedmiu podkryteriów ustalonych w kryterium nr 3 – system utrzymania pojazdu zaoferował najdłuższy maksymalny okres/przebieg między oferowanymi przeglądami. Nie dotyczyło to jednak poziomu utrzymania P 4.2., dla którego dłuższy przebieg w kilometrach określiło Konsorcjum Siemens, Newag. Informacje o zaoferowanym przebiegu w km między przeglądami P4.2 przez ww. wykonawcę zostały ujawnione przez Konsorcjum Siemens w treści odwołania. Powyższe potwierdził także Zamawiający, wskazując w odpowiedzi na odwołanie, iż w jednym podkryterium Odwołujący 3 uplasował się na drugim miejscu. W toku postępowania odwoławczego Konsorcjum Škoda powyższej okoliczności nie zaprzeczyło, wskazując jedynie na twierdzenia Konsorcjum Siemens o omyłkowym podaniu błędnej masy pojazdu, co powinno mieć przełożenie na punktację. Powyższe w ocenie Izby pozostaje jednak bez znaczenia dla rozstrzygnięcia omawianego zarzutu, bowiem dotyczył on punktacji przyznanej w ramach kryterium nr 3 – system utrzymania pojazdu, a nie kryterium nr 2 – zużycie energii elektrycznej, na potrzeby którego należało podać w załączniku nr 7 do SIWZ m.in. masę pojazdu.

Tym samym stawiany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Reasumując, Izba uznała za bezzasadne zarzuty podnoszone przez Konsorcjum Škoda i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego 3 tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt KIO 1301/18

Izba uznała, iż Odwołujący Stadler wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na względzie, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nie sposób odmówić wykonawcy Stadler interesu w uzyskaniu zamówienia - wyeliminowanie z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej na skutek orzeczenia KIO powodowałoby, iż wynik przetargu pozostawałby otwarty, a oferta Odwołującego jest ofertą drugą w rankingu ofert pod względem uzyskanej punktacji.

Zarzut nr 1 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1301/18

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania) obejmował zaniechanie udostępnienia Odwołującemu 4 po wyborze oferty dokumentacji postępowania w zakresie dotyczącym zapytania Zamawiającego skierowanego do Konsorcjum Škoda w sprawie wyjaśnień zaoferowanego cyklu przeglądowo – naprawczego oraz wyjaśnień w tym przedmiocie oraz wypełnionego załącznika nr 1a do ST, załączonego do pisma Konsorcjum Škoda z dnia 20 lutego 2018 r. w odniesieniu do lit. F ww. załącznika.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum Škoda, że ww. zarzuty są zarzutami spóźnionymi. Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W świetle tego przepisu jednoznaczne jest, iż dokumenty inne niż wymienione w jego dyspozycji stanowią załączniki do protokołu postępowania udostępniane wykonawcom dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Podkreślić także trzeba, iż przedmiotem żądania Odwołującego Stadler nie było udostępnienie dokumentów składanych wraz z ofertą, których dotyczyło postępowanie

odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2421/17 i postępowanie sądowe w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 95/18.

Tym samym bezzasadne są argumenty Zamawiającego i Przystępującego Škoda, że Odwołujący Stadler już w dniu 18 czerwca 2018 r. dowiedział się o zaniechaniu udostępnienia dokumentów, których odtajnienia domaga się obecnie. Pismo Zamawiającego odnosiło się wyłącznie do udostępnienia informacji zawartych w ofertach, które KIO nakazała Zamawiającemu odtajnić w wyroku z dnia 13 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2421/17 i stanowiło wykonanie ww. wyroku przez Zamawiającego, do czego był on zobowiązany, kiedy orzeczenie to się uprawomocniło. Brak było jednakże w tym piśmie jakiegokolwiek odniesienia do kwestii udostępnienia pozostałej części dokumentacji postępowania, co i tak było możliwe dopiero od chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania. W świetle okoliczności, iż wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 20 czerwca 2018 r. i dopiero z tą chwilą zaktualizowało się uprawnienie Odwołującego 4 do żądania udostępnienia tych dokumentów, to nie sposób uznać, aby stawiane zarzuty były wniesione po terminie. Mając na uwadze treść art. 96 ust. 3 ustawy Pzp Izba podzieliła pogląd prezentowany w orzecznictwie, że o zaniechaniu Zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej (por. m.in. wyrok KIO z 25 września 2017 r., sygn. akt KIO 1900/17).

Analizując treść korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Konsorcjum Škoda w zakresie zaoferowanego cyklu przeglądowo - naprawczego (tylko bowiem w takim zakresie odtajnienia informacji domagał się Odwołujący Stadler), Izba potwierdziła przypuszczenia Odwołującego Stadler, iż korespondencja ta obejmowała swym zakresem także cykl przeglądowo – naprawczy zaoferowany przez ww. Konsorcjum. Mianowicie w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r., w którym Zamawiający wezwał Przystępującego Škoda do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń, dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp złożonych wraz z pismem z dnia 20 lutego 2018 r., znalazła się także prośba o uzupełnienie danych w pkt 1 tabeli F „System obsługi” (punkt 3 pisma Zamawiającego odnoszący się do str. 523 dokumentów Konsorcjum Skoda z dnia 20 lutego 2018 r.). W konsekwencji Konsorcjum Škoda pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r. uzupełniło żądane przez Zamawiającego dane.

Izba zgodziła się z Odwołującym 4, iż Zamawiający niesłusznie zaniechał udostępnienia mu informacji o treści wezwania Konsorcjum Škoda wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie odnoszącym się do cyklu przeglądowo – naprawczego (pkt 3 pisma Zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2018 r.). Przy czym Zamawiający nie tylko nie udostępnił treści tego wezwania w ww. zakresie, ale nawet nie poinformował Odwołującego

4, że takie zapytanie co do cyklu przeglądowo – naprawczego miało miejsce, co już samo w sobie wskazuje na brak transparentności postępowania. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż nawet w sytuacji, gdyby treść korespondencji pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym w istocie stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie uzasadnia to utajniania przez Zamawiającego przed innymi wykonawcami faktu, że w danym zakresie miało miejsce uzupełnienie czy wyjaśnienie treści oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający jest zobowiązany do zachowania przejrzystości postępowania, a zasada jawności nakłada na niego obowiązek kierowania się podczas odmowy udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zasadą minimalizmu i nieujawniania wyłącznie tych informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa, a nie pełnej treści pism.

W ocenie Izby zarówno treść punktu 3 wezwania Zamawiającego, jak i udzielona na nie odpowiedź Konsorcjum Škoda, nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczność, iż w oświadczeniach/dokumentach złożonych przez jednego z wykonawców nie zawarto wymaganych przez Zamawiającego informacji, do których uzupełnienia wykonawca ten został wezwany. Treść wezwania Zamawiającego nie odnosiła się do jakichkolwiek danych, które Konsorcjum Škoda zastrzegło jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie czy w dokumentach podmiotowych i przedmiotowych złożonych w dniu 20 lutego 2018 r., a wskazywała jedynie na brak podania konkretnych informacji w strukturze cyklu przeglądowo – naprawczego, których konieczność podania wynikała już z samego brzmienia załącznika nr 1a do ST, część F pkt 1.

Również informacje uzupełnione przez Konsorcjum Škoda na ww. wezwanie pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r. nie stanowią w ocenie Izby tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, nie sposób pominąć okoliczności, że Konsorcjum Škoda w postępowaniu odwoławczym ujawniło informacje o zaoferowanych maksymalnych okresach międzyprzeglądowych dla poziomów P3-P5. Z kolei okresy międzyprzeglądowe dla poziomów P1 i P2, a także przebiegi międzyprzeglądowe dla poziomów P3-P5 były informacjami jawnymi, zgodnie z rozstrzygnięciem Izby z dnia 13 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2421/17, co potwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 18 czerwca 2018 r. Dysponując zaś pełnymi danymi co do okresów i przebiegów międzyprzeglądowych dla ww. poziomów utrzymania oraz okresami międzyprzeglądowymi dla poziomów P1 i P2, jak również posiadając wiedzę, że Konsorcjum Škoda jako podstawowy parametr do określenia cyklu utrzymania przyjęło przebieg kilometrowy, a odstępy międzyprzeglądowe określone w jednostkach czasu stanowiły prosty iloraz przebiegów przez planowany roczny przebieg 105 000 km (na co wskazał biegły sądowy w treści opinii odnoszącej się do cyklu

przeeglądowo - naprawczego), każdy z wykonawców był w stanie ustalić wszystkie dane wskazane przez Konsorcjum Škoda w załączniku nr 1a do ST część F, w tym dane, do uzupełnienia których Zamawiający wezwał Konsorcjum Škoda. W konsekwencji wszystkie informacje przedstawione w treści załącznika nr 1a do ST część F, biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w postępowaniu odwoławczym, na moment zamknięcia rozprawy były już znane Stronom i Uczestnikom postępowania odwoławczego i bez wątplenia nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo ich pierwotnego zastrzeżenia przez Konsorcjum Škoda.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż jakkolwiek Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp nie udostępniając Odwołującemu 4 żądanych dokumentów, to naruszenie to nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, a tylko w takiej sytuacji zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie. Odtajnienie żądanych przez Odwołującego 4 informacji w tym przypadku byłoby jedynie formalnością, bowiem dane odnośnie interwałów wykonywania przeglądów - okresów i przebiegów międzyprzeeglądowych, są już Odwołującemu Stadler znane. W nieudostępnionych dokumentach, wbrew przypuszczeniom Odwołującego 4, nie było żadnych dodatkowych danych czy informacji, które mogłyby precyzować zaoferowany cykl przeeglądowo - naprawczy. Z kolei sam cykl przeeglądowo - naprawczy Konsorcjum Škoda, jako będący przedmiotem dalej idących zarzutów (w tym zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) podlegał w postępowaniu odwoławczym szczegółowej weryfikacji przez Izbę pod kątem jego zgodności z SIWZ, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej i Izba w tym zakresie nie stwierdziła uchybień.

Zarzut nr 2, 3, 4 i 5 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1301/18

W dalszej kolejności Odwołujący Stadler podnosił szereg zarzutów związanych z zaoferowanym przez Konsorcjum Škoda cyklem przeeglądowo – naprawczym, w tym przede wszystkim zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda pomimo zaoferowania cyklu przeeglądowo - naprawczego niezgodnego z SIWZ (zarzut nr 2 odwołania).

Omawiając ww. zarzut, Odwołujący 4 w uzasadnieniu odwołania (str. 8) podniósł na wstępie dodatkowy zarzut ewentualny, tj. niezachowania w cyklu przeeglądowo - naprawczym Konsorcjum Škoda wymaganej korelacji liniowej z danymi podanymi przez Zamawiającego w zakresie przeglądów P3-P5, tj. niezgodności oferty z pkt 9.5.5 SIWZ i pkt 13 załącznika nr 1 do ST, który to zarzut Odwołujący 4 opierał na sytuacji, gdyby dane przez niego wyliczone i wskazane w tabeli na str. 7 odwołania co do okresów międzyprzeeglądowych w ofercie Konsorcjum Škoda okazały się niezgodne z faktycznie zadeklarowanymi. Mając na uwadze, iż treść oferty Konsorcjum Škoda potwierdza prawidłowość obliczeń poczynionych przez

Stadler w odwołaniu (dane w tym zakresie ujawnione zostały w postępowaniu odwoławczym), tak postawiony zarzut okazał się bezzasadnym.

Odwołujący 4 wskazywał dalej, iż nawet przy zachowaniu korelacji liniowej cały cykl przeglądowo - naprawczy zaoferowany przez Konsorcjum Škoda jest niezgodny z pkt 3.1.4 SIWz z racji nieodpowiadania przepisom prawa i zasadom wiedzy technicznej. Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w postępowaniu.

Przede wszystkim Odwołujący 4 nie wyjaśnił, jakim przepisom prawa nie odpowiada tak skonstruowany przez Konsorcjum Škoda cykl przeglądowo – naprawczy, nie wskazał dlaczego i w jakim zakresie miałby on być niezgodny z przepisami RMI, w tym z treścią załącznika nr 3 do tego rozporządzenia. Treść odwołania wskazuje, iż Odwołujący 4 swoją argumentację ograniczył do braku spełnienia obowiązujących w sektorze kolejowym standardów i dobrych praktyk, w związku z czym zarzut w zakresie niezgodności cyklu przeglądowo – naprawczego Konsorcjum Škoda z przepisami prawa nie został wykazany. W ocenie Izby trudno byłoby taką okoliczność w ogóle wykazać, jako że RMI nie wskazuje w sposób konkretny, jakie czynności należy wykonać na określonym poziomie utrzymania, a opisy czynności przeglądowych i naprawczych stanowią element DSU. RMI wskazuje jedynie ogólną charakterystykę czynności wykonywanych na danym poziomie utrzymania i ramowy zakres prac, co jest w pełni uzasadnione, z uwagi na różnorodność dostępnych rozwiązań technicznych, jak i dynamiczny postęp technologiczny. Ponadto RMI, poza wytycznymi co do sposobu wyrażania cyklu przeglądowo - naprawczego (w kilometrach, w jednostce czasu), nie zawiera żadnych wymagań co do czasu trwania okresów międzyprzeglądowych/międzynaprawczych czy też długości przebiegów międzyprzeglądowych/międzynaprawczych, w szczególności nie określa granicznych wartości, po przekroczeniu których cykl przeglądowo – naprawczy nie gwarantowałby bezpieczeństwa w ruchu kolejowym.

Twierdzenia o niezgodności tego cyklu z zasadami wiedzy technicznej Odwołujący Stadler oparł na okolicznościach związanych ze zbyt długimi okresami/przebiegami międzyprzeglądowymi, przekreślającymi możliwość wykrycia i zapobieżenia wielu awariom podzespołów i elementów pojazdów. Wskazał w tym zakresie na:

- brak sprawdzania przez 131 dni istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa urządzeń, jak odbierak prądu czy elementy układu hamulcowego,
- niezgodną z zaleceniami producentów podzespołów i urządzeń częstotliwość wykonywania poszczególnych czynności utrzymaniowych, jak systemy ATM i SOP-3,
- przewidzenie poziomu utrzymania P5 po prawie 46 latach, co oznacza albo zaoferowanie pojazdu o żywotności 92 lat, albo przewidzenie naprawy głównej pod koniec żywotności

pojazdu, co jest nieuzasadnione z punktu widzenia przepisów RMI i ekonomii, a ponadto brak możliwości eksploatacji pojazdu bez naprawy głównej przez tak długi okres.

W ocenie składu orzekającego Izby, argumentacja dotycząca zagrożenia bezpieczeństwa z uwagi na brak sprawdzania przez 131 dni istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa urządzeń, jak odbierak prądu czy elementy układu hamulcowego, nie jest zasadna. Rację ma Konsorcjum Škoda w zakresie, w jakim wskazało, iż Odwołujący 4 pominął chociażby okoliczności związane z koniecznością dysponowania kompleksowym systemem diagnostyki pojazdu. Zamawiający nie tylko w treści warunku udziału w postępowaniu odwoływał się do konieczności posiadania doświadczenia we wdrożeniu nowoczesnych technologii produkcji, w tym kompleksowych systemów diagnostyki pojazdu, ale i zawarł w specyfikacji technicznej stosowne wymagania w tym zakresie – wymagał diagnostyki stacjonarnej/pokładowej i systemu aktywnej diagnostyki pokładowej, wspomagającego planowe czynności obsługowe, generującego listę czynności do wykonania dla obsługi serwisowej, wynikającą z obecnego stanu pojazdu, ze szczególnym uwzględnieniem wartości granicznych/kresowych parametrów technicznych, bieżących awarii i usterek. Szczegółowe wymagania w tym zakresie zawarte zostały w punkcie 5 lit. i-j załącznika nr 1 do ST, których część przeniesiono także do treści załącznika nr 1a do ST. Jak wynika z treści załącznika nr 1a do ST część D pkt 16 oraz część E pkt 2 oba wskazywane przez Odwołującego Stadler jako przykład elementy, Konsorcjum Škoda objęło systemem diagnostyki pojazdu. Ponadto jak wynika z załącznika nr 1a do ST Część D pkt 16 Zamawiający wymagał, aby odbierak prądu był włączony w system diagnostyki pojazdu, co gwarantuje, iż jego jakość będzie odpowiednio monitorowana, a ewentualne nieprawidłowości zostaną przez system zakomunikowane. Powyższe w ocenie Izby mogło mieć wpływ na możliwość wydłużenia okresu międzyprzeglądowego, a Odwołujący 4 nie wykazał okoliczności przeciwnej. Konsorcjum Škoda złożyło także w postępowaniu odwoławczym oświadczenie dostawcy komponentu układ hamulcowy potwierdzające zgodność zaleceń producenta z cyklem przeglądowo - naprawczym ustalonym przez Konsorcjum Škoda.

W kwestii niezgodnej z zaleceniami producentów podzespołów i urządzeń częstotliwości wykonywania poszczególnych czynności utrzymaniowych zaproponowanej przez Konsorcjum Škoda, Odwołujący Stadler odnosił się do systemów ATM i SOP-3. Odwołujący 4 na rozprawie przedstawił jako dowód oświadczenie producenta systemu ATM, wskazujące na wymagania w zakresie przeglądów i skutki niedotrzymania wymaganych cykli, z których wynikała konieczność wykonywania czynności utrzymaniowych na poziomach P2 i P4. Natomiast okoliczność niezgodności oferty Konsorcjum Škoda z wymaganiami producenta oparł wyłącznie na nieoficjalnie uzyskanych informacjach, że producent nie wyraził zgody na wydłużenie okresów utrzymania systemu ATM. To zdecydowanie zbyt mało, aby na tej

podstawie móc uznać, że cykl przeglądowo - naprawczy Konsorcjum Škoda rzeczywiście nie odpowiada zaleceniom producenta systemu ATM. Konsorcjum Škoda złożyło także pismo ATM PP Sp. z o.o. z 24 lipca 2018 r. potwierdzające, że przegląd rejestratora zdefiniowany standardowo po czterech latach, po uzgodnieniu z firmą Škoda rozszerzenia procedury autokontroli, może być wydłużony do sześciu lat bez limitu kilometrów, w szczególności być zgodny z okresami wskazanymi przez Škoda – P4 5,71 lat. Ponadto Konsorcjum Škoda wskazało, iż nie zaoferowało systemu ATM, lecz rejestrator innego producenta i złożyło w tym zakresie oświadczenie firmy Speel Praga s.r.o. dotyczące poziomów utrzymania rejestratora. Korespondencja mailowa prowadzona przez Stadler z firmą ATM PP Sp. z o.o., złożona przez Odwołującego 4 w celu zakwestionowania wiarygodności ww. oświadczenia, wskazuje wyłącznie na okoliczność, iż stworzenie systemu kompatybilnego z niektórymi elementami wdrożonymi w metrze warszawskim mogłoby wymagać zgody ATM z uwagi na prawa autorskie, a nie, że jest to niemożliwe.

W zakresie systemu SOP-3, Odwołujący 4 również nie wykazał swoich twierdzeń. Złożone do akt sprawy oświadczenia producenta systemu, firmy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. adresowane do Konsorcjum Škoda i Odwołującego 4 wskazywały na możliwość wpisania tego komponentu na różnych poziomach utrzymania (przegląd związany z koniecznością demontażu urządzeń SOP-3, według oświadczenia producenta, może mieć miejsce podczas przeglądu P4 w przypadku Stadler, a podczas przeglądu P3 w przypadku Konsorcjum Škoda, przy czym czasokres nie jest czynnikiem decydującym, lecz przebieg). Na powyższe zwrócił uwagę także biegły sądowy w ustnej opinii uzupełniającej odpowiadając na jedno z pytań zadanych przez Izbę. Odwołujący nie udowodnił, że utrzymanie tego systemu nie może mieć miejsca na poziomie P3, wskazywał jedynie na bliżej niesprecyzowaną okoliczność, że szczegółowa ocena stanu technicznego, to termin z zakresu poziomu czwartego według RMI. Natomiast jak wynika z załącznika nr 3 do RMI szczegółowa ocena stanu technicznego może mieć miejsce także na trzecim poziomie utrzymania. Zauważyć trzeba, iż biegły opiniujący w sprawie podczas opracowywania opinii dysponował pełną dokumentacją postępowania odwoławczego, w tym oświadczeniami producentów komponentów i nie stwierdził w tym zakresie nieprawidłowości w konstrukcji cyklu przeglądowo - naprawczego Konsorcjum Škoda. Odwołujący 4 miał możliwość zadania biegłemu szczegółowych pytań w omawianym aspekcie podczas rozprawy w dniu 21 listopada 2018 r., niemniej z możliwości tej nie skorzystał.

Odnosząc się do kwestii związanej z przeglądem P5 oraz podnoszonej w odwołaniu okoliczności, że powinien on przypadać w połowie okresu żywotności pojazdu, Izba w całości podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione podczas omawiania zarzutu nr 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18 oraz zarzutów nr 1 i 2 odwołania w sprawie o sygn. akt

KIO 1290/18. Jak ustaliła Izba, z treści dokumentacji przetargowej nie wynika bezpośrednio warunek, aby przegląd P5 odbywał się dokładnie w połowie okresu żywotności pojazdu. Również z przepisów rozporządzenia RMI, mających charakter ogólny, nie wynika w jakim okresie żywotności pojazdu powinien nastąpić przegląd P5. Z kolei z samego faktu, iż w ramach przeglądu piątego ma miejsce tzw. naprawa główna pojazdu, nie sposób wywodzić, że każdorazowo taka naprawa powinna wypadać w połowie żywotności pojazdu oraz że każdorazowo przeprowadzenie takiej naprawy o największym zakresie jest w stanie zapewnić sprawność pojazdu na kolejny tak długi okres, jak od rozpoczęcia eksploatacji do naprawy głównej.

Nawet jeżeli zgodnie z przyjętą praktyką rynkową przegląd piąty co do zasady przeprowadzany jest w połowie żywotności pojazdu, to nie można okoliczności tej uznawać za równoznaczną z tym, że po pierwsze właśnie w ten sposób Przystępujący Konsorcjum Škoda przewidziało moment, w którym przeprowadzony zostanie P5 (tj., że przyjął, iż nastąpi on w połowie żywotności pojazdu), a po drugie że ewentualne przewidzenie P5 w cyklu przeglądowo – naprawczym w późniejszym okresie żywotności pojazdu niż połowa jest niezgodnie z przepisami RMI czy zasadami wiedzy technicznej, a w efekcie i z treścią SIWZ. Odwołujący 4 wskazał jedynie, iż byłoby to nieekonomiczne i niezgodne z przepisami RMI, nie wskazał jednakże, z jakimi konkretnie przepisami działanie takie było niezgodne i dlaczego. Izba ma świadomość, iż dotychczasowe cykle pojazdów metra warszawskiego wskazywały na istnienie takiej praktyki, że przegląd P5 następował w połowie cyklu życia pojazdu, natomiast argumentacja Odwołującego 4 nie była wystarczająca, aby przesądzić, że cykl, który nie zakłada przeglądu P5 w okolicach połowy żywotności pojazdu, jest cyklem niezgodnym z zasadami wiedzy technicznej. Jeżeli okoliczność taka rzeczywiście wynika z zasad wiedzy technicznej, to Odwołujący 4 – jako podmiot, który z tego faktu wywodzi skutek prawny w postaci niezgodności oferty Konsorcjum Škoda z SIWZ – zobowiązany był to wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, czego nie uczynił.

Niezależnie od powyższego, Izba podkreśla, iż w zakresie zgodności cyklu przeglądowo – naprawczego Konsorcjum Škoda z treścią SIWZ, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej przeprowadzone zostało szczegółowe postępowanie dowodowe, włącznie z dopuszczeniem dowodu z opinii biegłego sądowego, a następnie dowodu z ustnej opinii uzupełniającej tego biegłego złożonej na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r. Izba uznała bowiem, iż pełna, kompleksowa i rzetelna ocena podnoszonych zarzutów jest możliwa wyłącznie w oparciu się o wiadomości specjalne. W ocenie składu orzekającego zgromadzony w sprawie obszerny materiał dowodowy, w tym także opinia biegłego sądowego, nie dawał podstaw do tego, aby w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości przesądzić o niezgodności treści oferty Konsorcjum Škoda z SIWZ.

Mając na względzie, iż kwestia zgodności zaoferowanego przez Konsorcjum Škoda cyklu przeglądowo – naprawczego z treścią SIWZ, przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej została już szeroko omówiona w ramach zarzutu nr 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18 oraz zarzutów nr 1 i 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18, Izba w całości podtrzymuje stanowisko i wnioski tam zawarte.

Uzupełniając tę argumentację należy zauważyć, iż Odwołujący 4 słusznie wskazywał, że cykl przeglądowo - naprawczy konstruowany jest przede wszystkim w oparciu o zalecenia i wytyczne producentów poszczególnych komponentów pojazdu, na co zwracał uwagę także biegły w złożonej w sprawie opinii. Struktura cyklu przeglądowo – naprawczego jest tylko jednym z elementów, jaki składa się na dokumentację systemu utrzymania pojazdu - w konsekwencji nie jest on jedynym elementem pozwalającym wnioskować czy spełnione są warunki bezpieczeństwa przy utrzymaniu technicznym pojazdów. Niewątpliwie DSU musi uwzględniać wymagania producentów poszczególnych podzespołów oraz zapewniać zgodności z tymi wymaganiami.

W ocenie Izby przeprowadzone postępowanie dowodowe nie dało jednak podstaw do uznania, że cykl przeglądowo – naprawczy Konsorcjum Škoda nie był do tych wymagań (zaleceń, wytycznych) producentów dostosowany. Należy zauważyć, iż w toku postępowania odwoławczego przez Konsorcjum Škoda złożony został szereg oświadczeń producentów określonych podzespołów, zespołów i urzędzeń, których treść potwierdzała dostosowanie okresów i przebiegów międzyprzeglądowych pojazdu do trwałości, żywotności i cykli utrzymania tych podzespołów, zespołów i urzędzeń. Przedstawiane na rozprawie wątpliwości Odwołującego 4 co do wiarygodności tych dowodów oparte na ich sztampowości nie były uzasadnione, nawet bowiem jeśli producenci składali oświadczenia na wzorach dokumentów przygotowanych przez Konsorcjum Škoda, to nie sposób zakładać, że nie zapoznali się oni z ich treścią – producent komponentów potwierdzając swojemu klientowi zgodność cyklu utrzymania opracowanego przez tego klienta z cyklem utrzymania komponentów zalecanym przez producenta, bierze na siebie odpowiedzialność za zgodność tego oświadczenia z prawdą. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego 4 należałoby zakładać nieprawdziwość oświadczeń tych podmiotów, co jest zdecydowanie zbyt daleko idącym wnioskiem. Z kolei kwestia poczynienia przez producentów pewnych zastrzeżeń w treści oświadczeń była wykorzystywana przez Odwołującego 4 jako argument na nieprawidłowości w cyklu przeglądowo – naprawczym Konsorcjum Škoda, podczas gdy potwierdzała ona weryfikację przez producentów treści składanych oświadczeń i wiarygodność tych dokumentów. Ponadto argumentacja ta była odpierana na rozprawie przez Konsorcjum Škoda, a Odwołujący 4 nie przedstawił konkretnych dowodów, które faktycznie poddawałyby w wątpliwość

uwzględnienie w strukturze cyklu przeglądowo – naprawczego przez Konsorcjum Skoda cykli utrzymania poszczególnych komponentów pojazdu.

Należy także zauważyć, że biegły sporządzając pisemną opinię dysponował pełną dokumentacją postępowania, w tym zarówno oświadczeniami producentów komponentów złożonymi przez Konsorcjum Škoda, jak i uwagami zgłoszonymi do tychże dokumentów przez Odwołującego Stadler. Nie stwierdził on jednakże nieprawidłowości w cyklu przeglądowo – naprawczym, wręcz przeciwnie – wskazał, iż te dokumenty uprawniają do założenia, że Konsorcjum Škoda umiejętnie wplotło wymogi w zakresie utrzymania stawiane dla poszczególnych komponentów w projektowany cykl utrzymania pojazdu oraz przeniosło niektóre prace utrzymaniowe, planowe wymiany i naprawy podzespołów do niższych poziomów utrzymania niż konkurenci.

Z kolei opinie eksperckie złożone w postępowaniu odwoławczym przez Stadler (przy czym poniższa argumentacja tyczy się też opinii złożonych przez innych Uczestników postępowania) miały charakter opinii prywatnych, opracowanych na zlecenie Odwołującego 4, w związku z tym należy ją traktować jedynie jako wzmocnienie twierdzeń strony, która dla ich uwiarygodnienia odwołuje się do autorytetu specjalisty i wiadomości specjalnych. Jest to pogląd powszechny w orzecznictwie sądów w sprawach cywilnych, który skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela (por m.in. wyrok SN z dnia 3 października 2008 r., sygn. akt I CSK 125/08). W ślad za wyrokiem Izby z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 654/14 należy wskazać, iż „[...] opinią prywatną (inaczej pozapprocesową, pozasądową, rzeczoznawczą) jest bowiem każde oświadczenie, powołujące się na wiadomości specjalne, nie pochodzące od biegłego powołanego przez sąd. Najistotniejszą cechą opinii prywatnej jest sporządzenie nie na zlecenie organu procesowego, lecz innych uczestników procesu, najczęściej stron postępowania. Jak sama nazwa wskazuje, opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Dokument ten powstaje poza postępowaniem, czasami nie dla jego celów, a czasami właśnie dla przedstawienia w toku postępowania. (...) W konsekwencji nigdy ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków organu orzekającego pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono słuszne stanowisko, że, gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej (np. wyrok z dnia 11 grudnia 1997 r. sygn. akt I CKN 385/97).” Składane zatem przez strony i uczestników postępowania opinie prywatne - co do zasady traktowane jako ich (stron) stanowiska - stanowią co najwyżej dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.”

W konsekwencji moc dowodowa tych dokumentów nie była znacząca, a przynajmniej nie była wystarczająca, aby Izba na ich podstawie mogła przesądzić o zgodności cyklu przeglądowo – naprawczego Konsorcjum Škoda z SIWZ, przepisami prawa czy zasadami wiedzy technicznej. Ponadto – co równie istotne – opinie te nie opierały się na pełnej dokumentacji postępowania, jako że część oferty Konsorcjum Škoda oraz oświadczeń i dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w dniu 20 lutego 2018 r. była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i nie została udostępniona Odwołującemu 4. Dotyczy to w szczególności wypełnionego załącznika nr 1a do ST zawierającego opis zadeklarowanych przez Konsorcjum Škoda parametrów techniczno-eksploatacyjnych. Tym samym nie sposób uznać, aby dowody te miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Natomiast m.in. te właśnie dowody przyczyniły się do powstania u składu orzekającego Izby przekonania o konieczności zasięgnięcia wiadomości specjalnych i powołania dla pełnej oceny podnoszonych zarzutów dotyczących nierealności cyklu przeglądowo – naprawczego w ofercie Konsorcjum Škoda dowodu z opinii biegłego.

Opinia biegłego sądowego potwierdziła, iż dla oceny czy spełnione są warunki bezpieczeństwa przy utrzymaniu technicznym pojazdów kluczowe jest przypisanie określonych zestawów czynności do poszczególnych poziomów utrzymania. Zakresy czynności koniecznych do wykonania przy pojeździe kolejowym stanowią sumę niezbędnych prac obsługowych, konserwacyjnych, naprawczych przy wszystkich urządzeniach i podzespołach pojazdów wskazanych przez producentów. Zamawiający jednakże nie wymagał złożenia przez wykonawców dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących systemu utrzymania pojazdu, jak zakres planowanych na poszczególnych poziomach utrzymania czynności, nie wymagał odniesienia cyklu przeglądowo – naprawczego do cykli utrzymania planowanych do zastosowania komponentów, nie określił granicznej prędkości czynności utrzymaniowych na poszczególnych poziomach. Weryfikacja prawidłowości zaoferowanego cyklu przeglądowo – naprawczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia opierała się zatem na strukturze cyklu przeglądowo – naprawczego i zachowaniu odpowiedniej korelacji względem parametrów określonych w załączniku nr 1.8 do ST – takie wymaganie wynikało bowiem z SIWZ i z tym wymaganiem cykl zaproponowany przez Konsorcjum Škoda był w pełni zgodny (abstrahując od wątpliwości interpretacyjnych w zakresie rozumienia wymogu zachowania korelacji liniowej zgłaszanych w postępowaniu, cykl ten spełniał wymóg zarówno na płaszczyźnie poziomej, jak i pionowej).

Z opinii biegłego sądowego wynika także wniosek, iż choć dane w ofercie Konsorcjum Škoda mogą wydawać się nieprawdopodobne i nieuzasadnione poziomem technicznym zastosowanych podzespołów do konstrukcji pojazdu, to należy wskazać, iż teoretycznie zadeklarowane parametry są możliwe do osiągnięcia pod warunkiem umiejętnego rozdziału

czynności utrzymania oraz wymian i napraw podzespołów na poszczególne poziomy utrzymania z tendencją realizacji większego zakresu czynności na niższych poziomach utrzymania. Takie rozwiązanie w ocenie Izby jest możliwe, w zakresie, w jakim będzie to odpowiadać charakterystykom i zakresom określonym dla poszczególnych poziomów utrzymania w załączniku nr 3 do RMI, przy czym raz jeszcze należy podkreślić, że na gruncie tego rozporządzenia nie można jednoznacznie wskazać, aby ściśle określone czynności realizowane były w trakcie konkretnego poziomu utrzymania (kwestia ta również była przedmiotem opinii biegłego). RMI nie wskazuje w sposób konkretny, jakie czynności należy wykonać na określonym poziomie utrzymania, a opisy czynności przeglądowych i naprawczych stanowią element DSU. Rozporządzenie ma charakter ramowy i kazuistyczne określanie w jego treści zestawów czynności wykonywanych na konkretnych poziomach utrzymania nie byłoby uzasadnione, mając na uwadze chociażby postęp technologiczny i różnorodność stosowanych rozwiązań. Taka konstrukcja cyklu przeglądowo - naprawczego nie jest zatem niezgodna z przepisami prawa, a ponadto - mając na uwadze, iż Zamawiający w SIWZ nie limitował maksymalnego czasu realizacji danego poziomu utrzymania – nie jest ona także niezgodna z wymogami Zamawiającego. Z kolei niezgodność takiej konstrukcji cyklu przeglądowo – naprawczego z zasadami wiedzy technicznej nie została ani wykazana przez Odwołującego 4, ani przesądzona w opinii biegłego sądownego. Biegły wskazał, że potwierdzenie lub zaprzeczenie tym spostrzeżeniom może nastąpić dopiero po analizie zakresów czynności przewidzianych do realizacji w ramach poszczególnych poziomów utrzymania oraz ich porównaniu z wymaganiami w zakresie utrzymania producentów podzespołów i urządzeń wykorzystanych do konstrukcji pojazdu, Zamawiający nie postawił jednak wymogu, aby na etapie składania ofert przedstawić takie dokumenty.

Izba nie przyznała racji Odwołującemu 4 także w zakresie, w jakim wskazywał on w piśmie z dnia 30 listopada 2018 r. na konieczność wcześniejszej niż planowa modernizacji pojazdu. Biegły wskazywał w opinii co prawda na ryzyko związane z dostępnością części zamiennych w całym cyklu życia pojazdu, nie przesądził jednak o braku ich dostępności. Odwołujący 4 w treści pisma przywołuje wyciągnięte z kontekstu fragmenty wypowiedzi biegłego dotyczące braku kontynuacji produkcji części zamiennych, w dodatku odnoszące się do pojazdów EN57, podczas gdy biegły opiniując podczas rozprawy wprost wskazał, iż wyrażone w pisemnej opinii „sformułowanie dotyczące dostępności części zamiennych nie jest równoznaczne z tym, że ta dostępność nie będzie zapewniona. [...] Biorąc pod uwagę okres przeszło 50-letni oraz postęp techniczny, to prawdopodobnym jest, że po tych 30-35 latach obecne podzespoły nie będą już miały zastosowania i mogą wystąpić trudności w pozyskaniu części zamiennych, ale to nie jest jednoznaczne z ryzykiem, że tych części nie

będzie.” Twierdzenie na podstawie wypowiedzi biegłego, że konieczna będzie wcześniejsza modernizacja pojazdu, dodatkowo w obliczu braku danych co do zakresu czynności, jakie odnośnie poszczególnych komponentów pojazdu mają być wykonywane na poszczególnych poziomach utrzymania według cyklu przeglądowo – naprawczego Konsorcjum Škoda, jest w ocenie Izby zbyt daleko idącym wnioskiem. Jak zaś wynika z treści opinii biegłego, pomimo dostrzeżonych ryzyk związanych z dostępnością części zamiennych w całym cyklu życia pojazdu, nie przesądzała ona o niezgodności zaproponowanego przez Konsorcjum Škoda cyklu przeglądowo - naprawczego z SIWZ, zasadami wiedzy technicznej czy przepisami prawa.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda pomimo zaoferowania niezgodnego z SIWZ cyklu przeglądowo - naprawczego.

W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania pomimo informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w zakresie cyklu przeglądowo – naprawczego, w jakim mają być utrzymywane pojazdy (zarzut nr 3 odwołania). Zarzut ten Odwołujący 4 opierał bowiem wyłącznie na okolicznościach faktycznych i prawnych opisanych w uzasadnieniu zarzutu nr 2, na co wskazał wprost na str. 10 odwołania. Izba nie neguje faktu, iż złożenie informacji nieprawdziwych w zakresie podlegającym ocenie w kryteriach oceny ofert może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby jednak można było mówić o ziszczeniu się przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp należy przede wszystkim wykazać, że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, niezgodnych z rzeczywistością, a tej okoliczności, w ocenie Izby Odwołujący Stadler nie wykazał. W tym zakresie Izba podziela w pełni argumentację formalnoprawną przedstawioną w niniejszym uzasadnieniu w ramach rozpoznawania zarzutu nr 2 i 7 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1287/18. Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania wszystkie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

Z analogicznych względów nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 387 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda pomimo, że przedmiotem oferty w zakresie cyklu przeglądowo – naprawczego jest świadczenie niemożliwe, nierealne w świetle stanu wiedzy technicznej i niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami branżowymi, dobrymi praktykami i ustalonymi

zwyczajami, które stanowi nadużycie prawa w zakresie dopuszczalnego kształtowania sposobu utrzymania pojazdu kolejowego i jako takie nie może korzystać z ochrony (zarzut nr 4 odwołania). Ten zarzut także oparty został na okolicznościach faktycznych i prawnych opisanych w uzasadnieniu zarzutu nr 2, który to zarzut Izba uznała za niezasadny. Wykonawca Stadler w postępowaniu odwoławczym nie dowiódł, że zaoferowany przez Konsorcjum Škoda cykl przeglądowo - naprawczy nie jest obiektywnie możliwy do osiągnięcia, że jest on nierealny w świetle obecnego stanu wiedzy i techniki.

Podobnie Izba nie uznała za zasadne zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo, że jej ukształtowanie w zakresie cyklu przeglądowo-naprawczego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 5 odwołania). Odwołujący 4 upatrywał czynu nieuczciwej konkurencji w zaoferowaniu przez Konsorcjum Škoda utrzymania pojazdów w sposób niemożliwy do zrealizowania i pozornego, nierealnego w świetle stanu wiedzy technicznej, niezgodnego z bezwzględnie obowiązującymi przepisami branżowymi, dobrymi praktykami i ustalonymi zwyczajami w sektorze kolejowym, obliczonego jedynie na uzyskanie jak największej punktacji w ramach kryterium nr 3, o którym mowa w pkt 12.1 SIWZ i w ten sposób uzyskanie nieuczciwej przewagi konkurencyjnej oraz pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców, przedstawiających rzetelne oferty w tym zakresie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten wskazuje na otwarty katalog sytuacji, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby czynność opisywana przez Odwołującego 4 mogłaby wypełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., natomiast dla uznania skuteczności zarzutu musiałoby zostać wykazane, że struktura cyklu przeglądowo – naprawczego zaproponowana przez Konsorcjum Skoda faktycznie ma charakter pozorny, niemożliwy do zrealizowania w świetle stanu wiedzy technicznej, niezgodny z przepisami prawa czy dobrymi praktykami, a działanie tego wykonawcy służyło uzyskaniu wyższej punktacji w kryteriach oceny ofert. W sytuacji, gdy nie potwierdził się zarzut nr 2 odwołania, omówiony we wcześniejszej części uzasadnienia, nie sposób uznać, aby Odwołujący 4 dowiódł zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Zarzut nr 6 i 7 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1301/18

W punkcie 6 i 7 odwołania przedstawiono zarzuty związane z poprawieniem przez Zamawiającego omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum Škoda. Odwołujący Stadler wskazywał na zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo że jej treść w zakresie wyceny przedmiotu oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz przez prowadzenie z wykonawcą Škoda negocjacji dotyczących złożonej oferty, w konsekwencji których dokonana została niedozwolona zmiana treści oferty, błędnie zakwalifikowana jako poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej. Ponadto podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym ceny za dostawę pojazdów (pkt 3.2.8 SIWZ), części zamiennych (pkt 3.2.10 SIWZ) oraz specjalistycznego wyposażenia i oprogramowania (pkt 3.2.11 SIWZ), jak również w zakresie wartości procentowej tych cen względem siebie.

Rozpoznając tak postawione zarzuty Izba w pierwszej kolejności zważyła, że w omawianym przypadku nie sposób mówić o niezgodności oferty Konsorcjum Škoda z treścią SIWZ w zakresie wyceny. Przystępujący Škoda przedstawił wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje odnośnie cen zarówno w formularzu ofertowym, jak i w formularzu cenowym. Ponadto w punkcie 2 i 3 oferty zadeklarował on wartości procentowe odpowiednio dla ceny niezbędnego na okres gwarancji kompletu fabrycznie nowych części, jak i dla ceny niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki, które nie przekraczały wartości procentowych określonych przez Zamawiającego jako maksymalne w pkt 3.2.10 i 3.2.11 SIWZ. Odwołujący 4 nie wykazał w czym, w takiej sytuacji, upatruje niezgodności treści oferty Konsorcjum Škoda z treścią SIWZ, skoro wymogi w zakresie deklarowanych wartości procentowych zostały zachowane. Powyższe czyniło podnoszony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp bezzasadnym.

Izba nie uznała także, aby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Škoda do negocjacji i dokonania niedozwolonej zmiany treści oferty poprzez poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej. Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż Zamawiający był uprawniony do poprawienia omyłek w ofercie Konsorcjum Škoda w sposób, w jaki to uczynił.

Zgodnie z art. 89 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Z omyłką rachunkową mamy do czynienia wtedy, kiedy dochodzi do błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Jest to omyłka o charakterze matematycznym, sprowadzająca się do błędu w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych. Ponadto

omyłka taka, aby była możliwa do poprawienia przez Zamawiającego, musi mieć charakter oczywisty, nie budzący wątpliwości co do prawidłowego wyniku. Aby możliwe było jej poprawienie, musi istnieć możliwość prześledzenia przebiegu działania matematycznego i stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. W ocenie składu orzekającego Izby w obu podnoszonych przez Odwołującego Stadler przypadkach działanie Zamawiającego było zgodne z dyspozycją ww. przepisu.

Jeśli chodzi o poprawienie omyłek w wierszu nr 2 Formularza cenowego (zestaw części zamiennych – zgodnie z pkt 3.2.10 SIWZ), w ocenie Izby, Zamawiający dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi do stwierdzenia omyłki w działaniach arytmetycznych Konsorcjum Škoda, jak i do jej poprawienia. Wykonawca ten jednoznacznie w ofercie wskazał cenę jednostkową sześciowagonowego pojazdu, jak i zadeklarował wartość procentową ceny niezbędnego na okres gwarancji kompletu części zamiennych, o którym mowa w pkt 3.2.10 SIWZ. Co istotne, deklarowana procentowa wartość musiała być zgodna z wymaganiami Zamawiającego, tj. nie przekroczyć 2% ceny każdego sześciowagonowego pojazdu, w przeciwnym razie oferta byłaby niezgodna z SIWZ. Mając na uwadze, iż każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w danym postępowaniu w ofercie należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a zatem złożenia oferty zgodnej z SIWZ, wartości procentowe zadeklarowane przez wykonawców w punkcie 2 i 3 należało uznać za deklaracje wiążące. Zamawiający - dysponując ceną jednostkową sześciowagonowego pojazdu określoną na kwotę 28 369 000,00 zł oraz zadeklarowaną w punkcie 2 oferty Konsorcjum Škoda wartością procentową ceny kompletu części zamiennych określoną na poziomie 1,90% ceny każdego sześciowagonowego pojazdu – mógł samoistnie, bez wyjaśnień wykonawcy, zweryfikować i poprawić cenę 1 zestawu takich części zamiennych, wymagało to bowiem jedynie przemnożenia kwoty 28 369 000,00 zł przez ww. wartość procentową 1,90%, co dawało wynik 539 011,00 zł.

Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Przystępującego Konsorcjum Škoda, iż omyłka ta wynikała z zaokrąglenia deklarowanych wartości procentowych do dwóch miejsc po przecinku. Znajduje to potwierdzenie w treści oferty, bowiem ustalając ile % z kwoty 28 369 000,00 zł (tj. ceny za 1 szt. sześciowagonowego pojazdu) stanowi kwota 538 500,00 zł (pierwotnie zadeklarowana dla 1 zestawu części zamiennych), otrzymujemy wynik 1,896, co po zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku również daje wartość procentową 1,90%. Nie budzi zaś wątpliwości Izby, iż omyłka rachunkowa może być także wynikiem błędnych zaokrągleń (przy czym w tym wypadku samo zaokrąglenie nawet nie było matematycznie błędne). Ponadto należy zauważyć, iż jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający dokonał w analogicznym zakresie poprawienia ofert innych

wykonawców, tj. Alstom, Konsorcjum Siemens, Newag oraz CAF, zachowano tutaj zatem zasadę równego traktowania wykonawców, a czynności tych żaden z ww. wykonawców nie zakwestionował.

Natomiast jeśli chodzi o poprawienie omyłki w wierszu 3 formularza cenowego, to nie budziło wątpliwości Izby, iż wynikała ona z nieprawidłowego przemnożenia zadeklarowanej ceny jednostkowej sześciowagonowego pojazdu trakcyjnego metra przez liczbę EZT dostarczanych w ramach zamówienia podstawowego. Wskazywana w formularzu cenowym wartość netto kompletu niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki, zgodnie z pkt 3.2.11 SIWZ miała stanowić nie więcej niż 1% ceny wszystkich pojazdów zamówienia podstawowego. Przystępujący Škoda w sposób jednoznaczny zadeklarował w ofercie wartość procentową ceny ww. kompletu, którą określił na 0,58% ceny wszystkich pojazdów zamówienia podstawowego. W konsekwencji cena kompletu sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania wymaganego zgodnie z pkt 3.2.11 SIWZ wskazywana w wierszu 3 formularza cenowego stanowić powinna wynik arytmetycznego działania polegającego na pomnożeniu wskazanej przez Konsorcjum Škoda ceny jednostkowej sześciowagonowego pojazdu trakcyjnego (28 369 000,00 zł) przez liczbę EZT dostarczaną w ramach zamówienia podstawowego (37 sztuk) i przez zadeklarowaną wartość procentową (0,58%), co dawało wynik 6 087 987,40 zł i na taką kwotę Zamawiający poprawił omyłkę w ofercie Konsorcjum Škoda. Wszelkie dane do przeprowadzenia ww. działań matematycznych były udostępnione w ofercie, a kwota podawana w formularzu cenowym stanowiącym załącznik do oferty stanowiła wyłącznie wynik tych działań. Z deklaracji Konsorcjum Škoda przedstawionej w ofercie bezsprzecznie wynikało, że wartość procentowa przedmiotowego kompletu odnosi się wyłącznie do zamówienia podstawowego, czyli do ceny za dostarczenie 37 sztuk pojazdu, co było wymogiem narzuconym przez Zamawiającego w SIWZ. Przystępujący Škoda w postępowaniu odwoławczym potwierdził, iż zaistniała omyłka była wynikiem nieprawidłowego przyjęcia do obliczeń liczby EZT dostarczanej w ramach zamówienia podstawowego i w ramach opcji, podczas gdy należało wziąć pod uwagę wyłącznie liczbę EZT dostarczaną w ramach zamówienia podstawowego (okoliczność tę potwierdza także cena jednostkowa za komplet sprzętu z pkt 3.2.11 SIWZ wskazana pierwotnie w formularzu cenowym). Zaistniała omyłka nie była zatem wynikiem świadomie przyjętego wadliwego założenia merytorycznego, a tym bardziej świadomej zmiany założeń Zamawiającego.

W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający był uprawniony do poprawienia omyłki w ofercie ww. podmiotu, która sprowadzała się do nieprawidłowego przemnożenia cen i wartości procentowych przez wymaganą ilość sztuk EZT. Omyłka ta była wynikiem błędnej operacji rachunkowej na liczbach i była dostrzegalna samodzielnie dla

Zamawiającego, który bazując na danych przedstawionych w ofercie, tj. cenie jednostkowej sześciowagonowego pojazdu trakcyjnego oraz zadeklarowanej wartości procentowej ceny niezbędnego, fabrycznie nowego sprzętu, stanowisk, narzędzi i oprogramowania do obsługi, serwisu i diagnostyki, zgodnie z pkt 3.2.11 SIWZ, stanowiącej 0,58% ceny wszystkich pojazdów zamówienia podstawowego, mógł zweryfikować i poprawić wskazaną w wierszu 3 załączonego do oferty formularza cenowego cenę jednostkową za 1 komplet ww. specjalistycznego sprzętu.

Jedynie uzupełniająco wskazać należy, iż poprawienie przez Zamawiającego wyżej omówionych omyłek nie miało przełożenia na klasyfikację ofert wykonawców w rankingu ofert, jako że zarówno przed poprawieniem omyłek rachunkowych, jak i po ich poprawieniu, oferta Konsorcjum Škoda pozostawała ofertą zawierającą najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a zatem w obu przypadkach otrzymałaby maksymalną liczbę punktów w kryterium nr 1 – cena. Niemniej możliwość poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych nie jest zależna od liczby tych omyłek czy też ich wagi, istotności.

Izba nie uznała ponadto za zasadne twierdzeń Odwołującego 4, jakoby oferta Konsorcjum Škoda zawierała błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawa Pzp nie definiuje co przez błąd w obliczeniu ceny należy rozumieć, jednak jak wskazuje się w orzecznictwie błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, jak przykładowo zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT, przyjęcie niewłaściwych danych, nieuwzględnienie w cenie wszystkich wymaganych elementów. Jak wskazano w uchwale KIO z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt KIO/KD 25/12 o błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z SIWZ. Jest to zatem błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, a nie wadliwie od strony technicznej wykonana czynność obliczenia ceny (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2475/17). W przedmiotowym przypadku z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Poprawione przez Zamawiającego omyłki w ofercie Konsorcjum Škoda miały charakter czysto rachunkowy i nie wskazywały na przyjęcie przez ww. wykonawcę niewłaściwych merytorycznych założeń. Nie stanowi zaś błędu w obliczeniu ceny lub kosztu popełnienie przez wykonawcę omyłek arytmetycznych w obliczeniach, które mogą być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp Izba uznała za chybiony.

Zarzut nr 8 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1301/18

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a), art. 89 ust. 1 pkt 7b) oraz art. 89 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Škoda, pomimo że wykonawca ten nie przedłużył prawidłowo terminu związania ofertą oraz nie przedłużył ważności wadium na odpowiedni czas związania swoją ofertą (zarzut nr 8 u odwołania).

Powyższy zarzut Odwołujący 4 opierał na okoliczności, iż Konsorcjum Škoda w dniu 11 kwietnia 2018 r. przedłożyło Zamawiającemu niedatowane pismo, zgodnie z którego treścią przedłuża termin związania ofertą do dnia 17 lipca 2018 r., gdy tymczasem dołączony do pisma aneks nr 3 do gwarancji bankowej potwierdzał, że wadium zostało przedłużone jedynie do 17 czerwca 2018 r.

Rozpoznając tak sformułowany zarzut, Izba miała na uwadze, iż w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia znajduje się pismo przewodnie Konsorcjum Škoda z dnia 10 kwietnia 2018 r., którego treść Odwołujący Stadler pominął w swoim wywodzie. W treści ww. pisma wskazano: „w załączeniu przesyłam oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do 17 czerwca 2018 r. Załączono do niego kopię gwarancji bankowej. W dniu dzisiejszym bezpośrednio do Zamawiającego został wysłany przez Bank Raiffeisen Polska oryginał aneksu do gwarancji bankowej z dnia 10 kwietnia przedłużający ważność gwarancji także do 17 czerwca [...]” Pismo to zostało podpisane przez tę samą osobę, która podpisała oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, w którym wskazano datę 17 lipca 2018 r. tj. przez pełnomocnika, Pana Aleša Kremzera. Jak wyjaśniło Konsorcjum Škoda w toku postępowania o udzielenie zamówienia pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r., wskazanie daty lipcowej było wynikiem omyłki będącej efektem błędów w tłumaczeniu dokumentu z języka czeskiego na polski z uwagi na podobieństwo nazw miesięcy czerwiec i lipiec w języku czeskim (červen, červenec). Okoliczność ta potwierdzona została złożonym w postępowaniu odwoławczym oświadczeniem tłumacza przysięgłego języka czeskiego.

Powyższe okoliczności w ocenie Izby wskazują, iż zamiarem Konsorcjum Škoda było przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 17 czerwca 2018 r., a na ten sam okres przedłużono ważność gwarancji bankowej stanowiącej wadium, co czyni bezzasadnym zarzut Odwołującego 4. Konsorcjum Škoda samodzielnie przedłużyło okres związania ofertą przed upływem dotychczasowego terminu związania ofertą, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, co czyni zadość wymogom wynikającym z art. 85 ust. 4 Ustawy Pzp. Ponadto Izba wskazuje, iż przed upływem tego okresu Konsorcjum Škoda przedłużyło zarówno termin związania ofertą, jak i ważność wadium na kolejny okres – do 15 września 2018 r., a zatem nie doszło tutaj do przerwania

terminu związania ofertą. W konsekwencji brak było podstaw do uznania, że Zamawiający dopuścił się w tym zakresie jakichkolwiek naruszeń. Również we wskazywanym przez Odwołującego 4 okresie pomiędzy 21 lutego 2018 r. a 11 kwietnia 2018 r. Konsorcjum Škoda było związane ofertą, a oferta ta była zabezpieczona wadium, na co wskazuje znajdujące się w dokumentacji postępowania pismo Konsorcjum Škoda z 19 lutego 2018 r. oraz aneks nr 2 do gwarancji wadialnej. Zamawiający w postępowaniu odwoławczym złożył ww. dokumenty, jak również raport z dnia 11 lipca 2018 r. potwierdzający ich otrzymanie, a okoliczność ta nie była dalej kwestionowana przez Odwołującego Stadler.

Zarzut nr 9 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1301/18

Odwołujący 4 podnosił ponadto zarzuty w zakresie nieprawidłowej oceny własnej oferty poprzez zaniechanie przyznania mu 2,75 pkt w ramach kryterium oceny ofert nr 3 za maksymalny okres międzyprzeglądowy między oferowanymi przeglądami P1, pomimo zaoferowania 3-miesięcznego (90-dniowego) interwału czasowego pomiędzy przeglądami P1 (zarzut nr 9 odwołania). Z daleko posuniętej ostrożności wykonawca Stadler podnosił w tym zakresie także zarzut ewentualny – naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie poprawienia jego oferty w zakresie okresów między przeglądami P1 z 3 miesięcy na 90 dni.

W zakresie tego zarzutu Izba w całości podtrzymuje własne stanowisko przedstawione w niniejszym uzasadnieniu wyroku odnośnie zarzutu nr 13 odwołania Konsorcjum Siemens, Newag w sprawie o sygn. akt KIO 1290/18 (w tym także fragment odnoszący się do argumentacji przedstawianej w tej sprawie przez wykonawcę Stadler) oraz zarzutu nr 3 odwołania Konsorcjum Škoda w sprawie o sygn. akt KIO 1297/18.

W ocenie Izby nie budziła wątpliwości okoliczność, iż przedstawiony przez Odwołującego Stadler schemat cyklu przeglądowo – naprawczego nie był w pełni zgodny z wymaganiami wynikającymi z opisu Kryterium nr 3 – System utrzymania pojazdu, jako że nie zawierał określenia okresu międzyprzeglądowego dla poziomu P1 w dniach, lecz jedynie w miesiącach. Z treści punktu 12 SIWZ jasno wynikało, iż liczba punktów przyznawanych za okres między przeglądami „P1” stanowić miała wynik równania: $P1 = (P1_b / P1_{max}) \times 4 \text{pkt}$, gdzie $P1_{max}$ to max. okres międzyprzeglądowy między oferowanymi przeglądami P1 (w dniach), a $P1_b$ to max. okres między przeglądami P1 w badanej ofercie (w dniach). W związku z tym już samo podanie okresu czasowego pomiędzy przeglądami P1 w miesiącach, a nie w dniach przesądzało o braku możliwości przyznania Odwołującemu 4 punktów w podkryterium P1.

Potwierdzał to brak obiektywnej możliwości przeliczenia wskazanej przez Odwołującego Stadler liczby miesięcy stanowiących maksymalny okres między przeglądami P1 na odpowiednią liczbę dni. Zastosowanie rozszerzającej interpretacji art. 114 k.c., czego

domagał się Odwołujący 4, nie znajdowało w ocenie Izby uzasadnienia na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż dokonywanie z jej uwzględnieniem wykładni oświadczenia woli wykonawcy, który zaniechał zastosowania się do wymogów wynikających z treści SIWZ, godzić mogłoby w podstawowe zasady prawa zamówień publicznych wynikające z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców, ale i zasadę przejrzystości. To obowiązkiem wykonawcy, jako podmiotu profesjonalnego, jest szczegółowe zapoznanie się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia i rzetelne skonstruowanie oferty w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ, tym bardziej, że mówimy tutaj o oświadczeniu, które wpływało bezpośrednio na ocenę ofert w kryterium nr 3 – system utrzymania pojazdu. Zdaniem składu orzekającego, nie było możliwe dokonanie wykładni oświadczenia woli Przystępującego Stadler w sposób, który prowadziłby do jednoznacznego i zarazem obiektywnego ustalenia zamiaru Przystępującego co do liczby dni definiującej długość okresu czasowego pomiędzy przeglądami poziomu P1. W konsekwencji nie było także możliwe poprawienie przez Zamawiającego treści oferty Odwołującego 4 na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, który to przepis nakazuje usuwać niezgodności oferty, ale w przypadku, kiedy jednoznacznie da się ustalić, w jaki sposób niezgodność tę usunąć, czyli jak poprawić ofertę. Jednocześnie te niezgodności muszą być usuwalne w taki sposób, że nie powodują istotnej zmiany treści oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1443/17, wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2017 r., sygn. akt 2425/17). Przeliczenie przez Zamawiającego liczby miesięcy wskazanej dla P1 przez Stadler na liczbę dni, przy jednoczesnej niemożliwości obiektywnego ustalenia rzeczywistej woli wykonawcy, mogłoby prowadzić do wykreowania oświadczenia woli za wykonawcę, a ponadto mogłoby wpływać na liczbę uzyskanych punktów w kryterium oceny ofert nr 3, a w konsekwencji na pozycję w rankingu ofert.

W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 65 § 1 k.c., ewentualnie w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, za bezzasadny.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania

odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego 4 tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....

.....