

Sygn. akt KIO 2304/22

KIO 2311/22

WYROK

z dnia 20 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Magdalena Rams
Michał Pawłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2022 r. przez:

1. wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt KIO 2304/22),**
2. wykonawcę **Stadler Polska Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce (sygn. akt KIO 2311/22),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Łódzkie z siedzibą w Łodzi, Al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź**

przy udziale:

1. wykonawcy **Stadler Polska Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2304/22 po stronie odwołującego,
2. wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2311/22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt KIO 2304/22)** i wykonawcę **Stadler Polska Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce (sygn. akt KIO 2311/22)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt KIO 2304/22)** i kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Stadler Polska Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce (sygn. akt KIO 2311/22)** tytułem wpisu od odwołań,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz (sygn. akt KIO 2304/22)** na rzecz zamawiającego **Województwa Łódzkiego z siedzibą w Łodzi, Al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i od wykonawcy **Stadler Polska Sp. z o.o., ul. Targowa 50, 08-110 Siedlce (sygn. akt KIO 2311/22)** na rzecz zamawiającego **Województwa Łódzkiego z siedzibą w Łodzi, Al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2304/22

KIO 2311/22

Uzasadnienie

Województwo Łódzkie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Likwidację wykluczenia komunikacyjnego w Łódzkiem – spójny i zrównoważony system transportowy województwa łódzkiego: zakup taboru kolejowego”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2022 r., nr 2022/S 135-382929.

KIO 2304/22

W dniu 5 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, zwany dalej „Odwołującym PESA”, wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w dniu 24 sierpnia 2022 r. zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, mocą której Zamawiający dokonał zmiany SWZ w zakresie obejmującym kryteria oceny ofert w postępowaniu, wprowadzając kryterium oceny pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu”, w którym Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy określił założenia i zasady, wedle których oceniać będzie złożone oferty.

Odwołujący PESA zarzucił Zamawiającemu naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa: art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustanowienie i ukształtowanie pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” w sposób nieuwzględniający istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, a w konsekwencji w sposób nieodnoszący się do jakości świadczenia objętego przedmiotem zamówienia oraz niegwarantujący najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, oraz w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, który prowadzi finalnie do ograniczenia konkurencji w postępowaniu w sposób nieuprawniony i nieproporcjonalny do zamówienia.

Odwołujący PESA wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kryterium oceny ofert pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” oraz przywrócenia treści postanowień SWZ dotyczących

kryteriów oceny ofert (i postanowień z nimi powiązanych, w tym wzorów dokumentów, których złożenia wraz z ofertą wymaga Zamawiający) do brzmienia sprzed zmiany dokonanej przez Zamawiającego w dniu 24 sierpnia 2022 r.;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego PESA kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Nadto Odwołujący PESA wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji postępowania oraz przedłożonych w załączeniu do odwołania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący PESA wskazał m.in., że Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2022 r. wprowadził do SWZ nowe, wcześniej nieprzewidziane, kryterium oceny ofert pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” o wadze 10% (maksymalna punktacja w kryterium: 10 pkt). Jednocześnie Zamawiający zmienił wagi dotychczasowych kryteriów oceny. Zamawiający wskazał, że zgodnie z metodologią oceny w ramach nowego kryterium „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” przyznawać będzie ofertom punktację w sposób następujący:

- 1) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 10 pkt (punktację maksymalną);
- 2) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 6 pkt;
- 3) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 3 pkt; 3
- 4) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 0 pkt.

Zamawiający wprowadzając kryterium oceny pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” dokonał zmiany rozdziałów: 17.1.1, 17.1.3, 17.1.5, 17.1.6, 17.1.7 IPU (tj. Części III SWZ - Istotne Postanowienia Umowy). IPU nie zawiera jednak jednostek redakcyjnych wskazanych przez Zamawiającego (zaś § 17 IPU nie dotyczy kwestii kryteriów oceny ofert), zaś Zamawiający wedle wszelkiego prawdopodobieństwa popełnił w tym zakresie oczywistą omyłkę pisarską, odnosząc się w rzeczywistości do ww. rozdziałów IDW (tj. Części I SWZ - Instrukcja dla Wykonawców), której rozdział 17 istotnie odnosi się do kryteriów oceny ofert. Odwołujący PESA zaznacza niniejszą okoliczność z najdalej posuniętej ostrożności wskazując, że prezentując w odwołaniu zarzuty i twierdzenia, Odwołujący PESA odnosi się każdorazowo do zmiany w zakresie kryteriów oceny i faktu wprowadzenia przez Zamawiającego kryterium oceny pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” w brzmieniu

opisanym przez Zamawiającego w ww. piśmie z dnia 19.08.2022 r., opublikowanym dnia 24 sierpnia 2022 r.

Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert zmierza do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w postępowaniu oraz naruszenia pozostałych zasady postępowania o udzielenie zamówienia - równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Zmiana ta efektywnie w dalszym ciągu zawęży bowiem bezzasadnie tę konkurencję do podmiotu (względnie podmiotów), który dysponuje już na chwilę obecną gotowym pojazdem pod wymogi Zamawiającego i nie będzie w rzeczywistości musiał przeprowadzać z Zamawiającym fazy uzgodnień i projektowania ani procedury uzyskania zezwolenia dla typu pojazdu, która jest o kilka miesięcy dłuższa niż procedura uzyskania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdu zgodnego z dopuszczonym typem.

Skutek wprowadzenia omawianego kryterium jest w istocie tożsamy z uprzednio przewidywanym przez Zamawiającego (a następnie, wskutek wniesionych odwołań, zmodyfikowanym przez Zamawiającego) bezwzględnym terminem dostawy pierwszego Pojazdu, tj. zawężenia realnej konkurencji w postępowaniu do predeterminowanych przez Zamawiającego podmiotu/podmiotów.

Jak wynika z ukształtowanego przez Zamawiającego kryterium oceny pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu”, jakiegokolwiek punkty w tym kryterium uzyskać może wyłącznie podmiot, który zaoferowałby termin dostawy pierwszego Pojazdu istotnie krótszy niż 36 miesięcy od zawarcia umowy - w tym maksymalną punktację w kryterium tym otrzyma podmiot, który zaoferuje o połowę krótszy termin dostawy pierwszego Pojazdu (18 miesięcy od zawarcia umowy). Zamawiający pomija przy tym szereg istotnych okoliczności mających wpływ na termin dostawy pierwszego Pojazdu. Wskazane przez Zamawiającego terminy dostawy pierwszego Pojazdu, które będą przez niego punktowane w ramach omawianego kryterium oceny, są całkowicie oderwane od realiów realizacji zamówienia, co świadczy o wadliwości sporządzonego przez Zamawiającego kryterium i opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia - Zamawiający nie może tym samym konstruować pozacenowego kryterium oceny w sposób dowolny, który całkowicie odbiegać będzie (jak to ma miejsce w niniejszym przypadku) od konkretnych uwarunkowań realizacji danego zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa Pojazdów, które zostaną wyprodukowane „na miarę” pod konkretne indywidualne wymagania Zamawiającego określone w SWZ, jak i ustalone z Zamawiającym w pierwszej fazie realizacji zamówienia, w ramach procedury uzgodnień (vide przykładowo: § 18 ust. 1 lit. a i § 19 IPU). Na rynku pojazdów kolejowych, ze względu na specyficzne wymagania każdego przewoźnika, nie istnieje bowiem praktyka oferowania pojazdów tzw. „z półki”, które mogłyby spełnić wymagania każdego zamawiającego

bez żadnych zmian technicznych. Z uwagi chociażby na inne wymagania w zakresie pojemności pojazdów czy konfiguracji wnętrza pojazdów konieczne jest każdorazowo, przy każdym zamówieniu, wykonanie chociażby podstawowego zakresu prac projektowych. Czas dostawy pierwszego Pojazdu (Pojazdu niehomologowanego) wynosi co najmniej 36 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy (z którym to momentem wykonawca może rozpocząć proces realizacyjny, w tym podjąć ewentualne działania związane z zamówieniami i zakupami komponentów na potrzeby realizacji zamówienia). Wniosek ten wynika z uwzględnienia wszystkich czynności składających się na harmonogram produkcji nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego, który musi uwzględniać czynności takie jak: uzgodnienia techniczne i projektowanie (prace projektowe), zamówienie komponentów do produkcji pojazdów i oczekiwanie na ich dostawę, zabudowę i montaż pojazdu (w tym czynności takie jak: produkcja konstrukcji pojazdu, wózków, zabudowa pojazdu), uruchomienia, testy oraz uzyskanie zezwolenia na wprowadzenie pojazdu do obrotu. Dodatkowo należy podkreślić, że czas trwania ww. etapów realizacji zamówienia jest w przeważającej części niezależny od wykonawcy, wynika z obiektywnych uwarunkowań i dlatego nie może być skrócony. W szczególności, w ramach dostawy Pojazdów Wykonawca zobowiązany jest m.in. dokonać z Zamawiającym wszelkich niezbędnych uzgodnień ostatecznych indywidualnych rozwiązań, jakie zastosowane zostaną w Pojazdach. Proces takich uzgodnień trwa - zgodnie z § 18 ust. 1 lit. a IPU i § 19 IPU - do 2 miesięcy. Kolejnych kilkanaście tygodni zajmuje proces projektowania Pojazdów, w ramach którego wykonywane są m.in. obliczenia matematyczne rozwiązań konstrukcyjnych Pojazdów, w zakresie umożliwiającym zamówienie komponentów od dostawców.

Terminy dostaw komponentów (spowodowane m.in. kryzysem na globalnych rynkach surowców oraz występującymi zaburzeniami łańcuchów dostaw) w odniesieniu do komponentów strategicznych (napędu, przetwornic, układu hamulcowego, sprzęgów, komponentów systemu sterowania etc.) wynoszą natomiast do 14 miesięcy. Należy podkreślić, że komponenty te produkowane są przez wysoko wyspecjalizowane podmioty, których zastąpienie jest praktycznie niemożliwe lub znacznie utrudnione. Z komponentów produkowanych przez tych dostawców korzystają wszyscy producenci taboru kolejowego, w mniejszym lub większym zakresie. Warunki oferowane przez te podmioty dotyczą więc w równym stopniu wszystkich wykonawców. Komponenty te mogą być przy tym zamówione dopiero po uprzednich uzgodnieniach z Zamawiającym lub po zakończeniu odpowiedniej fazy prac projektowych.

Oprócz wyżej wskazanego czasu niezbędnego na pozyskanie komponentów należy uwzględnić czasy niezbędne do wykonania prac związanych z produkcją konstrukcji pojazdu (4,5 miesiąca), jego malowaniem (1 miesiąc), produkcją wózków (2,5 miesiąca), prac montażowych pojazdu (3,5 miesiąca) i przeprowadzenia uruchomienia i testów pojazdu (2,5

miesiąca), które nie są możliwe do zrealizowania przed dostawą i zamontowaniem tych komponentów.

Dostawa pierwszego Pojazdu wiąże się nadto z dodatkowymi formalnościami względem pojazdów kolejnych, związanymi z koniecznością wykonania badań homologacyjnych przez Jednostkę Notyfikowaną, opracowania raportów z badań i przeprowadzenia przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego procedury administracyjnej uzyskania zezwolenia na dopuszczenie Pojazdu do eksploatacji, co łącznie zajmuje do 14-15 miesięcy i wynika z faktycznych terminów realizacji czynności przez Jednostki Notyfikowane, doświadczeń w tym zakresie, jak i obowiązujących przepisów prawa. Czas niezbędny na uzyskanie zezwolenia dla typu pojazdu (procedura administracyjna przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego) wynika w szczególności z przepisów: art. 34 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2018/545 z dnia 04.04.2018 r. ustanawiającego uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797 (zgodnie z którym: Podmiot udzielający zezwolenia i zainteresowane krajowe organy ds. bezpieczeństwa właściwe dla obszaru użytkowania oceniają, każde we własnym zakresie, kompletność wniosku zgodnie z art. 32 w terminie jednego miesiąca od daty otrzymania wniosku. Podmiot udzielający zezwolenia informuje wnioskodawcę o wynikach oceny.), art. 34 ust. 2 tego rozporządzenia (zgodnie z którym: Jeżeli wnioskodawca otrzymuje informację, że przekazana przez niego dokumentacja jest kompletna, ostateczną decyzję o wydaniu zezwolenia dla typu pojazdu lub zezwolenia na wprowadzenie pojazdu do obrotu podejmuje się nie później niż w terminie czterech miesięcy od potwierdzenia, że dokumentacja jest kompletna).

Zatem, z uwzględnieniem powyższych okoliczności, termin realizacji dostawy pierwszego (niehomologowanego) Pojazdu nie może być obiektywnie krótszy niż 36 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Odwołujący PESA podniósł także, że powyższe kwestie stanowiły przedmiot rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, analogicznego do niniejszego postępowania. W wyroku z dnia 01.06.2022 r. (sygn. akt: KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22), w którym Izba rozpoznawała m.in. zarzuty nieprawidłowego ukształtowania terminów dostaw pojazdów (elektrycznych zespołów trakcyjnych) podobnych do tych, których dostawa stanowi przedmiot Postępowania, Izba - nakazując Zamawiającemu odpowiednie wydłużenie terminów realizacji zamówienia - stwierdziła, że: „określone przez Zamawiającego terminy nie mają oparcia w warunkach rynkowych, w szczególności nie uwzględniały wyników wstępnego rozeznania. (...) żaden podmiot nie ma obowiązku zamawiania podzespołów (często kluczowych i kosztownych) bez pewności, iż zostaną one wykorzystane do produkcji

i będą spełniały oczekiwania zamawiającego (...) Określając termin dostawy Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić pełen proces, jakiego wymagać będzie dostawa wyprodukowanego dopiero na jego zlecenie pojazdu, a ta obejmuje również etap związany z dostawą kluczowych komponentów, których produkcja również uzależniona jest od składanych zamówień. Według szacunków czas oczekiwania na komponenty może wynosić od 11-14 miesięcy. Również w sposób całkowicie dowolny Zamawiający określił termin 24-miesięczny na dostawę pojazdu niehomologowanego, zakładając wyłącznie czas potrzebny na produkcję i homologację. Nie ma żadnych podstaw do tego, aby założenia te uznać za racjonalne z punktu widzenia procesu projektowania, uzyskania komponentów przyjętych w projekcie, produkcji i uzyskania wszystkich pozwoleń na pojazd nowo projektowany.”.

Możliwość zrealizowania dostawy pierwszego Pojazdu w terminie krótszym aniżeli wskazane 36 miesięcy od daty zawarcia umowy zachodzić będzie jedynie w przypadku całkowitego pominięcia fazy pierwszej realizacji, tj. fazy uzgodnień i projektowania pojazdu oraz w przypadku gdy pojazd jest zgodny z dopuszczonym wcześniej typem, co pozwoli na skrócenie procedury uzyskania zezwolenia przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego. Jest to zaś możliwe wyłącznie w sytuacji, w której dany wykonawca dysponuje już teraz dokładnie takim pojazdem, jak opisany w SWZ i ma już wykonane z Zamawiającym wszelkie uzgodnienia techniczne. W praktyce oznacza to, że jakkolwiek punktację w omawianym kryterium (a w konsekwencji jedyną realną szansę na uzyskanie zamówienia) może uzyskać podmiot, który już dostarczył do Zamawiającego identyczne pojazdy. Okoliczność ta powoduje tym samym nieuzasadnione zawężenie przez Zamawiającego kręgu wykonawców do tych, którzy już zrealizowali dostawy identycznych pojazdów dla Zamawiającego.

Kryteria oceny ofert, które - jak wskazuje art. 241 ust. 1 ustawy Pzp - muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a przy tym muszą być one zgodne z podstawowymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia (art. 16 ustawy Pzp): uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, nie mogą prowadzić efektywnie do nieuprawnionego zawężenia realnej konkurencji w postępowaniu do pośrednio konkretnie wskazanych przez Zamawiającego wykonawców (wykonawcy).

Odwołujący PESA podniósł także, że nie jest realnie możliwym zniwelowanie 10-punktowej (w 100 pkt. skali) przewagi udzielonej przez Zamawiającego (poprzez wprowadzenie i sposób ukształtowania kryterium pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu”) wykonawcy/wykonawcom, którzy już zrealizowali dostawy identycznych pojazdów dla Zamawiającego w drodze zmaksymalizowania swojej punktacji przez pozostałych wykonawców w ramach innych ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert („Cena dostawy brutto”, „Cena utrzymania Pojazdów brutto (stawka za 1 km przebiegu Pojazdu”, „Współczynnik efektywności kosztowej (masa służbowa Pojazdu w tonach pomnożona przez zużycie energii elektrycznej przez Pojazd w kWh”, „Cykl przeglądowy PI”). Zaznaczyć należy,

że co do zasady pozostałe pozacenowe kryteria oceny mają charakter deklaracyjny. W przypadku natomiast kryterium cenowego („Cena dostawy brutto”), zniwelowanie przewagi innego konkurenta na takim 10-punktowym poziomie (odpowiadającym średnio aż ok. 25% ceny jednego Pojazdu) poprzez obniżenie oferowanej ceny jest obiektywnie nierealne i niedostępne dla wykonawców działających na rynku, biorąc pod uwagę obserwowalną rynkową porównywalność cen taboru oferowanych przez poszczególnych producentów.

W dniu 6 września 2022 r. Zamawiający (działający przez pełnomocnika) zamieścił informację o wniesieniu odwołania wraz z jego treścią na stronie internetowej postępowania oraz przekazał za pośrednictwem poczty elektronicznej wraz z treścią odwołania wykonawcom, od których otrzymał korespondencję w przedmiotowym postępowaniu, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 9 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego PESA, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu PESA i Zamawiającemu.

W dniu 14 września 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obydwu odwołań oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych

KIO 2311/22

W dniu 5 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, zwany dalej „Odwołującym Stadler”, wniósł odwołanie wobec zmodyfikowanej w dniu 24 sierpnia 2022 r. treści SWZ, tj. Części I - Instrukcji dla Wykonawców, zwanej dalej „IDW” oraz części III - Istotnych Postanowień Umowy, zwanych dalej „IPU” - wobec ukształtowanego ww. modyfikacją brzmienia rozdz. 17.1.1. IDW oraz 17.1.6 IDW a także § 18 ust. 1 lit. b) IPU, tj. wprowadzonego tam kryterium oceny ofert oraz towarzyszących temu zmianom.

Odwołujący Stadler zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez ukształtowanie kryterium oceny ofert w postaci terminu dostawy pierwszego pojazdu, które to kryterium nie gwarantuje najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, jest nieefektywne oraz narusza zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez nieuzasadnione preferowanie wykonawcy, który w momencie wszczęcia postępowania dysponuje już gotowym, homologowanym pojazdem, zgodnym z wymogami ustanowionymi przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. przez modyfikację SWZ polegającą na:

- a) wprowadzeniu w pkt 17.1.1. IDW nowego kryterium oceny ofert w postaci terminu dostawy pierwszego Pojazdu, o wadze 10%;
- b) ukształtowaniu kryterium oceny ofert - Termin dostawy pierwszego Pojazdu w ten sposób, że maksymalna liczba punktów, tj. 10 punktów, przyznawana jest za zaoferowanie dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia Umowy i kolejno:
 - 6 pkt - za zaoferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;
 - 3 pkt - za zaoferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;
 - 0 pkt - za zaoferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;
- c) a także, w następstwie powyższego, zmianę § 18 ust. 1 lit. b) IPU, poprzez nadanie mu brzmienia: „dostawa pierwszego Pojazdu - nie później niż miesięcy od dnia zawarcia Umowy”.

Odwołujący Stadler wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dostosowanie SWZ, tj. Części I SWZ - Instrukcji dla Wykonawców do stanu zgodności z prawem przez:

1. rezygnację z kryterium oceny ofert w postaci Terminu dostawy pierwszego Pojazdu, a w konsekwencji jego wykreślenie i przywrócenie pierwotnych kryteriów oceny ofert oraz wagi początkowo im nadanej;
2. przywrócenie poprzedniego brzmienia § 18 ust. 1 lit b IPU, nadanego wyjaśnieniami SWZ z dnia 29 lipca 2022 r. , tj.: „dostawa pierwszego Pojazdu - nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”.

Odwołujący Stadler wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego, jak również z treści odwołań oraz pism Zamawiającego i postanowień KIO w sprawach o sygn. akt: 1944/22 i KIO 2126/22 - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego, a także akt postępowania odwoławczego zakończonych wyrokiem z dnia 1 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Stadler wskazał m.in., że Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2022 r. dokonał Modyfikacji SWZ - zmodyfikował kryteria oceny ofert, wprowadzając nowe kryterium w postaci Terminu dostawy pierwszego Pojazdu o wadze 10% i kształtując na nowo kryteria oceny ofert.

Sekwencja zdarzeń w niniejszym postępowaniu prowadzi do wniosku, iż Zamawiający próbując wprowadzić odpowiednie zapisy SWZ, które prowadziłyby do szybszej dostawy

pojazdów, *de facto* preferuje jednego z wykonawców, który posiada na ten moment w swojej ofercie gotowy, homologowany pojazd, spełniający zasadnicze wymogi Zamawiającego określone w aktualnym postępowaniu.

Pierwotna wersja SWZ, w brzmieniu na dzień jej publikacji, zakładała bardzo krótkie, nierealne terminy dostawy Pojazdów, określone bezwzględными datami dziennymi, tj.:

- 1) Strony ustalają następujące terminy wykonania dostawy Pojazdów:
 - a. przekazanie projektu design u Pojazdów Zamawiającemu do uzgodnienia - w terminie 30 dni od zawarcia Umowy,
 - b. dostawa pierwszego Pojazdu - nie później niż do dnia 31 grudnia 2023 roku,
 - c. dostawa pozostałych 3 szt. Pojazdów - nie później niż do dnia 31 marca 2024 roku,

Wykonawca dnia 25 lipca 2022 r. odwołał się m.in. od powyższej treści SWZ. Postępowanie odwoławcze toczyło się pod sygn. akt: KIO 1944/22. Zamawiający uwzględnił powyższe odwołanie, modyfikując wyjaśnieniami z dnia 29 lipca 2022 r. zapisy SWZ (IDW oraz IPU) i określając terminy dostawy w następujący sposób:

§ 18 ust. 1 lit. b. i c. IPU otrzymuje nowe, następujące brzmienie:

„b. dostawa pierwszego Pojazdu - nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

c. dostawa pozostałych 3 szt. Pojazdów - nie później niż w terminie 39 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”

Jednocześnie Zamawiający wprowadził na mocy ww. modyfikacji SWZ z dnia 29 lipca 2022 r. wymóg odbioru produkcyjnego w terminie 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, który miał odbyć się w Łodzi:

„b. przekazanie pierwszego Pojazdu do odbioru produkcyjnego obejmującego weryfikację zgodności kompletnego Pojazdu z założeniami, o których mowa w §19 ust 1 Umowy, przed rozpoczęciem prób stacjonarnych i ruchowych Pojazdu - w terminie do 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”.

Odbiór produkcyjny zakładał weryfikację zgodności kompletnego Pojazdu z założeniami, o których mowa w § 19 ust. 1 IPU, a więc: ustalenia szczegółowe dotyczące kolorystyki wnętrza i zewnątrz Pojazdu, jak również materiałów wykończeniowych wnętrza Pojazdów.

Odbiorowi produkcyjnemu miał więc podlegać w zasadzie gotowy Pojazd, na którego wyprodukowanie Zamawiający przewidywał termin 15 miesięcy. Jednocześnie Pojazd ten nie był jeszcze homologowany (przeprowadzenie tej procedury wymaga kolejnych co najmniej 12 miesięcy), a jego ostateczny odbiór i możliwość użytkowania przez Zamawiającego mogłyby nastąpić po prawie dwóch kolejnych latach.

Brzmienie SWZ nadane omawianą modyfikacją, kształtowało więc takie warunki dostawy, w których Zamawiający otrzymywałby pierwszy Pojazd nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, przy niezmienionych kryteriach oceny ofert (brak premiowania szybszego terminu dostawy pierwszego Pojazdu), z zastrzeżeniem obowiązku poddania w zasadzie gotowego Pojazdu obiorowi Produkcyjnemu już w terminie 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (przy jednoczesnym braku możliwości eksploatacji takiego Pojazdu, która materializowałaby się dopiero za prawie dwa lata). Takie zapisy SWZ jasno wskazywały, że Zamawiający próbuje forsować zapisy, które w sposób oczywisty preferują wykonawcę, który posiada gotowy Pojazd, a jednocześnie nie dawały Zamawiającemu żadnych realnych korzyści w postaci możliwości wcześniejszej jego eksploatacji. Wobec takich postanowień SWZ Wykonawca złożył w dniu 16 sierpnia 2022 r. kolejne odwołanie, któremu nadano sygn. akt: KIO 2126/22. Odwołane te również zostało uwzględnione przez Zamawiającego drogą Modyfikacji SWZ opublikowanej 24 sierpnia 2022 r., stanowiącej przedmiot niniejszego odwołania.

Zamawiający, modyfikacją z dnia 24 sierpnia 2022 r. zrezygnował z obowiązku przeprowadzania odbioru produkcyjnego, pozostawił niezmienione maksymalne terminy dostaw Pojazdów, a jednocześnie wprowadził nowe kryterium oceny ofert, tj. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu”, któremu nadał wagę 10% i przypisał wartości punktowe wskazane w cytowane wyżej. Utrata takiej liczby punktów w zasadzi przekreśla szanse Odwołującego na skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu.

W ślad za odwołaniami w sprawach KIO 1944/22 oraz KIO 2126/22 Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 1 czerwca 2022 r. w sprawie toczącej się pod sygn. akt: KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22 przyznała rację odwołującym się wykonawcom, iż czas niezbędny na dostawę pojazdu uprzednio niehomologowanego wynosi co najmniej 36 miesięcy, zaś homologowanego - 20 miesięcy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 czerwca 2022 r. wskazała, iż terminy dostaw określone przez zamawiającego powinny znajdować oparcie w warunkach rynkowych. Nadto Odwołujący podniósł, że w cytowanym wyroku Izba zakwestionowała nawet 24-miesięczny termin dostawy niehomologowanego pojazdu, jako zbyt krótki, bowiem uwzględniający jedynie czas potrzebny na produkcję i homologację, wskazując jednocześnie, iż „nie ma żadnych podstaw do tego, aby założenia te uznać za racjonalne z punktu widzenia procesu projektowania, uzyskania komponentów przyjętych w projekcie, produkcji i uzyskania wszystkich pozwoleń na pojazd nowo projektowań”.

Okres dostaw kluczowych komponentów od poddostawców (napędu, przetwornic, układu hamulcowego, sprzęgów, komponentów systemu sterowania etc.) wynosi w niektórych wypadkach nawet do 14 miesięcy. Wiele komponentów może być zamówionych dopiero po uprzednich uzgodnieniach z Zamawiającym lub po zakończeniu prac

projektowych. Dodatkowo, aktualne uwarunkowania geopolityczne i makroekonomiczne powodują nieprzewidywalne problemy w dostępności surowców i komponentów, w tym występowanie zaburzeń w łańcuchu dostaw, co tym bardziej uzasadnia konieczność wyznaczenia realnych dla wykonawców, zwłaszcza w obecnych uwarunkowaniach, terminów dostaw. Do wyżej wskazanego czasu niezbędnego na pozyskanie komponentów należy doliczyć co najmniej 3-miesięczny okres niezbędny do wykonania prac montażowych i przeprowadzenia uruchomienia pojazdu, które nie są możliwe do zrealizowania przed ich dostawą i zamontowaniem. Ponadto, wraz z dostawą Pierwszego Pojazdu Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu m. in.: (a) zezwolenie niezbędne do wprowadzenia Pojazdu do obrotu jako zgodnego z TSI, (b) deklarację weryfikacji WE podsystemu tabor, (c) pełne kopie wszystkich sprawozdań z badań wykonanych przez jednostkę badawczą w ramach badań homologacyjnych. Procedura uzyskania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdu kolejowego zgodnego z TSI jest wysoce sformalizowana i skomplikowana, a jego wydanie trwa zazwyczaj co najmniej od 12 do 15 miesięcy od daty uruchomienia pierwszego gotowego pojazdu i rozpoczęcia jego badań.

Tym samym kryteria oceny ofert wprowadzone skarżoną modyfikacją w zasadzie premiują wyłącznie wykonawcę, który posiada już aktualnie pojazd spełniający zasadnicze wymogi Zamawiającego. Pozostali wykonawcy potrzebują co najmniej 36 miesięcy, licząc od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, na dostawę Pojazdu, co w konsekwencji prowadzi do nieuzyskania punktów w kryterium „termin dostawy pierwszego Pojazdu” i zamyka im drogę do skutecznego ubiegania się o to zamówienie. Takie działanie Zamawiającego stanowi przejaw braku poszanowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania i jest nieproporcjonalny do celu, jaki chce uzyskać w tym Postępowaniu. Gdyby Zamawiającemu faktycznie zależało na szybkim uzyskaniu Pojazdu, który może eksploatować, tj. gdyby szybka dostawa faktycznie wynikała z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, wówczas nie dopuściłby do sytuacji takiej, jak ukształtowana modyfikacją z dnia 3 sierpnia 2022 r., w której wykonawcy mogą dostarczyć pierwszy Pojazd w terminie do 36 miesięcy, licząc od dnia zawarcia umowy, a termin dostawy w żadne sposób nie jest dodatkowo punktowany. Zamawiający tymczasem wprowadził wówczas dodatkowy odbiór produkcyjny, który miałby odbyć się już po 15 miesiącach od daty zawarcia umowy, podczas którego należałoby zaprezentować w zasadzie gotowy pojazd, którego zamawiający, zgodnie z postanowieniami SWZ i tak nie mógłby eksploatować jeszcze przez długi czas. Zamawiający sam jednak wycofał się z tych zmian, w odpowiedzi na zdecydowaną i konsekwentną reakcję Odwołującego oraz kolejnego Odwołującego - PESA Bydgoszcz S.A.

Sekwencja omówionych zdarzeń w Postępowaniu prowadzi do konkluzji, iż Zamawiający forsując na różne sposoby szybki termin dostawy, motywowany jest nie

jakimkolwiek obiektywnymi własnymi potrzebami, ale zmierza do promowania rozwiązań wyłącznie jednego z wykonawców. Kwestionowane kryterium oceny ofert nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, lecz prowadzi do zachwiania zasady uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Ustanowione tego kryterium - „terminu dostawy pierwszego Pojazdu” w żaden sposób nie zapewnia, w konsekwencji jego zastosowania, wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, z jednoczesnym poszanowaniem naczelnych zasad systemu prawa zamówień publicznych. Obecnie tylko jeden wykonawca działający na rynku będzie w stanie zaoferować termin dostawy, pozwalający uzyskać mu punkty w tym kryterium. Pozostali wykonawcy, którzy nie dysponują gotowym Pojazdem, nie uzyskają żadnych punktów w omawianym kryterium. Zaoferowanie terminu dostawy krótszego niż 36 miesięcy wiązałoby się dla nich z koniecznością kalkulowania kosztów opóźnienia w dostawie pierwszego Pojazdu, co w żaden sposób nie pozostaje w zgodzie z założeniami art. 239 ust. 2 ustawy Pzp. A ponadto, mając na uwadze aktualne otoczenie biznesowe (m.in. przerwane łańcuchy dostaw, problemy z dostępnością komponentów), wywołane sytuacją polityczną na świecie oraz zachodzącymi zmianami ekonomicznymi, premiowanie szybkich (i nierealnych) terminów dostaw nie prowadzi w żaden sposób do wyboru oferty, która faktycznie będzie najkorzystniejsza, bez jednoczesnego dyskryminowania wykonawców nieznajdujących się w uprzywilejowanej pozycji.

W dniu 6 września 2022 r. Zamawiający (działający przez pełnomocnika) zamieścił informację o wniesieniu odwołania wraz z jego treścią na stronie internetowej postępowania oraz przekazał za pośrednictwem poczty elektronicznej wraz z treścią odwołania wykonawcom, od których otrzymał korespondencję w przedmiotowym postępowaniu, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 8 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Pojazdy Szybowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego Stadler, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu Stadler i Zamawiającemu.

W dniu 14 września 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obydwu odwołań oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stanowiska Stron oraz

Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego PESA i Odwołującego Stadler w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy PESA i wykonawcy Stadler do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2304/22 i KIO 2311/22 po stronie Odwołującego Stadler i Odwołującego PESA.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępujących wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony oraz Przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego PESA i złożone w trakcie rozprawy, tj.:

1. Tabelę zawierającą proces produkcji pojazdu zgodnego z OPZ (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 3).
2. Ofertę od dostawcy komponentów (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 4-1); Ofertę od dostawcy komponentów (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 4-2); Ofertę od dostawcy komponentów (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 4-3) i Ofertę od dostawcy komponentów (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 4-4).

3. Opinię na temat czasu badań, certyfikacji i uzyskania zezwolenia dla nowego typu EZT zgodnego z wymaganiami TSI w Polsce (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 5).
4. OPZ aktualnie prowadzonego postępowania (określony przez Odwołującego PESA jako dowód nr 6-1); Dane techniczne elektrycznych zespołów trakcyjnych wykonawcy NEWAG (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 6-2).
5. Zestawienie pojazdów dostarczonych Zamawiającemu przez wykonawcę NEWAG z wyciągami prasowymi dotyczącymi dostawy pojazdów wykonawcy NEWAG (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 7).
6. Symulację punktowa sporządzona z uwzględnieniem aktualnych kryteriów oceny ofert (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 8).
7. Zestawienie cen ofert pochodzących z innych postępowań (określona przez Odwołującego PESA jako dowód nr 9).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego Stadler i złożone w trakcie rozprawy, tj.:

1. Decyzję z dnia 30 października 2018 r. dopuszczającą do eksploatacji typ pojazdu kolejowego zgodnego z TSI – elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 36WE_d kolejowego.
2. Zezwolenie z dnia 30 października 2018 r. na dopuszczenie do eksploatacji dla typu pojazdu kolejowego zgodnego z TSI (dotyczące elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 36WE_d).
3. Zestawienie parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego (zgodnie z OPZ) z parametrami pojazdu, który był już Zamawiającemu dostarczany przez wykonawcę NEWAG.
4. Zestawienie taboru kolejowego Zamawiającego.
5. Raport roczny Zamawiającego z 2020 roku.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie:

1. Wydruk ogłoszenia o udzieleniu zamówienia pn. „Likwidacja wykluczenia komunikacyjnego w Łódzkiem – spójny i zrównoważony system transportowy województwa łódzkiego: zakup autobusów hybrydowych”.
2. Wydruk Rozdziału 5 IDW sporządzonej dla postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Likwidacja wykluczenia komunikacyjnego w Łódzkiem – spójny i zrównoważony system transportowy województwa łódzkiego: zakup autobusów hybrydowych”.

3. Uwierzytelnioną kopię strony 14 umowy z dnia 13 grudnia 2012 roku na dostawę 20 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z ich utrzymaniem oraz uwierzytelniona kopia harmonogramu dostaw.
4. wydruk Rozdziału 5 IDW sporządzonej dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania w ramach projektu "Budowa Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej Etap II".
5. Uwierzytelnioną kopię strony 1 i 13 umowy z dnia 29 czerwca 2022 roku na dostawę 3 sztuk dwunapędowych zespołów trakcyjnych.
6. Wydruk wiadomości e-mail z dnia 1 lipca 2022 skierowanej do Pełnomocnika Zamawiającego przez Odwołującego 2.
7. Wydruk wiadomości e-mail z dnia 1 lipca 2022 skierowanej do Pełnomocnika Zamawiającego przez Odwołującego 1.
8. Wydruk wiadomości e-mail z dnia 29 czerwca 2022 skierowanej do Pełnomocnika Zamawiającego przez Newag S.A..
9. Tabelę z danymi pojazdów zhomologowanych przez Odwołującego 1, Odwołującego 2 i Newag S.A..
10. Wydruk Rozdziału XX.2.3) SWZ sporządzonej dla postępowania prowadzonego przez
Województwo Pomorskie.

oraz zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w trakcie rozprawy, tj. :

1. Zezwolenie z dnia 30 października 2018 r. na dopuszczenie do eksploatacji dla typu pojazdu kolejowego zgodnego z TSI (dotyczące elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 36WEEd).
2. Zezwolenie z dnia 31 sierpnia 2017 r. na dopuszczenie do eksploatacji dla typu pojazdu kolejowego zgodnego z TSI (dotyczące elektrycznego zespołu trakcyjnego typu 21WEa).
3. Zezwolenie typu pojazdu kolejowego z dnia 23 maja 2022 r. (wykonawcy NEWAG).
4. Zezwolenie typu pojazdu kolejowego z dnia 27 października 2021 r. (wykonawcy Stadler).

Izba nie dopuściła dowodów zawnioskowanych i złożonych przez Odwołującego PESA w załączeniu do odwołania, tj. :

1. Odwołanie PESA z dnia 25 lipca 2022 r. (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 1-1); Odwołanie Stadler z dnia 25 lipca 2022 r. (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 1-2); Odwołanie NEWAG z dnia 25 lipca 2022 r. (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 1-3) i Odpowiedzi na pytania

wykonawców z dnia 29 lipca 2022 r. (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 1-4);

2. Odwołanie PESA z dnia 16 sierpnia 2022 r. (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 2-1); Odwołanie Stadler z dnia 16 sierpnia 2022 r. (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 2-2) i Odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 19 sierpnia 2022 r. (określone przez Odwołującego PESA jako dowód nr 2-3);

gdyż składane były w innych sprawach i związku z postępowaniami wywołanymi ich wniesieniem oraz inną podstawę prawną i faktyczną, będącą podstawą wniesionych odwołań a co za tym idzie rozstrzygnięcia w tych sprawach.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że obydwa odwołania podlegają oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla obydwu odwołań):

Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2022 r. (pismem z dnia 19 sierpnia 2022 r.) poinformował wykonawców o modyfikacji treści SWZ, publikując wprowadzone zmiany na stronie prowadzonego postępowania. Zamawiający w rozdziale 17.1.1. SWZ podał, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria, tj.: Cena Dostawy brutto – 40% (40 pkt), Cena utrzymania Pojazdów brutto (stawka za 1 km przebiegu Pojazdu) – 25% (25 pkt), Współczynnik efektywności kosztowej (masa służbowa Pojazdu* w tonach pomnożona przez zużycie energii elektrycznej przez Pojazd w kWh**) – 15% (15 pkt), Cykl przeglądkowy P1 – 10% (10 pkt) i Termin dostawy pierwszego Pojazdu – 10% (10 pkt).

Zamawiający w rozdziale 17.1.6. podał:

„Zasady punktacji ofert w kryterium „Termin dostawy pierwszego Pojazdu”

Liczba punktów w kryterium „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” zostanie obliczona zgodnie z zasadami określonymi w poniżej tabeli:

gdzie:

Tx - ilość punktów w kryterium

L.p.	Wyszczególnienie	Max. liczba pkt	Metodologia oceny	Punktacja Tx
1.	Termin dostawy pierwszego Pojazdu	10	Za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy	10
			Za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy	6

			Za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 30 miesięcy od dnia zawarcia umowy	3
			Za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy	0

Wprowadzenie tego kryterium zakwestionowali dwaj wykonawcy, wnosząc odwołania i żądając usunięcia tego kryterium

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

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

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

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

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji”.

Oznacza to, że Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert opisane przez niego w dokumentach zamówienia i adekwatnie do wagi przypisanej poszczególnym kryteriom. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to do niego należy dobór kryteriów oceny ofert, jak i przypisanie wagi ustalonych kryteriów. Aby to jednak było możliwe Zamawiający musi jasno i precyzyjnie określić w SWZ na czym będzie polegała ocena spełniania kryterium i co będzie brał pod uwagę, przyznając punkty w

danym kryterium. Kryteria oceny ofert muszą więc zostać opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, obiektywny i czytelny, zgodny z zasadami określonymi w ustawie Pzp, w tym m.in. zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co więcej nie powinien w sposób nieuzasadniony faworyzować jakiegokolwiek wykonawcy. Tak więc Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności w ich ustaleniu. Istotne jest bowiem aby ustalone przez Zamawiającego kryteria pozacenowe były uzasadnione jego potrzebami, waga kryterium nie była nadmierna, opis kryterium był jednoznaczny i precyzyjny a jego wprowadzenie nie prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Kryterium termin realizacji zamówienia jest jednym z najczęściej stosowanych pozacenowych kryteriów oceny ofert. Jest to więc kryterium, które może być wprowadzane. Kryterium to (kryterium realizacji) jest więc kryterium dopuszczalnym, a więc takim, które jest i może być wprowadzane do SWZ. Zamawiający może bowiem tak ustalić kryteria oceny ofert aby dokonać zakupu, który najbardziej odpowiada jego potrzebom.

Zamawiający, który decyduje się na wprowadzenie takiego kryterium, musi jednak wziąć pod uwagę nie tylko to, co jest przedmiotem zamówienia, ale analizie musi także poddać rynek potencjalnych wykonawców, aby nie zakłócić konkurencji a tym samym poprzez wprowadzenie tego kryterium nie ograniczyć liczby wykonawców mogących złożyć oferty ważne oraz korzystne cenowo i ekonomicznie. W warunkach rynkowych dotyczących rynku pojazdów szynowych sposób kształtowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do terminów dostawy, jako mogących przesądzić o przyznaniu zamówienia określonemu podmiotowi ma rzeczywiście szczególnie istotne znaczenie dla stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zabezpieczenia równego traktowania wykonawców.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, dokonując modyfikacji SWZ w dniu 24 sierpnia 2022 r., poza kryterium cenowym i wcześniej wprowadzonymi trzema kryteriami pozacenowymi wprowadził kolejne kryterium pozacenowe, tj. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” z wagą „10%”. Zamawiający poza ceną przewidział bowiem 4 kryteria, spośród których tylko to kryterium („Termin dostawy pierwszego Pojazdu”) zakwestionowali obydwaj odwołujący się wykonawcy. Kryterium to jest dla niego celowe, gdyż wcześniejsze, a więc szybsze zrealizowanie choć części przedmiotu zamówienia (dostawa choć jednego pojazdu) przysporzy Zamawiającemu korzyści. Będzie wiązało się bowiem ze zwiększeniem liczby połączeń a co za tym idzie pasażerów i pozwoli na sprawne realizowanie zadań samorządu województwa z zakresu użyteczności publicznej.

Zamawiający, opisując kryteria oceny ofert, nie mógł i nie określił ich w sposób dowolny, ale oparł je – jak wykazał na rozprawie - na swych uzasadnionych potrzebach. Postępowanie obejmujące dostawę pojazdów (elektrycznych zespołów trakcyjnych) jest bowiem drugim etapem realizacji projektu pn. „Likwidacja wykluczenia komunikacyjnego w

Łódzkiem – spójny i zrównoważony system transportowy województwa łódzkiego”. Zamówienie realizowane w ramach tego etapu (etapu drugiego) jest nierozdzielnie związane z dostawą autobusów hybrydowych, które mają być dostarczone w ramach pierwszego etapu realizacji tego projektu. Połączenia realizowane tymi autobusami – jak wynika z analizy potrzeb i wymagań zamawiającego dla zamówienia realizowanego w ramach projektu pn. „Likwidacja wykluczenia komunikacyjnego w Łódzkiem – spójny i zrównoważony system transportowy województwa łódzkiego” – zaczną funkcjonować od 2023 roku jako połączenia dowozowe tzw. „ostatniej mili” do kolei. Tak więc uzupełnienie taboru kolejowego ma na celu doprowadzenie do jak najszybszej integracji połączeń kolejowych z siecią połączeń autobusowych na terenie województwa łódzkiego. To z kolei ma za zadanie zwiększenie dostępności transportowej regionu m.in. poprzez rozwój parku taborowego do przewozów pasażerskich a tym samym likwidację wykluczenia komunikacyjnego. Dlatego też tak istotna jest dla niego jak najszybsza dostawa nowych pojazdów kolejowych. Strategia rozwoju publicznego transportu zbiorowego oparta jest bowiem na kolei. Wobec czego Zamawiający obawia się, że brak szybkiego uzupełnienia taboru spowoduje, że mieszkańcy, nie mając możliwości skorzystania z dotychczasowych połączeń, będą rezygnować z publicznego transportu. Tymczasem Zamawiający konsekwentnie zwiększa dostępność połączeń. W tej sytuacji pożądana jest bardzo szybka integracja połączeń kolejowych z siecią połączeń autobusowych. Dlatego też każde nawet najmniejsze skrócenie terminu dostawy pojazdów ma dla niego kluczowe znaczenie. Zamawiający nie miał wpływu na kolejność rozpatrywanych wniosków o dofinansowanie. W pierwszej kolejności rozpatrzono więc wniosek dotyczący zakupu autobusów hybrydowych. Wobec czego jako pierwsze przeprowadził postępowanie dotyczące ich zakupu a obecnie przeprowadza postępowanie na dostawę pojazdów kolejowych. Jest to więc okoliczność niezależna od niego, która determinuje działania prowadzone w ramach tego postępowania.

Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołujących się wykonawców, nie faworyzuje żadnego wykonawcy i pojazdu. Na rynku nie istnieje pojazd gotowy, który spełnia wszystkie określone w OPZ wymogi Zamawiającego, jak i taki, który jest prawidłowo zhomologowanym elektrycznym zespołem trakcyjnym – posiadającym zezwolenie dla typu pojazdu zgodnego z aktualnie obowiązującym TSI. Zamawiający wskazał bowiem, że ostatnie prowadzone przez niego postępowanie było w 2016 r. a zmiany dotyczące Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności (TSI) zostały wprowadzone Rozporządzeniem Wykonawczym Komisji (UE) z 2019 r. i wobec tego żaden pojazd tej zmodyfikowanej TSI nie posiada. Zestawienie - wykaz pojazdów zhomologowanych faktycznie pokazuje, że w stosunku do wyspecyfikowanych w nim pojazdów (pojazdów trzech działających w tej branży wykonawców) konieczne będzie, wbrew twierdzeniom obydwu Odwołujących, przeprowadzenie uzupełniającej procedury celem uzyskania zezwolenia dla typu pojazdu.

Czas uzyskania takiego zezwolenia, jak dowodził Zamawiający, będzie jednak krótszy. Żaden z wykonawców nie znajduje się więc w bardziej uprzywilejowanej sytuacji.

Identyczne pojazdy z tymi, które są obecnie przedmiotem zamówienia, nie były dostarczane Zamawiającemu przez żaden z wykonawców. Zamawiający – jak podkreślał - prowadził dotychczas trzy postępowania. Dwa z nich dotyczyły elektrycznych zespołów trakcyjnych a jedynie jedno hybrydowych pojazdów kolejowych. Każde z tych postępowań dotyczyło więc dostawy pojazdów o innych parametrach technicznych. Zamawiający i tym razem nie oczekuje prototypu. Oczekuje pojazdów o określonych parametrach technicznych, parametrach które mogą spełnić pojazdy wszystkich wykonawców. Istotnie zmiany, które powinny być wprowadzone w pojazdach posiadanych w ofercie wszystkich wykonawców mogą wymagać dostosowania konstrukcji do oczekiwań OPZ a nawet przeprojektowania pojazdu w określonym zakresie. W konsekwencji będzie to wymagało uzgodnień także z Zamawiającym, które - jak konsekwentnie podkreślał – zawsze przebiegają sprawnie i szybko. A ponadto każdy z potencjalnych wykonawców posiada już zezwolenie na dopuszczenie 3-trakcyjnego pojazdu do użytkowania dla określonych typów pojazdu. Nie istnieje natomiast i nie wykazali tego obydwaj Odwołujący, pojazd zgodny z wymaganiami technicznymi Zamawiającego postawionymi w OPZ, ani też pojazd zhomologowany na zgodność z aktualnie obowiązującymi TSI. Cały proces przeprojektowania pojazdu i uzgadniania będzie dotyczył pojazdu każdego z potencjalnych wykonawców i proces ten nie powinien powodować przedłużania terminu realizacji zamówienia. Nie ma bowiem pojazdu o identycznych parametrach jak wskazane przez Zamawiającego w OPZ. Ze złożonych przez odwołujących się wykonawców decyzji i zezwoleń wynika, że pojazd kolejowy wykonawcy NEWAG (typ 36WED) także wymaga modyfikacji a więc podobnie jak pojazdy obydwu odwołujących.

Warte podkreślenia jest i to, że Zamawiający przed wszczęciem postępowania przeprowadził także badanie rynku pod kątem możliwości dostarczenia pojazdu w możliwie najkrótszym terminie. Odwołujący PESA, odpowiadając na pytanie Zamawiającego wskazał, że „niezbędny czas na wyprodukowanie i dostawę pierwszych 5 pojazdów to minimum 26 do 30 miesięcy od daty podpisania umowy”. Z kolei inny wykonawca (NEWAG) podał, że „termin dostawy pierwszego pojazdu to 24 miesiące od daty podpisania umowy”. W kontekście powyższego nie jest więc nierealne zrealizowanie chociażby części zamówienia poprzez dostarczenie pierwszego pojazdu w terminie, który pozwoli uzyskać punkty w kwestionowanym kryterium. Możliwość dostarczenia pojazdu w terminie wynikającym z kryterium i pozwalającym na uzyskanie punktów przez wykonawców działających na rynku kolejowym wynika także z doświadczenia Zamawiającego. Wykonawca Stadler (drugi Odwołujący się wykonawca) dostarczył Zamawiającemu pojazd mimo konieczności jego rozbudowy, a więc i przeprojektowania do trzech członów, w kilkanaście miesięcy od dnia

podpisania umowy (umowę podpisano w grudniu 2012 r. a pojazd został przekazany Zamawiającemu w czerwcu w 2014 r.). Co prawda Odwołujący Stadler podnosił, że wynikało to wyłącznie z tego, że pojazd mógł być dostarczony z zezwoleniem ograniczonym. Stąd też krótki termin dostawy. Niemniej jednak wprowadzenie takiego kryterium do SWZ nie oznacza, że może być ono wprowadzone przez Zamawiającego wyłącznie wtedy, gdyż każdy potencjalny wykonawca uzyska w nim maksymalną ilość punktów. To wykonawcy przecież, składając ofertę i kalkulując jej cenę, biorą pod uwagę obiektywne czynniki, co w ramach danego kryterium mogą zaoferować. Chodzi przy tym o realną a nie hipotetyczną możliwość. Wykonawca nie będzie przecież od początku projektował pojazdu, ale będzie modyfikował pojazd już posiadany aby odpowiadał wymogom OPZ tego Zamawiającego. „Zestawienie czasu niezbędnego na dostarczenie pojazdu – 36” zawiera termin realizacji zamówienia optymalny dla składającego zestawienie. Nie oznacza to jednak, że czas ten w odniesieniu do poszczególnych jego elementów nie może być skrócony. Zamawiający konsekwentnie bowiem podkreślał, że nie oczekuje poważnych, niemal rewolucyjnych zmian.

Z korespondencji prowadzonej z dostawcami Odwołującego PESA także nie wynika, że terminy dostaw niektórych z elementów pojazdów uległy zmianie i czas oczekiwania będzie się przedłużał. Wskazano w nich jedynie przybliżone terminy w jakich te elementy mogą być faktycznie dostarczone.

Niemniej jednak kryterium to nie występuje pierwszy raz w tego rodzaju postępowaniach. W postępowaniu prowadzonym przez województwo pomorskie takie kryterium również było wprowadzone i z informacji dostępnych na stronie internetowej tamtego Zamawiającego wynika, że kryterium to nie było kwestionowane.

W tym konkretnym przypadku chodzi o punkty za dostawę pierwszego pojazdu (realizację jedynie części zamówienia), a nie dostawę całości przedmiotu zamówienia, części która już pozwoliłaby Zamawiającemu na realizację celów ujętych w strategii dotyczącej rozwoju komunikacji kolejowej w regionie.

Kwestia wagi tego kryterium, jaki i sposób jego oceny nie budził wątpliwości. Obydwaj odwołujący się wykonawcy w tym zakresie nie podnosili żadnych argumentów, dążąc konsekwentnie i jedynie do usunięcia tego kryterium a nie jakiegokolwiek jego modyfikacji.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....