

Sygn. akt: KIO 1806/15

WYROK
z dnia 2 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia br. przez wykonawcę NEWAG spółka akcyjna w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Małopolskie w Krakowie

przy udziale:

- A. wykonawcy Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Siedlcach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna w Bydgoszczy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Województwu Małopolskiemu w Krakowie modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w następujący sposób:
 - 1.1. wykreślenie ustępów 2 i 3 w § 3 załącznika nr 6 do umowy,
 - 1.2. zmianę pkt 1.13.4) załącznika nr 5 do SIWZ oraz § 2 ust. 2 załącznika nr 6 do umowy poprzez wydłużenie terminu na wykonanie przeglądu P3 z pięciu do co najmniej piętnastu dni roboczych,
 - 1.3. doprecyzowanie i zmianę postanowień SIWZ zgodnie z zapowiedziami sformułowanymi w punktach 7 a, b, d oraz 8b odpowiedzi na odwołanie (skorelowanej z odpowiednimi zarzutami i żądaniami odwołania o tej samej numeracji);w pozostałym zakresie zarzuty i żądania odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Małopolskie w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr(słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NEWAG spółka akcyjna w Nowym Sączu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Województwa Małopolskiego w Krakowie na rzecz wykonawcy NEWAG spółka akcyjna w Nowym Sączu kwotę 18 600 zł 00 gr(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Województwo Małopolskie w Krakowie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Zakup Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla rozwoju kolei małopolskich.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 8 sierpnia 2015 r., poz. 2015/S152-280169. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej w dniu 10 sierpnia 2015 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

W dniu 1 września 2015 r. NEWAG spółka akcyjna w Nowym Sączu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie (numeracja zarzutów i żądań - zgodnie z odwołaniem, przytoczenie podstawy prawnej - po sprostowaniu oczywistej omyłki na rozprawie, co nie budziło zastrzeżeń Strony przeciwnej):

- 1) art. 147 Ustawy poprzez określenie wymogu wejścia w życie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie usług utrzymania pojazdów już w chwili zawarcia umowy, podczas gdy usługi te stanowią odrębny element umowy, a świadczone będą dopiero po dostawie pojazdów;
- 2) art. 29 ust. 1 Ustawy, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający sporządzenie oferty, a to na skutek określenia wymogu, aby cena dostarczanych pojazdów zawierała w sobie koszty utrzymania pojazdów w okresie pięciu lat, podczas gdy koszty utrzymania pojazdu nie zależą od czasokresu ich użytkowania, a od faktycznie przebytych przez pojazd kilometrów;
- 3) art. 29 ust. 1 Ustawy, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku naprawy pojazdu w sytuacji jego uszkodzenia w wyniku działań zewnętrznych (nie będących wynikiem wady EZT) bez wcześniejszej gwarancji ze strony Zamawiającego zapłaty wynagrodzenia bądź zaciągnięcia zobowiązania finansowego do jego zapłaty przez podmiot odpowiedzialny za uszkodzenie pojazdu, co de facto jest zobowiązaniem naruszającym zasadę wzajemności i odpłatności zamówień publicznych oraz zasady współżycia społecznego, uniemożliwiający Wykonawcy kalkulację ryzyka oraz prawidłowe sporządzenie oferty;

- 4) naruszenie art, 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 483 § 1 KC oraz 139 ust. 1, art. 14 i 29 ust. 1 Ustawy poprzez oparcie odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy na zasadzie ryzyka poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych bez względu na zawinienie wykonawcy, których łączna wysokość może stać się wówczas rażąco wygórowana i których zapłata prowadziłyby do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
- 5) art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 5 KC oraz 139 ust. 1, art. 29 i art. 14 Ustawy poprzez wprowadzenie - w § 6 ust. 1 lit. a-d oraz § 6 ust. 2 lit. a-d załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ) - zdublowanych kar umownych (za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególnych przeglądów danego pojazdu oraz za nieterminowe wykonanie przeglądu danego pojazdu), przyjmując przy tym niewłaściwą podstawę do ich naliczania, przy jednoczesnym braku wskazania jednostki czasu i/lub miary (za dany: dzień, za dane naruszenie) do naliczania kar, co stanowi naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego - umowy o świadczenie usług - poprzez brak jednoznacznego określenia treści zobowiązania wykonawcy;
- 6) art. 387 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania przeglądu P3 pojazdu w terminie do 5 dni roboczych, co jest zobowiązaniem obiektywnie niemożliwym do wykonania;
- 7) art. 29 ust. 1 Ustawy poprzez określenie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie prawidłowej oferty, co ma miejsce odnośnie wymogów dotyczących:
 - a) zastosowania analogicznych rozwiązań technicznych i funkcjonalnych w wersji czteroczęłkowej i pięcioczęłkowej bez określenia zakresu tych rozwiązań, co których ma być osiągnięta ich a na logiczność, jak również bez zdefiniowania co Zamawiający rozumie pod pojęciem „a na logiczności”;
 - b) przedłożenia zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji przy jednoczesnym wymogu, aby pojazdy były zgodne z normami TSI;
 - c) niewskazanie wymaganego przez Zamawiającego zakresu przeglądu P4;
 - d) całkowity brak określenia układu (konfiguracji) osi pojazdów, mocy stosowanych silników trakcyjnych, mocy falowników, mocy przetwornic, ilości drzwi, ilość wyłączników szybkich;
- 8) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i art. 30 ust. 4 Ustawy poprzez:
 - a) wprowadzenie wymogu zastosowania sprzężarek tłokowych, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych;
 - b) wprowadzenie wymogu zabudowy falowników na dachu pojazdu oraz wyłącznie chłodzonych cieczą, co wyklucza z postępowania wykonawców oferujących

pojazdy z falownikami zabudowanymi wewnątrz pojazdu oraz chłodzonych cieczą;

- 9) art 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 627 i 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 art. 14 Ustawy poprzez zobowiązanie wykonawcy w § 9 ust. 1 oraz § 10 ust. 1 wzoru umowy do spełnienia świadczenia dodatkowego polegającego na udzieleniu licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej i oprogramowania, które to świadczenie powinno pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym rozszerzeniu teŝe licencji takŝe na pojazdy nieobjęte przedmiotem niniejszego zamówienia bez dodatkowego wynagrodzenia, co stanowi naruszenie natury odpłatnej umowy o dzieło poprzez wprowadzenie zobowiązań niemających związku z wykonywanym dziełem.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1) zmianę wskazanego w pkt. XV ppkt. 11 2 SIWZ oraz § 8 ust. 1 i 3 Załącznika nr 6 do SIWZ momentu wejścia w życie wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez określenie tego momentu na dzień dostawy pojazdów;
- 2) a) Usunięcia § 2 ust. 5 załącznika nr 6 do wzoru umowy;
- c) Wprowadzenie w § 7 ust. 1 i 2 do wzoru umowy szczegółowego podziału wynagrodzenia na wynagrodzenie należne z tytułu dostawy oraz z tytułu świadczenia usług serwisowo - utrzymaniowo - naprawczych przyjmując za podstawę ceny usług utrzymaniowych wartość przejechania jednego kilometra przez dany pojazd

ewentualnie

zobowiązanie Zamawiającego do doprecyzowania zapisów § 7 ust. 1 i 2 wzoru umowy oraz wprowadzenie dodatkowego zapisu umownego określającego wysokość należnego wynagrodzenia Wykonawcy za usługi serwisowo-utrzymaniowo-naprawcze, przyjmując za podstawę wynagrodzenia określenie stawki wynagrodzenia za jeden kilometr przejechany przez dany ezt;

- 3) skreślenie zapisu § 3 ust. 2 i 3 załącznika Nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ) ewentualnie zmianę zapisu § 3 ust. 2 poprzez wskazanie, iż zobowiązanym do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za wykonaną naprawę będzie Zamawiający;
- 4) zmianę postanowień:
 - a) § 5 ust. 1 pkt 1-4,6 i 7 wzoru umowy poprzez zmianę kwoty maksymalnej kary umownej na 0,01 % wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie danego

EZT objętego przedmiotem umowy, określonego w § 7 ust. 2

- b) § 5 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy poprzez zmianę kwoty maksymalnej kary umownej na kwotę 3 000,00 złotych za każdy dzień przekroczenia terminu przez Wykonawcę;
 - c) § 5 ust. 1 wzoru umowy poprzez każdorazowe ustalenie obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kar za zwłokę - w miejsce opóźnienia - w niewykonaniu zobowiązań umownych przez Wykonawcę;
- 5) zmianę postanowień:
- a) § 6 ust. 1 poprzez zmianę tytułów uprawniających Zamawiającego do naliczenia kar umownych na: nieterminowe lub nienależyte wykonanie Obsługi;
 - b) § 6 ust. 1 lit a - d załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ) poprzez ujednoczenie i zmianę kwoty maksymalnej kary umownej na 1 % bez względu na rodzaj wykonywanego przeglądu, jak również zmianę podstawy jej naliczania z wynagrodzenia brutto należnego za dany ezr opisanego w § 7 ust. 2 wzoru umowy na wynagrodzenie należne z tytułu świadczenia Obsługi danego ezr za dany kwartał oraz jednoczesnego wprowadzenia jednostki czasu zwłoki, za który kara ta będzie naliczana tj. za każdy dzień zwłoki;
 - c) skreślenie § 6 ust. 2 załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ);
- 6) zmiany pkt. 1.13.4) Załącznika nr 5 do SIWZ oraz § 2 ust, 2 Załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ) poprzez wydłużenie terminu na wykonanie przeglądu P3 z 5-ciu do co najmniej 15 dni roboczych;
- 7) zobowiązanie Zamawiającego do doprecyzowania wymogów dotyczących warunków technicznych pojazdu, tj.:
- a) doprecyzowanie pkt. 1.1 Załącznika nr 5 do SIWZ poprzez wskazanie jakie dokładnie rozwiązania techniczne mają być analogiczne oraz jak ma być rozumiane pojęcie „analogiczności” rozwiązań technicznych;
 - b) doprecyzowanie pkt 1.5 Załącznika nr 5 do SIWZ poprzez wskazanie, czy pojazd musi być zgodny z TSJ, a zatem wymagane jest przedłożenie certyfikatu zgodności WE pojazdu, czy też wystarczającym jest przedłożenie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu, co nie potwierdza zgodności pojazdu z normami TSI;
 - c) doprecyzowanie pkt. 1.8 Załącznika nr 5 do SIWZ poprzez wskazanie zakresu wymaganego przeglądu P4;
 - e) wskazanie układu (konfiguracji) osi napędowych pojazdów, mocy stosowanych silników trakcyjnych, mocy falowników, mocy przetwornic, ilości drzwi, ilość wyłączników szybkich;
- 8) nakazanie zmiany:
- a) pkt. 21 Załącznik nr 5 do SIWZ poprzez dopuszczenie stosowania sprężarek

śrubowych ewentualnie dopuszczenie zastosowania rozwiązań równoważnych do sprężarek tłokowych;

b) pkt 101 Załącznika nr 5 do SIWZ poprzez dopuszczenie zabudowy falownika zarówno na dachu jak i wewnątrz pojazdu, jak również dopuszczenie zastosowania falowników zarówno chłodzonych cieczą, jak i powietrzem;

9) zobowiązanie Zamawiającego do doprecyzowania treści § 9 ust. 1 oraz § 10 ust. 1 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż Wykonawca zobowiązany będzie udzielić Zamawiającemu na czas życia każdego EZT, niewyłącznej licencji do korzystania z Dokumentacji technicznej oraz oprogramowania na wskazanych we wzorze umowy polach eksploatacji tylko i wyłącznie w zakresie wykonywania obsługi pojazdów objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania, jednak uznał zasadność zarzutów 7 litera A, B, i D, zarzutu 8B, i zapowiedział zmianę postanowień SIWZ. Co do zarzutu nr 9, polemizował z wnioskowaniem Odwołującego, ale wskazał, że skoro powstały wątpliwości, doprecyzuje SIWZ w tym zakresie.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy:

- Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz spółka akcyjna w Bydgoszczy, po stronie Zamawiającego,
- Stadler Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Siedlcach, po stronie Odwołującego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, postanowienia SIWZ w skarżonym brzmieniu utrudniałyby bądź uniemożliwiły złożenie Odwołującemu konkurencyjnej oferty w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o częściowe umorzenie postępowania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego niektórych zarzutów, jednak Izba stwierdziła, że w obecnie obowiązujących przepisach brak podstawy prawnej do wydania postanowienia o częściowym umorzeniu postępowania. Wyinterpretowaniu takiej możliwości stoi na

przeszkodzie chociażby sposób rozliczenia kosztów w postępowaniu odwoławczym - pokrywa je w całości strona przegrywająca, a przy umorzeniu postępowania - koszty znosi się wzajemnie. Zatem, wobec braku podstawy do stosunkowego rozliczenia kosztów (co w postępowaniu odwoławczym byłoby utrudnione dodatkowo przez niemożliwość przypisania skonkretyzowanej wartości poszczególnym zarzutom) w ocenie składu orzekającego brak również prawnych przesłanek do częściowego umorzenia postępowania. Wobec faktu, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jedynie zapowiedział dokonanie zmian SIWZ, ale jeszcze zmian tych nie ogłosił, Izba nie mogła uznać, że uznane przez Zamawiającego za zasadne zarzuty odwołania, wskazujące na naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, nie miały (bądź nie mogą mieć) wpływu na wynik postępowania, dlatego nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie i zmianę SIWZ zgodnie z zapowiedziami wyrażonymi w odpowiedzi na odwołanie; poza zarzutem nr 9, w odniesieniu do którego Izba nie dostrzegła potrzeby doprecyzowania SIWZ zgodnie z postulatami Odwołującego, pozostawiając Zamawiającemu swobodę w tym zakresie.

I tak, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zapowiedział dokonanie następujących zmian SIWZ:

W odniesieniu do zarzutu pkt 7a odwołania, „przez zapisy o analogiczności wersji cztero i pięcioczęłonowej Zamawiający ma na myśli sytuację, w której oba te typy pojazdów będą miały takie same, lub jeżeli nie jest to możliwe ze względów technicznych, bardzo podobne rozwiązania techniczne i funkcjonalne. Zamawiający oczekuje, że dostarczone w obu wersjach pojazdy będą mieć takie same co do rodzaju, a nie ilości czy wielkości parametrów m.in. silniki trakcyjne, wózki, zestawy kołowe, układ wnętrza (fotele, oświetlenie, toalety, monitory LCD), kabiny maszynisty.

Stosowne zapisy zostaną wprowadzone do SIWZ. Usunięty zostanie również zapis dotyczący wyprodukowania EZT przez jednego producenta.”

W odniesieniu do zarzutu pkt 7b, Zamawiający zapowiedział, iż „dokona stosownej modyfikacji treści SIWZ przez doprecyzowanie, że żąda dostarczenia przez wykonawcę certyfikatów WE wydanych przez akredytowane jednostki certyfikujące.”

W odniesieniu do pkt 7d, Zamawiający zapowiedział, że „odnośnie wskazanych w odwołaniu parametrów i konfiguracji, które nie zostały określone w SIWZ, tj. osi pojazdu, mocy stosowanych silników trakcyjnych, mocy falowników, mocy przetwornic, ilości drzwi, ilości włączników szybkich, Zamawiający wskazuje, że dokona „modyfikacji treści SIWZ w odniesieniu do:

- układu jezdnego poprzez określenie go dla wersji czteroczęłonowej na Bo`2`2`2`Bo`, dla wersji pięcioczęłonowej na Bo`2`2`2`2`Bo,

- ilości drzwi - Zamawiający określi w modyfikacji wymagania w odniesieniu do wersji czteroczęłkowej i pięcioczęłkowej.

W pozostałym zakresie Zamawiający wskazuje, że parametry, jakie powinny mieć silniki, falowniki, przetwornice wynikają wprost z wymogów OPZ. Wykonawca musi sam dobrać moc silników oraz pozostałych urządzeń, zwracając uwagę na masę pojazdu, wymaganą prędkość eksploatacyjną itd. Zamawiający nie chce doprowadzić do sytuacji, w której określając moc min. w/w urządzeń, wykluczy rozwiązanie polegające na dostarczeniu np. lżejszych pojazdów lub pojazdów o bardziej aerodynamicznym kształcie.”

W odniesieniu do zarzutu nr 8b, Zamawiający zapowiedział, że „zobowiązuje się do dokonania modyfikacji SIWZ (OPZ) we wskazanym zakresie (miejsca zamontowania falownika), poprzez dopuszczenie możliwości zabudowy falowników zarówno w pojeździe, jak i na dachu pojazdu, przy czym falownik będzie chłodzony cieczą.”.

Wobec tak sformułowanych zapowiedzi dokonania zmian w SIWZ, Izba orzekła jak w sentencji w pkt. 1.3.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

W zakresie zarzutu nr 1, dotyczącego terminu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, należy przyznać rację Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucając naruszenie art. 147 Prawa zamówień publicznych, w odwołaniu argumentował, iż w pkt XV ppkt. 1 SIWZ oraz w § 7 i § 8 ust. 1 i 3 wzoru umowy (Załącznika nr 6 do SIWZ), Zamawiający wskazał, iż wymaga wniesienia pełnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc także w zakresie usług utrzymaniowych, które to zabezpieczenie ma wejść w życie z chwilą podpisania umowy. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, zgodnie ze swą funkcją, zabezpieczenia należytego wykonania umowy musi pozostawać w ścisłym związku z przedmiotem umowy. W niniejszym przypadku przedmiot umowy został podzielony niejako na dwa etapy, tj. dostawę oraz usługi utrzymania. Skutkiem tego zabezpieczenie należytego wykonania powinno odnosić się w ocenie Odwołującego odrębnie do każdej ze wskazanych części przedmiotu umowy. Natomiast ani w SIWZ, ani we wzorze umowy (załączniku nr 6 do SIWZ) Zamawiający nie wyodrębnił podziału na dwa etapy wniesienia zabezpieczenia.

W ocenie Izby argumenty Odwołującego nie zasługują na akceptację. Zgodnie z art. 147 ust. 1 Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a zgodnie z ust. 2, zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Bez wątplenia do świadczenia usług utrzymania można przystąpić dopiero po dokonaniu dostawy i odbioru pojazdu, jednak z faktu, że przedmiotem umowy jest realizacja kilku następujących po sobie świadczeń nie można wywodzić, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy można podzielić i wносить w

miarę realizacji kolejnych świadczeń. Funkcją zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest wzmocnienie gwarancji dla Zamawiającego, że całość umowy zostanie wykonana należycie, i że wykonawca będzie sukcesywnie w przyszłości przystępował do realizacji jej kolejnych etapów. Dlatego Zamawiający ma prawo wymagać wniesienia zabezpieczenia w całości przy podpisaniu umowy. Wyjątek od wniesienia zabezpieczenia w całości przewiduje Prawo zamówień publicznych w art. 150 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, lecz naruszenia tego przepisu Odwołujący nie podnosił. Należy dostrzec, że każdorazowo sukcesywne wnoszenie zabezpieczenia uzależnione jest od zgody Zamawiającego, dlatego, jeżeli Zamawiający takiej woli nie przejawia, trudno dopatrzeć się naruszenia przepisów Ustawy. Dlatego Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 147 Prawa zamówień publicznych.

Podnosząc zarzut nr 2, Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający sporządzenie oferty, a to na skutek określenia wymogu, aby cena dostarczanych pojazdów zawierała w sobie koszty utrzymania pojazdów w okresie pięciu lat, podczas gdy koszty utrzymania pojazdu nie zależą od czasokresu ich użytkowania, a od faktycznie przebytych przez pojazd kilometrów.

Nie było sporne, że przewidziane przeglądy pojazdów uzależnione są od przebiegu pojazdów. Zamawiający podał szacunkowy przebieg pojazdów, w związku z czym wykonawcy mogą określić szacunkową ilość przeglądów. Odwołujący zauważał, że będzie zmuszony w ramach umowy wykonać najdroższy przegląd (na poziomie P4) dwukrotnie, jeżeli przebieg zwiększy się dwukrotnie w stosunku do szacowanego. Odwołujący jednak nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, jakie jest prawdopodobieństwo dwukrotnego zwiększenia szacowanego przez Zamawiającego przebiegu. Odwołujący nie podnosił, że szacunkowy przebieg podany przez Zamawiającego jest zaniżony czy nierealny. Przeciwnie, z jego argumentacji na rozprawie wynikało, że w toku realizowanej umowy z Zamawiającym na podobny przedmiot zamówienia, szacowane przebiegi nie zostały przekroczone, i jeszcze nie zaistniała potrzeba wykonania niektórych z przeglądów. Niezależnie od powyższego, zdaniem składu orzekającego, Zamawiający ma prawo skonstruować wynagrodzenie według swojego wyboru, jako kosztorysowe bądź ryczałtowe. Ryczałt może uzależnić też od czasu utrzymania pojazdów. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do ingerencji w konstrukcję wynagrodzenia przyjętą przez Zamawiającego, dlatego Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy (zarzut nr 3) przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku naprawy pojazdu w sytuacji jego uszkodzenia w wyniku działań zewnętrznych

(nie będących wynikiem wady EZT) bez wcześniejszej gwarancji ze strony Zamawiającego zapłaty wynagrodzenia bądź zaciągnięcia zobowiązania finansowego do jego zapłaty przez podmiot odpowiedzialny za uszkodzenie pojazdu. zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły zgodnie z § 3 załącznika nr 6 do umowy. W ust. 1 § 3 Zamawiający wyłączył z przedmiotu umowy następujące świadczenia:

- 1) naprawy uszkodzeń powstałych w wyniku wadliwej infrastruktury pod warunkiem, że Wykonawca bezsprzecznie udowodni zarządcy infrastruktury i Operatorowi przedmiotową wadliwość;
- 2) naprawy uszkodzeń powstałych w wyniku wypadków niespowodowanych wadą EZT, nieprawidłową obsługą i eksploatacją EZT przez Operatora, jak również okoliczności Siły wyższej, pod warunkiem, że Wykonawca bezsprzecznie udowodni wskazane okoliczności,
- 3) czynności sprzątnięcia, mycia i odfekalniania EZT, które to czynności wykonywane będą przez Operatora.

Natomiast w ust. 2 przewidziano, iż „Wykonawca jest zobowiązany do napraw EZT, w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w ust 1 pkt 1) i 2), z tym że Wykonawca będzie dochodził zapłaty wynagrodzenia za przeprowadzone czynności naprawcze i montowane materiały bezpośrednio od winnych, z wyłączeniem Zamawiającego.” W ust. 3 z kolei wskazano, że będą powoływane komisje powypadkowe, bez bliższego określenia terminów, zasad powoływania tych komisji; do kompetencji komisji nie należy określenie wynagrodzenia należnemu wykonawcy za dokonane naprawy.

W oparciu o tak ustalone postanowienia SIWZ, Izba stwierdziła, że ust. 2 i 3 w § 3 należy wykreślić. Przedmiotem zamówienia jest dostawa i utrzymanie pojazdów. Zamawiający z przedmiotu zamówienia wyłączył naprawy „awaryjne”. W ocenie Izby zobowiązanie wykonawcy do dokonywania tych napraw na własny koszt, a następnie do poszukiwania winnego i domagania się od niego wynagrodzenia (przy czym wynagrodzenie, o którym mowa w przywoływanych postanowieniach umownych Zamawiający nazwał na rozprawie „skrótem myślowym”) nie mieści się w definicji zamówienia publicznego i tym samym narusza art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 2 pkt 13 Prawa zamówień publicznych, zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna, zawierana między Zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zamawiający zatem nie ma prawa domagać się od wykonawcy nieodpłatnego wykonania świadczenia, które wyłączono z zakresu przedmiotu zamówienia, a przy tym wskazywać, że sam wykonawca, po znalezieniu „winnego”, może dochodzić od niego „wynagrodzenia”. Odwołujący, posiłkując się przykładami z umowy realizowanej z innym zamawiającym,

opartej o takie same postanowienia, wskazywał na trudności praktyczne w realizacji prawa wykonawcy do otrzymania należności za wykonane naprawy: może się okazać, że nie znaleziono winnego, bądź nie stwierdzono niczyjej winy; brak jednoznacznych kompetencji komisji powypadkowych, składu (nie wskazano np. czy ubezpieczyciel jest jej uczestnikiem), terminów powoływania i zasad działania komisji; ponieważ wykonawcę z ewentualnym „winnym” nie wiąże żaden stosunek prawny, a naprawa została dokonana w mieniu zamawiającego, trudno dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. W konsekwencji Izba uznała, że postanowienia ust. 2 i 3 § 3 naruszają art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ostatecznie nie wiadomo, czy naprawy awaryjne wchodzą w zakres świadczenia umownego (zostały wyraźnie wyłączone z zakresu umowy, a równocześnie Zamawiający zobowiązuje do ich wykonania), ponadto opisano niejednoznaczne i niewyczerpujące zasady wynagradzania za dokonywanie napraw awaryjnych, wobec czego nakazała wykreślenie przedmiotowych postanowień.

Odnosnie do zarzutu nr 4 i 5, dotyczących kar umownych, Izba stwierdziła, co następuje:

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 483 § 1 KC oraz 139 ust. 1, art. 14 i 29 ust. 1 Ustawy poprzez oparcie odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy na zasadzie ryzyka poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych bez względu na zawinienie wykonawcy, których łączna wysokość może stać się wówczas rażąco wygórowana i których zapłata prowadziłaby do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego oraz naruszenie art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 5 KC oraz 139 ust. 1, art. 29 i art. 14 Ustawy poprzez wprowadzenie - w § 6 ust. 1 lit. a-d oraz § 6 ust. 2 lit. a-d załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ) - zdublowanych kar umownych (za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie poszczególnych przeglądów danego pojazdu oraz za nieterminowe wykonanie przeglądu danego pojazdu), przyjmując przy tym niewłaściwą podstawę do ich naliczania, przy jednoczesnym braku wskazania jednostki czasu i/lub miary (za dany: dzień, za dane naruszenie) do naliczania kar, co stanowi naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego - umowy o świadczenie usług - poprzez brak jednoznacznego określenia treści zobowiązania wykonawcy.

Wobec tak postawionych zarzutów i żądań odwołania, Izba nie mogła stwierdzić naruszeń żadnego przepisu Prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, Izba nie może oceniać ewentualnego naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego przez naruszenie zasad współżycia społecznego przy ustalaniu wysokości kar umownych. Wysokość kar umownych, w przypadku ich naliczenia, będzie mógł miarkować właściwy sąd powszechny i Izba nie jest upoważniona do ingerowania w kompetencje sądu. Niewątpliwie kary umowne są

narzędziem wykorzystywanym przez Zamawiającego do mobilizowania wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy, a kary umowne w skarżonym projekcie umowy dostosował Zamawiający do zagrożeń, które mogą wystąpić po naruszeniu przez wykonawcę obowiązków umownych. Na tym etapie – przed przystąpieniem do realizacji umowy i wystąpieniem przesłanki do naliczenia kar umownych - nie można ocenić, czy ewentualna kara umowna będzie nadmierna, wygórowana i nieadekwatna do rzeczywistej szkody (którą Odwołujący zdaje się bagatelizować). Po drugie, w określeniu kar umownych, nawet na wysokim poziomie, nie można się dopatrzeć naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – kary umowne są określone jednakowo dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba nie ma kompetencji, aby oceniać, że doszło do „rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego” – Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jego organizatorem, „gospodarzem”, jego pozycja z natury jest uprzywilejowana, a umowa o wykonanie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny. Nawet, gdyby uprzywilejowanie Zamawiającego było „rażące”, to w przepisach Prawa zamówień publicznych, których ewentualne naruszenie Izba bada, trudno dopatrzeć się podstawy do oceny stopnia uprzywilejowania Zamawiającego. Równocześnie w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 29 Prawa zamówień publicznych, dlatego Izba oddaliła przedmiotowe zarzuty.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 387 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wykonania przeglądu P3 pojazdu w terminie do 5 dni roboczych, co jest zobowiązaniem - według Odwołującego - obiektywnie niemożliwym do wykonania, ponieważ przegląd ten wymaga wykonania szeregu następujących po sobie czynności, w tym rozmontowania wózków (zarzut nr 6). Zamawiający twierdził, że jest to czas realny, i zależy od sprawności organizacyjnej wykonawcy i liczby pracowników przeznaczonych do wykonania przeglądu. Powoływał się na rozporządzenie z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, zgodnie z którym - według Zamawiającego - zakres przeglądu P3 polega na „oględzinach, czyli wykonaniu czynności kontrolnych (wzrokowo lub słuchowo) stanu technicznego pojazdu (jego zespołu, podzespołu, elementu). (...) Natomiast rozmontowywanie wózków (o czym mowa w odwołaniu) w celu sprawdzenia stanu i dokonania wymaganych pomiarów oraz oczyszczenia i wymiany uszkodzonych części jest wykonywane podczas naprawy rewizyjnej (poziom P4)”.

Zamawiający podnosił także, że w innych postępowaniach Odwołujący przedmiotowego terminu nie kwestionował, a ponadto już realizuje umowę, wykonując przeglądy w takim terminie.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, Izba stwierdziła, że fakt, że wykonawca wcześniej nie zakwestionował postanowienia SIWZ w innym postępowaniu, nie może przesądzać, czy jest ono zgodne z przepisami. Zamawiający nie wykazał też, że Odwołujący wykonuje przedmiotowe przeglądy w określonym terminie - Odwołujący potwierdzał, że realizuje umowę, ale konieczność wykonania pewnych przeglądów jeszcze nie nastąpiła, z uwagi na nieosiągnięcie wymaganego przebiegu.

Wobec takich stanowisko Stron, w oparciu o przepisy przywołanego wcześniej rozporządzenia, w załączniku nr 3 do którego wskazano, że w ramach przeglądu P3 należy dokonać sprawdzenia działania obwodów, oględzin dostępnych po demontażu podzespołów, a także wykonać przewidziane w dokumentacji badania diagnostyczne. Nie było sporne, że dokumentację dostarcza producent pojazdów. Zatem to producent (wykonawca) ma największe rozeznanie, jakie czynności trzeba będzie wykonać w ramach przeglądu P3. Zamawiający pozostawił katalog czynności do wykonania otwarty, jednak wskazywał, że należy przeprowadzić je w ten sposób, aby umożliwić eksploatację pojazdu do czasu wykonania przeglądu P4. Stąd Izba uznała, że żądanie wydłużenia terminu przeglądu P3 jest uzasadnione. Termin 15 dniowy wydaje się długim okresem, ale Zamawiający nie kwestionował go nawet z ostrożności procesowej, dlatego, skoro Izba uznała argumentację Odwołującego za uzasadnioną co do zasady, nie znalazła podstaw, aby samodzielnie poszukiwać „właściwego” terminu, mieszczącego się w granicach od 5 do 15 dni.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez określenie wymogów technicznych przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, co uniemożliwia Wykonawcy sporządzenie prawidłowej oferty, przez niewskazanie wymaganego przez Zamawiającego zakresu przeglądu P4 (zarzut nr 7c). Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego; fakt, że to wykonawca sporządza dokumentację utrzymania pojazdu nie był sporny, wynika to z przywołanego wyżej rozporządzenia, które określa też minimalny zakres czynności do wykonania. A zatem, skoro dokumentację systemu utrzymania (DSU) dostarcza producent pojazdu, co podnosił również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie jest naruszeniem art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostawienie w tym zakresie wykonawcy pewnego marginesu swobody.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 4 Ustawy poprzez wprowadzenie wymogu zastosowania sprężarek tłokowych, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych (zarzut 8a) oraz wprowadzenie wymogu zabudowy falowników na dachu pojazdu oraz wyłącznie chłodzonych cieczą, co wyklucza z postępowania wykonawców oferujących pojazdy z falownikami zabudowanymi wewnątrz

pojazdu oraz chłodzonych cieczą (zarzut 8b). Zamawiający uznał częściowo zasadność zarzutu oznaczonego nr 8 b (dopuszczył inne miejsce montażu falowników), ale pozostał przy pierwotnych wymogach SIWZ: dopuszcza sprężarki tłokowe i falowniki chłodzone cieczą.

Izba oddaliła zarzuty odwołania w tym zakresie, bowiem Odwołujący nie wykazał naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych. Okoliczność, że na rynku istnieją rozwiązania podobne, o tych samych funkcjach czy spełniające te same normy, nie musi przesądzać, że wybór przez Zamawiającego określonego typu urządzenia jest niezgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych. W ocenie składu orzekającego art. 30 ust. 4 Prawa zamówień publicznych zobowiązuje Zamawiającego do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne - ale nie każde rozwiązanie spełniające określone normy musi być uznane za równoważne, chociażby dlatego, że Zamawiający może oczekiwać spełnienia wyższego standardu, niż opisany przez normę.

Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, a nie ma obowiązku dopuszczenia oferowania wszystkich typów urządzeń, dostępnych na rynku. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, ani nie uprawdopodobnił, że rozwiązania przez niego proponowane mają identyczne właściwości, jak oczekiwane przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający podnosił, że Odwołujący jest w stanie zaoferować oba rozwiązania - w tym też rozwiązanie oczekiwane przez Zamawiającego, z czym Odwołujący w ogóle nie polemizował, dlatego trudno się w tak sformułowanym zarzucie dopatrzeć naruszenia art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych - tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący zarzucał ponadto naruszenie art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 627 i 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 art. 14 Ustawy poprzez zobowiązanie wykonawcy w § 9 ust. 1 oraz § 10 ust. 1 wzoru umowy do spełnienia świadczenia dodatkowego polegającego na udzieleniu licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej i oprogramowania, które to świadczenie powinno pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, przy jednoczesnym rozszerzeniu tejże licencji także na pojazdy nieobjęte przedmiotem niniejszego zamówienia bez dodatkowego wynagrodzenia, co stanowi naruszenie natury odpłatnej umowy o dzieło poprzez wprowadzenie zobowiązań niemających związku z wykonywanym dziełem. Odwołujący wywnioskował z postanowień SIWZ, że licencja ma zostać udzielona w związku z każdym pojazdem będącym w posiadaniu Zamawiającego. Izba nie znalazła podstaw do takiego wnioskowania, licencja ma dotyczyć pojazdów zaoferowanych w ramach umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego Izba nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....