

Sygn. akt: KIO 719/16

Sygn. akt: KIO 724/16

WYROK
z dnia 19 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Barbara Bettman
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez:

- A. wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** (sygn. akt KIO 719/16),
- B. wykonawcę **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu** (sygn. akt KIO 724/16),
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**,

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** (sygn. akt KIO 724/16),

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawierających zobowiązanie wykonawcy do przeniesienia autorskich praw majątkowych praw zależnych na zobowiązanie wykonawcy do udzielenia licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielania sublicencji na opisanych przez zamawiającego warunkach,
 - 1.2. wskazanie w § 10 ust. 6 wzoru umowy, czy przy określaniu wysokości szkody zamawiający uwzględni odszkodowanie, które wypłaci mu ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez zamawiającego ubezpieczenia pojazdu,
 - 1.3. wykreślenie z § 10 ust. 6 wzoru umowy zdania drugiego o treści: *Odbiór Techniczny musi być zgłoszony przez Wykonawcę w takim terminie by zgłoszone ewentualne uwagi przez Zamawiającego 1 co do wykonania EZT nie powodowały zmiany terminu dostawy EZT zgodnie z Harmonogramem Dostaw*,
 - 1.4. zdefiniowanie użytych w § 10 ust. 11, 17, 20 oraz w § 12 wzoru umowy pojęć: „brak”, „bez zastrzeżeń”, „bez uwag”, „wada”,
 - 1.5. zmianę § 26 ust. 2 wzoru umowy, poprzez zastąpienie mechanizmu naliczania kar umownych za opóźnienie mechanizmem naliczania kar umownych za zwłokę,
 - 1.6. wskazanie w pkt. 1 i 2 Harmonogramu dostaw stanowiącego załącznik nr 4 do wzoru umowy jednoznacznego terminu, tj. w pozycji w pkt. 1: „nie później niż do 31 lipca 2017 r.” oraz w pkt. 2 „nie później niż do dnia 31 sierpnia 2017 r.”
 - 1.7. zmianę postanowienia 2.1. Załącznika nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia*, poprzez nadanie mu brzmienia: *Wszystkie zastosowane do produkcji EZT zespoły, podzespoły i elementy muszą być fabrycznie nowe i wzajemnie zastępowalne między wszystkimi typami EZT w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszcza, że silniki trakcyjne, falowniki i przetwornice dla pojazdów czterocłonowych mogą być inne niż dla pojazdów dwu i trzycłonowych*,
 - 1.8. wykreślenie z Załącznika nr 1 do SIWZ *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* poz. 1 tabeli zawartej w pkt. 2.9. sformułowania „zgodnego z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r.”,
 - 1.9. wskazanie w treści SIWZ, że zamawiający wymaga dostawy systemu ETCS.

2. kosztami postępowania obciąża **Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** (sygn. akt KIO 719/16) oraz przez wykonawcę **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu** (sygn. akt KIO 724/16) tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Kolei Śląskich Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** kwotę **36 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści sześć tysięcy sześćset złotych zero groszy), w tym:
- A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** z tytułu wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 719/16),
- B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu** z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 724/16).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 719/16

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich Sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych (KS/ZP/25/2016)”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 078-138641, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Koleje Śląskie Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „zamawiający”) wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającym naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”] oraz art. 353¹ i 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zobowiązanie wykonawcy do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentami technicznej, co stanowi postanowienie niezwiązane z przedmiotem zamówienia, sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego, które pozbawia wykonawcę możliwości realizacji zamówień o podobnym charakterze i jednocześnie prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiających kosztem wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany:

1. postanowienia wskazanego w punkcie II.1.5) ppkt 1.7, ppkt 2.6 Ogłoszenia oraz pkt. 3.1.7, pkt. 3.2.6. SIWZ – Część I Obligatoryjne Postanowienia SIWZ oraz w § 2 ust. 1 pkt. 1.5, §2 ust. 1 pkt. 2.5 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami na następujące: „*udzieleniem licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielenia sublicencji*”,
2. postanowienia wskazanego w Załączniku nr 1 do Oferty Tabela 2, Lp. 2.3. na następujące: „*Udzielenie licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielenia sublicencji*”,
3. postanowienia wskazanego w Załączniku 1 do SIWZ i Umowy KS/ZP/2016.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 2.12 - System ŚKUP, 1 .Wymagania ogólne, ppkt 2) na następujące: „*Wykonawca zobowiązany jest do wykonania i przekazania Zamawiającemu 1 dokumentacji technicznej dotyczącej przygotowania pojazdów do zabudowy systemu ŚKUP wraz z licencją do korzystania z tej dokumentacji na rzecz Zamawiającego.*”,
4. postanowienia wskazanego w § 3 ust. 2 oraz § 16 ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami na następujące: „*W ramach przedmiotu Umowy i ustalonego wynagrodzenia Wykonawca udziela Zamawiającym licencji niewyłącznej, nieograniczonej*”

terytorialnie, na czas nieokreślony, z prawem do udzielenia sublicencji do korzystania z Dokumentacji technicznej, określonej w Załączniku nr 5 do Umowy w celach eksploatacji, utrzymania, napraw okresowych EZT, których dostawa stanowi przedmiot niniejszej umowy, na następujących polach eksploatacji:

- 1) wykorzystywanie dostarczonej dokumentacji do obsługi eksploatacyjnej EZT, ich przeglądów, usług utrzymania oraz napraw okresowych przez Zamawiających lub wskazane przez niego podmioty trzecie (po podpisaniu przez podmiot trzeci zobowiązania do wykorzystania dokumentacji wyłącznie do celów związanych ze świadczeniem usług utrzymania EZT, w tym obsługi eksploatacyjnej, przeglądów oraz napraw okresowych);*
- 2) utrwalanie i zwielokrotnienie dokumentacji w nieograniczonej liczbie egzemplarzy na wszelkich nośnikach dowolnymi technikami, w tym drukarskimi, poligraficznymi, reprograficznymi, informatycznymi, cyfrowymi;*
- 3) wymiany nośników, na których utrwalono dokumentację oraz przenoszenia dokumentacji do pamięci komputerów i serwerów sieci komputerowej;*
- 4) wykorzystanie dokumentacji przekazanej zgodnie z pkt. 9 załącznika Nr 5 do Umowy w przyszłych zamówieniach w celu zapewnienia kompatybilności w sterowaniu wielokrotnym EZT zamawianych w przyszłości przez Zamawiających, z EZT dostarczonymi w ramach obecnego zamówienia.*
5. usunięcia postanowienia wskazanego w §16 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami,
6. zmiany postanowienia wskazanego w § 19 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami na następujące: *„Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Umowy, w tym podatek od towarów i usług, opłaty celne i importowe, opłaty za udzielenie licencji do dokumentacji i oprogramowania i stanowi zapłatę za wszystkie świadczenia w ramach Umowy, co Wykonawca uwzględnił w cenie oferty”,*
7. zmiany postanowienia wskazanego w § 19 ust. 5 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami na następujące: *„W dniu podpisania protokołu odbioru końcowego każdego EZT następuje przeniesienie jego prawa własności na Zamawiających, udzielenie licencji do korzystania z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielenia sublicencji, a także udzielenie licencji na oprogramowanie za zasadach określonych w Umowie”,*
8. zmiany postanowienia wskazanego w § 19 ust. 2 pkt b) ppkt III Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami na następujące: *„kwota brutto za udzielenie licencji do dokumentacji technicznej dla jednego 4- członowego EZT wynosi (...)”,*
9. zmiany postanowienia wskazanego w § 24 ust 3 pkt e) Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami, poprzez usunięcie z treści postanowienia następującego zdania: *„(...) lub praw autorskich do dokumentacji”.*

Odwołujący podał, że zamawiający w punkcie II.1.5) ppkt. 1.7, ppkt 2.6 Ogłoszenia oraz w pkt. 3.1.7, pkt. 3.2.6. SIWZ- Część I Obligatoryjne Postanowienia SIWZ oraz w § 2 ust. 1 pkt. 1.5 i § 2 ust. 1 pkt. 2.5 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami wskazał, że przedmiot umowy, oprócz dostawy 13 EZT z prawem opcji na dostawę kolejnych 6 EZT, obejmuje dodatkowe świadczenie w postaci przeniesienia praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej, zaś w § 3 ust. 2 oraz § 16 ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami, zobowiązał wykonawcę – bez dodatkowego wynagrodzenia – do przeniesienia na zamawiającego majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej, odpowiadającej grupie EZT przeznaczonej dla każdego z zamawiających i w zakresie określonym w Załączniku nr 5 do umowy.

Odwołujący podniósł, że żądanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej wykracza poza zakres przedmiotu zamówienia określony przepisami prawa oraz pozostaje w sprzeczności z praktyką stosowaną przez zamawiających w postępowaniach na dostawę pojazdów szynowych. Wskazał, że zgodnie z art. 605 Kodeksu Cywilnego (dalej „KC”) przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny.

Podkreślił, że majątkowe prawa autorskie i prawa zależne do dokumentacji technicznej mają wysoką wartość materialną, zwłaszcza biorąc pod uwagę wartość dokumentacji technologicznej i konstrukcyjnej opartej na *know-how* wykonawcy.

Stanął na stanowisku, że przeniesienie majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej powinno stanowić przedmiot odrębnej umowy cywilnoprawnej przewidującej adekwatne wynagrodzenie dla wykonawcy.

W ocenie odwołującego zobowiązanie do przeniesienia przedmiotowych praw jest nie do pogodzenia z charakterem umowy dostawy i prowadzi jedynie do bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy, ponieważ uzyska on możliwość czerpania pożytków z majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji, co wykracza poza przedmiot umowy dostawy.

Wskazał nadto, że przeniesienie majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca zostałby pozbawiony możliwości dalszego jej wykorzystania dla realizacji podobnych zamówień, co wyłączyłoby możliwość uczestnictwa wykonawcy w innych postępowaniach, a w konsekwencji oznaczałoby wyzbycie się praw, które gwarantują wykonawcy możliwość prowadzenia działalności w zakresie realizowania zamówień na dostawę pojazdów.

Stwierdził, że każdy potencjalny wykonawca, który ma zamiar złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie, musi zaakceptować fakt, że uczestnictwo w tym postępowaniu

doprowadzi do utraty konkurencyjności jego przedsiębiorstwa, uniemożliwiając uczestnictwo w innych, przyszłych postępowaniach na dostawę EZT.

Na tej podstawie uznał, że określenie przedmiotu zamówienia na dostawę EZT, poprzez zobowiązanie wykonawcy do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej stron i represjonuje wykonawcę, co jednoznacznie sprzeciwia się naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zasadom współżycia społecznego w świetle art 353¹ KC.

Odwołujący podniósł także, że przedmiot zamówienia nie został w świetle art. 29 ustawy Pzp opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, albowiem biorąc pod uwagę przedmiotowy zakres dokumentacji technicznej, której dotyczy wymóg przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych sprawa, że spełnienie niniejszego zobowiązania jest w praktyce niemożliwe.

Zdaniem odwołującego wynika to z faktu, że zamawiający wymaga przeniesienia praw do dokumentacji technicznej, która częściowo jest współtworzona przez dostawców komponentów (np. Dokumentacja Techniczno-Ruchowa pojazdu), a jak wynika z powszechnej praktyki, producenci taboru szynowego sami nie produkują wszystkich komponentów, lecz korzystają z usług dostawców. Uzupełnił, że to właśnie dostawcy są właścicielami praw autorskich do dokumentacji technicznej komponentów, która to dokumentacja stanowi element składowy dokumentacji wymaganej przez zamawiających w kontekście przeniesienia przedmiotowych praw. Oświadczył, że w praktyce dostawcy w umowach logistycznych nie wyrażają zgody na przekazanie praw autorskich do dokumentacji, a jedynie udzielają producentom taboru szynowego licencji opcjonalnie z prawem do udzielenia sublicencji, co oznacza to, że wykonawca zgodnie z zasadą *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, w stosunku do zamawiającego może jedynie udzielić licencji (sublicencji) do korzystania z dokumentacji na wskazanych przez dostawcę polach eksploatacji.

Stwierdził, że zobowiązanie do przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej zgodnie z wymogami ogłoszenia oraz SIWZ jest niemożliwe do spełnienia przez żadnego producenta pojazdów szynowych, co potwierdza, że przedmiot zamówienia został przez opisany z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Według odwołującego opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem zobowiązania do przeniesienia autorskich praw majątkowych i praw zależnych do dokumentacji należy uznać za nieprawidłowy i wadliwy.

Zdaniem odwołującego żaden z wykonawców nie wyraził zgody na zrzeczenie się praw do swojego autorskiego projektu i tym samym nie pozwolił na osłabienie swojej pozycji

rynkowej, a dodatkowo żaden z wykonawców nie będzie miał nawet możliwości zrealizowania przedmiotowego zobowiązania ze względu na fakt, iż dostawcy komponentów nie przenoszą autorskich praw majątkowych i praw zależnych, których przeniesienia wymaga od wykonawcy zamawiającego. Skonstatował, że przytoczone okoliczności wyłączają możliwość złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i uniemożliwiają uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Staął na stanowisku, iż w celu zrealizowania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia przez zamawiającego gospodarczego celu dostawy, w zupełności wystarczające jest udzielenie zamawiającemu licencji do korzystania z przedmiotowej dokumentacji; zabezpieczenie interesów zamawiającego może zostać w pełni zrealizowane, poprzez wprowadzenie do ogłoszenia i SIWZ odpowiednich postanowień licencyjnych w miejsce postanowień o przeniesieniu majątkowych praw autorskich i praw zależnych.

Oświadczył, że jest profesjonalistą, który realizował m.in. dostawy tramwajów, spalinowych zespołów trakcyjnych, elektrycznych zespołów trakcyjnych, lokomotyw i w oparciu o dotychczasowe doświadczenie oraz w ramach wypracowanej praktyki stwierdził, że standardowo zamawiający w postępowaniach na dostawę pojazdów wymagają przekazania dokumentacji technicznej pojazdu wraz z żądaniem udzielenia licencji na korzystanie z tejże dokumentacji, co jest powszechną praktyką gospodarczą.

Wskazał, że zastosowanie postanowień dotyczących licencji w miejsce postanowień dotyczących przeniesienia praw do dokumentacji zabezpiecza interes obu stron, pozwala zamawiającemu wykorzystać dokumentację w celu realizacji określonych usług związanych z pojazdem, a przede wszystkim realizacja tych postanowień w drodze udzielenia przez wykonawcę licencji do korzystania z dokumentacji, w przeciwieństwie do obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych i praw zależnych, stanowi świadczenie możliwe do spełnienia przez wykonawcę.

Podsumował, że obecne brzmienie postanowień ogłoszenia oraz SIWZ pozostaje w sprzeczności z przyjętą w obrocie praktyką, świadcząc o niezgodności stawianych przez zamawiającego wymogów z naturą umowy na dostawę.

Wyjaśnił, że nie kwestionuje uprawnienia zamawiającego do domagania się formalnego upoważnienia do korzystania z dokumentacji EZT, jednocześnie zauważył, że środek jakim posługuje się zamawiający w celu uzyskania przedmiotowego upoważnienia pozostaje w sprzeczności z przedmiotem zamówienia, naturą stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego, a jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, postanowienia umowne nie mogą naruszać natury stosunku prawnego, zasad współżycia społecznego oraz prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej strony (por. m. in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 r. KIO 399/12 oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2012 r. KIO 1710/12).

Sygn. akt KIO 724/16

W tym samym postępowaniu odwołanie wobec ogłoszenia i treści SIWZ złożył wykonawca NEWAG S.A. z Nowego Sącza (dalej „wykonawca Newag”), zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp oraz art. 353¹ KC i art. 58 § 1 i 2 KC w zw. z art. 14 oraz 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie SIWZ, w tym wzoru umowy stanowiącego część SIWZ, w sposób niejednoznaczny i wykraczający poza swobodę kształtowania stosunków zobowiązaniowych, co mogłoby doprowadzić do częściowej lub całkowitej nieważności zawartej umowy na wykonanie zamówienia, polegające na:

1. zobowiązaniu wykonawcy do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej, podczas gdy proporcjonalnym i wystarczającym środkiem w tym zakresie jest udzielenie licencji (§ 2 ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 5, § 3 ust. 3, § 16 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ),
2. zobowiązaniu wykonawcy do naprawy szkody wynikającej z awarii pojazdu bez określenia, czy szkoda uwzględnia otrzymane od ubezpieczyciela odszkodowanie (§ 7 ust. 3 wzoru umowy),
3. nieprecyzyjnym wskazaniu terminu zgłoszenia pojazdu do odbioru technicznego (§ 10 ust. 6 wzoru umowy),
4. wskazaniu, iż podstawą do odstąpienia od odbioru są jakiekolwiek wady, a nie wyłącznie wady istotne oraz wskazaniu, iż potwierdzeniem odbioru jest protokół bez jakichkolwiek zastrzeżeń/uwag, a nie wyłącznie zastrzeżeń/uwag istotnych (§ 10 ust. 11, 17 i 20, § 12 wzoru umowy),
5. zobowiązaniu wykonawcy do dostarczenia pojazdu zastępczego oraz niesprecyzowaniu, czy zobowiązanie wykonawcy do przedstawienia pojazdu zastępczego w czasie obowiązywania gwarancji za wady udzielonej na pojazd dotyczy każdej naprawy, czy też wyłącznie naprawy niewyłączającej pojazdu z eksploatacji (§ 13 ust. 20 wzoru umowy),
6. zastrzeżeniu kar umownych za „opóźnienie” w wykonywaniu zobowiązań oraz określeniu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej (§ 26 wzoru umowy),
7. nieprecyzyjnym określeniu zakresu wymaganej dokumentacji (załącznik nr 5 do wzoru umowy),
8. nieprecyzyjnym określeniu terminu dostawy pojazdów (załącznik nr 4 do wzoru umowy),
9. zobowiązaniu wykonawcy do stosowania wzajemnie zastępowalnych podzespołów w zakresie wszystkich pojazdów, podczas gdy przedmiotem zamówienia są pojazdy trzech różnych typów – dwuczłonowe, trzyczłonowe, czteroczłonowe (pkt 1.2

załącznika nr 1 do SIWZ),

10. zobowiązaniu wykonawcy do wyposażania we wszelkie urządzenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, przy jednoczesnym braku jednoznacznego wskazania w specyfikacji obowiązku zabudowy urządzeń ETOS, co może rodzić wątpliwości interpretacyjne, oraz wskazanie, iż treść TSI ma być określona na dzień 1 stycznia 2018 r., tj. już po dostawie pojazdów, podczas gdy treść TSI na dzień 1 stycznia 2018 r. jest nieznana, ponieważ TSI mogą ulec zmianie, co jest niezależne od stron.

Wykonawca Newag wniósł o nakazanie zamawiającemu zmianę SIWZ, poprzez:

1. zmianę zobowiązania do przeniesienia majątkowych praw autorskich na zobowiązanie do udzielenia licencji niewyłącznej do korzystania z dokumentacji w celu eksploatacji, napraw, i utrzymania pojazdów objętych przedmiotem zamówienia,
2. wskazanie, iż obowiązek naprawie szkody w razie awarii pojazdów obejmuje wyłącznie szkodę nienaprawioną przez ubezpieczyciela w ramach ubezpieczenia pojazdów posiadanego przez zamawiającego,
3. podania jednoznacznego terminu zgłoszenia pojazdu do odbioru technicznego,
4. wskazanie, iż podstawą do odstąpienia od odbioru są wyłącznie wady istotne oraz wskazanie, iż potwierdzeniem odbioru jest protokół odbioru technicznego i końcowego bez zastrzeżeń/uwag istotnych,
5. usunięcie zobowiązania wykonawcy do przestawienia pojazdu zastępczego w czasie obowiązywania gwarancji za wady udzielonej na pojazd lub sprecyzowanie tego zobowiązania poprzez wskazanie, że dotyczy ono wyłącznie wad skutkujących wyłączeniem pojazdu z eksploatacji,
6. zastrzeżenie kar umownych za „zwłokę” oraz obniżenie kar umownych, tak aby nie miały one charakteru rażąco wygórowanych,
7. sprecyzowanie, iż zamawiający wymaga jedynie przedstawienia dokumentacji konstrukcyjnej niezbędnej do eksploatacji, napraw i utrzymania pojazdu oraz dokumentacji konstrukcyjnej sprzęgu wyłącznie w zakresie, w jakim producent sprzęgu wyrazi zgodę na jej przekazanie,
8. zmianę terminów dostawy pierwszych pojazdów co najmniej na 31 grudnia 2017 r.,
9. sprecyzowanie, iż zobowiązanie wykonawcy do stosowania wzajemnie zastępowalnych podzespołów dotyczy wyłącznie pojazdów tego samego typu (dwuczłonowe, trzyczłonowe, czteroczłonowe),
10. sprecyzowanie, czy zamawiający wymaga zabudowy urządzeń ETCS oraz wskazanie, iż treść TSI, z którymi wykonawca zobowiązany jest zapewnić zgodność dostarczonych pojazdów, określa się na dzień podpisania umowy.

Odwołujący przyznał, że zamawiający jest uprawniony do kształtowania treści przyszłej umowy na wykonanie zamówienia wedle swojego uznania i potrzeb, jednocześnie jednak podniósł, że swoboda zamawiającego nie jest w tym zakresie nieograniczona.

Odwołując się do orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że postanowienia umowne nie mogą naruszać natury stosunku prawnego, zasad współżycia społecznego oraz prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej strony (por. m. in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 r. KIO 399/12 oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2012 r. KIO 1710/12) – treść wzoru umowy powinna być jednoznaczna i precyzyjna, tak aby było możliwe skalkulowanie ryzyka oraz kosztów. Podniósł nadto, że treść załączonego do SIWZ wzoru umowy nie może zawierać postanowień sprzeciwiających się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Staął na stanowisku, że analiza opublikowanego przez zamawiającego wzoru umowy, stanowiącego część SIWZ, prowadzi do wniosku, iż owe granice zostały w kilku przypadkach przekroczone.

Podał, że we wzorze umowy załączonej do SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawcę do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej (§ 2 ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 5, § 3 ust 3, § 16 wzoru umowy).

Podniósł, iż żądanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej wykracza poza przedmiot zamówienia oraz pozostaje w sprzeczności z naturą umowy na dostawę pojazdów kolejowych oraz praktyką stosowaną przez zamawiającego w postępowaniach na dostawę taboru kolejowego.

Zwrócił uwagę, iż żaden producent pojazdu kolejowego nie wytwarza w swoim zakresie kluczowych komponentów, ale zamawia je od producentów, będących podmiotami trzecimi, a co za tym idzie, również część dokumentacji technicznej pojazdu w zakresie owych komponentów (DTR, DSU) tworzona jest w oparciu o dokumentację przekazaną przez dostawców. Wyjaśnił, że producenci udzielają stosownych licencji na wykorzystanie przekazanej wykonawcy dokumentacji wraz z prawem do udzielania sublicencji zamawiającemu, jednakże producenci komponentów prawie nigdy nie przenoszą na zamawiającego majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej, ponieważ przeniesienia majątkowych praw autorskich do takowej dokumentacji oznaczałoby, iż producent danego podzespołu nie może przekazywać innym nabywcom tożsamej dokumentacji technicznej, co w sposób oczywisty jest nie do zaakceptowania przez producenta. Stwierdził, że żądanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej pojazdu jest w praktyce niemożliwe do wykonania, a nadto wymóg doprowadziłby de facto do braku możliwości dalszego wykorzystania dokumentacji technicznej i jej fragmentów dla realizacji innych zleceń przez wykonawcę, co oznacza, że

wykonawca zostałby pozbawiony prawa do jakiegokolwiek korzystania z dokumentacji, odnośnie której majątkowych praw autorskich się wyzbył na rzecz zamawiającego – wykonawca zostałby pozbawiony możliwości udziału w przetargu na dostawę kolejnych pojazdów kolejowych w innych postępowaniach, które przewidywały podobne wymagania techniczne.

Podkreślił, iż prawo do korzystania z dokumentacji technicznej stanowi znaczną wartość majątkową ze względu na trudność w jej uzyskaniu oraz nakłady konieczne do jej opracowania. Uzupełnił, że dysponując takową dokumentacją dany podmiot posiada znaczną przewagę rynkową, umożliwiającą mu przykładowo uczestnictwo w postępowaniach przetargowych na dostawę pojazdów kolejowych – zamawiający stara się pozbawić wykonawcę tejże przewagi rynkowej.

Według odwołującego tego rodzaju postanowienie jest sprzeczne z przedmiotem niniejszego zamówienia, którym nie jest dostawa – sprzedaż praw do dokumentacji technicznej danego typu pojazdu, ale dostawa pojazdów kolejowych, wobec czego wszelkie świadczenia dodatkowe, jak gwarancja oraz prawo do korzystania z oprogramowania i dokumentacji, muszą być ściśle związane z dostawą, stanowiącą przedmiot zamówienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie jest uprawniony do zawierania w treści wzoru umowy postanowień, które nie stanowią świadczenia ubocznego w stosunku do dostawy pojazdów, które jest niezbędne do prawidłowego korzystania z pojazdów, ale świadczenie zupełnie z dostawą niezwiązane.

Według odwołującego jeżeli zamawiający zamierza nabyć majątkowe prawa autorskie do danego typu pojazdu kolejowego, to powinien w tym zakresie ogłosić odrębne postępowanie, którego przedmiotem będzie dostawa – sprzedaż majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej danego typu pojazdu.

Uznał, że zamawiający, uzyskując majątkowe prawa do dokumentacji technicznej stanie się bezzasadnie wzbogacony, ponieważ uzyska możliwość czerpania korzyści z majątkowych praw autorskich do dokumentacji, co wykracza poza przedmiot zamówienia (dostawa EZT).

Odwołujący wskazał, iż interesy zamawiającego może zostać w pełni zabezpieczone poprzez wprowadzenie do umowy odpowiednich zapisów licencyjnych, w miejsce postanowień o przeniesieniu majątkowych praw autorskich.

Zwrócił uwagę, że standardem stosowanym w obrocie jest żądanie wydania dokumentacji technicznej pojazdów oraz udzielenie licencji na korzystanie z tejże dokumentacji w związku z pojazdami.

Potwierdził, iż zamawiający jest uprawniony do żądania formalnego upoważnienia do korzystania z dokumentacji EZT, podnosząc że zamawiający używa w tym celu środka, który jest sprzeczny z przedmiotem zamówienia oraz naturą stosunku prawnego – interesy

zamawiającego zostaną w pełni zabezpieczone poprzez udzielenie stosownej licencji niewyłącznej na korzystanie z dokumentacji w celu eksploatacji, utrzymania, napraw oraz modernizacji pojazdów objętych zamówieniem, tak jak to robił sam zamawiający w innych postępowaniach.

Zwrócił uwagę, że w § 18 umowy zamawiający zobowiązał wykonawcę jedynie do udzielenia licencji na oprogramowanie, a nie do przeniesienia majątkowych praw autorskich, co potwierdza zasadność argumentacji odwołującego.

W ocenie odwołującego zakres odpowiedzialności wykonawcy w razie zawinionej awarii pojazdu jest nieprecyzyjny, ponieważ nie wskazano, czy przy określaniu wysokości szkody zamawiający ma obowiązek uwzględnić odszkodowanie, które wypłaci ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez zamawiającego ubezpieczenia pojazdu.

Odwołujący podał, że zamawiający wskazał, iż pojazd powinien być zgłoszony do odbioru nie później niż na 10 dni przed obiorem, jednak w takim terminie, aby ewentualne „uwagi” nie powodowały opóźnienia w dostawie.

Podniósł, że termin „uwagi” nie jest pojęciem z języka prawnego lub prawniczego, więc trudno zdefiniować, jakie znaczenie nadaje mu zamawiający. Stwierdził, że zamawiający powinien posługiwać się definiowalnymi pojęciami (np. wada), aby wykonawca był w stanie przewidzieć jakie „uwagi” może mieć zamawiający i czy będą one uzasadnione.

Według odwołującego formułowanie w tak ogólny i niedookreślony sposób terminu jest niedopuszczalne.

Wskazał, że termin został określony w pierwszym zdaniu ust. 6, a zdanie drugie sprawia jedynie, iż ów precyzyjny 10 dniowy termin staje się nieprecyzyjny.

Podał, że kwestię odbioru i prawa zamawiającego do odstąpienia od odbioru regulują inne postanowienia umowne, wobec czego nie ma potrzeby wprowadzenia tego rodzaju niedookreślonych zakresowo sformułowań.

Odwołujący podał, że zamawiający wskazał, iż uzna dostawę za wykonaną w razie podpisania protokołu odbioru technicznego i końcowego bez zastrzeżeń. W ocenie odwołującego tego rodzaju sformułowanie może prowadzić do wątpliwości w razie drobnych, błahych uchybień, które zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, nie mogą stanowić podstawy do odmowy odbioru.

Wniósł o sprecyzowanie, iż dostawa jest uważana za wykonaną w razie braku istotnych wad, tj. wad uniemożliwiających bezpieczną eksploatację pojazdu zgodnie z przeznaczeniem, a prawo zamawiającego do odstąpienia do odbiorów również przysługuje wyłączenie w razie wad istotnych.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zobowiązał wykonawcę do zapewnienia pojazdu zastępczego m. in. w razie naprawy trwającej dłużej niż 30 dni.

W ocenie odwołującego zobowiązanie to jest wymaganiami zbyt daleko idącym, biorąc pod uwagę odpowiedzialność wykonawcy w formie kar umownych przewidzianych umową oraz prawo zamawiającego do zlecenia usunięcia wad podmiotom trzecim.

Wedle odwołującego tego rodzaju zobowiązanie można by ewentualnie uznać za uzasadnione wyłącznie w razie zwłoki w usuwaniu wad skutkujących wyłączeniem pojazdu z eksploatacji, a nie zwłoki w wykonywaniu wszelkich napraw.

Odwołujący podał, że zamawiający zastrzegł w umowie kary umowne w razie „opóźnienia” w wykonywaniu zobowiązań.

W ocenie odwołującego tego rodzaju sformułowanie może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych, albowiem kara umowna, zgodnie z art. 484 kc, jest formą zryczałtowanego odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, natomiast z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązaniem ma się do czynienia w razie winy dłużnika. Z tego względu – wedle odwołującego – właściwym określeniem dla kary umownej jest „zwłoka”, a zastrzeganie kary umownej za „opóźnienie” może prowadzić do sporów i wątpliwości interpretacyjnych co do ważności i skutków prawnych przedmiotowych klauzul umownych.

Stwierdził, iż zastrzeżone przez zamawiającego kary umowne są rażąco wygórowane i nie przystają do charakteru naruszeń, odnośnie których je przewidziano.

Przykładowo wskazał, że w § 26 ust. 1 lit. a) zamawiający przewidział karę w wysokości 1 % ceny brutto pojazdu, co stanowi – podniósł odwołujący – kwotę rażąco wygórowaną.

W ocenie Odwołującego, przyjętą i akceptowaną w obrocie stawką jest maksymalnie 0,2 % ceny netto towaru, którego dotyczy zamówienie.

Tytułem przykładu wskazał również kary umowne zastrzeżone w razie opóźnienia w usuwaniu wad w wysokości 0,5 % ceny brutto za jeden dzień opóźnienia, co – podniósł odwołujący – dalece przekracza ewentualną szkodę jaką mógłby teoretycznie ponieść zamawiający, szczególnie że kara umowna dotyczy opóźnienia w usuwaniu wszelkich wad, w tym nawet wad nieistotnych.

Stanął na stanowisku, że w razie szkody wyższej od wysokości kary umownej, interesy zamawiającego są zabezpieczone poprzez możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, co czyni bezzasadnym zastrzeganie tego rodzaju rażąco wygórowanych kar umownych.

Odwołujący podał, że w załączniku nr 7 zamawiający wskazał zakres dokumentacji,

której dostarczenia wymaga w ramach przedmiotu umowy.

Podniósł, że zamawiający nie wskazał, iż wymaga wyłącznie przekazania dokumentacji konstrukcyjnej niezbędnej do eksploatacji, napraw i utrzymania dostarczonych pojazdów (pkt 10), co jest niezbędne dla ustalenia zakresu przedmiotowej dokumentacji, ale wskazał, że wymaga dostarczenia dokumentacji konstrukcyjnej sprzęgu i nakazuje, aby miała charakter „powszechny” i nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wedle odwołującego, tego rodzaju dokumentacja stanowi bardzo wartościowy „know-how” producentów sprzęgu, a jej przekazanie zamawiającemu oznaczałoby de facto wyzbycie się owego know-how i przewagi konkurencyjnej, co sprawia, iż uzyskanie od producentów tego rodzaju dokumentacji może okazać się niemożliwe.

Odwołujący podał, że w załączonym harmonogramie (załącznik nr 4 do umowy) zamawiający określił termin dostawy pojazdów z pkt 1 i 2 wykazu w sposób nieprecyzyjny, wskazując dwa wzajemnie wykluczające się terminy.

Wedle wiedzy odwołującego, wymagania zamawiającego powodują konieczność zaprojektowania całkowicie nowych pojazdów niż obecnie produkowane, wobec czego wniósł o zmianę terminów dostawy pierwszych pojazdów co najmniej na 31 grudnia 2015 r.

Odwołujący podał, że zamawiający wskazał, iż wymaga aby wszelkie podzespoły zastosowane w dostarczonych pojazdach były zastępowalne, jednak pominął, iż przedmiotem zamówienia są pojazdy trzech różnych typów, tj. różniące się ilością członów, co wymaga w pewnym zakresie użycia innych materiałów i innej konstrukcji i z tego względu konieczne jest sprecyzowanie wymagań zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący podał, że zamawiający wskazał, iż wymaga aby pojazd zostały wyposażony w urządzenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r.

Podniósł, iż zamawiający nie wskazał, czy wymaga dostawy systemu ETCS, którego koszt jest znaczny, co uniemożliwia sporządzenie odpowiedniej kalkulacji kosztów w celu sporządzenia oferty.

Dodatkowo podał, że zamawiający wskazał, iż wymaga zgodności z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r.

Podniósł, iż treść TSI na ten dzień nie jest obecnie znana, wobec czego zasadnym może być wyłącznie wymagania zapewnienie zgodności wedle TSI obowiązujących na dzień podpisania umowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność oryginałem, w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu (Dz.U./S S78 2016/S 078-138641) i treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), *Odpowiedzi na odwołanie* złożonych w obu sprawach (pisma zamawiającego z dnia 14 maja 2016 r.), złożonych przez odwołującego Newag S.A. wyciągów z umów: Umowy o zamówienie publiczne nr 17/WKD10/2014 (Warszawska Kolej Dojazdowa sp. z o.o.), Umowy nr UM-BTT5k-13-900-013 na dostawę 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług utrzymania (PKP Intercity S.A.), umowy Nr DOA.III.273.68.2013 i Nr DOA.III.273.68.2015 na dostawę 1 sztuki fabrycznie nowego trójczłonowego pojazdu szynowego z napędem elektrycznym (EZT), przeznaczonego do obsługi kolejowych pasażerskich w ruchu regionalnym dla województwa świętokrzyskiego (Samorząd Województwa Świętokrzyskiego), umowy dostawy na Zakup Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych dla rozwoju kolei małopolskich (Województwo Małopolskie), złożonego przez odwołującego Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A wyciągu z umowy Nr UM-BBT-14-900-0046 (PKP Intercity S.A.), złożonej przez odwołującego Pojazdy Szynowe Pesa Bydgoszcz S.A.: Strategii Województwa Śląskiego (Katowice, kwiecień 2014) oraz Informacji z rejestru przedsiębiorców z dnia 14 maja 2016 r. dotyczącej Kolei Śląskich sp. z o.o.), a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy, orzekając w granicach podniesionych w obu odwołaniach zarzutów skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej (zarzut wspólny) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (Dz.U./S S78 2016/S 078-138641) w sekcji II.1.5. – *Krótki opis zamówienia lub zakupu* – pkt 1.7., pkt 2.6. oraz w postanowieniach § 2 ust. 1 pkt 5, § 2 ust. 2 pkt 5, § 3 ust. 3, § 16 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ zażądał przeniesienia majątkowych praw autorskich oraz praw zależnych do dokumentacji technicznej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp „*Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*”

Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest m.in. na tyle rygorystyczne

określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie może ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia, łamiąc zakaz wynikający z przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez żądanie przeniesienia majątkowych praw autorskich oraz praw zależnych do dokumentacji technicznej, które to żądanie skład orzekający Izby uznał za zbyt rygorystyczne i ograniczające krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w szczególności odwołujących.

Odwołujący nie kwestionowali prawa zamawiającego do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który będzie odpowiadał jego uzasadnionym potrzebom.

Prawo to uznaje także skład orzekający Izby.

Jednak w przedmiotowej sprawie zamawiający, wskazując (w odpowiedzi na odwołanie) jako swoją potrzebę zapewnienie możliwości wykorzystania dokumentacji dostarczonej wraz z EZT do ogłaszania postępowań przetargowych na utrzymanie EZT (*„Zamawiający m.in. nie będzie mógł wykorzystywać dokumentacji dostarczonej wraz z EZT do ogłaszania postępowań przetargowych na utrzymanie EZT, co doprowadzi do sytuacji, w której tylko Wykonawca może podjąć się tego zadania”*) zażądał przeniesienia majątkowych praw autorskich oraz praw zależnych do dokumentacji technicznej, które jest nadmierne z tego względu, że wskazana potrzeba zamawiającego może być w pełni zabezpieczona, poprzez żądanie udzielenia licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielania sublicencji na szczegółowo opisanych, adekwatnych do potrzeb zamawiającego warunkach.

Obawa zamawiającego co do tego, że wykonawca wypowie licencję z upływem 5 lat, tj. wcześniej niż czas żywotności EZT (którą zamawiający ocenił na „około 30 lat”) może być przez samego zamawiającego wyeliminowana, poprzez odpowiednie ukształtowanie w SIWZ oczekiwanych postanowień licencyjnych. Jak bowiem trafnie podnosili obaj odwołujący przepis art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 90 poz. 631 z późn. zm.) daje stronom umowy prawo odmiennego uregulowania kwestii wypowiedzenia licencji. Odmienność ta może polegać na udzieleniu przez twórcę licencji niewypowiadalnej.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że kwestionowane przez obu odwołujących żądanie zamawiającego w konsekwencji oznacza dla nich co najmniej ograniczenie prowadzenia działalności w zakresie realizowania zamówień na dostawę

pojazdów, czego okazjonalne zamówienie tego zamawiającego na pewne typy pojazdów nie uzasadnia, a stanowi przeszkodę w złożeniu oferty.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że wbrew twierdzeniom odwołującego, przeszkodą w zleceniu czynności stanowiących przedmiot postępowania na „Świadczenie usług utrzymania 6 elektrycznych zespołów trakcyjnych typu 27” innemu wykonawcy niż zwycięzcy postępowania nie było to, że zamawiający nie zapewnił sobie przeniesienia majątkowych praw autorskich do przekazanej dokumentacji, ale to, że zamawiający nie zapewnił sobie prawa do udzielania sublicencji.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę okoliczność, że obowiązującym na rynku standardem jest udzielenie przez wykonawców niewyłącznej licencji z prawem do udzielenia sublicencji na czas życia pojazdu, czego potwierdzeniem są postanowienia przedłożonych przez obu odwołujących umów, w tym umowy, której stroną jest jeden z kluczowych przewoźników krajowych – PKP Intercity S.A. (§ 25 ust. 2: *„W ramach wynagrodzenia Wykonawcy za dostawę Pojazdów, Wykonawca udziela Zamawiającemu na czas życia Pojazdów, bez konieczności zawarcia w tym zakresie odrębnej umowy, niewyłącznej licencji do korzystania ze wszystkich elementów dokumentacji, powstałej w wykonaniu niniejszej umowy , (...) z prawem udzielania sublicencji w przypadku zlecenia osobie trzeciej wykonywania usług utrzymania Pojazdów, w tym obsługi eksploatacyjnej, przeglądów oraz napraw, zbycia Pojazdu lub oddania go do korzystania podmiotowi trzeciemu na podstawie jakiegokolwiek tytułu prawnego, uprawniającej do korzystania z przedmiotowej dokumentacji na następujących polach eksploatacji: (...). Ust. 3: „Udzielona licencja obejmuje poza w/w uprawnieniami również prawo do wykorzystania dokumentacji do wykonania przez Zamawiającego lub wybrany przez niego podmiot trzeci na jej podstawie dokumentacji modernizacyjnej lub naprawczej Pojazdów lub ewentualnego wykorzystania dokumentacji do wykonania na jej podstawie dokumentacji uwzględniającej korekcyjne zmiany podczas utrzymania Pojazdów, w przypadku gdyby usługi utrzymania (...) nie były świadczone przez Wykonawcę”*).

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że wystarczające dla zabezpieczenia interesów zamawiającego, w tym zlecenia modernizacji pojazdów także innemu wykonawcy niż wykonawca, który wygra przedmiotowe zamówienie jest udzielenie przez wykonawcę licencji wraz z prawem do udzielenia sublicencji. Rolą zamawiającego jest takie opisanie warunków udzielanej licencji, aby odpowiadało to w pełni jego uzasadnionym potrzebom.

Zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do naprawy szkody wynikającej z awarii pojazdu bez określenia, czy szkoda uwzględnia otrzymane od ubezpieczyciela odszkodowanie (§ 7 ust. 3 wzoru umowy) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z § 7 ust. 3 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) „Wykonawcę obciąża obowiązek naprawienia szkody, obejmującej m.in.:

- 1) koszty naprawy trakcji uszkodzonej w skutek wady EZT,
- 2) koszty naprawy innego pociągu /lokomotywy/ lub innego pojazdu lub mienia osoby trzeciej uszkodzonego wskutek kolizji z EZT, spowodowanej awarią EZT,
- 3) koszty uszkodzenia mienia Zamawiających lub osób trzecich będące następstwem zderzenia się z nimi EZT, gdy do zderzenia doszło w skutek awarii EZT,
- 4) koszty uszkodzonego mienia Zamawiających lub osób trzecich powstałe wskutek winy Wykonawcy w trakcie wykonywania czynności dostawy lub w związku z świadczonymi usługami utrzymania”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprecyzyjność postanowień wzoru umowy w zakresie obowiązku wykonawcy naprawienia szkody powstałej na skutek przykładowo wskazanych przez zamawiającego zdarzeń, która to nieprecyzyjność wynika z tego, że zamawiający nie wskazał, czy przy określaniu wysokości szkody zamawiający ma obowiązek uwzględnić odszkodowanie, które wypłaci mu ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez zamawiającego ubezpieczenia pojazdu.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zarzut nieprecyzyjności postanowień wzoru umowy w ww. zakresie potwierdził się.

Obowiązek naprawienia przez wykonawcę szkody stanowi jeden z elementów szeroko rozumianego przedmiotu zamówienia, którego opis winien odpowiadać wymogom wskazanym w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w szczególności winien być wyczerpujący i uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Informacja o tym, czy przy określaniu wysokości szkody zamawiający ma obowiązek uwzględnić odszkodowanie, które wypłaci mu ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez zamawiającego ubezpieczenia pojazdu jest okolicznością, która ma wpływ na sporządzenie oferty.

Ryzyko naprawienia przez wykonawcę szkody w sytuacji, gdy obowiązkiem zamawiającego będzie uwzględnienie odszkodowania, które wypłaci mu ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez zamawiającego ubezpieczenia pojazdu będzie niższe niż w przypadku, gdy na zamawiającym obowiązek taki nie będzie ciążył, co bez wątplenia ma

wpływ na sporządzenie oferty, tj. na wysokość ceny ofertowej.

Brak informacji w powyższym zakresie, ze względu na wskazany wpływ na sporządzenie oferty, oznacza, że zamawiający z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opisał przedmiot zamówienia, wobec czego brak ten winien zostać przez zamawiającego uzupełniony, poprzez jednoznaczne wskazanie, czy przy określaniu wysokości szkody zamawiający ma obowiązek uwzględnić odszkodowanie, które wypłaci mu ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez zamawiającego ubezpieczenia pojazdu.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, a to iż z przepisu art. 363 k.c. wynika, że „Świadczenia uzyskane przez poszkodowanego z ubezpieczeń majątkowych ulegają zaliczeniu na poczet uszczerbku”, stąd „nie istnieje potrzeba precyzowania powyższego problemu we wzorze umowy”.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 363 k.c.: „§ 1 Naprawienie szkody powinno nastąpić, według wyboru poszkodowanego, bądź przez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Jednakże gdyby przywrócenie stanu poprzedniego było niemożliwe albo pociągało za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty, roszczenie poszkodowanego ogranicza się do świadczenia w pieniądzu. § 2 Jeżeli naprawienie szkody ma nastąpić w pieniądzu, wysokość odszkodowania powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili”.

Z zacytowanego brzmienia art. 363 k.c., wbrew twierdzeniu zamawiającego nie wynika, że „Świadczenia uzyskane przez poszkodowanego z ubezpieczeń majątkowych ulegają zaliczeniu na poczet uszczerbku”, ponieważ przepis reguluje inne kwestie – sposobu naprawienia szkody (przywrócenie stanu poprzedniego / zapłata sumy pieniężnej) oraz podstaw ustalenia szkody w przypadku naprawienia szkody w pieniądzu).

Skoro zamawiający przyjął (w odpowiedzi na odwołanie), że *Świadczenia uzyskane przez poszkodowanego z ubezpieczeń majątkowych ulegają zaliczeniu na poczet uszczerbku* to winien swoje stanowisko uwzględnić w postanowieniach SIWZ (wzorzec umowy), poprzez wskazanie, że zamawiający przy określaniu wysokości szkody zamawiający uwzględni odszkodowanie, które wypłaci mu ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez zamawiającego ubezpieczenia pojazdu.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego wskazania terminu zgłoszenia pojazdu do odbioru technicznego (§ 10 ust. 6 wzoru umowy) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z § 10 ust. 6 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) „Każdy EZT podlega

Odbiorowi Technicznemu w siedzibie Wykonawcy nie później niż 10 dni przed Odbiorem Końcowym. Odbiór Techniczny musi być zgłoszony przez Wykonawcę w takim terminie by zgłoszone ewentualne uwagi przez Zamawiającego 1 co do wykonania EZT nie powodowały zmiany terminu dostawy EZT zgodnie z Harmonogramem Dostaw”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprecyzyjność postanowień wzoru umowy w zakresie terminu zgłoszenia pojazdu do odbioru technicznego, podnosząc iż trudno zdefiniować, jakie znaczenie pojęciu „uwagi” nadaje zamawiający oraz, iż wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, jakie uwagi może mieć zamawiający.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zarzut nieprecyzyjności postanowień wzoru umowy w ww. zakresie potwierdził się.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego, iż ten nie jest w stanie przewidzieć, jakie uwagi podczas odbioru pojazdu będzie miał zamawiający.

Co więcej, sam zamawiający nie jest w stanie obecnie przewidzieć, jakie (o ile będą) będą to uwagi.

W konsekwencji skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że wykonawca nie jest w stanie, przy takim niesprecyzowaniu pojęć, zapewnić zgłoszenia pojazdu do odbioru w takim terminie, aby nie powodowało to zmiany terminu dostawy EZT zgodnie z Harmonogramem Dostaw.

Podzielając ocenę odwołującego, iż określony w § 10 ust. 6 wzoru umowy w zdaniu pierwszym termin odbioru jest precyzyjny, zaś termin określony w § 10 ust. 6 wzoru umowy w zdaniu drugim nie jest precyzyjny (z przyczyn dotyczących niemożności przewidzenia uwag zamawiającego) skład orzekający Izby uznał, że dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymogom jednoznaczności i posługiwania się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami wskazanym w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp („Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny, (...) za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń (...)).

Wobec powyższego skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu wykreślenie z § 10 ust. 6 wzoru umowy zdanie drugiego o treści: *Odbiór Techniczny musi być zgłoszony przez Wykonawcę w takim terminie by zgłoszone ewentualne uwagi przez Zamawiającego 1 co do wykonania EZT nie powodowały zmiany terminu dostawy EZT zgodnie z Harmonogramem Dostaw”.*

Dostrzeżenia wymaga, że o zgodności czynności zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu z przepisami ustawy Pzp nie przesądza w żadnej mierze to, czy w innym postępowaniu, inny zamawiający ujął we wzorze umowy (istotnych postanowieniach / ogólnych warunkach) postanowienie o treści tożsamej / zbliżonej do

kwestionowanego przez odwołującego postanowienia § 10 ust. 6 wzoru umowy stąd powoływanie się przez zamawiającego (tak w odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie) na treść umowy na dostawę taboru dla województwa małopolskiego, której stroną był odwołującym pozostaje bez znaczenia. Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający nie wykazał, że wskazana umowa ujmowała postanowienie tożsame z tym ujętym w § 10 ust. 6 wzoru umowy przedmiotowego postępowania (twierdzenie zamawiającego było gołosłowne, a nadto kwestionowane przez odwołującego).

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że ponowne zgłoszenie pojazdu do odbioru z dziesięciodniowym wyprzedzeniem w stosunku do odbioru końcowego może okazać się nie do wykonania, a to w przypadku, gdy wykonawca zgłosi pojazd do odbioru na 10 dni (do czego ma prawo na podstawie § 10 ust. 6 wzoru umowy) przed upływem końcowego terminu odbioru.

Zarzut dotyczący wskazania, iż podstawą do odstąpienia od odbioru są jakiegokolwiek wady, a nie wyłącznie wady istotne oraz wskazania, iż potwierdzeniem odbioru jest protokół bez jakichkolwiek zastrzeżeń/uwag, a nie wyłącznie zastrzeżeń/uwag istotnych (§ 10 ust. 11, 17 i 20, § 12 wzoru umowy) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z § 10 ust. 11 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) „*W przypadku gdy w trakcie Odbiorów Technicznych Zamawiający 1 stwierdzi brak dokumentów, braki lub wady w wykonaniu EZT, ma prawo odstąpić od dalszych czynności odbiorczych. Powtórne przystąpienie przez Zamawiającego 1 do Odbiorów Technicznych nastąpi po usunięciu przez Wykonawcę stwierdzonych nieprawidłowości i ponownym zgłoszeniu przez Wykonawcę EZT do Odbioru Technicznego zgodnie z ust. 6”.*

Zgodnie z § 10 ust. 17 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) „*Potwierdzeniem dokonania Odbioru Technicznego EZT jest Protokół Odbioru Technicznego podpisany bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Zamawiającego 1 i Wykonawcy, stanowiący załącznik nr 6 do Umowy*”.

Zgodnie z § 10 ust. 20 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) „*Potwierdzeniem dokonania Odbioru Końcowego EZT jest Protokół Odbioru Końcowego podpisany bez zastrzeżeń przez przedstawicieli Zamawiającego 1 i Wykonawcy, stanowiący załącznik nr 7 do Umowy*”.

Zgodnie z § 12 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) „*Dostawę EZT uznaje się za zrealizowaną po dostarczeniu Zamawiającym wszystkich EZT wyposażonych w materiały i urządzenia niezbędne do prawidłowej eksploatacji EZT na torach PKP PLK S.A. wraz*

z wymaganymi dokumentami i świadectwami, oprogramowaniem oraz dokumentami potwierdzającymi odbycie instruktaży (za wyjątkiem instruktaży dotyczących 3 poziomu utrzymania), gwarancją oraz po przeprowadzeniu jazd testowych i po podpisaniu bez uwag przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego 1, protokołu Odbioru Końcowego dla ostatniego EZT z dostawy w ramach Umowy.”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że uzależnienie odbioru technicznego i końcowego pojazdów od braku jakichkolwiek zastrzeżeń, może – ze względu na użycie pozbawionych precyzji sformułowań „bez zastrzeżeń” oraz nie stwierdzenia „braku dokumentów, braków lub wad” – budzić wątpliwości co do podstaw odmowy odbioru pojazdów w przypadku wystąpienia drobnych, błahych uchybień, które zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, nie mogą stanowić podstawy takiej odmowy.

Zamawiający, w przypadku odbioru technicznego posługuje się sformułowaniem „bez zastrzeżeń” (§ 10 ust. 17 wzoru umowy), w przypadku odbioru końcowego posługuje się sformułowaniem: „bez zastrzeżeń” (§ 10 ust. 20 wzoru umowy), a w przypadku § 12 wzoru umowy dodatkowo posługuje się sformułowaniem „bez uwag”, co przy braku informacji co do wzajemnej relacji tych sformułowań oraz braku zdefiniowania sposobu ich rozumienia przez zamawiającego czyni opis przedmiotu zamówienia w zakresie odbiorów nieprecyzyjnym, tj. naruszającym wskazany w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu zdefiniowanie pojęć: „brak”, „bez zastrzeżeń”, „bez uwag”, „wada”.

Zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do dostarczenia pojazdu zastępczego oraz niesprecyzowania, czy zobowiązanie wykonawcy do przedstawienia pojazdu zastępczego w czasie obowiązywania gwarancji za wady udzielonej na pojazd dotyczy każdej naprawy, czy też wyłącznie naprawy wyłączającej (omyłkowo użyto niewyłączającej) pojazd z eksploatacji (§ 13 ust. 20 wzoru umowy) nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z § 13 ust. 20 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) „W przypadku naprawy EZT w okresie rękojmi lub gwarancji, trwającej dłużej niż 30 dni, tj. od 31go dnia naprawy EZT, Wykonawca zapewni Zamawiającemu 1 na czas naprawy lub wymiany, EZT zastępcze, o których mowa w ust. 15 jeżeli naprawa połączona jest z niemożnością użytkowania przez

Zamawiającego 1 EZT zgodnie z przeznaczeniem”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący przyznał w uzasadnieniu odwołania, że *„tego rodzaju zobowiązanie można by ewentualnie uznać za uzasadnione wyłącznie w razie zwłoki w usuwaniu wad skutkującym wyłączeniem pojazdu z eksploatacji, a nie zwłoki w wykonywaniu wszelkich napraw”.*

W ocenie składu orzekającego zamawiający w celu realizacji przypisanych zadań w zakresie transportu zbiorowego ma prawo oczekiwać, że dostarczone przez wykonawcę pojazdy będą realizację tych zadań zapewniać. Wyłączenie pojazdu z eksploatacji ogranicza zakres świadczonych usług toteż zasadnym jest żądanie zamawiającego zastąpienia pojazdu naprawianego innym pojazdem, który zapewni realizację przypisanych zamawiającemu zadań, tym bardziej w sytuacji, gdy żądanie to aktualizuje się „dopiero” od 31-go dnia naprawy.

W ocenie składu orzekającego Izby brzmienie § 13 ust. 20 wzoru umowy nie daje także podstaw do twierdzenia, że zamawiający nie sprecyzował, czy zobowiązanie wykonawcy do przedstawienia pojazdu zastępczego dotyczy każdej naprawy, czy też wyłącznie naprawy wyłączającej pojazd z eksploatacji.

Podnieść bowiem należy, że zamawiający wskazał, że żądanie zapewnienia pojazdu zastępczego dotyczy sytuacji w której *„naprawa połączona jest z niemożnością użytkowania przez Zamawiającego 1 EZT zgodnie z przeznaczeniem”*, co – w ocenie składu orzekającego Izby – nie może być odczytywane w inny sposób niż ten, iż zamawiający żąda zapewnienia pojazdu zastępczego w przypadku naprawy wyłączającej pojazd z eksploatacji, ponieważ niemożność użytkowania EZT zgodnie z przeznaczeniem występuje, gdy pojazd jest wyłączony z eksploatacji.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający potwierdził, że *„Zapis wzoru umowy (...) wskazuje na konieczność dostarczenia EZT zastępczego w przypadku wyłączenia EZT z eksploatacji”.*

Zarzut dotyczący zastrzeżenia kar umownych za „opóźnienie” w wykonywaniu zobowiązań oraz określenia kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej (§ 26 wzoru umowy) częściowo się potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W § 26 wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) regulującym kwestię kar umownych w ustępie 1 zamawiający wskazał, że *„Strony umowy ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy w formie kar umownych”.*

W kolejnych postanowieniach tego paragrafu zamawiający podał:

„2. Wykonawca zapłaci karę:

- a) Na rzecz obydwu Zamawiających - w łącznej wysokości 20 % wartości przedmiotu Umowy brutto zgodnie z § 19 ust. 1 proporcjonalnie do wartości przedmiotu zamówienia realizowanego dla każdego z Zamawiających, w przypadku odstąpienia lub rozwiązania Umowy przez Wykonawcę lub któregokolwiek z Zamawiających, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
 - b) Na rzecz tego z Zamawiających, którego dotyczy ze względu na przedmiot zamówienia - w wysokości 1 % ceny brutto danego EZT za każdy dzień opóźnienia w jego dostarczeniu, wynikającego z Harmonogramu Dostaw stanowiącego załącznik nr 4 do Umowy, liczoną do momentu dostarczenia EZT bądź pojazdu zastępczego, o czym mowa w ust. 3; dla EZT dla których określono przedział terminów dostaw opóźnienie będzie liczone od drugiego terminu,
 - c) Na rzecz Zamawiającego 1 - w wysokości 0,5 % ceny brutto danego EZT, za każdy dzień opóźnienia co do terminu wyznaczonego na usunięcie wady lub na wymianę EZT na nowy, o którym mowa w § 13 ust. 15, w przypadku wyłączenia EZT z eksploatacji. W przypadku ustalenia dłuższego terminu naprawy, zgodnie z § 13 ust. 16, kary będą naliczane począwszy od pierwszego dnia po upływie tego terminu,
 - d) Na rzecz tego z Zamawiających, którego dotyczy ze względu na przedmiot zamówienia - w wysokości 0,5 % ceny brutto danego EZT, za każdy dzień opóźnienia w przypadku niedostarczenia Dokumentacji, w terminie określonym w §3 ust. 6 i/lub 8,
 - e) Na rzecz Zamawiającego 1 - w wysokości 0,5 % wartości przedmiotu Umowy brutto zgodnie z § 19 ust, 1, za każdy dzień opóźnienia co do terminu wyznaczonego na przedłożenie dokumentu bezterminowego, o którym mowa w § 24 ust. 3 pkt a),
 - f) Na rzecz Zamawiającego 1 - w wysokości 0,5 % ceny brutto każdego EZT dostarczanego na podstawie niniejszej umowy, za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu innych zobowiązań wynikających z Umowy, dla których podane są terminy, inne niż podane w pkt. b) - e),
 - g) Na rzecz Zamawiającego 1 - w wysokości 1000 zł netto za każdą rozpoczętą godzinę zajęcia stanowiska naprawczego Zamawiającego 1 liczoną od momentu upływu 7 dniowego terminu wykonania przeglądu, o którym mowa w § 14 ust 4 pkt 3), w sytuacji przekroczenia terminów wykonania tego przeglądu.
3. W przypadku opóźnień w dostawie EZT względem terminów wynikających z Harmonogramu Dostaw stanowiącego załącznik nr 4 do Umowy, Wykonawca może dostarczyć Zamawiającemu pojazd zastępczy w postaci EZT lub lokomotywy z wagonami o parametrach zbliżonych do EZT będącego przedmiotem opóźnienia. Moment dostarczenia pojazdu zastępczego, zatrzymuje naliczanie kary umownej wynikającej z ust, 2 pkt b).
4. W przypadku wystąpienia sytuacji określonej w ust. 3, Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia całego niezbędnego do funkcjonowania pojazdów zastępczych zaplecza,

tj. materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych umożliwiających eksploatację pojazdów zgodną z ich DSU, usług utrzymania i serwisu oraz, jeśli zajdzie potrzeba, maszynistów z uprawnieniami do prowadzenia dostarczonych pojazdów, a także pokrycia wszelkich kosztów związanych z eksploatacją i utrzymaniem pojazdów zastępczych w całym okresie ich użytkowania przez Zamawiającego.

- 5. Okres na który zostaje zapewniony pojazd zastępczy, może wynosić maksymalnie 3 miesiące od daty jego dostarczenia. Po upływie tego terminu i jednoczesnym braku dostawy EZT, Zamawiający ma prawo do naliczenia Wykonawcy trzykrotności kary określonej w ust. 2 pkt b) za każdy dzień opóźnienia, aż do momentu dostawy EZT.*
- 6. Roszczenia o zapłatę należnych kar umownych nie będą pozbawiać Stron prawa żądania zapłaty odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, jeżeli wysokość poniesionej szkody przekroczy wysokość zastrzeżonej kary umownej.*
- 7. Zamawiający 1 uprawniony będzie do naliczenia kary umownej dla Wykonawcy, o wysokości 2 % wartości EZT w przypadku, o którym mowa w §14 ust 8.*
- 8. W przypadku naruszenia postanowień §9 ust. 8, Zamawiający mogą rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym i żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej w łącznej wysokości 20% wartości przedmiotu Umowy brutto zgodnie z §19 ust. 1 proporcjonalnie do wartości przedmiotu zamówienia realizowanego dla każdego z Zamawiających z uwzględnieniem postanowień ust. 6.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 471 k.c. „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”.

Zgodnie z art. 472 k.c. „Jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności”

Zgodnie zaś z art. 484 k.c. § 1 „W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony postanowiły inaczej”.

Z treści § 26 ust. 1 wzoru umowy wynika, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu poprzestał na podstawowym zakresie odpowiedzialności wykonawcy wynikającym z art. 471 k.c. i pozostającym z nim w ścisłym związku art. 472 k.c. (zwrot

„niezachowanie należytej staranności” należy traktować jako synonim winy w postaci niedbalstwa), co tym samym oznacza, że zamawiający nie może nakładać na wykonawcę kar w szerszych granicach, a co wynika z przepisu art. 484 § 1 k.c.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że przedmiotowe zamówienie na dostawę taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich Sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp, która w art. 24 ust. 2a – jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia – uznaje takie poważne naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych, które jest zawinione.

Uwzględniając powyższe, należy przyjąć, że zamawiający, ustalając w § 26 ust. 1 wzoru umowy odpowiedzialność wykonawcy w formie kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy rozumiał odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jako odpowiedzialność opartą na winie wykonawcy.

Stanowisko zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie zdaje się potwierdzać, że taka właśnie była intencja zamawiającego (uregulowanie odpowiedzialności wykonawcy opartej na winie) – zamawiający stwierdził, że „*W SIWZ brak jest postanowień w odpowiedzialności wykonawcy bez względu na przyczynę. (...) Wykonawca, który zostanie obciążony będzie mógł wykazywać, że obciążenie powstało nie z jego winy*”.

Z powyższych względów skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ – § 26 ust. 2 wzoru umowy, poprzez zastąpienie mechanizmu naliczania kar umownych za opóźnienie mechanizmem naliczania kar umownych za zwłokę.

Uwzględniając zasadność zarzutu dotyczącego zastrzeżenia kar umownych za „opóźnienie”, skład orzekający Izby uznał jednocześnie, że utrzymanie przewidzianych przez zamawiającego w § 26 wzoru umowy wysokości kar umownych, ze względu na zmianę odpowiedzialności z tytułu opóźnienia na odpowiedzialność z tytułu zwłoki, nie jest dla wykonawcy nadmiernie uciążliwe, ale stanowi czynnik dyscyplinujący wykonawcę do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia zakresu wymaganej dokumentacji (załącznik nr 5 do wzoru umowy) się nie potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W załączniku nr 5 do umowy zamawiający ujął wykaz dokumentacji technicznej dostarczanej z EZT, w tym w pkt. 9: „*Dokumentację konstrukcyjną sprzęgu sterowania wielokrotnego w części elektrycznej dotyczącą układu sygnałów logicznych umożliwiających*

sterowanie EZT w trakcji wielokrotnej. Dokumentacja winna zawierać szczegółowy opis wszystkich złącz elektrycznych znajdujących się na sprzęgu (opis pinów wraz ze wskazaniem numerów przewodów zgodnie ze schematami elektrycznymi EZT oraz opis ich znaczenia funkcjonalnego) Opis protokołów komunikacyjnych dla sieci Ethernet, CAN, itp. wykorzystywanych do komunikacji między EZT w sterowaniu wielokrotnym (...)” oraz w pkt. 10: „Dokumentację konstrukcyjną EZT zawierającą rysunki konstrukcyjne (wraz z wymiarami) zespołów i podzespołów”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności wskazuje, co wynika z żądań odwołującego i uzasadnienia odwołania, że zarzut dotyczy dwóch punktów załącznika nr 5 do wzoru umowy, tj. pkt. 9 i 10 – w żądaniach ujętych na stronie 3 odwołania w pkt 7 odwołujący domaga się „sprecyzowania, iż zamawiający wymaga jedynie przedstawienia dokumentacji konstrukcyjnej niezbędnej do eksploatacji, napraw i utrzymania pojazdu oraz dokumentacji sprzęgu wyłącznie w zakresie, w jakim producent sprzęgu wyrazi zgodę na jej przekazanie” – co referuje do punktu 10 i 9, a w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do tego zarzutu (ad. 7) odwołujący wprost wskazał pkt 10, zaś punkt 9 wskazał, poprzez opis „Zamawiający wymaga dokumentacji konstrukcyjnej sprzęgu” – co referuje do punktu 9.

Podnieść należy, w odniesieniu do punktu 9 załącznika nr 5, że odwołujący, pomimo postawienia zarzutu nieprecyzyjnego określenia dokumentacji wskazanej w tym punkcie w uzasadnieniu odwołania nie zaprezentował żadnej argumentacji w tym zakresie, a jedynie podzielił się swoją wiedzą, iż dokumentacja konstrukcyjna sprzęgu stanowi bardzo wartościowy „know-how” producentów sprzęgu, a jej przekazanie zamawiającemu oznaczałoby de facto wyzbycie się owego „know-how” i przewagi konkurencyjnej, co sprawia, iż uzyskanie od producentów tego rodzaju dokumentacji może okazać się niemożliwe.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że zarzutu w zakresie odnoszącym się do punktu 9 załącznika nr 5 do umowy.

Podnieść także należy, że pomimo podniesienia zarzutu nieprecyzyjnego określenia zakresu wymaganej dokumentacji w pkt. 10 załącznika nr 5, odwołujący w uzasadnieniu wskazał, że zamawiający nie ograniczył swoich wymagań w zakresie dokumentacji konstrukcyjnej wyłącznie do tej, która jest niezbędna dla ustalenia zakresu przedmiotowej dokumentacji (w odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu, że nie wskazał, iż przekazaniu podlega „wyłącznie dokumentacja konstrukcyjna niezbędna do eksploatacji, napraw i utrzymania dostarczonych pojazdów”).Oczekiwanie odwołującego, iż zamawiający

winien ograniczyć zakres wymaganej dokumentacji konstrukcyjnej nie uzasadnia zarzutu o nieprecyzyjności wymogu – odwołujący nie tyle ma wątpliwości co do zakresu dokumentacji konstrukcyjnej, ile dąży do zmiany tych wymagań, poprzez ich ograniczenie, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się w zakresie punktu 10 załącznika nr 5 do umowy nie potwierdził – odwołujący nie wykazał, na czym polega nieprecyzyjność wymogu.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia terminu dostawy pojazdów w pkt. 1 i 2 załącznika nr 4 do wzoru umowy potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W załączniku nr 4 do umowy, stanowiącym Harmonogram dostaw EZT (elektrycznych zespołów trakcyjnych) w pkt. 1 dotyczącym pojazdu trójczłonowego Nr 1 dla Kolei Śląskich Sp. z o.o. zamawiający określił termin: „do 30 kwietnia 2017 i nie później niż do 31 lipca 2017” oraz w pkt. 2 dotyczącym pojazdu trójczłonowego Nr 2 oraz pojazdu dwuczłonowego Nr 1 dla Kolei Śląskich Sp. z o.o. określił termin: „do 31 maja 2017 i nie później niż do 31 sierpnia 2017”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprecyzyjność w zakresie określenia terminów dostaw w pkt. 1 i 2 Harmonogramu dostaw z tego względu, iż zamawiający wskazał, w przypadku każdego z tych punktów, dwa wykluczające się terminy, tj. w pkt. 1 wskazał: „do 30 kwietnia 2017”, a jednocześnie „do 31 lipca 2017”, zaś w pkt. 2 wskazał: „do 31 maja 2017”, a jednocześnie „do 31 sierpnia 2017”.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że jednoczesne wskazanie przez zamawiającego, w odniesieniu do każdej z pozycji, dwóch różnych terminów, uzasadnia wnioski co do nieprecyzyjności oczekiwanych przez zamawiającego terminów dostaw, ponieważ może wywoływać wątpliwość, który z tych terminów stanowi rzeczywisty termin, w których wykonawca ma obowiązek przekazać pojazdy do eksploatacji, stąd nakazał zamawiającemu doprecyzowanie terminów dostaw pojazdów, poprzez wskazanie w pkt. 1 i 2 Harmonogramu dostaw jednego terminu, tj. w pozycji w pkt. 1: „nie później niż do 31 lipca 2017 r.” oraz w pkt. 2 „nie później niż do dnia 31 sierpnia 2017 r.”

Na rozprawie zamawiający oświadczył, że „Wprowadzone w harmonogramie terminy dostawy zostały przez zamawiającego przemyślane i wynikają z innych zobowiązań zamawiającego”, co w ocenie składu orzekającego Izby w żaden sposób nie rozwiewa wątpliwości powstałych w związku ze wskazaniem jednocześnie dwóch różnych terminów.

Uwzględniając powyższe skład orzekający uznał, że zarzut potwierdził się.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził nadto, że wedle jego wiedzy „wymagania Zamawiającego powodują konieczność zaprojektowania całkowicie nowych pojazdów niż obecnie produkowane” i z tego względu wniósł „o zmianę terminów dostawy pierwszych pojazdów co najmniej na 31 grudnia 2015 r.”.

Odwołujący nie zaprezentował jednak żadnej argumentacji przemawiającej za uznaniem, że termin dostawy pierwszych pojazdów wskazany przez zamawiającego na 31 lipca 2017 roku (termin najpóźniejszy) w przypadku pojazdu trójczłonowego Nr 1 dla Kolei Śląskich Sp. z o.o. oraz na 31 sierpnia 2017 r. (termin najpóźniejszy) w przypadku pojazdu trójczłonowego Nr 2 oraz pojazdu dwuczłonowego Nr 1 dla Kolei Śląskich Sp. z o.o. jest niewystarczający dla dostawy w tym terminie pojazdów wymagających zaprojektowania (przyjmując nawet, że rzeczywiście wymagania zamawiającego powodują konieczność zaprojektowania całkowicie nowych pojazdów, czego odwołujący nie wykazał, a zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, wręcz, że „pojazdy te będą powstawać w oparciu o stworzoną przez Wykonawcę konstrukcję dla wcześniej dostarczanych EZT”) stąd żądanie zmiany terminu dostawy pierwszych pojazdów nie jest uzasadnione.

Zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do stosowania wzajemnie zastępowalnych podzespołów w zakresie wszystkich trzech typów pojazdów (pojazdy dwuczłonowe, trzyczłonowe, czteroczłonowe) potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 1.2 załącznika nr 1 do SIWZ, stanowiącym *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* zamawiający zażądał: „Wszystkie zastosowane do produkcji EZT zespoły, podzespoły i elementy muszą być fabrycznie nowe i wzajemnie zastępowalne między wszystkimi typami EZT w ramach przedmiotu zamówienia”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący żądanie stosowania wzajemnie zastępowalnych podzespołów w zakresie wszystkich trzech typów pojazdów uznał za nieuzasadnione z tego względu, że są to trzy różne typy pojazdów, „różniące się ilością członów, co wymaga w pewnym zakresie użycia innych materiałów i innej konstrukcji”. Nie przedstawił jednak żadnych dowodów na potwierdzenie powyższego twierdzenia, a na rozprawie oświadczył, że „kluczowe podzespoły mające istotne znaczenie z punktu widzenia kosztów, takie jak silniki trakcyjne, przetwornice oraz falowniki znacznie różnią się w przypadku pojazdów dwu i trzy członowych od pojazdów czteroczłonowych”, wobec czego „zasadnym wydaje się co najwyżej dopuszczenie zamienności podzespołów pojazdów dwu i trzyczłonowych”.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał cel wprowadzenia ww. żądania, tj. iż „*chce uniknąć konieczności tworzenia trzech różnych magazynów części zamiennych dla pojazdów*”.

Na rozprawie zamawiający, podkreślając cel żądania z pkt. 2.1. *Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia*, oświadczył, że „*podzespoły wskazane przez odwołującego – silniki trakcyjne, falowniki i przetwornice dla pojazdów dwu i trzyczłonowych mogą być inne niż dla pojazdów czterocłonowych*”, wobec czego skład orzekający Izby przyjął, że w tym zakresie zamawiający uznał zarzut, w konsekwencji czego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził i nakazał zamawiający modyfikację postanowienia 2.1. Załącznika nr 1 do SIWZ *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia*, poprzez nadanie mu brzmienia: *Wszystkie zastosowane do produkcji EZT zespoły, podzespoły i elementy muszą być fabrycznie nowe i wzajemnie zastępowalne między wszystkimi typami EZT w ramach przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszcza, że silniki trakcyjne, falowniki i przetwornice dla pojazdów czterocłonowych mogą być inne niż dla pojazdów dwu i trzyczłonowych*”.

Zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do wyposażania we wszelkie urządzenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, przy jednoczesnym braku jednoznacznego wskazania w specyfikacji obowiązku zabudowy urządzeń ETOS, co może rodzić wątpliwości interpretacyjne oraz wskazania, iż treść TSI ma być określona na dzień 1 stycznia 2018 r., tj. już po dostawie pojazdów, podczas gdy treść TSI na dzień 1 stycznia 2018 r. jest nieznaną potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Załączniku nr 1 do SIWZ *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* w poz. 1 tabeli zawartej w pkt. 2.1. *Wymagania ogólne zamawiający* – co do zgodności EZT z Technicznymi Specyfikacjami Interoperacyjności (TSI) – wskazał 6 rozporządzeń (z 2014 roku) oraz 1 Decyzję Komisji (UE) [z 2012 r.). .

Dodatkowo w Załączniku nr 1 do SIWZ *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* w poz. 1 tabeli zawartej w pkt. 2.9. zamawiający – w odniesieniu do urządzeń bezpieczeństwa, sterowania ruchem pociągu i łączności – wskazał wymaganie, iż „*EZT powinien być wyposażony we wszystkie urządzenia bezpieczeństwa ruchu wymagane w celu uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji typu pojazdu kolejowego zgodnego z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r., umożliwiające samodzielną eksploatację na wszystkich, normalnotorowych liniach kolejowych zgodnie z wymaganiami PKP PLK S.A.*”.

W Załączniku nr 4 do umowy (Harmonogram dostaw EZT) zamawiający wskazał, że

dostawy niektórych pojazdów oczekuje do 31 marca 2018 r., do 30 kwietnia 2018 r., do 31 maja 2018 r., do 30 czerwca 2018 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż nie wskazał, czy wymaga dostawy systemu ETCS, podkreślając znaczny koszt tego systemu (na rozprawie oświadczył, że jest to około 1 mln na każdy pojazd), a nadto, że zamawiający ustanowił wymóg zgodności pojazdów z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r., pomimo, że treść TSI na wskazany dzień nie jest znana.

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, nie wskazując istotnej dla wysokości oferowanej ceny ofertowej informacji, czy wymaga systemu ETCS, naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nakładający obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, stąd nakazał zamawiającemu wskazanie w treści SIWZ, że zamawiający wymaga dostawy systemu ETCS.

Stanął także na stanowisku, że profesjonalna wiedza wykonawców (w odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że uznał, iż *„wykonawca ma większą wiedzę od Zamawiającego w zakresie zabudowy systemów wymaganych przepisami prawa w celu dopuszczenia pojazdów do eksploatacji”* nie zwalnia zamawiającego z nałożonego nań obowiązku przygotowania postępowania, w tym opisanie przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) z poszanowaniem wymagań wynikających z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że *„wskazał datę 1.01.2018 r. jako datę wymagań dla urządzeń ERMTS/ETCS dla całości dostawy by uniknąć rozbieżności komplekcyjnych między pojazdami dostarczonymi w 2017 r. i pojazdami dostarczonymi w 2018 r.”*

Jednak ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie zamawiający nie odniósł się do tego, jak wykonawcy mają przygotować ofertę i skalkulować cenę ofertową, nie znając wymagań TSI na dzień przypadający po terminie składania ofert, a nawet po dostarczeniu części pojazdów.

Skład orzekający Izby, ze względu na obowiązek zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp) oraz ze względu na brak możliwości odwołania się do TSI na dzień 1 stycznia 2018 r. (ich treść nie jest znana) nakazał zamawiającemu wykreślenie z Załącznika nr 1 do SIWZ *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia* z poz. 1 tabeli zawartej w pkt. 2.9. sformułowania *„zgodnego z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r.”*

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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:

Członkowie:

.....