

MM/1/01/2021

Nowy Sącz, dnia 4 stycznia 2021 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: NEWAG S.A. w Nowym Sączu
ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz
tel. (18) 449 63 60, fax (18) 449 63 66, e-mail: newag@newag.pl
reprezentowana przez
Zbigniewa Konieczka (Prezesa Zarządu)
oraz Józefa Michalika (Wiceprezesa Zarządu)

Zamawiający: „Łódzka Kolej Aglomeracyjna” sp. z o. o.
Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź
e-mail: przetarg.lka@lka.lodzkie.pl
adres skrytki ePuap: /lka_lodzkie/SkrytkaESP
www.lka.lodzkie.pl
tel.: +48 42 236 17 00
fax.: +48 42 235 02 05

Dotyczy: Dostawa 3 dwunapędowych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania w ramach projektu „Budowa Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej Etap IV” (znak postępowania: ŁKA.ZIZ.271.485.2020

Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: 2020/S 249-622337 z dnia 22 grudnia 2020 r.

Data opublikowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: 22 grudnia 2020 r.

ODWOŁANIE WYKONAWCY

NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3, zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym przez Sąd Rejonowy dla Krakowa – Śródmieścia Wydział XII Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000066315, działając jako Wykonawca, posiadający potencjał techniczny, organizacyjny i ekonomiczny, umożliwiający wykonanie przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 513 Ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019 z dnia 2019.10.24 z późn. zm.) wnosi odwołanie od czynności i zaniechań „Łódzka Kolej Aglomeracyjna” sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi („Zamawiający”), tj. od treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego pn. Dostawa 3 dwunapędowych

zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania w ramach projektu „Budowa Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej Etap IV” (znak postępowania: ŁKA.ZIZ.271.485.2020).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177) (dalej jako „Ustawa”) oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w SIWZ Część I – Instrukcja dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) punkt 4.3.1.3 oraz w SIWZ Część II – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) punkt I.D.12 oraz w SIWZ Część III – Istotne Postanowienia Umowy (dalej jako „IPU”) § 18 ust. 14, iż pojazdy powinny uwzględniać stan infrastruktury kolejowej na liniach, po których Zamawiający prowadzi działalność przewozową, tak aby ich użytkowanie nie powodowało nadmiernego zużycia poszczególnych podzespołów, zmniejszającego ich żywotność, co jest niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania przez Wykonawcę i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego, a ponadto sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
2. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez nałożenie na wykonawcę w IDW punkt 4.3.2.3. ppkt d. oraz w OPZ punkt II.A.1 oraz w § 30 IPU, obowiązku wykonywania *„wszelkich czynności utrzymania Pojazdów koniecznych do rozkładowego uruchomienia Pojazdów z pasażerami, w tym dostawę i montaż wszelkich niezbędnych materiałów eksploatacyjnych oraz nieplanowe, korekcyjne utrzymanie techniczne”*, podczas gdy tego rodzaju świadczenie nie stanowi utrzymania w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. *w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych*, co jest niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania przez Wykonawcę i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego, a ponadto sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
3. art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w §40 ust. 3 IPU oraz w IDW punkt 4.3.2.5. nieadekwatnych do zakresu prac i nadmiernie wydłużonych okresów gwarancji na usługi utrzymania technicznego w zakresie poziomów P3 i P4, a ponadto wymaganie w §40 ust. 12 IPU zrównania okresu rękojmi z okresem gwarancji, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

4. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez wskazanie w IDW punkt 5.2. oraz w §37 ust. 1 IPU, iż usługi utrzymania świadczone będą przez okres 10 lat **od momentu faktycznego przekazania poszczególnych Pojazdów do eksploatacji** przy czym za dzień faktycznego przekazania do eksploatacji Pojazdu przyjmuje się dzień rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych z wykorzystaniem Pojazdu, bez określenia maksymalnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych od momentu dostawy pojazdu, co jest niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania przez Wykonawcę i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
5. art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez wskazanie w IDW punkt 21.3.9., iż w przypadku wyboru przez Wykonawcę gwarancji lub poręczenia jako formy wniesienia Zabezpieczenia należytego wykonania umowy, poręczenie lub gwarancja nie może przewidywać ograniczeń dla dokonywania przez Zamawiającego, jako beneficjenta poręczenia lub gwarancji, cesji uprawnień z nich wynikających, co jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
6. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez opisanie w OPZ punkt I.B.1 oraz I.D.7 podpunkt e) przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, polegający na postawieniu wymogu, aby silniki spalinowe spełniały wymagania dotyczące składu spalin zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1628 z dnia 14 września 2016 r **Etap V**, pomimo, że wymóg ten nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a możliwe jest zaoferowanie pojazdów z silnikami spalinowymi zgodnymi z przywołanym rozporządzeniem, ale generujących spaliny o innym składzie, spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego;
7. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w OPZ punkt I.B.1 tiret 4 konieczności zastosowania układu zapewniającego możliwość odzysku energii z silników trakcyjnych w czasie hamowania zarówno w trakcji elektrycznej jak i spalinowej, oraz wymaganie w OPZ punkt I.B.2 zastosowania dodatkowych akumulatorów lub superkondensatorów, co w połączeniu z wymaganiami dotyczącymi masy pojazdu stanowi dopuszczenie wyłącznie jednego z rozwiązań dostępnych na rynku i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję;
8. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w OPZ punkt I.C.5. przyspieszenia pojazdu w trakcji spalinowej większego lub równego $0,6 \text{ m/s}^2$, co jest pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego i utrudnia uczciwą konkurencję;
9. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w OPZ punkt I.D.5. dostawy pojazdów o wysokości podłogi w strefie wejścia 760 ± 50

mm ponad poziom główki szyny, bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego w postaci wysokości podłogi w strefie wejścia 620 ± 50 mm ponad poziom główki szyny, co prowadzi do bezpodstawnego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu;

10. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w OPZ punkt I.D.7. podpunkt a) poziomów hałasu niższych niż wymagane odpowiednimi normami, co jest pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego i utrudnia uczciwą konkurencję;
11. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez nieprecyzyjne wymaganie w OPZ punkt I.D.26 iż „oprogramowanie musi zostać dostosowane do aktualnie użytkowanego przez Zamawiającego”, bez opisanego zakresu dostosowania oraz bez zobowiązania Zamawiającego do udostępnienia dodatkowych informacji, co jest niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania przez Wykonawcę i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisanego przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego, a ponadto sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
12. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w OPZ punkt I.J. zabudowy co najmniej dwóch odbieraków prądu, co jest pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego i utrudnia uczciwą konkurencję;
13. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez postanowienie w OPZ punkt I.N.1 oraz I.R.1, iż urządzenia ETCS mają zostać dostarczone z wersją oprogramowania „Baseline” zgodnie z TSI obowiązującą **w dniu odbioru pierwszego pojazdu**, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
14. art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w OPZ punkt I.O.5 zabudowy minimum czterech par drzwi po każdej stronie pojazdu, co jest pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego i utrudnia uczciwą konkurencję;
15. art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez zapisanie w OPZ punkt I.AC.VII.2. podpunkty e) i f), iż usługi będą wyceniane odrębnie przez Wykonawcę według stawki godzinowej **nie wyższej niż 200,00 zł netto**, oraz bez określenia limitu wprowadzanych zmian, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

16. art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez zapisanie w OPZ punkt I.AC.VII.3. iż „Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia umowy na rozliczanie transakcji bezgotówkowych z agentem rozliczeniowym (acquirerem), na warunkach zaakceptowanych przez Zamawiającego.”, co stanowi wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
17. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez zapisanie w §34 ust. 5 IPU oraz OPZ punkt II.B.9. iż „W uzasadnionych przypadkach, Zamawiający zastrzega sobie prawo do dłuższego czasu postoju Pojazdu na terenie zaplecza technicznego np. w sytuacji zbyt późnego zgłoszenia odbioru w piątek i braku zatrudnienia dla danego Pojazdu w kolejnych dniach, mniejsze zapotrzebowanie na tabor w kolejne dni). Odpowiedzialność za Pojazd w przedłużonym czasie postoju ponosi Wykonawca”, co stanowi wymóg niejednoznaczny, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
18. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez zapisanie w OPZ punkt II.B.15. oraz w §31 ust. 17 IPU, iż „Wykonawca zobowiązany jest również do zawarcia umowy z dostawcą paliwa zasilającego silniki spalinowe w dostarczonych Pojazdach, na warunkach uprzednio zaakceptowanych przez Zamawiającego, przy czym cena dostarczanego paliwa nie może przekraczać hurtowych cen paliw ogłaszanych przez PKN ORLEN na swojej stronie internetowej na dzień złożenia danego zamówienia.” oraz podanie, że warunki owej umowy wymagają akceptacji Zamawiającego, co stanowi wymóg niejednoznaczny, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
19. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez zobowiązanie Wykonawcy w §31 ust. 16 IPU oraz w OPZ punkt II.B.15. i II.B.16, do organizacji i pokrycia wszelkich kosztów dostawy paliwa do pojazdów, w tym w sytuacjach awaryjnych, poza wyznaczonym miejscem tankowania, co jest niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania przez Wykonawcę i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego, sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemającego związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
20. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w §34 ust. 8 IPU

oraz w OPZ punkt II.B.18 iż „W przypadku konieczności przeprowadzenia przeglądu planowego lub czynności, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu możliwość wynajmu pojazdu zastępczego o parametrach technicznych tożsamy z dostarczonymi Pojazdami lub spalinowego zespołu trakcyjnego na czas wykonania przeglądu lub czynności”, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

21. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez zapisanie w SIWZ Część III – Istotne Postanowienia Umowy (dalej jako „IPU”) § 4 ust. 3 iż „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie udokumentowane szkody w mieniu Zamawiającego, wynikłe w toku i w związku z realizacją niniejszej Umowy. Odpowiedzialność Wykonawcy obejmuje szkody powstałe w każdej postaci winy.”, co jest niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania przez Wykonawcę i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego, sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemającego związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
22. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez nałożenie na wykonawcę §23 ust. 2, ust. 6 i ust. 10 IPU obowiązku udzielenia licencji na „wszystkich polach eksploatacji znanych stronom w dniu zawarcia umowy”, co stanowi wymóg niejednoznaczny, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
23. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w §23 ust. 6 IPU, udzielenia licencji na wykorzystanie dostarczonej dokumentacji z prawem udzielenia sublicencji w przypadku zlecenia osobie trzeciej usług utrzymania Pojazdów, w tym obsługi eksploatacyjnej, przeglądów oraz napraw, zbycia Pojazdu lub oddania go do korzystania podmiotowi trzeciemu na podstawie jakiegokolwiek stosunku prawnego, co stanowi wymóg niejednoznaczny, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;
24. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 2 pkt 13), art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez zapisanie w §23 ust. 11 IPU, iż „Wykonawca zobowiązuje się do zwolnienia Zamawiającego i przejęcia odpowiedzialności Zamawiającego wobec osób trzecich za jakiegokolwiek roszczenia związane z naruszeniem ich praw odnośnie oprogramowania Pojazdów lub dokumentacji dostarczonych w ramach Umowy, z wyłączeniem odpowiedzialności wynikającej z naruszenia warunków licencji

na oprogramowanie Pojazdów przez Zamawiającego. W przypadku, gdy osoba trzecia wytoczy przeciwko Zamawiającemu powództwo w oparciu o powyższe roszczenia, Wykonawca zobowiązany będzie pokryć prawomocnie zasądzone koszty zastępstwa procesowego, koszty sądowe oraz zapłacić prawomocnie zasądzone odszkodowanie lub koszty polubownego załatwienia sprawy. Zamawiający niezwłocznie poinformuje Wykonawcę o zgłoszeniu roszczeń lub wytoczeniu powództwa, o których mowa powyżej.”, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

25. art. 29 ust. 1 Ustawy oraz art. 387 § 1, art. 353 [1], art. 58 § 1 i 2 i art. 605 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 7 ust 1, art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Ustawy poprzez wymaganie w §27 ust. 10 IPU iż „W przypadku konieczności naprawy lub wymiany wadliwego Pojazdu w okresie rękojmi lub gwarancji, z uwagi na stwierdzenie Wady Istotnej, Wykonawca zapewni Zamawiającemu pojazdy zastępcze o parametrach technicznych tożsamych z dostarczonymi Pojazdami lub spalinowe zespoły trakcyjne na czas naprawy lub wymiany, jeżeli naprawa lub wymiana połączona jest z niemożnością użytkowania przez Zamawiającego Pojazdów zgodnie z przeznaczeniem przez okres dłuższy niż 14 dni od dnia zgłoszenia Wykonawcy Wady Istotnej. W przypadku użytkowania przez Zamawiającego zapewnionego przez Wykonawcę spalinowego zespołu trakcyjnego, ponoszone przez Zamawiającego koszty związane z dostawą paliwa pomniejszone zostaną o wartość paliwa jaka zostanie wykorzystana przez Pojazd do przejechania odcinków, na których Zamawiający do zasilenia Pojazdów korzystałby z sieci trakcyjnej.”, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego;

Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

1. zmianę IDW punkt 4.3.1.3 poprzez wykreślenie zdania drugiego, zmianę OPZ punkt I.D.12 poprzez wykreślenie zdania drugiego, oraz wykreślenie § 18 ust. 14 IPU w całości;
2. zmianę w IDW punkt 4.3.2.3. ppkt d. oraz w OPZ punkt II.A.1 oraz w § 30 IPU, poprzez usunięcie obowiązku wykonywania „wszelkich czynności utrzymania Pojazdów koniecznych do rozkładowego uruchomienia Pojazdów z pasażerami, w tym dostawę i montaż wszelkich niezbędnych materiałów eksploatacyjnych oraz nieplanowe, korekcyjne utrzymanie techniczne”
3. zmianę w §40 ust. 3 IPU oraz w IDW punkt 4.3.2.5. poprzez wprowadzenie następujących okresów gwarancji:
 - dla usługi utrzymania w zakresie poziomu P3 – 12 miesięcy
 - dla usługi utrzymania w zakresie poziomu P4 – 24 miesiące;
4. zmianę treści IDW punkt 5.2. oraz w §37 ust. 1 IPU na następujące:

„Usługi utrzymania Pojazdów, w tym utrzymanie techniczne, utrzymanie Pojazdów w czystości oraz utrzymanie automatów biletowych w Pojazdach świadczone będą przez okres 10 lat od momentu faktycznego przekazania poszczególnych Pojazdów do eksploatacji, jednak nie dłużej niż do 31 grudnia 2033 roku. Za dzień faktycznego przekazania do eksploatacji Pojazdu przyjmuje się dzień rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych z wykorzystaniem Pojazdu.”

5. usunięcie punktu 21.3.9 IDW w całości;
6. zmianę treści OPZ punkt I.B.1 oraz I.D.7 podpunkt e) poprzez usunięcie z ich treści słów „Etap V”
7. usunięcie OPZ punkt I.B.1 tiret 4 w całości oraz usunięcie punktu I.B.2 OPZ w całości;
8. zmianę treści OPZ punkt I.C.5 poprzez wprowadzenie minimalnego przyspieszenia w trakcji spalinowej większego lub równego $0,4 \text{ m/s}^2$;
9. zmianę treści w OPZ punkt I.D.5. poprzez dopuszczenie dostawy pojazdów o wysokości podłogi w strefie wejścia $620 \pm 50 \text{ mm}$ ponad poziom główki szyny;
10. zmianę treści OPZ punkt I.D.7. podpunkt a) na następującą: *„Poziom hałasu według TSI dotyczącej dopuszczalnych poziomów emisji hałasu przez tabor kolejowy wszystkich rodzajów, przyjętej Rozporządzeniem Komisji (UE) Nr 1304/2014 z dnia 26 listopada 2014 r.”*
11. zmianę OPZ punkt I.D.26 poprzez jednoznaczne opisanie oprogramowania użytkowanego przez Zamawiającego oraz zobowiązanie Zamawiającego do nieodpłatnego udostępnienia wszelkich protokołów i interfejsów komunikacyjnych z istniejącymi systemami wraz z oświadczeniem o ich kompletności, a w przypadku braku takiej możliwości - usunięcie w całości wymagania dotyczącego dostosowania oprogramowania
12. zmianę treści w OPZ punkt I.J. poprzez dopuszczenie zabudowy jednego odbieraka prądu;
13. zmianę treści w OPZ punkt I.N.1 oraz I.R.1 poprzez wprowadzenie zapisu, że pojazdy muszą spełniać wymagania obowiązujące na dzień złożenia oferty w postępowaniu;
14. zmianę treści w OPZ punkt I.O.5 poprzez dopuszczenie zabudowy trzech par drzwi po każdej stronie pojazdu;
15. zmianę w OPZ punkt I.AC.VII.2. podpunkty e) i f) poprzez usunięcie z ich treści słów: *„według stawki godzinowej w wysokości nie wyższej niż 200,00 zł netto (słownie: dwieście złotych netto)”* oraz poprzez wprowadzenie jednego limitu dla ilości wprowadzanych zmian, bez ich podziału na przyczynę ich wprowadzenia
16. usunięcie OPZ punkt I.AC.VII.3. w całości;
17. usunięcie w całości §34 ust. 5 IPU oraz usunięcie dwóch ostatnich zdań z punktu II.B.9. OPZ;
18. usunięcie w całości OPZ punkt II.B.15. oraz §31 ust. 17 IPU;

19. usunięcie w całości §31 ust. 16 IPU oraz OPZ punkt II.B.15. oraz OPZ punkt II.B.16;
20. usunięcie w całości §34 ust. 8 IPU oraz OPZ punkt II.B.18;
21. zmianę treści § 4 ust. 3 IPU na następującą: „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie zawnione przez niego i udokumentowane szkody w mieniu Zamawiającego, wynikłe w toku i w związku z realizacją niniejszej Umowy.”
22. zmianę treści §23 ust. 2, §23 ust. 6 i §23 ust. 10 IPU poprzez wykreślenie z ich treści słów „na wszystkich polach eksploatacji znanych Stronom w dniu zawarcia Umowy” oraz precyzyjne określenie zamkniętej listy pól eksploatacji;
23. usunięcie w całości §23 ust. 6 IPU;
24. usunięcie w całości §23 ust. 11 IPU, ewentualnie ograniczenie zastosowania klauzuli wyłącznie do przypadku prawomocnego zasądzenia roszczeń;
25. usunięcie w całości §27 ust. 10 IPU.

Uzasadnienie

I. Wykazanie interesu odwołującego zgodnie z art. 179 § 1 Ustawy.

Odwołujący jest producentem taboru szynowego oraz podmiotem świadczącym usługi napraw i modernizacji taboru szynowego. W ramach swej działalności Odwołujący dostarcza pojazdy szynowe, w tym elektryczne, spalinowe i dwunapędowe zespoły trakcyjne. Odwołujący spełnia warunki udziału i zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, ubiegając się o uzyskanie zamówienia, jednakże postanowienia SIWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty i przystąpienie do udziału w postępowaniu.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Ad pkt 1) zarzutów

Zamawiający w SIWZ Część I – Instrukcja dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) punkt 4.3.1.3 oraz w SIWZ Część II – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) punkt I.D.12 oraz w SIWZ Część III – Istotne Postanowienia Umowy (dalej jako „IPU”) § 18 ust. 14 zawarł wymaganie iż „Pojazdy winny uwzględniać stan infrastruktury kolejowej na liniach, po których Zamawiający prowadzi działalność przewozową, tak aby ich użytkowanie nie powodowało nadmiernego zużycia poszczególnych podzespołów, zmniejszającego ich żywotność.”

Jednocześnie Zamawiający nie opisał stanu infrastruktury kolejowej na liniach, po których prowadzi działalność przewozową. Nie zawarł nawet informacji jakie to linie. Wykonawca nie ma możliwości ustalić w jakim stanie są linie, na których działalność przewozową prowadzi, czy będzie prowadził Zamawiający. Nie ma też możliwości poprawnego skalkulowania wartości zamówienia oraz ewentualnych zmian koniecznych do wprowadzenia z uwzględnieniem specyficznych warunków panujących na liniach obsługiwanych przez Zamawiającego. Przyjmując, że gdyby nawet wszystkie opisane informacje zostały udostępnione przez Zamawiającego, warunek ten i tak prowadzi do świadczenia niemożliwego, ponieważ Wykonawca nie ma żadnego wpływu na stan infrastruktury w okresie obowiązywania umowy. W związku z powyższym przedmiotowe postanowienie powinno zostać usunięte.

Ad pkt 2) zarzutów

Na wstępie odwołujący podnosi, że Zamawiający uregulował kwestię usuwania wad pojazdu w § 27 IPU oraz w punkcie 4.3.1.6. IDW przewidując minimalny 36 miesięczny okres gwarancji jakości dla kompletnego pojazdu.

Jednocześnie w IDW punkt 4.3.2.3., w OPZ punkt II.A.1 oraz w § 30 IPU Zamawiający zobowiązał wykonawcę do świadczenia usług utrzymania pojazdów. Wypada w tym zakresie wyjaśnić, iż utrzymanie pojazdu kolejowego jest instytucją uregulowaną w § 2 pkt 1) oraz w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w *sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych*. Utrzymanie pojazdu kolejowego stanowi planowane czynności określone w rozporządzeniu i dookreślone w Dokumentacji Systemu Utrzymania (dalej jako „DSU”) i dzieli się na pięć poziomów (od P1 do P5).

Podkreślenia wymaga przy tym, że utrzymanie pojazdu kolejowego i gwarancja/rękojmia to dwie różne instytucje prawne. Utrzymanie ze swojej natury i istoty określonej w w/w rozporządzeniu składa się z czynności planowych i jest wykonywane na podstawie DSU. Natomiast usuwanie wad w ramach gwarancji/rękojmi polega na wykonywaniu czynności korekcyjnych i nieplanowych w zależności od zgłoszenia konkretnych usterek pojazdu. W Istotnych Postanowieniach Umowy Zamawiający przewidział obydwie wskazane instytucje. Dlatego zupełnie niezrozumiałym jest, dlaczego Zamawiający w IDW punkt 4.3.2.3. ppkt d. oraz w OPZ punkt II.A.1 ppkt d. oraz w § 30 ust. 1 pkt d. IPU zobowiązuje wykonawcę do „*wykonywania wszelkich czynności utrzymania Pojazdów, koniecznych do rozkładowego uruchomienia Pojazdów z pasażerami, w tym dostawę i montaż wszelkich niezbędnych materiałów eksploatacyjnych oraz nieplanowe, korekcyjne utrzymanie techniczne*”, podczas gdy już uregulował kwestię usuwania wad w ramach gwarancji i rękojmi za wady. Tego rodzaju działanie Zamawiającego prowadzi do „*zamętu interpretacyjnego*”, ponieważ – jak wykazano już wyżej – nie istnieje prawna instytucja „*utrzymania korekcyjnego*”. Utrzymanie pojazdu ze swojej natury i istoty ma charakter planowy (prewencyjny), a nie korekcyjny. Kwestię korekcyjnego usuwania nieprawidłowości regulują instytucje rękojmi i gwarancji jakości.

Z pewnością nie można uznać za jednoznaczne i wyczerpujące określenie zakresu świadczenia użycie ogólnikowych sformułowań w IDW punkt 4.3.2.3. ppkt d., OPZ punkt II.A.1 ppkt d. oraz w § 30 ust. 1 pkt d. IPU, ponieważ przede wszystkim Zamawiający nie wskazał tam, jakiego rodzaju prace

naprawcze miałyby mieścić się w zakresie „utrzymania korekcyjnego” i nie wyjaśnił, czym miałby się różnić zakres owego świadczenia od rękojmi i gwarancji jakości.

Ad pkt 3) zarzutów

Zamawiający sformułował w §40 ust. 3 IPU oraz w IDW punkt 4.3.2.5. swoje wymagania dotyczące okresu gwarancji na wykonane usługi utrzymania w następujący sposób:

- a. usługi utrzymania w zakresie poziomu P1 – do następnego przeglądu P1,
- b. usługi utrzymania w zakresie poziomu P2 – do następnego przeglądu P2,
- c. usługi utrzymania w zakresie poziomu P3 – do następnego przeglądu P3,
- d. usługi utrzymania w zakresie poziomu P4 – do następnego przeglądu P4.

Jednocześnie w §40 ust. 12 IPU Zamawiający zrównał okres rękojmi z okresem gwarancji.

W punkcie 4.3.2.4 IDW Zamawiający wymaga następujących cykli poziomów utrzymania

- a. P1 - nie częściej niż co 15 dni +2 dni lub 5.500 km,
- b. P2 - nie częściej niż co 45 dni + 3 dni lub 20.000 km,
- c. P3 - nie częściej niż co 880 dni + 5 dni lub 425.000 km,
- d. P4 – nie rzadziej niż co 114 miesięcy lub 1.400.000 km,

Zamawiający wymaga zatem, aby na wykonane usługi utrzymania w zakresie przeglądu P3 udzielić 880 dni gwarancji tj. ponad 29 miesięcy, a w zakresie przeglądu P4 aż 114 miesięcy. Jednocześnie dla kompletnego, nowo wyprodukowanego pojazdu Zamawiający określił minimalny okres gwarancji na 36 miesięcy.

Oczywistym jest, że zakres prac usług utrzymania w zakresie poziomu P3 czy P4 jest zdecydowanie mniejszy niż produkcja kompletnego pojazdu, a zatem okres gwarancji na te usługi również powinien być krótszy. Wymaganie dłuższych okresów gwarancji dla usług utrzymania niż dla nowego pojazdu jest nieadekwatne do zakresu wykonywanych prac. Standardem rynkowym są okresy gwarancji wynoszące: dla przeglądu P3 – od 3 do 12 miesięcy, dla przeglądu P4 – od 12 do 24 miesięcy. Co więcej, udzielanie gwarancji po wykonanym przeglądzie P4 na kolejne prawie 10 lat jest wymogiem daleko wykraczającym poza zasady współżycia społecznego, przenosząc koszty ryzyka technicznego na Wykonawcę w okresie łącznie 20 lat.

Ad pkt 4) zarzutów

Zamawiający w IDW punkt 5.2. oraz w §37 ust. 1 IPU podał, iż usługi utrzymania świadczone będą przez okres 10 lat **od momentu faktycznego przekazania poszczególnych Pojazdów do eksploatacji**, przy czym za dzień faktycznego przekazania do eksploatacji Pojazdu przyjmuje się dzień rozpoczęcia świadczenia usług przewozowych z wykorzystaniem Pojazdu. Jednocześnie Zamawiający (po zmianie SIWZ z dnia 29.12.2020) wymaga aby pojazdy zostały dostarczone nie później niż do 31.10.2023. Należy podkreślić, że świadczenie usług utrzymania wymaga odpowiedniego przygotowania i ponoszenia kosztów stałych takich jak np. wynajem zaplecza. Wykonawca nie może w żaden sposób odpowiadać za rozpoczęcie świadczenia usług przewozowych przez Zamawiającego, gdyż może się ono nie rozpocząć z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy. W sytuacji opóźnienia

w rozpoczęciu świadczenia usług przewozowych przez Zamawiającego np. z powodu rezygnacji z obsługi trasy, Wykonawca byłby narażony na poniesienie dodatkowych kosztów niemożliwych do skalkulowania, dlatego też okres świadczenia usług utrzymania powinien być jasno i precyzyjnie określony i uzależniony jedynie od czynników obiektywnych.

Ad pkt 5) zarzutów

Zamawiający w IDW punkt 21.3.9. podał, iż w przypadku wyboru przez Wykonawcę gwarancji lub poręczenia jako formy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, poręczenie lub gwarancja nie może przewidywać ograniczeń dla dokonywania przez Zamawiającego, jako beneficjenta poręczenia lub gwarancji, cesji uprawnień z nich wynikających.

Cedowanie uprawnień z gwarancji należytego wykonania nie jest powszechnie praktykowane i w ocenie Odwołującego nie znajduje jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia, ponieważ gwarancja należytego wykonania powinna zabezpieczać roszczenia Zamawiającego wynikające z umowy, a nie stanowić przedmiot obrotu. Zauważyć należy, że sam Zamawiający nie zezwala na cesję wierzytelności wynikających z umowy dostawy bez jego zgody, ale jednocześnie dla siebie wymaga nieograniczonych możliwości w tym zakresie, co świadczy o rażącej nierównowadze warunków dla stron umowy. Co więcej, dysponując dokumentem gwarancji należytego wykonania z prawem cesji Zamawiający posiadałby de facto dłużny papier wartościowy, mogący stanowić przedmiot obrotu handlowego. Wyposażanie Zamawiającego w dłużne papiery wartościowe w żaden sposób nie mieści się w zakresie przedmiotu postępowania, którego dotyczy niniejsze postępowanie.

Ad pkt 6) zarzutów

Zamawiający w OPZ punkt I.B.1 oraz I.D.7 podpunkt e) zawarł wymóg, aby silniki spalinowe spełniały wymagania dotyczące składu spalin zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1628 z dnia 14 września 2016 r. Etap V.

Przywołane Rozporządzenie przewiduje, pod określonymi warunkami, możliwość zabudowy silników spełniających wymagania dotyczące składu spalin innego niż zgodny z Etap V, np. Etap IIIB. Istnieje zatem możliwość dostarczenia pojazdów spełniających wymagania Zamawiającego, w pełni zgodnych z obowiązującymi przepisami, które niekoniecznie muszą być zgodne z wymaganiami „Etap V”.

Limitowanie przez Zamawiającego możliwości zabudowy tylko silników zgodnych z Etap V prowadzi do bezpodstawnego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez bezpodstawne wykluczenie możliwości zastosowania silników zgodnych z w/w rozporządzenia, tj. silników spełniających wymogi Etapu IIIB. Tego rodzaju wymóg nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego. Można wręcz powiedzieć, że Zamawiający działa wbrew własnym interesom majątkowym, ponieważ silniki spalinowe spełniające normę emisji spalin Euro V są konstrukcjami dopiero wprowadzanymi na rynek, co sprawia, że docelowy koszt utrzymania tych jednostek będzie wyższy względem już stosowanych silników spełniających wymagania normę Euro IIIB.

Ad pkt 7) zarzutów

Zamawiający w OPZ punkt I.B.1 wymaga zastosowania układu zapewniającego możliwość odzysku energii z silników trakcyjnych w czasie hamowania zarówno w trakcji elektrycznej jak i spalinowej. W OPZ punkt I.B.2 wymaga ponadto zastosowania dodatkowych akumulatorów lub superkondensatorów. Należy podkreślić iż w pojazdy będące przedmiotem dostawy w niniejszym postępowaniu są pojazdami dwunapędowymi, elektryczno-spalinowymi, w których to pojazdach ilość miejsca na dodatkowe urządzenia, jest ograniczona w porównaniu z zespołami trakcyjnymi wyłącznie elektrycznymi lub wyłącznie spalinowymi. W połączeniu z wymaganiami dotyczącymi maksymalnej dopuszczalnej masy pojazdu prowadzi to do preferowania rozwiązań jednego z potencjalnych uczestników postępowania (Stadler Polska sp. z o.o.), który ze względu na zabudowę dodatkowego członu, aluminiowych konstrukcji pudeł członów pasażerskich oraz trzeciego wózka tocznego posiada możliwość zabudowy w swoich pojazdach dodatkowego wyposażenia. tj. akumulatorów i superkondensatorów. Mamy zatem do czynienia z utrudnianiem uczciwej konkurencji, przy braku uzasadnienia merytorycznego dla takich działań.

Ad pkt 8) zarzutów

Zamawiający w OPZ punkt I.C.5. wymaga przyspieszenia pojazdu w trakcji spalinowej większego lub równego $0,6 \text{ m/s}^2$. Standardem rynkowym dla pojazdów spalinowych są przyspieszenia w zakresie $0,35 - 0,45 \text{ m/s}^2$. Zamawiający nie przedstawił żadnego merytorycznego uzasadnienia dla wymaganego przez siebie przyspieszenia. W ocenie Odwołującego jedynym Wykonawcą będącym w stanie spełnić wymagania Zamawiającego jest Stadler Polska sp. z o.o. Mamy zatem do czynienia z utrudnianiem uczciwej konkurencji, przy braku uzasadnienia merytorycznego dla takich działań.

Ad pkt 9) zarzutów

Zamawiający wymaga, aby wysokość podłogi w strefie wejścia wynosiła $760 \pm 50 \text{ mm}$ ponad poziom główki szyny. Jednocześnie Zamawiający wymaga obsługi peronów o wysokości od 300 do 760 mm z zachowaniem wszystkich wymagań TSI.

Należy wskazać, że podłoga na wysokości $620 \pm 50 \text{ mm}$ także zapewnia obsługę wszystkich peronów wymaganych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający utrudnia konkurowanie podmiotom obecnym na rynku dostaw elektrycznych zespołów trakcyjnych, takim jak Odwołujący, które posiadają w swojej ofercie pojazdy z podłogą na wysokości $620 \pm 50 \text{ mm}$. Tego rodzaju ograniczenie konkurencji nie ma przy tym podstaw merytorycznych, ponieważ również podłoga na wysokości $620 \pm 50 \text{ mm}$ zapewnia obsługę wszystkich peronów wymaganych przez Zamawiającego z zachowaniem wszystkich wymagań TSI. Przedmiotowe rozwiązania należy zatem uznać za równoważne.

Ad pkt 10) zarzutów

Zamawiający w OPZ punkt I.D.7. podpunkt a) w pierwszej kolejności wymaga zgodności poziomu hałasu z TSI dotyczącą dopuszczalnych poziomów emisji hałasu przez tabor kolejowy wszystkich

rodzajów, przyjętej Rozporządzeniem Komisji (UE) Nr 1304/2014 z dnia 26 listopada 2014 r., co jest wymaganiem słusznym i w ocenie Odwołującego całkowicie wystarczającym.

Wprowadzając w kolejnych dwóch tiretach dodatkowe ograniczenia poziomu hałasu Zamawiający ogranicza konkurencyjność postępowania, zwłaszcza dla przypadku jazdy w trakcji spalinowej, ponieważ jedynie Stadler Polska sp. z o.o. posiada odizolowany człon z zabudowanymi jednostkami spalinowymi, co umożliwi redukcję poziomu hałasu poniżej wartości określonych w normach.

Ad pkt 11) zarzutów

Zamawiający w OPZ punkt I.D.26 podał, iż „oprogramowanie musi zostać dostosowane do aktualnie użytkowanego przez Zamawiającego”. Zamawiający nie przedstawił jednak żadnych informacji na temat aktualnie użytkowanego oprogramowania, ani wymaganego zakresu jego dostosowania. Bez posiadania i udostępnienia przez Zamawiającego dodatkowych informacji wymóg dostosowania oprogramowania dostarczanego przez Wykonawcę z nieokreślonym dokładnie przez Zamawiającego oprogramowaniem jest świadczeniem niemożliwym do spełnienia.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że powyższe uniemożliwia Odwołującemu w sposób prawidłowy skalkulowanie ceny ofertowej poprzez niejasny, nieprecyzyjny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia.

Ad pkt 12) zarzutów

Zamawiający wymaga zabudowy dwóch odbieraków prądu. Należy zauważyć iż rozwiązanie, w którym w pojeździe stosowany jest tylko jeden odbierak prądu jest powszechnie stosowanym w pojazdach najnowszej generacji i zapewnia taką samą funkcjonalność i osiągi pojazdu. Należy podkreślić iż pojazdy będące przedmiotem dostawy w niniejszym postępowaniu są pojazdami dwunapędowymi, elektryczno-spalinowymi, w których to pojazdach ilość miejsca na dodatkowe urządzenia, jest ograniczona w porównaniu z zespołami trakcyjnymi wyłącznie elektrycznymi lub wyłącznie spalinowymi. Wymaganie przez Zamawiającego zabudowy dwóch odbieraków prądu prowadzi do bezpodstawnego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Ad pkt 13) zarzutów

Żaden z wykonawców nie jest w stanie przewidzieć przyszłości i w związku z tym nie posiada wiedzy co do uwarunkowań prawnych, norm i wymagań, które będą z całą pewnością obowiązywać w dniu odbioru pierwszego pojazdu. Wprowadzenie przez Zamawiającego tego rodzaju postanowienia stanowi zaprzeczenie podstawowej zasady zamówień publicznych, jaką jest obowiązek precyzyjnego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający może opisywać przedmiot zamówienia poprzez odniesienie do obowiązujących aktów prawnych i norm, jednak nie jest uprawniony do odsyłania do aktów prawnych i norm, które jeszcze nie istnieją, a którą mogą ewentualnie powstać w przyszłości.

Brak jest przy tym jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych, aby nakładać na wykonawcę ryzyko zmian prawnych, które są niemożliwe do przewidzenia i niezależne od wykonawcy. Tego rodzaju

działanie, niezależnie od braku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, stanowi de facto zobowiązania do świadczenia niemożliwego, a ponadto narusza istotę umowy dostawy, ponieważ wykonawca właściwie nie wie, co będzie zobowiązany dostarczyć.

Ad pkt 14) zarzutów

Zamawiający wymaga dostawy pojazdu trzyczłonowego i zabudowy minimum czterech par drzwi po każdej stronie pojazdu. Należy zauważyć iż rozwiązanie, w którym w pojeździe stosowane są 3 pary drzwi na stronę zapewnia taką samą funkcjonalność. Należy podkreślić iż pojazdy będące przedmiotem dostawy w niniejszym postępowaniu są pojazdami dwunapędowymi, elektryczno-spalinowymi, w których to pojazdach ilość miejsca na dodatkowe urządzenia, jest ograniczona w porównaniu z zespołami trakcyjnymi wyłącznie elektrycznymi lub wyłącznie spalinowymi. Wymaganie przez Zamawiającego zabudowy czterech par drzwi na każdą stronę pojazdu prowadzi do bezpodstawnego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Ad pkt 15) zarzutów

Zamawiający wymaga od Wykonawcy obsługi serwisowej automatów biletowych w pojeździe, w skład której wchodzić ma także wprowadzanie zmian taryf, zmiana tras kursowania pojazdów oraz zmian w wydrukach biletów. Usługi te mają być świadczone w całym okresie utrzymania pojazdów, czyli przez 10 lat. Zamawiający wymaga wprowadzania w ramach wynagrodzenia za realizację usług utrzymania pojazdów wszystkich zmian wymuszonych przepisami prawa bez limitu ilościowego oraz dodatkowo 5 zmian niewymuszonych.

Wykonawca nie jest w stanie w żaden sposób oszacować ile razy będą zmieniać się przepisy i ile zmian wymuszonych będzie zobowiązany wprowadzić. Ponadto Zamawiający nie wskazał precyzyjnie, że aktualizacje powinny być wykonywane przez Wykonawcę w ramach wersji dostarczonej pierwotnie. Zmiana taryf może prowadzić od zmiany funkcjonalności oprogramowania, a zatem jego wersji i nie może być traktowana jako aktualizacja pierwotnego oprogramowania. Zamawiający ogólnikowo deklaruje wsparcie Wykonawcy w tym zakresie, nie określając jednak zakresu tego wsparcia, co prowadzi do niejednoznaczne opisu przedmiotu zamówienia. Brak jest przy tym jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych, aby nakładać na Wykonawcę ryzyko zmian prawnych, które są niemożliwe do przewidzenia i niezależne od Wykonawcy. Tego rodzaju działanie, niezależnie od braku jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, stanowi de facto zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, gdyż żaden Wykonawca nie będzie w stanie poprawnie oszacować zakresu.

Zamawiający podał ponadto, że każda kolejna zmiana, ponad określony limit, inna niż wymuszona wykonywana w danym roku realizacji umowy w części obejmującej utrzymanie Pojazdów, będzie wyceniana odrębnie przez Wykonawcę według stawki godzinowej w wysokości nie wyższej niż 200,00 zł netto (słownie: dwieście złotych netto) i realizowana odpłatnie na podstawie odrębnej umowy pomiędzy Stronami. Po pierwsze podkreślić należy, że Wykonawca nie ma żadnej gwarancji, że za 10 lat stawka godzinowa w wysokości 200 złotych będzie choćby pokrywała koszty pracy w związku z corocznym wzrostem minimalnego wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego próba narzucania przez Zamawiającego maksymalnej stawki godzinowej dla prac wykraczających poza przedmiot umowy

stanowi naruszenie zasad współzycia społecznego oraz swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, prowadząc do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego.

Ad pkt 16) zarzutów

Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do zawarcia umowy na rozliczanie transakcji bezgotówkowych z agentem rozliczeniowym (z ang. acquirerem) przy czym dodaje, że umowa powinna być zawarta „na warunkach zaakceptowanych przez Zamawiającego.” W ocenie odwołującego stanowi to wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współzycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego określenia wymagań już po zawarciu umowy. Co więcej, tego rodzaju wymóg prowadzi do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ Zamawiający próbuje ustalać warunki zamówienia już po jego udzieleniu, co jest niedopuszczalne, ponieważ naczelnym obowiązkiem Zamawiającego jest precyzyjne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia już na etapie wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający powinien zawrzeć umowę na rozliczanie transakcji bezgotówkowych z agentem rozliczeniowym samodzielnie, a jeżeli oczekuje od Wykonawcy jakichkolwiek świadczeń w tym zakresie – powinien precyzyjnie określić zakres i warunki owych świadczeń.

Ad pkt 17) zarzutów

Zamawiający w §34 ust. 5 IPU oraz OPZ punkt II.B.9. podał, iż „W uzasadnionych przypadkach, Zamawiający zastrzega sobie prawo do dłuższego czasu postoju Pojazdu na terenie zaplecza technicznego np. w sytuacji zbyt późnego zgłoszenia odbioru w piątek i braku zatrudnienia dla danego Pojazdu w kolejnych dniach, mniejsze zapotrzebowanie na tabor w kolejne dni). Odpowiedzialność za Pojazd w przedłużonym czasie postoju ponosi Wykonawca”. Jest to wymagania nieprecyzyjne i uniemożliwia Wykonawcy prawidłowe skalkulowanie oferty. Dowolność Zamawiającego w definiowaniu i wybieraniu „uzasadnionych przypadków” uniemożliwia Wykonawcy poprawne skalkulowanie oferty, gdyż nie ma on pewności ile takich „uzasadnionych przypadków” wystąpi w okresie obowiązywania umowy. Podkreślić należy iż Zamawiający dysponuje własnym zapleczem technicznym z torami postojowymi, a więc przerzucanie pełnej odpowiedzialności i kosztów postoju pojazdu na Wykonawcę jest całkowicie nieuzasadnione i narusza równowagę stron umowy. Obecna treść przedmiotowego wymogu narusza także zasadę precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, co sprawia, że przedmiotowy wymóg powinien zostać usunięty.

Ad pkt 18) zarzutów

Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do „zawarcia umowy z dostawcą paliwa zasilającego silniki spalinowe w dostarczonych Pojazdach”, przy czym dodaje, że umowa ma być zawarta „na warunkach zaakceptowanych przez Zamawiającego.” Ponadto Zamawiający w §31 ust. 17 IPU zobowiązuje Wykonawcę „do zawarcia umowy z dostawcą paliwa zasilającego silniki spalinowe w dostarczonych Pojazdach, na warunkach uprzednio zaakceptowanych przez Zamawiającego, przy czym cena dostarczanego paliwa nie może przekraczać hurtowych cen paliw ogłaszanych przez PKN ORLEN na

swojej stronie internetowej na dzień złożenia danego zamówienia.” W ocenie odwołującego stanowi to wymóg sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego określenia wymagań już po zawarciu umowy. Co więcej, tego rodzaju wymóg prowadzi do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ Zamawiający próbuje ustalać warunki zamówienia już po jego udzieleniu, co jest niedopuszczalne, ponieważ naczelnym obowiązkiem Zamawiającego jest precyzyjne i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia już na etapie wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

Na wstępie należy podkreślić, że handel paliwami wymaga odrębnej koncesji. Według najlepszej wiedzy Odwołującego żaden z producentów taboru kolejowego w Polsce taką koncesją nie dysponuje, w związku z czym jest to świadczenie niemożliwe do spełnienia.

Ponadto stawianie wymagań dotyczących ceny paliwa nie wyższej niż hurtowe ceny paliw dostarczanych przez PKN Orlen prowadzi do ograniczenia konkurencji poprzez nawiązywanie do cen oferowanych przez konkretnego dostawcę. Zamawiający w żaden sposób też nie zobowiązuje się do odbierania paliwa w ilościach hurtowych, które mogłyby zapewnić uzyskanie cen hurtowych publikowanych przez PKN Orlen.

W związku z powyższym Zamawiający powinien zawrzeć umowę z dostawcą paliwa samodzielnie, a nie przerzucać tego ciężaru na Wykonawcę, co nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia.

Ad pkt 19) zarzutów

Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do organizacji i pokrycia wszelkich kosztów dostawy paliwa do pojazdów, w tym w sytuacjach awaryjnych, poza wyznaczonym miejscem tankowania, co jest niemożliwe do przewidzenia i skalkulowania przez Wykonawcę i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego, sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemającego związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego.

Ad pkt 20) zarzutów

Zamawiający w OPZ punkt II.B.18 podaje, iż „*W przypadku konieczności przeprowadzenia przeglądu planowego lub czynności, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu możliwość wynajmu pojazdu zastępczego o parametrach technicznych tożsamyh z dostarczonymi Pojazdami lub spalinowego zespołu trakcyjnego na czas wykonania przeglądu lub czynności*”.

W ocenie Odwołującego niniejsze zobowiązanie jest wymaganiem zbyt daleko idącym, biorąc pod uwagę odpowiedzialność Wykonawcy w formie kar umownych przewidzianych umową. Ponadto na rynku polskim nie istnieją podmioty dysponujące pojazdami o parametrach zbliżonych do Pojazdu będącego przedmiotem naprawy pod względem liczby miejsc, standardu i prędkości eksploatacyjnej i pod względem zachowania funkcjonalności np. montażu kasowników, co prowadziłoby

do konieczności wyprodukowania przez wykonawcę dodatkowych pojazdów, takich samych jak w ramach przedmiotu zamówienia.

Ponadto należy zauważyć iż zapewnienie odpowiedniej rezerwy taborowej powinno leżeć w całości po stronie Zamawiającego jako operatora, a nie Wykonawcy. Jeżeli Zamawiający potrzebuje uzupełnić swoją rezerwę taborową, to powinien w tym zakresie ogłosić odpowiednie postępowanie na udzielenie zamówienia.

Ad pkt 21) zarzutów

Zamawiający w § 4 ust. 3 IPU podał, iż *„Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie udokumentowane szkody w mieniu Zamawiającego, wynikłe w toku i w związku z realizacją niniejszej Umowy. Odpowiedzialność Wykonawcy obejmuje szkody powstałe w każdej postaci winy.”*

Wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione przez siebie (lub przez podmioty trzecie przez niego wybrane) szkody. Obecna treść przedmiotowego postanowienia jest nieprecyzyjna i mogłaby być interpretowana w ten sposób, że Wykonawca odpowiadałby za szkody w mieniu Zamawiającego, na które nie miał on żadnego wpływu, co stanowi naruszenie równowagi stron umowy i tym samym prowadzi do niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułowania wymogu spełnienia świadczenia obiektywnie niemożliwego, sprzecznego z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego.

W związku z powyższym wnioskowana modyfikacja wskazanej klauzuli jest w pełni uzasadniona.

Ad pkt 22) zarzutów

Zamawiający w §23 ust. 2, ust. 6 i ust. 10 IPU nałożył na Wykonawcę obowiązek udzielenia licencji na *„wszystkich polach eksploatacji znanych stronom w dniu zawarcia umowy”*, co stanowi wymóg niejednoznaczny, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego.

Po pierwsze, Wykonawca nie ma pewności jakie pola eksploatacji są znane Zamawiającemu obecnie, ani też w żaden sposób nie może przewidzieć jakie pola eksploatacji będą znane Zamawiającemu w dniu podpisania umowy. Wykonawca nie może więc poprawnie skalkulować zakresu przekazanej licencji oraz jej wartości. W ocenie Odwołującego katalog pól eksploatacji powinien być precyzyjnie określony i zamknięty już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, przed złożeniem oferty.

Ad pkt 23) zarzutów

Zamawiający w §23 ust. 6 IPU, zobowiązuje Wykonawcę do udzielenia licencji na wykorzystanie dostarczonej dokumentacji z prawem udzielenia sublicencji w przypadku zlecenia osobie trzeciej usług utrzymania Pojazdów, w tym obsługi eksploatacyjnej, przeglądów oraz napraw, zbycia Pojazdu lub oddania go do korzystania podmiotowi trzeciemu na podstawie jakiegokolwiek stosunku prawnego.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, tj. dostawę pojazdów wraz z ich utrzymaniem, wszelkie dodatkowe zobowiązania wykonawcy mają charakter świadczeń ubocznych i jako takie powinny być związane z przedmiotem zamówienia. Takich przesłanek nie spełnia treść §23 ust. 6 IPU przewidująca obowiązek udzielenia licencji na wykorzystanie dostarczonej dokumentacji do napraw Pojazdów przez Zamawiającego lub wskazane przez niego podmioty trzecie. Brak zatem jakichkolwiek podstaw, aby w ramach zawartej umowy na dostawę i świadczenie usług utrzymania wymagać tego rodzaju licencji, tym bardziej, że Zamawiający wymaga, aby licencja obejmowała również podmioty trzecie.

Jak wykazano wyżej, Zamawiający oczekuje świadczenia (licencji) niezwiązanego z przedmiotem zamówienia, bez dodatkowego wynagrodzenia, co prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Przedmiotowe postanowienie jest zatem sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż wymagania Zamawiającego w tym zakresie zostały określone nieprecyzyjnie, co czyni je obiektywnie niemożliwymi do spełnienia. Zamawiający nie zdefiniował bowiem co rozumie pod pojęciem napraw. Nie wiadomo zatem, jaki zakres miałyby mieć oczekiwana przez Zamawiającego licencja na korzystanie z przekazanej dokumentacji.

Ad pkt 24) zarzutów

Zamawiający w §23 ust. 11 IPU, zapisał iż „Wykonawca zobowiązuje się do zwolnienia Zamawiającego i przejęcia odpowiedzialności Zamawiającego wobec osób trzecich za jakiegokolwiek roszczenia związane z naruszeniem ich praw odnośnie oprogramowania Pojazdów lub dokumentacji dostarczonych w ramach Umowy, z wyłączeniem odpowiedzialności wynikającej z naruszenia warunków licencji na oprogramowanie Pojazdów przez Zamawiającego. W przypadku, gdy osoba trzecia wytoczy przeciwko Zamawiającemu powództwo w oparciu o powyższe roszczenia, Wykonawca zobowiązany będzie pokryć prawomocnie zasądzone koszty zastępstwa procesowego, koszty sądowe oraz zapłacić prawomocnie zasądzone odszkodowanie lub koszty polubownego załatwienia sprawy. Zamawiający niezwłocznie poinformuje Wykonawcę o zgłoszeniu roszczeń lub wytoczeniu powództwa, o których mowa powyżej.”, co stanowi wymóg niejednoznaczny i obiektywnie niemożliwy do spełnienia, a ponadto sprzeczny z naturą stosunku prawnego umowy dostawy oraz zasadami współżycia społecznego, niemający związku z przedmiotem zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady odpłatności zamówienia publicznego i bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający decyduje się na wprowadzenie tego rodzaju klauzuli, powinien co najmniej ją sprecyzować w ten sposób, że pokrycie kosztów nastąpi wyłącznie w razie prawomocnego orzeczenia sądu. Brak jest bowiem podstaw do żądania zwrotu kosztów w razie bezzasadności roszczenia.

Ad pkt 25) zarzutów

Zamawiający w §27 ust. 10 IPU podał, iż „W przypadku konieczności naprawy lub wymiany wadliwego Pojazdu w okresie rękojmi lub gwarancji, z uwagi na stwierdzenie Wady Istotnej, Wykonawca zapewni Zamawiającemu pojazdy zastępcze o parametrach technicznych tożsamych z dostarczonymi Pojazdami lub spalinowe zespoły trakcyjne na czas naprawy lub wymiany, jeżeli naprawa lub wymiana połączona jest z niemożnością użytkowania przez Zamawiającego Pojazdów zgodnie

z przeznaczeniem przez okres dłuższy niż 14 dni od dnia zgłoszenia Wykonawcy Wady Istotnej. W przypadku użytkowania przez Zamawiającego zapewnionego przez Wykonawcę spalinowego zespołu trakcyjnego, ponoszone przez Zamawiającego koszty związane z dostawą paliwa pomniejszone zostaną o wartość paliwa jaka zostanie wykorzystana przez Pojazd do przejechania odcinków, na których Zamawiający do zasilenia Pojazdów korzystałby z sieci trakcyjnej.”

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do zapewnienia pojazdu zastępczego w przypadku naprawy Pojazdu w okresie rękojmi lub gwarancji, trwającej dłużej niż 14 dni, jeżeli naprawa połączona jest z niemożnością użytkowania przez Zamawiającego Pojazdu zgodnie z przeznaczeniem. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić Zamawiającemu na czas naprawy lub wymiany pojazdy zastępcze o parametrach technicznych tożsamy z dostarczonymi pojazdami. W ocenie Odwołującego, niniejsze zobowiązanie jest wymaganiem zbyt daleko idącym, biorąc pod uwagę odpowiedzialność wykonawcy w formie kar umownych przewidzianych umową oraz prawo Zamawiającego do zlecenia usunięcia wad podmiotom trzecim. Ponadto na rynku polskim nie istnieją podmioty dysponujące pojazdami o parametrach technicznych tożsamy z dostarczonymi pojazdami, co prowadziłoby do konieczności zbudowania przez wykonawcę dodatkowych pojazdów, takich samych jak w ramach przedmiotu zamówienia. Ponadto należy zauważyć iż zapewnienie odpowiedniej rezerwy taborowej powinno leżeć w całości po stronie Zamawiającego jako operatora, a nie wykonawcy. Jeżeli Zamawiający potrzebuje uzupełnić swoją rezerwę taborową, to powinien w tym zakresie ogłosić odpowiednie postępowanie na udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi jak na wstępie.



Podpisano
cyfrowo

Dokument
podpisany przez
Józef Michalik
Data: 2021.01.04
12:09:41 CET



Podpisano
cyfrowo

Dokument podpisany
przez ZBIGNIEW
KONIECZEK;
NEWAG S.A.
Data: 2021.01.04
12:10:48 CET

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu
2. KRS Wykonawcy
3. Dowód doręczenia odpisu odwołania Zamawiającemu