

ŁKA.ZIZ.271.591.2021

Łódź, dnia 15.02.2022 roku.

(Nr. rej. 179/2022)

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu

Dotyczy: *postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na „Likwidacja wykluczenia komunikacyjnego w Łódzkiem – spójny i zrównoważony system transportowy województwa łódzkiego: zakup autobusów hybrydowych”, znak postępowania: ŁKA.ZIZ.271.591.2021*

Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o., działając w imieniu Województwa Łódzkiego z siedzibą w Łodzi (dalej: „**Zamawiający**”), na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) (dalej: „**ustawa PZP**”) udziela odpowiedzi na pytania Wykonawców:

Zestaw 21

Pytanie nr 1

Wykonawca wnosi o stosowną modyfikację w rozdziale 17.1.3 IDW poprzez prawidłowe sformułowanie w zakresie kryterium P2, w tym poprzez prawidłowe sformułowanie 2 pierwszych rozwiązań, za które Wykonawcy otrzymać mają 20 bądź 10 punktów.

Uzasadnienie

Z treści udostępnionego na stronie Zamawiającego pisma wynika, że Wykonawca wnosił o usunięcie kryterium – konstrukcja szkieletu nadwozia jako bezzasadnego i uniemożliwiającego konkurencję. W odpowiedzi na powyższy wniosek Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ m.in. w ten sposób, że wprowadził nową punktację odnoszącą się do poszczególnych rozwiązań oferowanych przez Wykonawców:

L.p.	Nazwa podkryterium	Max. liczba pkt	Rozwiązanie	Punktacja
1	Typ układu hybrydowego (P1)	10	Zastosowanie szeregowego układu hybrydowego	10
			Zastosowanie równoległego układu hybrydowego	0
2	Konstrukcja szkieletu nadwozia (P2)	20	Konstrukcja szkieletu nadwozia wykonana ze stali odpornej na korozję – nierdzewnej wg PN-EN-10088 gat. 1.4003 i/lub aluminium	20
			Konstrukcja szkieletu nadwozia wykonana ze specjalnej stali lub stali o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczonej antykorozyjnie metodą katalforezy (KTL) stopowej	10
			Konstrukcja szkieletu nadwozia wykonana ze specjalnej stali lub stali o podwyższonej wytrzymałości zabezpieczonej antykorozyjnie	0



Wykonawca wskazuje zatem, że wprowadzona przez Zamawiającego punktacja jest nieściśła i budzić musi uzasadnione wątpliwości interpretacyjne: zwłaszcza w sytuacji, w której część nadwozia danego pojazdu wykonana jest z aluminium, natomiast część nadwozia zawiera elementy ze stali zabezpieczonej metodą kateforezy stopowej. Powyższe prowadzi do wniosku, że przy ocenie kryterium P2 „konstrukcja szkieletu nadwozia” Wykonawca taki powinien dostać jednocześnie 20, jak i 10 punktów, co przemawia za uznaniem, że kryterium to nie zostało określone przez Zamawiającego w sposób prawidłowy. Podkreślić zatem należy, że stosownie do art. 240 ust. 1 p.z.p. Zamawiający winien jest opisać kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają mu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

„Jednoznaczny” oznacza tyle, co „zrozumiały”, „niebudzący wątpliwości”; taki, by nie była konieczna wykładania jego treści. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, testem precyzyjności i jasności opisu jest zawsze jego rozumienie przez kilka niezależnych osób, które nie brały udziału w sporządzeniu SWZ; opis taki powinien dawać możliwość prostego i łatwego odczytania co i przede wszystkim: w jaki sposób będzie oceniane w ramach kryterium. „Ocena ofert w zgodzie z powyższą zasadą może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania (...)” – jak wskazała KIO w wyroku z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1327/10.

Sytuacja, w ramach której oferowane przez dany podmiot rozwiązanie techniczne mogłoby zostać zakwalifikowane dwojako – i otrzymać zarówno 10 jak i 20 punktów – jest niedopuszczalna i świadczyć może o poważnych nieprawidłowościach w redakcji SWZ. Zastrzegamy jednocześnie, że z punktu widzenia użytkownika i właściciela autobusu istotne jest, aby **konstrukcja pojazdu była wykonana w sposób umożliwiający długoletnią i bezproblemową eksploatację i objęta była gwarancją, również w zakresie odporności na korozję**. Na taką zaś eksploatację Wykonawca udziela gwarancji. **Z tego powodu rodzaj zastosowanych w tej konstrukcji materiałów i zabezpieczeń jest sprawą nieistotną, gdyż to wykonawcy gwarantują Zamawiającemu wieloletnią eksploatację pojazdów bez konieczności napraw i przejmują tym samym odpowiedzialność w przypadku ewentualnych uszkodzeń.**

Z uwagi na powyższe wnosimy o dokonanie odpowiedniej modyfikacji w tym zakresie.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje wymagania SWZ w powyższym zakresie. Zamawiający wskazuje, że kryterium „Konstrukcja szkieletu nadwozia” odnosi się tylko i wyłącznie do samonośnego szkieletu nadwozia tj. kratownicy i ramy, a nie pozostałych elementów konstrukcji nadwozia, w tym ścian bocznych. Opis kryterium jest jednoznaczny i zrozumiały. Zgodnie z pkt 6.14. OPZ, nadwozie oferowanych Pojazdów winno być zabezpieczone metodą pełnej, całopojazdowej kateforezy zanurzeniowej, wykonanej w zamkniętym cyklu technologicznym. Powyższe oznacza, że nie ma możliwości, aby wykonawca zaoferował konstrukcję szkieletu nadwozia z połączenia aluminium ze stalą zabezpieczoną metodą kateforezy. Według wiedzy Zamawiającego nie stosuje się jednocześnie rozwiązań polegających na łączeniu aluminium i stali, która nie jest stalą nierdzewną, a to z uwagi na zachodzące procesy chemiczne utleniania.

Pytanie nr 2

W nawiązaniu do zmodyfikowanych powyżej kryteriów oceny ofert Wykonawca wnosi o zmianę w - zmodyfikowanym wskutek odpowiedzi Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2022 r. - punkcie 17.1.3. i zrównanie w kryteriach oceny ofert zastosowania szeregowego układu hybrydowego z zastosowaniem równoległego układu hybrydowego.

Uzasadnienie

Jako uzasadnienie wskazujemy, że autobusy oferowane przez nas odzyskują energię potrzebną do wykorzystania napędu elektrycznego podczas hamowania oraz z nadwyżki mocy silnika spalinowego, mają możliwość jazdy wyłącznie na silniku elektrycznym na dystansie co najmniej kilkuset metrów, zwłaszcza podczas ruszania z przystanków czy światła. Po osiągnięciu określonej prędkości przełączają się na zasilanie silnikiem diesla. Baterie ładują się podczas hamowania, a



autobus nie wymaga dodatkowej infrastruktury do ładowania. **Autobusy tego typu zużywają od 30 do 40 proc. mniej paliwa i emitują od 40 do 50 proc. mniej spalin w porównaniu z analogicznymi autobusami z napędem Diesla.**

Tak skonstruowany układ napędowy pozwala na stworzenie i obsługę pojazdami hybrydowymi tzw. „stref zero-emisyjnych”. Autobusy mogą poruszać się w wyznaczonych strefach (np. w ścisłym centrum miasta) **wyłącznie na silniku elektrycznym na dystansie nawet do 1 km. Jest to niezaprzeczalna zaleta równoległego układu hybrydowego nad układami szeregowymi**, w których nie ma możliwości wymuszenia jazdy w sposób bezemisyjny.

Pomimo to Zamawiający w niezrozumiały sposób różnicuje ww. dwa rozwiązania techniczne, przyznając zastosowaniu szeregowego układu hybrydowego 10 punktów, podczas gdy zastosowanie równoległego układu hybrydowego otrzymać ma punktów 0. Wskazujemy zatem, że na etapie badania ofert Zamawiający nie jest w stanie określić, czy dane rozwiązanie jest lepsze od innego, zwłaszcza, że w żaden sposób nie wynika z dokumentacji przetargowej z jakich względów preferuje jedno z ww. rozwiązań.

Zwracamy jednocześnie uwagę, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 24, Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 4.10. OPZ, który otrzymał brzmienie: „Pojemność magazynu energii winna umożliwiać jazdę wyłącznie na silniku elektrycznym, na krótkim dystansie (minimum 100 metrów), w szczególności podczas ruszania Pojazdu (np. z przystanku lub ze skrzyżowania).”, skracając tym samym wymagany dotychczas dystans z 200 do 100 m. Zamawiający – najpewniej wychodząc naprzeciw oczekiwaniom jednego z wykonawców – zmodyfikował warunki postępowania w taki sposób, że stawiane pojazdom wymogi techniczne pozostają w jawnej sprzeczności z punktacją przyznaną w ramach kryteriów oceny ofert. Z zachowania Zamawiającego wynika obecnie, że z jednej strony zamierza on przyznać w kryteriach oceny ofert 10 punktów rozwiązaniu technicznemu, które umożliwia jazdę na krótszym dystansie wyłącznie na silniku elektrycznym, z drugiej strony dokonuje takiej modyfikacji OPZ, że wyraża zgodę na skrócenie dystansu jazdy na silniku elektrycznym o połowę (z 200 do 100 m). Jednocześnie rozwiązanie techniczne w postaci układu równoległego – które, na co wskazano wcześniej: umożliwia Zamawiającemu poruszanie się na dystansie do 1 km, a więc dłuższym niż wymagany przez Zamawiającego, co powinno w pełni odpowiadać jego potrzebom – otrzymać ma **0 punktów** przy ocenie kryteriów. Tego rodzaju zachowanie Zamawiającego nie sposób uznać za logiczne i racjonalne, z pewnością natomiast przemawiać może za uznaniem, że omawiane kryterium oceny i jego punktacja nie tylko nie odpowiadają rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, lecz dodatkowo mają charakter ograniczający konkurencję.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być nie tylko z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, ale i proporcjonalności. Preferowanie jednego wybranego przez Zamawiającego rozwiązania względem innych dostępnych na rynku jest natomiast nieuprawnionym ograniczaniem konkurencji – przyznanie maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert jednemu, preferowanemu rozwiązaniu, a nieprzyznanie ich rozwiązaniu co najmniej równoważnemu (o ile nie lepszemu) stanowi istotne naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. i – jak wskazywano powyżej – może być podstawą do dokonania korekty dofinansowania.

Podkreślamy, że swoboda Zamawiającego w zakresie stosowania kryteriów oceny ofert i jej wymogów nie jest nieograniczona, a Zamawiający nie może wprowadzać takich kryteriów, które ograniczałyby konkurencję bądź wprowadzałyby nieuzasadnione preferencje dla określonych dostawców, co wprost wynika z przepisów prawa polskiego i europejskiego. Warto przywołać w tym względzie także wyrok KIO z dnia 20 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 989/21): „Swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów czy usług, które chce nabyć, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Zatem z jednej strony określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.”, ponadto: „Zatem z jednej strony określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość



złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.”. Warunki udziału w postępowaniu siłą rzeczy określone są przez Zamawiającego – gospodarza postępowania – każdorazowo jednak powinny być one adekwatne do celów prowadzonego postępowania. Zapewniamy więc, że zarówno jedno jak i drugie rozwiązanie techniczne, których dotyczy wnioski, charakteryzuje się cechami użytkowymi i zaletami, a zrównanie w kryteriach oceny obu rozwiązań pozwoli Zamawiającemu na pełną realizację celów postępowania.

W przeciwnym razie – w przypadku braku zrównania w kryteriach oceny ofert dwóch rozwiązań tak, jak wynika to z niniejszego wniosku – mimo że Zamawiający co prawda traktuje dane rozwiązanie jako dopuszczalne, odpowiednie i **odpowiadające jego potrzebom w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**, poprzez ułożony przez siebie system punktacji kryteriów oceny ofert jawnie i wprost daje wyraz swym preferencjom, w nieuzasadniony sposób przyznając jednemu z traktowanych jako równoważne rozwiązań technicznych więcej punktów, aniżeli drugiemu z nich. To w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie możliwości uzyskania zamówienia publicznego przez podmiot, który co prawda oferuje przedmiot zamówienia zgodny ze specyfikacją techniczną i **w pełni odpowiadający potrzebom i wymaganiom Zamawiającego**, lecz który od początku liczyć się musi z uzyskaniem gorszej oceny punktowej niż oferta konkurenta oferującego równoważne rozwiązanie techniczne. Wykonawca uważa, że obecny system punktacji oceny oferty niejako premiuje – w sposób całkowicie nieargumentowany i nieuzasadniony – jedno z rozwiązań technicznych, oferowanych przez konkretnego wykonawcę, pomimo braku ku temu merytorycznych podstaw i przesłanek, co **uznane by powinno za ograniczające konkurencję**.

Z orzecznictwa KIO wynika, iż ograniczenia konkurencji mogą mieć również charakter pośredni i względny, a przykładem takiego ograniczenia jest „sytuacja, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców.” – por. wyrok KIO z dnia 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 341/12. Co przy tym istotne, z przywołanego orzeczenia wynika, że każdorazowo tego rodzaju ograniczenia konkurencji dokonywane przez Zamawiającego m.in. przez ułożone przez niego kryteria oceny ofert podlegają badaniu i ocenie pod względem **stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców na rynku**, które bezpośrednio przekładać się może na „nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego innym podmiotom uzyskania zamówienia”.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje wymagania SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 3

Wniosek dotyczący pkt 19.44 OPZ: Wykonawca ponownie wnosi o rezygnację z niemającego poparcia w przepisach prawa żądania szerokości drzwi min. 1200 mm, o dokonanie stosownej modyfikacji OPZ w tym zakresie i nadanie punktowi 19.44 brzmienia: „Efektywna szerokość drzwi dwuskrzydłowych (szerokość otworu drzwiowego dostępna dla pasażerów): zgodna z Regulaminem 107 EKG ONZ”.

Uzasadnienie

Wymagana przez Zamawiającego szerokość drzwi dla pasażerów ma wynosić 120 cm. Regulamin nr 107 EKG ONZ, będący podstawowym dokumentem precyzującym wymagania wobec autobusów, dopuszcza drzwi o mniej szerokości. Załącznik nr 3 do ww. regulaminu nie precyzuje minimalnej szerokości otworu drzwiowego w mm, a podaje jedynie, że szerokość ta „ma umożliwiać swobodne mijanie się ze sobą 2 elementów o szerokości 550 mm każdy”. **Dopuszcza się zatem nieco mniejszą szerokość otworu drzwiowego, który to parametr w pełni spełniają oferowane przez nas pojazdy.**

W Regulaminie nr 107 określono także:

„7.6.3. Minimalne wymiary wyjść

7.6.3.1. Pojazdy klas I, II i III muszą spełniać następujące wymogi:



7.6.3.1.1. drzwi główne muszą mieć otwór tworzący wejście zgodnie z wymogami określonymi w pkt 7.7.1 niniejszego załącznika;”

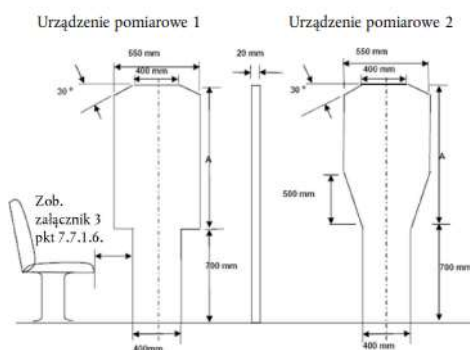
ZAŁĄCZNIK 4

WYKRESY POGLĄDOWE

Rysunek 1

Dostęp do drzwi głównych

(zob. załącznik 3 pkt 7.7.1)



Klasa pojazdu	Wysokość górnej płyty (mm) (Wymiar A, rys. 1)	
	Urządzenie pomiarowe 1	Urządzenie pomiarowe 2
Klasa A	950 (*)	950
Klasa B	700 (*)	950
Klasa I	1 100	1 100
Klasa II	950	1 100
Klasa III	850	1 100

(*) W przypadku pojazdów klasy A lub B można przemieścić dolną płytę w poziomie względem płyty górnej, pod warunkiem że następuje to w tym samym kierunku.

Wskazujemy ponownie, że stawianie przez Zamawiającego ww. wymogu nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia, a poczytywane być może jedynie za próbę ograniczenia konkurencyjności w postępowaniu poprzez stawianie nieuzasadnionych ograniczeń. Ustawodawca jednoznacznie stoi na stanowisku, że Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia formułować OPZ w taki sposób, który bezpośrednio lub tylko pośrednio mógłby godzić w zasadę uczciwej konkurencji, sprecyzowaną w art. 16 pkt 1 p.z.p. W licznych orzeczeniach KIO podkreśla się, że działaniem sprzecznym z zasadą uczciwej konkurencji jest również **zbyt rygorystyczne określenie wymogów co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia**. Co przy tym istotne, do stwierdzenia faktu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia – a przez to: sprzeczności z prawem – wystarczy samo zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji, nie trzeba wykazywać, że do jej realnego uniemożliwienia doszło.

Stawianie przez Zamawiającego wymogu odnośnie do szerokości drzwi, który to wymóg jest bardziej restrykcyjny niż wynikający z norm i przepisów prawa, może być poczytywane za nieuzasadnione utrudnianie dostępu do postępowania przez jednego z Wykonawców – zwłaszcza w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia, w ramach którego liczba Wykonawców oferujących autobusy hybrydowe jest tak zawężona. Jeśli w istocie Zamawiający ma uzasadnioną potrzebę posiadania określonego rozwiązania technicznego, powinien ją stosownie uargumentować w dokumentach przetargowych, przy czym „uzasadniona potrzeba” odróżniana jest od **zwykłej chęci posiadania jakiegoś rozwiązania**. „W przypadku uzasadnionej potrzeby zamawiający winien wykazać dlaczego dane rozwiązanie jest mu niezbędne do realizacji zadań, a nie jedynie wskazać chęć jego posiadania.” – tak wyrok KIO 1527/18 z dnia 20 sierpnia 2018 r., w którym słusznie zwrócono również uwagę, że trudno uznać za uzasadnioną potrzebę wynikającą z SWZ żądanie spełnienia określonego przez

zamawiającego wymogu, bowiem zostało ono uargumentowane w sposób lakoniczny, a ponadto zamawiający prawidłowo wykonuje usługi objęte przedmiotem zamówienia na urzędzeniu nieposiadającym żądanej obecnie w SWZ funkcji.

Niezależnie od przywołanych przepisów p.z.p. konieczność zachowania przez opis przedmiotu zamówienia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynika również z przepisów prawa Unii Europejskiej, w tym z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG). Zgodnie z przywołaną dyrektywą „specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku (...)”. Szczegółowe wymagania w tym zakresie wynikają z art. 42 ww. dyrektywy, z którego dobitnie wynika, że w specyfikacjach technicznych określa się wymagane cechy robót budowlanych, usług lub dostaw, a ich treść zapewniać musi każdorazowo **równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję (służąc w ten sposób naczelnym zasadom zamówień publicznych, tj. równego traktowania i uczciwej konkurencji). Tego rodzaju nieuzasadnioną przeszkodą jest stawiany przez Zamawiającego wymóg szerokości drzwi niemniejszej niż 1200 mm, który nie znajduje uzasadnienia w Regulaminie 107 EKG ONZ.**

Podkreślamy jednocześnie, że utrudnianie uczciwej konkurencji dotyczy działań Zamawiającego, a naruszenie przepisów powołanej ustawy w konsekwencji może być przyczyną nałożenia korekty nawet do 25% utraty dofinansowania – zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień oraz załącznikiem do niego, zwanym „taryfikatorem”.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany SWZ, w ten sposób, że pkt 19.44 OPZ otrzymuje nowe, następujące brzmienie:

„Efektywna szerokość drzwi dwuskrzydłowych (szerokość otworu drzwiowego dostępna dla pasażerów): min. 1200 mm albo min. 1100 mm, gdy pomiar wykonywany jest na poziomie uchwyków.”

Pytanie nr 4

Zwracamy się o skrócenie określonego m.in. w §13 ust. 15 Umowy przez Zamawiającego okresu rękojmi do 2 lat, a więc do terminu wynikającego z regulacji ustawy – Kodeks cywilny.

Uzasadnienie

Zgodnie z obecnym brzmieniem Umowy Wykonawca obowiązany jest udzielić na przedmiot zamówienia nie tylko gwarancji (która osobno udzielana jest na kompletny pojazd, na elementy konstrukcyjne nadwozia i podwozia, silniki spalinowe i elektryczne, perforację spowodowaną korozją poszyci zewnętrznych nadwozia, powłoki lakiernicze, odporność na korozję, akumulatory z systemu napędu hybrydowego, kondensatory lub też inne urządzenia, w których gromadzona jest energia elektryczna, elementy systemów informacji pasażerskiej, systemów biletowych, monitoring wizyjny, system detekcji i tłumienia ognia), ale również odpowiadającej jej długością rękojmi. Wykonawca ma na względzie, że to Zamawiający jest „gospodarzem” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ma wiodącą rolę w określaniu warunków umowy, którą zawrzeć zamierza z Wykonawcą, a swoboda kontraktowania, określona w art. 353[1] k.c. doznaje istotnych ograniczeń, tym niemniej stawianie przez Zamawiającego Wykonawcom tak wygórowanych ograniczeń jest nazbyt daleko idącą restrykcją.

Pomijając fakt, że z przepisów Kodeksu cywilnego wynika możliwość wyłączenia, lub ograniczenia rękojmi w relacjach pomiędzy profesjonalistami, Wykonawca zwraca uwagę, że zakres uprawnień Zamawiającego wynikających z umowy jest na tyle szeroki, że wprowadzenie w umowie tak wydłużonego okresu rękojmi stanowi niejako o „zdublowaniu” ochrony Zamawiającego na wypadek hipotetycznych wad. Oczywiście jest, że Wykonawca nie uchyla się od odpowiedzialności na wypadek ewentualnych wad przedmiotu zamówienia, lecz wprowadzanie podwójnego reżimu odpowiedzialności



– jednocześnie tak dalece wykraczającego poza kodeksową długość rękopisu – stanowi o drastycznym zaburzeniu ekwiwalentności świadczeń stron i przerzuceniu wszelkich ryzyk związanych z wykonywaniem umowy na jedną ze stron. Zastrzegamy, że tego rodzaju działanie znaleźć będzie musiało odzwierciedlenie w cenie ofertowej, co negatywnie przełoży się na interes finansowy samego Zamawiającego – dysponującego przecież środkami publicznymi.

Z uwagi na powyższe zwracamy się o skrócenie okresu rękopisu do 2 lat.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje wymagania SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 5

Wykonawca zwraca się, w nawiązaniu do odpowiedzi z dnia 27 stycznia 2022 r. na pytanie nr 47 i 48, o wyjaśnienie przez Zamawiającego co rozumie pod pojęciem „nieograniczony w czasie dostęp do serwisu”, które to pojęcie użyte jest w pkt 40.5 OPZ, §7 ust. 6 IPU.

Uzasadnienie

Odpowiadając na pytania nr 47 oraz w szczególności 48 Zamawiający zaniechał wskazania co rozumie pod pojęciem „przez cały okres eksploatacji”, zastępując je określeniem „nieograniczony w czasie dostęp do serwisu”. Wykonawca ponownie podkreśla, że takie niedookreślenie uniemożliwia mu dokonanie wyceny kosztu dostępu Zamawiającego do serwisu, a zobowiązanie do zapewnienia „nieograniczonego w czasie dostępu do serwisu” jawi się jako zobowiązanie wiekuiste. Wykonawca na bazie tak postawionego wymogu nie może wyliczyć kosztów dostępu do serwisu (a zatem – ceny oferty), albowiem dostęp ten jest związany z ponoszeniem opłat rocznych w okresie czasu jego trwania. Zatem, aby prawidłowo skalkulować ten koszt, Wykonawca musi posiadać wiedzę, na jaki okres czasu ma to zrobić. Wykonawca wskazuje przy tym, że typowym działaniem jest określanie przez Zamawiających w tego rodzaju umowach o udzielenie zamówienia, że Wykonawca zobowiązany jest zapewnić nieodpłatny dostęp do serwisu przez okres gwarancji całopojazdowej.

O dokonanie takiego doprecyzowania zwraca się Wykonawca.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany SWZ, w ten sposób, że:

1. pkt 40.5 OPZ otrzymuje nowe, następujące brzmienie:

„W przypadku gdy dokumentacja techniczna Pojazdu będzie aktualizowana w formie elektronicznej on-line, Wykonawca winien zapewnić Zamawiającemu pełny dostęp do serwisu w okresie 15 lat od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego dostawy Pojazdów bez zastrzeżeń.”

2. § 7 ust. 6 IPU otrzymuje nowe, następujące brzmienie:

„W przypadku aktualizacji dokumentacji technicznej Pojazdu w formie elektronicznej on-line, Wykonawca w ramach Ceny Dostawy zapewni Zamawiającemu pełny dostęp do serwisu w okresie 15 lat od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego dostawy Pojazdów bez zastrzeżeń.”

Pytanie nr 6

W nawiązaniu do odpowiedzi z dnia 27 stycznia 2022 r. na pytanie nr 8, dotyczące §8 ust. 1 Wykonawca wnosi o usunięcie ze zmodyfikowanego §8 ust. 1 Umowy złów: „jego poddostawców i podwykonawców”, a także o wyjaśnienie przez Zamawiającego jakie uprawnienia i dokumentację zamierza kontrolować?

Uzasadnienie

Zastrzeżenie przez Zamawiającego prawa kontrolowania całego procesu produkcyjnego pojazdów u Wykonawcy i jego podwykonawców oraz poddostawców w tak szerokim zakresie, w tym także co do uprawnień pracowników i dokumentacji, wydaje się nie być przez Zamawiającego uargumentowane. To Wykonawca jest podmiotem ponoszącym odpowiedzialność za prawidłowość dostawy, za należyte jej wykonanie (w tym w szczególności pod względem finansowym, ale i zgodności z prawem); to również



Wykonawca odpowiedzialny jest za prawidłowe prowadzenie dokumentacji i weryfikację uprawnień pracowników uczestniczących w realizacji zamówienia. Ponosi on także odpowiedzialność za swych podwykonawców na zasadzie art. 474 k.c. Jeśli w ostatecznym bilansie to Wykonawca odpowiedzialność taką ponosi, nie jest zrozumiałe z jakich przyczyn Zamawiający chce mieć uprawnienie do kontroli procesu produkcyjnego również u podwykonawców i poddostawców – zwłaszcza w tak szerokim zakresie.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany SWZ, w ten sposób, że § 8 ust. 1 zdanie pierwsze IPU otrzymuje nowe, następujące brzmienie:

„Zamawiającemu przysługuje prawo kontrolowania całego procesu produkcyjnego Pojazdów u Wykonawcy, jego poddostawców i podwykonawców, w zakresie jakości oraz zgodności z OPZ przez upoważnionych przedstawicieli, nie częściej jednak niż 1 raz w miesiącu, o ile Strony nie ustalą inaczej.”

Pytanie nr 7

Wykonawca wnosi o zmianę w §13 ust. 16 Umowy poprzez zastrzeżenie, że okres gwarancji rozpoczyna się od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego Pojazdu, a nie protokołu odbioru końcowego dostawy Pojazdów.

Uzasadnienie

Z treści Umowy wynika, że dostawa 20 sztuk pojazdów wraz z systemem biletowym nastąpi w terminie do 13 miesięcy od dnia zawarcia umowy, lecz nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od tej daty, dostawę uznaje się zaś za wykonaną w chwili podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego końcowego dostawy Pojazdów bez zastrzeżeń, który to protokół potwierdza dostarczenie Zamawiającemu wszystkich sztuk Pojazdów wraz z niezbędnym oprogramowaniem, licencjami, dokumentami oraz przeprowadzeniem szkoleń. W tym kontekście zastrzeżenie, że okres gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg od dnia następnego po protokolarnym odbiorze końcowym dostawy Pojazdów bez zastrzeżeń (a nie protokołu końcowego dostawy Pojazdu) spowoduje sztuczne wydłużenie okresu gwarancji – w stosunku do pojazdów dostarczonych najwcześniej termin ten rozpocznie bieg dopiero wraz z dostawą ostatniego z pojazdów i uznaniem, że wszelkie wynikające z umowy obowiązki (a objęte kontrolą w czasie sporządzania protokołu) zostały wykonane.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany SWZ, w ten sposób, że § 13 ust. 16 IPU otrzymuje nowe, następujące brzmienie:

„Okres rękojmi za wady i gwarancji jakości rozpoczyna się od dnia następnego po protokolarnym odbiorze końcowym danego Pojazdu bez zastrzeżeń.”

Pytanie nr 8

Wykonawca wnosi o zmianę w §13 ust. 17 Umowy i usunięcie z jego treści słów: „i rękojmi”, a także wprowadzenie w komentowanym postanowieniu zdania o treści: „Okres rękojmi nie biegnie od nowa począwszy od każdorazowej wymiany Pojazdu albo elementu Pojazdu na wolny od wad.”.

Uzasadnienie

W nawiązaniu do jednego z wcześniejszych wniosków Wykonawca ponownie wskazuje, że zastrzeżenie tak długiego okresu jego odpowiedzialności rękojmianej przy jednoczesnym utrzymywaniu, że okres tej odpowiedzialności odnawia się przy każdej wymianie elementu pojazdu lub samego pojazdu i biegnie od nowa jest kolejnym przykładem obarczania Wykonawcy bardzo istotnym ryzykiem związanym z realizacją przedmiotu zamówienia i wykonywaniem umowy. Ponownie świadczy to o nadmiernym zachwianiu ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy.

Z obecnego brzmienia umowy bezspornie wynika, że Zamawiającemu przysługuje szereg uprawnień gwarancyjnych na wypadek ewentualnych wad przedmiotu zamówienia, które tworzą spójny i efektywny system ochrony. Tak rygorystyczne podejście przez Zamawiającego do kwestii rękojmi powiela system uprawnień Zamawiającego, ponownie przerzucając wszelkie ryzyka umowne na Wykonawcę.



Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje wymagania SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 9

W nawiązaniu do odpowiedzi z dnia 27 stycznia 2022 r. na pytanie nr 28 Wykonawca wnosi o **usunięcie** z Umowy §16 ust. 2, zgodnie z którym „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za bezpośrednie skutki i następstwa awarii Pojazdów, spowodowanych Wadą Pojazdów. Zakresem odpowiedzialności Wykonawcy objęte są w szczególności:

- a. koszty naprawy innego pojazdu uszkodzonego wskutek kolizji z Pojazdem wynikłej z Awarii Pojazdu,
- b. koszty uszkodzonego mienia Zamawiającego lub osób trzecich, będące następstwem zderzenia się z nimi Pojazdu, gdy do zderzenia doszło wskutek Awarii Pojazdu.”

Uzasadnienie

Z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wynika, że jego wolą jest chęć zachowania zniżek na ubezpieczenie OC i AC pojazdów z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy. Wykonawca ponownie zwraca uwagę, że tego rodzaju postanowienia stanowią o przerzuceniu na niego odpowiedzialności za realizację umowy w sposób dalece zaburzający równowagę uprawnień stron i ekwiwalentność świadczeń wynikających z umowy. Zamawiający jako podmiot od lat świadczący usługi komunikacyjne ma świadomość, że ruch pojazdów nierozłącznie związany jest z ryzykiem kolizji z innymi użytkownikami ruchu drogowego, w tym również z przyczyn wynikających z awarii pojazdu. Na wypadek takich ryzyk przewidziane zostało ubezpieczenie OC i AC, a próba przerzucania na Wykonawcę odpowiedzialności finansowej za tego rodzaju szkody – motywowana obawą o utratę zniżek – ponownie świadczy o nadmiernym rygoryzmie postanowień umowy, które są nie do zaakceptowania przez Wykonawców. Wykonawca zwraca przy tym uwagę, że w żaden sposób nie jest również określone przez jaki czas Wykonawca ponosić miałby odpowiedzialność określoną w §16 ust. 2 Umowy, przy czym charakter tej odpowiedzialności dalece wykracza poza odpowiedzialność opartą na ryzyku – zbliżając ją do odpowiedzialności o charakterze absolutnym.

Stawianie tego rodzaju wymogów dalece wykracza poza swobodę kontraktowania, jak również jest sprzeczne z ideą odpowiedzialności OC i AC – i jako takie, może być oceniane pod kątem wykroczenia poza treść, cel lub właściwość stosunku zobowiązaniowego (a przez to: sprzeczne z prawem).

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje wymagania SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 10

Wykonawca wnosi o zmianę w §17 ust. 8 Umowy poprzez jego usunięcie.

Uzasadnienie

Zgodnie z obecnym brzmieniem umowy „żadna polisa ubezpieczeniowa, o której mowa w ust. 1-6 niniejszego paragrafu, nie może przewidywać franszyzy redukcyjnej.” – Wykonawca zwraca się o dopuszczenie przez Zamawiającego polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zawierającej franszyzę redukcyjną. Wykonawca posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej o szerokim zakresie, tym niemniej spełnienie powyższego warunku w zakresie braku franszyzy redukcyjnej wymagać od niego będzie zawarcia dodatkowego ubezpieczenia, co w oczywisty sposób przełoży się na cenę ofertową pojazdów, zwiększając koszty, z jakimi wiązać się będzie dla Zamawiającego udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien natomiast dążyć do jak największej minimalizacji kosztów, biorąc pod uwagę, że gospodaruje środkami publicznymi.

Wykonawca zastrzega przy tym, że w przypadku zaistnienia hipotetycznej szkody i tak zobowiązany będzie do jej naprawienia, a biorąc pod uwagę, że jest rzetelnym podmiotem gospodarczym, o ugruntowanej pozycji na rynku, posiadającym polisę o znacznej wartości; interesy Zamawiającego nie doznają ograniczeń w przypadku, w którym polisa taka przewiduje franszyzę redukcyjną.

Odpowiedź:



Zamawiający podtrzymuje wymagania SWZ w powyższym zakresie.

Pytanie nr 11

Wykonawca ponownie wnosi o rozważenie przez Zamawiającego rezygnacji z zastrzeżonego w §22 zapisu na sąd polubowny, obowiązku rozstrzygnięcia sporu przed wybranym mediatorem lub inną osobą prowadzącą inne polubowne próby rozwiązania sporu

Uzasadnienie

W miejsce ww. postanowienia Wykonawca proponuje zastrzeżenie, że wszelkie spory związane z Umową rozstrzygane będą przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Zamawiającego. Takie postanowienie jest korzystne dla samego Zamawiającego, który zyskuje gwarancję, że hipotetyczny spór sądowy prowadzony będzie przed sądem w mieście, w którym Zamawiający ma siedzibę, co pozwoli mu na zaoszczędzenie czasu i kosztów – na wypadek, gdyby do takiego sporu miało dojść.

Wykonawca ma przy tym na względzie, że Zamawiający najpewniej sięgnął do regulacji wynikającej z art. 591 p.z.p., tym niemniej przepis ww. artykułu stanowi o możliwości wprowadzenia do umowy z zakresu prawa zamówień publicznych postanowienia dotyczącego polubownego rozwiązania sporów, tym niemniej w dalszym ciągu Zamawiający może poprzestać na takim ukształtowaniu umowy, zgodnie z którym to sąd powszechny właściwy dla siedziby jednej ze stron (bądź dowolnie wybrany inny) będzie władny rozstrzygać spory narosłe wokół umowy. Niezależnie od powyższego nie wyłącza to możliwości prowadzenia polubownych metod rozwiązywania sporu przed hipotetycznym wytoczeniem powództwa w sprawie.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje wymagania SWZ w powyższym zakresie. Zamawiający wyjaśnia, że treść § 22 IPU zdeterminowana jest treścią promesy w sprawie dofinansowania inwestycji w ramach Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Nr 01/2021/8321/PolskiŁad i stanowi realizację zobowiązań Zamawiającego z niej wynikających.

Pytanie nr 12

Wykonawca wnosi o wydłużenie przez Zamawiającego terminu składania ofert w postępowaniu o co najmniej 21 dni względem terminu obecnego, tj. co najmniej do 8 marca 2022 r..

Zgodnie z obecnym brzmieniem SWZ i ogłoszenia o zamówieniu termin składania ofert przypada na 15 lutego 2022 r. na godzinę 10:30. Do dnia składania niniejszym wniosków o zmianę Zamawiający dokonał kilkudziesięciu modyfikacji w dokumentacji przetargowej, odpowiadając na liczne pytania i wnioski o zmianę składane przez Wykonawców. Biorąc pod uwagę, że ostatnie z odpowiedzi na pytania zostały przez Zamawiającego opublikowane na stronie internetowej w dniu 2 lutego 2022 r. i pomimo wniosków Wykonawców w dalszym ciągu część określonych w SWZ warunków nadal może być poczytywana za ograniczające konkurencję, w pełni zasadnym jest wydłużenie terminu składania ofert, nie tylko by zapewnić Wykonawcom możliwość odpowiednio długiego czasu na zapoznanie się z dokonanymi zmianami, wyjaśnieniami i przygotowanie jak najlepszych i najbardziej rzetelnych ofert w postępowaniu, ale również po to, by umożliwić Zamawiającemu korektę części z określonych w SWZ wymogów.

Wykonawca, będąc podmiotem zagranicznym, potrzebuje szeregu zgód i akceptacji centrali firmy celem złożenia oferty. Oczywiście jest iż Wykonawca wystąpi o te zgody dopiero po dopuszczeniu go do równego udziału w niniejszym postępowaniu. Stąd wniosek o wydłużenie terminu o okres niezbędny także na uzyskanie akceptacji i zgody na udział w postępowaniu.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany SWZ, w ten sposób, że:

1. Rozdział 15 pkt. 15.2. oraz pkt. 15.9. IDW otrzymują odpowiednio nowe, następujące brzmienie:

„15.2. Ofertę należy złożyć w nieprzekraczalnym terminie do dnia 8.03.2022 r., do godz. 10:30.”

„15.9. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 8.03.2022 r. o godz. 12:00 w siedzibie Pełnomocnika Zamawiającego: Łódzka Kolej Aglomeracyjna sp. z o.o., Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź.”

2. Rozdział 13 pkt. 13.1. IDW otrzymuje nowe, następujące brzmienie:

„13.1. Wykonawca pozostaje związany ofertą do dnia 5.06.2022 roku włącznie.”

Wyjaśnienia oraz zmiany są wiążące dla wszystkich Wykonawców i należy je uwzględnić podczas przygotowywania ofert.