



PESA Bydgoszcz SA
ul. Zygmunta Augusta 11
85-082 Bydgoszcz

Dział Sprzedaży
tel. +48 52 58 68 004
fax +48 52 58 68 020
marketing@pesa.pl

Sekretariat
tel. +48 52 58 68 100
fax +48 52 58 68 010
pesa@pesa.pl

Bydgoszcz, 16 sierpnia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

e-mail: odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący:

Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA

ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz

KRS 0000036552

e-mail: prawny_zp@pesa.pl

tel. +48 (52) 5868004

Zamawiający:

Województwo Łódzkie

Al. Piłsudskiego 8, 90-051 Łódź

Pełnomocnik Zamawiającego:

„Łódzka Kolej Aglomeracyjna” sp. z o.o.

Al. Piłsudskiego 12, 90-051 Łódź

Tel. 42 236 17 00, email: przetargi@lka.lodzkie.pl

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania: <https://bip.lka.lodzkie.pl/zamowienia-w-trybie-ustawy>

Wpis: opłata stała w wysokości 15.000 zł

Dotyczy: postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 4 sztuk nowych, trójczłonowych, elektrycznych zespołów trakcyjnych dla potrzeb wykonywania aglomeracyjnych i regionalnych przewozów pasażerskich pod nazwą „Likwidacja wykluczenia komunikacyjnego w Łódzkiem – spójny i zrównoważony system transportowy Województwa Łódzkiego: zakup taboru transportu kolejowego”, nr postępowania ŁKA.ZIZ.271.328.2022 (dalej: Postępowanie).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2022 roku, nr ogłoszenia: 2022/S 135-382929

ODWOŁANIE WOBEC WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Działając w imieniu Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna (dalej jako Odwołujący lub PESA), w oparciu o art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24; dalej PZP), na podstawie załączonego pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie wobec zmian Specyfikacji Warunków Zamówienia opublikowanych na stronie Postępowania w dniu 3 sierpnia 2022 r., w zakresie opisanym w treści niniejszego odwołania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 8 PZP poprzez wprowadzenie wymogu przekazania do odbioru produkcyjnego pierwszego pojazdu w terminie 15 miesięcy od dnia podpisania Umowy, bez doprecyzowania zakresu tego odbioru, a ponadto określenie nieuzasadnionego, niemożliwego do spełnienia terminu przeprowadzenia tego odbioru, nieuwzględniającego istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w części III SWZ – Istotne Postanowienia Umowy:

- a) wykreślenie § 18 ust. 1 lit. b o treści:
„b. przekazanie pierwszego Pojazdu do odbioru produkcyjnego obejmującego weryfikację zgodności kompletnego Pojazdu z założeniami, o których mowa w § 19 ust. 1 Umowy, przed rozpoczęciem prób stacjonarnych i ruchowych Pojazdu – w terminie 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”
- b) wykreślenie § 21 ust. 3 lit. b o treści:
„b. odbiór produkcyjny pierwszego Pojazdu w obrębie miasta Łodzi lub u Wykonawcy, zakończony podpisaniem protokołu zdawczo-odbiorczego. Wykonawca zobowiązany jest uzgodnić z Zamawiającym miejsce odbioru najpóźniej na 30 dni przed terminem jego wykonania,”
- c) wykreślenie słowa „produkcyjnego” z § 21 ust. 5,
- d) wykreślenie słowa „produkcyjnego” z § 21 ust. 9,
- e) wykreślenie słowa „produkcyjny” z § 21 ust. 17,
- f) wykreślenie § 28 ust. 1 lit. b o treści:

„b. w przypadku zwłoki Wykonawcy w przekazaniu pierwszego Pojazdu do odbioru produkcyjnego – karę umowną w wysokości 0,3 % Ceny Dostawy Pojazdu netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w dostawie danego Pojazdu”,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań, Odwołujący wnosi o zmianę treści § 18 ust. 1 lit. b umowy na następującą:

*„b. przekazanie pierwszego Pojazdu do odbioru produkcyjnego obejmującego weryfikację zgodności kompletnego Pojazdu z założeniami, o których mowa w § 19 ust. 1 Umowy, przed rozpoczęciem prób stacjonarnych i ruchowych Pojazdu – w terminie **20 miesięcy** od dnia zawarcia Umowy”.*

Nadto Odwołujący wnosi o:

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia;
2. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

I. INTERES WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest producentem pojazdów szynowych, w tym elektrycznych zespołów trakcyjnych, i zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów PZP i poprzez wadliwe sformułowanie postanowień SWZ, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania wynika z faktu, iż warunki stawiane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ ograniczają w sposób bezpodstawny możliwość Odwołującego złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto interes Odwołującego przejawia się także w dążeniu do zapewnieniu zgodności treści SWZ z przepisami PZP.

II. TERMIN NA WNIESIENIU ODWOŁANIA

Zmiany SWZ zostały opublikowane przez Zamawiającego na stronie internetowej postępowania w dniu 3 sierpnia 2022 r. Niniejsze odwołanie składane w dniu 16 sierpnia 2022 r. zachowuje więc wymogi ustawowe dotyczące terminu na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 PZP.

III. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

1. W dniu 3 sierpnia 2022 r. Zamawiający dokonał zmian SWZ związanych z odwołaniami wniesionymi przez wykonawców w Postępowaniu (sygn. akt KIO 1942/22, KIO 1952/22 i KIO 1944/22), w których to odwołaniach wykonawcy kwestionowali zbyt krótki termin dostawy pojazdów określony przez Zamawiającego w pierwotnych dokumentach zamówienia. Po zapoznaniu się z odwołaniami wykonawców Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2022 r. zmienił SWZ w ten sposób, że wydłużył termin dostawy pierwszego pojazdu do 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a kolejnych trzech pojazdów do 39 miesięcy od dnia podpisania umowy. Jednakże powyższa zmiana SWZ tylko pozornie wydłuża termin realizacji zamówienia, ponieważ jednocześnie Zamawiający wprowadził do SWZ nowe postanowienia dotyczące tzw. „odbioru produkcyjnego” pierwszego pojazdu, w szczególności § 18 ust. 1 lit. b wzoru umowy:

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

2. Treść powyższego postanowienia budzi istotne wątpliwości przede wszystkim dlatego, że nie jest jasne, na czym taki odbiór miałby polegać. Jak wynika z ww. postanowienia, odbiór produkcyjny ma obejmować weryfikację zgodności kompletnego pojazdu z założeniami, o których mowa w § 19 ust. 1 Umowy, tj.:

Ustalenia szczegółowe dotyczące kolorystyki wnętrza i zewnątrz Pojazdu, jak również materiałów wykończeniowych wnętrza Pojazdu zostaną dokonane po przekazaniu Zamawiającemu projektu design'u, o którym mowa w § 17 ust. 7 lit. a Umowy, w terminie do 30 dni od jego przekazania.

W § 19 ust. 1 Umowy określone zostały terminy na przeprowadzenie uzgodnień dotyczących designu pojazdu. Odesłanie do tego postanowienia w zakresie odbioru produkcyjnego jest więc niezrozumiałe - trudno ustalić, pod kątem jakich dokładnie założeń miałby być weryfikowany pojazd podczas odbioru produkcyjnego – czy mają one obejmować tylko design pojazdu, w tym sprawdzenie kolorystyki wnętrza i zewnątrz pojazdu oraz materiałów wykończeniowych. Odbiór pojazdu każdorazowo powinien być wykonany według ściśle określonych wymagań i kart odbiorczych, zawartych w dokumentacji pojazdu – Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru¹. Jeśli intencją Zamawiającego jest wprowadzenie dodatkowego odbioru, to powinien ustanowić jasne, precyzyjne i obiektywne warunki wykonania takiego odbioru oraz zakres podlegający weryfikacji. Obecna treść SWZ nie pozwala jednoznacznie ustalić, na jakim etapie produkcji ma znajdować się pojazd w momencie dokonywania odbioru produkcyjnego.

3. Zamawiający wskazał, że „odbiór produkcyjny” ma być przeprowadzony przed rozpoczęciem prób stacjonarnych i ruchowych Pojazdu. Nie określono, czy pojazd powinien być w fazie uruchomień czy dopiero przed tym etapem. Wykonanie wszystkich czynności składających się

¹ Zgodnie z § 11 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych

na uruchomienia pojazdu może zająć od 1 do 1,5 miesiąca, więc doprecyzowanie tego elementu jest konieczne.

4. Wątpliwości dotyczące rozumienia pojęcia „odbioru produkcyjnego” są tym większe, że w pierwotnych warunkach zamówienia (przed zmianą SWZ z dnia 3 sierpnia 2022 r.) Zamawiający przewidział już szczegółowe, wieloetapowe odbiory pojazdów. W szczególności przewidziane zostały odbiory częściowe elementów pojazdu u Wykonawcy (zgodnie z § 21 ust. 3 lit. a części III SWZ – Istotne Postanowienia Umowy), odbiór fabryczny każdego pojazdu u Wykonawcy (zgodnie z § 21 ust. 3 lit. c części III SWZ – Istotne Postanowienia Umowy po zmianach), odbiór końcowy pierwszego i każdego następnego pojazdu (zgodnie z § 21 ust. 3 lit. d i e części III SWZ – Istotne Postanowienia Umowy po zmianach). Wprowadzony przez Zamawiającego „odbiór produkcyjny” umieszczony został między odbiorami częściowymi a odbiorem fabrycznym, których zakres został szczegółowo określony. Dodatkowo Zamawiający oczekuje podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego po „odbiorze produkcyjnym”, co wydaje się irracjonalne skoro po odbiorze produkcyjnym pojazd powinien jeszcze pozostawać w dyspozycji wykonawcy z uwagi na konieczność wykonania przez wykonawcę prób stacjonarnych i ruchowych oraz przygotowania pojazdu do odbioru fabrycznego. Ponadto, jak wynika z § 21 ust. 3 lit. d i e części III SWZ – Istotne Postanowienia Umowy po zmianach, protokoły zdawczo-odbiorcze będą podpisywane po odbiorze końcowym pojazdów, a nie po odbiorze produkcyjnym.
5. Przede wszystkim jednak należy wskazać na niezrozumiały cel przeprowadzenia takiego odbioru. Jak już wskazano powyżej, pierwotne warunki zamówienia w sposób precyzyjny i absolutnie wystarczający określają zasady przeprowadzania odbiorów. Wprowadzanie dodatkowego „odbioru produkcyjnego” pierwszego pojazdu jest w tym kontekście zbędne, nieuzasadnione i wprowadza szereg wątpliwości, które Zamawiający powinien wyjaśnić przed terminem składania ofert.
6. Niezależnie od wielości możliwych sposobów interpretacji i szczegółowego zakresu sprawdzeń podczas „odbioru produkcyjnego” Odwołujący przyjmuje, że do tego odbioru pojazd powinien być co najmniej wyprodukowany w całości, tj. zmontowany w całości, z kompletną zabudową wnętrza. Osiągnięcie nawet tego etapu, bez uruchomień, dodatkowych badań i bez dostarczania dokumentacji, nie jest możliwe w terminie 15 miesięcy od dnia podpisania Umowy. Ustalając tak krótki termin na wyprodukowanie pierwszego pojazdu Zamawiający pomija szereg istotnych okoliczności mających wpływ na możliwość wykonania tego zobowiązania przez Wykonawcę. Wskazany termin jest całkowicie oderwany od realiów rynkowych, co świadczy o wadliwości sporządzonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie.
7. Harmonogram produkcji nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego musi uwzględniać czynności takie jak: uzgodnienia techniczne i projektowanie, zamówienie komponentów do produkcji pojazdów i oczekiwanie na ich dostawę, zabudowa i montaż pojazdu, uruchomienia, testy oraz

uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie pojazdu do eksploatacji. Z uwagi na brak doprecyzowania przez Zamawiającego zakresu „odbioru produkcyjnego” nie sposób ustalić, na którym ze wskazanych etapów powinien być ten odbiór przeprowadzony. Zakładając – co jednak jest tylko interpretacją Odwołującego – że „odbiór produkcyjny” powinien być wykonany po etapie zabudowy i montażu, a przed uruchomieniami i testami, oznacza to, że termin na jego wykonanie powinien wynosić nie mniej niż 20 miesięcy od dnia podpisania umowy.

8. Jak wskazywano w odwołaniach w sprawach sygn. akt KIO 1942/22, KIO 1952/22 i KIO 1944/22, kolejne etapy produkcji pojazdu obejmują fazę uzgodnień z zamawiającym i projektowania (ok. 3-6 miesięcy), fazę dostaw komponentów (12-14 miesięcy) i fazę zabudowy pojazdu (3,5 miesiąca), a więc określony przez zamawiającego termin 15 miesięcy na zakończenie produkcji pojazdu (bez uruchomień i testów) nie uwzględnia tych okoliczności. Dodatkowo należy podkreślić, że czas trwania ww. etapów jest w przeważającej części niezależny od wykonawcy i nie może być skrócony, w szczególności terminy dostaw komponentów spowodowane kryzysem na globalnych rynkach surowców, które w odniesieniu do strategicznych komponentów wynoszą nawet 12-14 miesięcy. Wnioskowany przez Odwołującego termin 20 miesięcy pozwoli na wykonanie wszystkich koniecznych etapów produkcji pierwszego pojazdu.
9. Należy zwrócić uwagę na brak celowości wyznaczania terminu „odbioru produkcyjnego” aż 21 miesięcy przed ostatecznym terminem dostawy pojazdów oraz zapisanie kary umownej za zwłokę wykonawcy w przekazaniu pojazdu do odbioru produkcyjnego. Dla Zamawiającego istotny jest termin dostawy pojazdów, ponieważ dopiero od tego dnia Zamawiający może z pojazdów korzystać. Jakikolwiek przesunięcia we wcześniejszych fazach produkcji są istotne tylko o tyle, o ile wpływają na końcowy termin dostawy pojazdów. W tym kontekście niezrozumiałe i nieuzasadnione jest zapisanie kary umownej za zwłokę wykonawcy w przekazaniu pojazdu do odbioru produkcyjnego, ponieważ na tym etapie zwłoka w wykonaniu zobowiązania nie ma dla Zamawiającego żadnego znaczenia ani nie może on ponieść szkody w związku ze zwłoką Wykonawcy. Zamawiającemu przysługuje przecież szereg uprawnień umownych i ustawowych, które pozwalają na weryfikację stanu zaawansowania prac u Wykonawcy i podjęcie stosownych działań przez Zamawiającego w razie zwłoki czy nienależytego wykonywania umowy, z odstąpieniem od umowy łącznie.
10. W ocenie Odwołującego jedyną możliwością zakończenia procesu zabudowy i montażu pierwszego pojazdu jest całkowite pominięcie fazy pierwszej, tj. uzgodnień i projektowania pojazdu. Wyłącznie w sytuacji, w której dany wykonawca dysponuje dokładnie takim pojazdem, jak opisany w SWZ i ma już wykonane z Zamawiającym wszelkie uzgodnienia techniczne, mogłoby być możliwe zakończenie produkcji pojazdu w terminie 15 miesięcy. W praktyce oznacza to nieuzasadnione zawężenie kręgu wykonawców do tych, którzy już dostarczali do Zamawiającego identyczne pojazdy. Na rynku pojazdów kolejowych, ze względu na specyficzne wymagania każdego przewoźnika, nie istnieje praktyka oferowania pojazdów tzw. „z półki”, które

mogą spełnić wymagania każdego zamawiającego bez żadnych zmian technicznych. Z uwagi chociażby na inne wymagania w zakresie pojemności pojazdów czy konfiguracji wnętrza pojazdów konieczne jest każdorazowo, przy każdym zamówieniu, wykonanie chociażby podstawowego zakresu prac projektowych. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na szeroki zakres uzgodnień technicznych przewidzianych przez Zamawiającego w części II SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia. W przedmiotowej sprawie oznacza to, że Odwołujący – producent pojazdów, który spełnia warunki udziału w postępowaniu i może zrealizować zamówienie, ale nigdy nie dostarczał do Zamawiającego pojazdów takich jak te, które są przedmiotem Postępowania – znajduje się w sytuacji gorszej niż wykonawcy, którzy już zrealizowali dostawy identycznych pojazdów dla Zamawiającego. W ocenie Odwołującego świadczy to o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

11. Warto podkreślić, że podobna sprawa była rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 1 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO 1280/22, KIO 1283/22 i KIO 1284/22). Zarzuty w ww. sprawie dotyczyły m.in. nierealnych terminów dostaw pojazdów określonych w umowie ramowej, której przedmiotem była dostawa elektrycznych zespołów trakcyjnych podobnych do tych, których dostawa stanowi przedmiot Postępowania. Izba stwierdziła, że:

*Określone przez Zamawiającego terminy nie mają oparcia w warunkach rynkowych (...). **Określając termin dostawy Zamawiający zobowiązany jest uwzględnić pełen proces, jakiego wymagać będzie dostawa wyprodukowanego dopiero na jego zlecenie pojazdu, a ta obejmuje również etap związany z dostawą kluczowych komponentów, których produkcja również uzależniona jest od składanych zamówień.***

Mając na uwadze powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- 2) odpis KRS Odwołującego,
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 4) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.