

Poznań, dnia 5 września 2022 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa  
fax: +48 22 458 78 00  
e-mail: [odwolania@uzp.gov.pl](mailto:odwolania@uzp.gov.pl)

**Odwołujący:** Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.  
ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz  
KRS: 0000036552, REGON: 091267838  
NIP: 5540311775  
e-mail: [prawny\\_zp@pesa.pl](mailto:prawny_zp@pesa.pl)  
reprezentowany przez:  
radcę prawnego Agnieszkę Suchecką  
radcę prawnego Agatę Wujewską  
adres do doręczeń:  
Kancelaria Radców Prawnych  
Brudkiewicz, Suchecka S.K.A.  
ul. Tylne Chwaliszewo 25, 61-103 Poznań  
tel. (+48) 664 701 510 (r.pr. A. Suchecka)  
tel. (+48) 663 650 767(r. pr. A. Wujewska)  
e-mail: [kancelaria@bssk.pl](mailto:kancelaria@bssk.pl)

**Zamawiający:** Województwo Łódzkie  
Al. Piłsudskiego 8, 90 - 051 Łódź  
NIP: 7251739344, REGON: 472057626  
pełnomocnik Zamawiającego:  
„Łódzka Kolej Aglomeracyjna” sp. z o.o.  
Al. Piłsudskiego 12, 90 - 051 Łódź  
KRS: 0000359408, REGON: 100893710  
NIP: 7252025842  
tel: 42 236 17 00  
e-mail: [biuro@lka.lodzkie.pl](mailto:biuro@lka.lodzkie.pl)  
[przetargi@lka.lodzkie.pl](mailto:przetargi@lka.lodzkie.pl)  
[michal.perzynski@lka.lodzkie.pl](mailto:michal.perzynski@lka.lodzkie.pl)

**Wpis:** opłata stała w wysokości 15.000,00 zł

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 jako: „**Postępowanie**”)

Adres strony internetowej postępowania:

<https://bip.lka.lodzkie.pl/zamowienia-w-trybie-ustawy>

<https://bip.lka.lodzkie.pl/Likwidacja-wykluczenia-komunikacyjnego-w-Lodzkiem-spojny-i-zrownowazony-system-transportowy-województwa-lodzkiego-zakup-taboru-transportu-kolejowego-9/>

Ogłoszenie o zamówieniu: zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.07.2022 r., nr ogłoszenia: 2022/S 135-382929

## ODWOŁANIE

### wobec zmiany postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia

1. [Wniosek w przedmiocie terminu posiedzenia i rozprawy] Odwołujący na wstępie zwraca się o niewyznaczenie terminu posiedzenia i rozprawy w celu rozpoznania niniejszego odwołania w okresie 19-23.09.2022 r. Wniosek ten Odwołujący motywuje faktem, że w dniach 20-23.09.2022 r. w Berlinie odbywać będą się targi branżowe Innotrans, które mają bardzo istotne znaczenie dla całej branży kolejowej, w tym branży dostaw pojazdów szynowych<sup>1</sup>. W targach tych każdorazowo biorą udział liczni przedstawiciele (eksperti techniczni, merytoryczni i zakupowi) tak dostawców pojazdów, jak i podmiotów nabywających i eksploatujących takie pojazdy, którzy już w dniu 19.09.2022 r. udają się do Berlina. Wyznaczenie posiedzenia i rozprawy w niniejszej sprawie w terminie innym niż 19-23.09.2022 r. umożliwi zatem - zarówno dla Odwołującego, Zamawiającego, jak i ewentualnych pozostałych uczestników postępowania odwoławczego - udział w postępowaniu odwoławczym osób faktycznie zaangażowanych w przygotowanie i prowadzenie Postępowania, co tym samym przyczyni się do wyczerpującego i prawidłowego rozpoznania niniejszej sprawy.
2. [Przedmiot zaskarżenia] Działając w imieniu Odwołującego - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (85-082) przy ul. Zygmunta Augusta 11 (dalej jako: „PESA” lub „Odwołujący”), na podstawie przepisu art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.; dalej jako: „Pzp”), w powołaniu na pełnomocnictwo załączone do niniejszego pisma, niniejszym wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w dniu 24.08.2022 r. zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), mocą której Zamawiający dokonał zmiany SWZ w zakresie obejmującym kryteria oceny ofert w Postępowaniu, wprowadzając kryterium oceny pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu”, w którym Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy określił założenia i zasady, wedle których oceniać będzie złożone oferty.

---

<sup>1</sup> [https://www.innotrans.de/en/press/press-release/news\\_8192.html](https://www.innotrans.de/en/press/press-release/news_8192.html)

3. **[Zarzuty]** Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

- 1) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez ustanowienie i ukształtowanie pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „*Termin dostawy pierwszego Pojazdu*” w sposób nieuwzględniający istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia, a w konsekwencji w sposób nieodnoszący się do jakości świadczenia objętego przedmiotem zamówienia oraz niegwarantujący najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, oraz w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, który prowadzi finalnie do ograniczenia konkurencji w Postępowaniu w sposób nieuprawniony i nieproporcjonalny do zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że powyższymi zarzutami obejmuje postanowienia ujęte zarówno w treści opublikowanego dnia 24.08.2022 r. ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu (dalej **Ogłoszenie**), jak też ujęte w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

4. **[Wnioski]** W związku z przedstawionymi zarzutami, wnoszę o **uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i:**

- 1) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kryterium oceny ofert pn. „*Termin dostawy pierwszego Pojazdu*” oraz przywrócenia treści postanowień SWZ dotyczących kryteriów oceny ofert (i postanowień z nimi powiązanych, w tym wzorów dokumentów, których złożenia wraz z ofertą wymaga Zamawiający) do brzmienia sprzed zmiany dokonanej przez Zamawiającego w dniu 24.08.2022 r.;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wnosi nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania oraz przedłożonych w załączeniu do odwołania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

5. **[Zachowanie terminu wniesienia odwołania]**

Odwołujący złożył odwołanie w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Zamawiający opublikował w dniu 24.08.2022 r. zmianę treści SWZ, której

dotyczy przedmiotowe odwołanie. Zgodnie zatem z art. 509 ust. 2 Pzp, termin na wniesienie odwołania przypada na dzień 05.09.2022 r.

**Dowód:**

- ogłoszenie o zmianie treści SWZ z dnia 24 sierpnia 2022 r. (w aktach Postępowania);

**6. [Interes Odwołującego]**

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący jest producentem pojazdów szynowych, w tym elektrycznych zespołów trakcyjnych i zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Pzp i opisane niniejszym odwołaniem wadliwe sformułowanie postanowień SWZ i określenie kryterium oceny ofert, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje jednak uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej, w tym skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia, w prawidłowo przygotowanym i przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tym samym osiągnięcie korzyści, w tym zysku, z tytułu wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że Odwołujący ma prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia objętego Postępowaniem w warunkach zgodności tego Postępowania z przepisami Pzp, w tym w szczególności podstawowych zasad odnoszących się do wszystkich postępowań prowadzonych w trybie przepisów Pzp. Interes Odwołującego przejawia się zatem także w dążeniu do zapewnienia zgodności treści SWZ z przepisami Pzp. Powyższe doznaje jednak uszczerbku w świetle treści SWZ dotyczącej kryteriów oceny ofert (kryterium oceny ofert pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu”), zaś te nieprawidłowości i przeszkody mogą zostać usunięte wyłącznie wskutek wniesienia przez Odwołującego niniejszego odwołania.

Zmiana postanowień SWZ w sposób opisany przez Odwołującego umożliwi mu konkurowanie na równych zasadach z innymi wykonawcami w Postępowaniu oraz złożenie skutecznej oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji.

## UZASADNIENIE

### 7. [Opis stanu faktycznego]

- 1) Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa 4 sztuk, z możliwością zwiększenia o dodatkowe 20 sztuk, fabrycznie nowych, trójczłonowych, elektrycznych zespołów trakcyjnych dla potrzeb wykonywania aglomeracyjnych i regionalnych przewozów pasażerskich wraz z przeszkoleniem wskazanych osób oraz świadczenie usług utrzymania dostarczonych elektrycznych zespołów trakcyjnych w okresie 10 lat od dnia przekazania poszczególnych elektrycznych zespołów trakcyjnych do eksploatacji.

#### *Dowód:*

- ogłoszenie o zamówieniu (w aktach Postępowania);

- 2) W pierwotnej treści Specyfikacji Warunków Zamówienia opublikowanej przy wszczęciu Postępowania, Zamawiający określił termin wykonania zamówienia w zakresie dostawy pierwszego Pojazdu datą dzienną do 31.12.2023 r. Okoliczność ta została zaskarżona odwołaniami wniesionymi do Krajowej Izby Odwoławczej przez 3 różnych wykonawców, wiodących na rynku dostaw pojazdów szynowych w Polsce, w których wskazano na naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp poprzez wyznaczenie obiektywnie zbyt krótkich, nierealnych i nieuwzględniających istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację zamówienia terminów wykonania zamówienia, które są niemożliwe do dotrzymania przez wykonawców (sygn. akt: KIO 1942/22, KIO 1944/22 i KIO 1952/22). W odwołaniach tych wskazano między innymi, że najwcześniejszym realnym terminem wykonania zamówienia odnośnie dostawy pierwszego Pojazdu (pojazdu niehomologowanego), uwzględniając w szczególności obiektywne okoliczności związane z procesem projektowania i produkcji pojazdów zgodnie z założeniami opisanymi przez Zamawiającego, w tym koniecznością zewnętrznych zakupów niezbędnych komponentów i przeprowadzenia procedur administracyjnych związanych z uzyskaniem dopuszczenia do eksploatacji, jest termin 36 miesięcy od daty zawarcia umowy. Wskazywano również, że przyjęcie przez Zamawiającego krótszego terminu dostawy pierwszego Pojazdu prowadzi do niezgodnego z przepisami naruszenia zasad uczciwej konkurencji i zawęża krąg wykonawców do podmiotów, które już przed wszczęciem Postępowania dysponują dokładnie takim pojazdem, jak Zamawiający opisał w SWZ i mają już wykonane z Zamawiającym wszelkie uzgodnienia techniczne, co w praktyce oznacza nieuzasadnione zawężenie kręgu wykonawców do tych, którzy już dostarczali do Zamawiającego identyczne pojazdy.
- 3) Zamawiający w istocie przyznał rację odwołującym wykonawcom, publikując w dniu 03.08.2022 r. zmianę treści SWZ, modyfikując m.in. termin

na dostawę pierwszego Pojazdu na 36 miesięcy od daty zawarcia umowy (vide: odpowiedź na Pytanie nr 1 z Zestawu 2 w piśmie Zamawiającego datowanym dnia 29.07.2022 r., opublikowanym dnia 03.08.2022 r.).

**Dowód:**

- pismo Zamawiającego z dnia 29.07.2022 r., opublikowane dnia 03.08.2022 r. (w aktach Postępowania);

- 4) Jednocześnie jednak Zamawiający wprowadził - wcześniej nieprzewidywany - dodatkowy rodzaj odbioru Pojazdu, tzw. odbiór produkcyjny, który nastąpić miałby dla pierwszego Pojazdu w terminie do 15 miesięcy od dnia zawarcia umowy (§ 18 ust. 1 lit. b Części III SWZ - Istotne Postanowienia Umowy, dalej: „IPU”). Jako że zakres tego odbioru produkcyjnego w istocie sprowadzałby się do obowiązku zapewnienia przez wykonawcę w tym terminie niemal kompletnego Pojazdu, zmiana dokonana przez Zamawiającego zmierzała w rzeczywistości ponownie do określenia przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia niezgodnie z przepisami prawa, w szczególności w sposób nieuprawniony zawężający konkurencję.

**Dowód:**

- pismo Zamawiającego z dnia 29.07.2022 r., opublikowane dnia 03.08.2022 r. (w aktach Postępowania);

- 5) Skutkiem tego było wniesienie przez 2 wykonawców kolejnych odwołań w przedmiocie dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji treści SWZ w ww. zakresie. Również i w tym przypadku Zamawiający nie podjął polemiki z zarzutami przedstawionymi w odwołaniach i uwzględnił je, dokonując kolejnej zmiany treści SWZ (zmiana dokonana pismem datowanym dnia 19.08.2022 r., opublikowana dnia 24.08.2022 r.) i uchylając wcześniejszą zmianę m.in. § 18 ust. 1 IPU wprowadzającą tzw. odbiór produkcyjny.

**Dowód:**

- pismo Zamawiającego z dnia 19.08.2022 r., opublikowane dnia 24.08.2022 r. (w aktach Postępowania);

- 6) Jednocześnie jednak, Zamawiający wprowadził do SWZ nowe, wcześniej nieprzewidziane, kryterium oceny ofert pn. „**Termin dostawy pierwszego Pojazdu**” o wadze 10% (maksymalna punktacja w kryterium: 10 pkt)<sup>2</sup>,

---

<sup>2</sup> Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w piśmie dotyczącym zmiany treści SWZ z dnia 19.08.2022 r. (opublikowanym dnia 24.08.2022 r.) wskazał, że wprowadzając kryterium oceny pn. „**Termin dostawy pierwszego Pojazdu**” dokonuje on zmiany rozdziałów: 17.1.1, 17.1.3, 17.1.5, 17.1.6, 17.1.7 IPU (tj. Części III SWZ - Istotne Postanowienia Umowy). IPU nie zawiera jednak jednostek redakcyjnych wskazanych przez Zamawiającego (zaś § 17 IPU nie dotyczy kwestii kryteriów oceny ofert), zaś Zamawiający wedle wszelkiego prawdopodobieństwa popełnił w tym zakresie oczywistą omyłkę pisarską, odnosząc się w rzeczywistości do ww. rozdziałów IDW (tj. Części I SWZ - Instrukcja

zmieniając jednocześnie wagi dotychczasowych kryteriów oceny. Zamawiający wskazał, że zgodnie z metodologią oceny w ramach nowego kryterium „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” przyznawać będzie ofertom punktację w sposób następujący:

- a) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 10 pkt (punktację maksymalną);
  - 1) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 24 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 6 pkt;
  - 2) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 3 pkt;
  - 3) „za oferowanie terminu dostawy pierwszego Pojazdu nie później niż w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia Umowy” - Zamawiający przyzna 0 pkt.

**Dowód:**

- pismo Zamawiającego z dnia 19.08.2022 r., opublikowane dnia 24.08.2022 r. (w aktach Postępowania);

**8. [Uzasadnienie zarzutów]**

- 1) Jak zostanie szerzej opisane w dalszej części niniejszego odwołania oraz co zostanie wykazane przez Odwołującego w toku postępowania przed Izłą stosownymi dowodami, oceniając czynności Zamawiającego, w tym uwzględniając opisany stan faktyczny sprawy i świadomość Zamawiającego co do obiektywnych i niekwestionowanych przez niego w kolejnych postępowaniach odwoławczych uwarunkowań realizacji takiego zamówienia jak objęte Postępowaniem należy stwierdzić, że **dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, która jest przedmiotem niniejszego odwołania, uwarunkowania te ignoruje oraz zmierza w istocie ponownie do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji w Postępowaniu oraz naruszenia pozostałych zasady postępowania o udzielenie zamówienia - równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.** Zmiana ta efektywnie w dalszym ciągu zawęży bowiem bezzasadnie tę konkurencję do podmiotu (względnie podmiotów), który dysponuje już na chwilę obecną gotowym pojazdem pod wymogi

---

dla Wykonawców, dalej: „IDW”), której rozdział 17 istotnie odnosi się do kryteriów oceny ofert. Odwołujący zaznacza niniejszą okoliczność z najdalej posuniętej ostrożności wskazując, że prezentując w odwołaniu zarzuty i twierdzenia, Odwołujący odnosi się każdorazowo do zmiany w zakresie kryteriów oceny i faktu wprowadzenia przez Zamawiającego kryterium oceny pn. „Termin dostawy pierwszego Pojazdu” w brzmieniu opisanym przez Zamawiającego w ww. piśmie z dnia 19.08.2022 r., opublikowanym dnia 24.08.2022 r.;

Zamawiającego i nie będzie w rzeczywistości musiał przeprowadzać z Zamawiającym fazy uzgodnień i projektowania ani procedury uzyskania zezwolenia dla typu pojazdu, która jest o kilka miesięcy dłuższa niż procedura uzyskania zezwolenia na wprowadzenie do obrotu pojazdu zgodnego z dopuszczonym typem. **Jedynie zatem pozornie Zamawiający umożliwia udział w Postępowaniu innych podmiotów i jedynie pozornie kształtuje niniejsze Postępowanie jako konkurencyjne.** Skutek wprowadzenia omawianego kryterium jest bowiem w istocie *de facto* tożsamy z uprzednio przewidywanym przez Zamawiającego (a następnie, wskutek wniesionych odwołań, zmodyfikowanym przez Zamawiającego) bezwzględny terminem dostawy pierwszego Pojazdu, tj. zawężenie realnej konkurencji w Postępowaniu do predeterminowanych przez Zamawiającego podmiotu/podmiotów.

- 2) Jak wynika z ukształtowanego przez Zamawiającego kryterium oceny pn. „*Termin dostawy pierwszego Pojazdu*”, jakiegokolwiek punkty w tym kryterium uzyskać może wyłącznie podmiot, który zaoferowałby termin dostawy pierwszego Pojazdu istotnie krótszy niż 36 msc. od zawarcia umowy - w tym maksymalną punktację w kryterium tym otrzyma podmiot, który zaoferuje o połowę krótszy termin dostawy pierwszego Pojazdu (18 msc. od zawarcia umowy).
- 3) Zamawiający pomija tym samym szereg istotnych okoliczności mających wpływ na termin dostawy pierwszego Pojazdu. Wskazane przez Zamawiającego terminy dostawy pierwszego Pojazdu, które będą przez niego punktowane w ramach omawianego kryterium oceny, są całkowicie oderwane od realiów realizacji zamówienia, co świadczy o wadliwości sporządzonego przez Zamawiającego kryterium i opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 241 ust. 1 Pzp, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia - Zamawiający nie może tym samym konstruować pozacenowego kryterium oceny w sposób dowolny, który całkowicie odbiegać będzie (jak to ma miejsce w niniejszym przypadku) od konkretnych uwarunkowań realizacji danego zamówienia.
- 4) Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest dostawa Pojazdów, które zostaną wyprodukowane „na miarę” pod konkretne indywidualne wymagania Zamawiającego określone w SWZ, jak i ustalone z Zamawiającym w pierwszej fazie realizacji zamówienia, w ramach procedury uzgodnień (vide przykładowo: § 18 ust. 1 lit. a i § 19 IPU). Na rynku pojazdów kolejowych, ze względu na specyficzne wymagania każdego przewoźnika, nie istnieje bowiem 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.



- 5) Odwołujący, opierając się na treści SWZ i opisanej nią procedury i czynności związanych z dostawą Pojazdów (w tym pierwszego Pojazdu) oraz kolejnych etapach realizacji zamówienia, obiektywnych uwarunkowaniach zewnętrznych wspólnych dla uczestników rynku branżowego, doświadczeniu Odwołującego jako ugruntowanego, działającego na rynku od wielu lat producenta i dostawcy pojazdów szynowych i wnioskach wynikających z analogicznych dostaw, wskazuje zaś, iż **czas dostawy pierwszego Pojazdu (Pojazdu niehomologowanego) wynosi co najmniej 36 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy** (z którym to momentem wykonawca może rozpocząć proces realizacyjny, w tym podjąć ewentualne działania związane z zamówieniami i zakupami komponentów na potrzeby realizacji zamówienia). Wniosek ten wynika z uwzględnienia wszystkich czynności składających się na harmonogram produkcji nowego elektrycznego zespołu trakcyjnego, który musi uwzględniać czynności takie jak: uzgodnienia techniczne i projektowanie (prace projektowe), zamówienie komponentów do produkcji pojazdów i oczekiwanie na ich dostawę, zabudowę i montaż pojazdu (w tym czynności takie jak: produkcja konstrukcji pojazdu, wózków, zabudowa pojazdu), uruchomienia, testy oraz uzyskanie zezwolenia na wprowadzenie pojazdu do obrotu. Dodatkowo należy podkreślić, że czas trwania ww. etapów realizacji zamówienia jest w przeważającej części niezależny od wykonawcy, wynika z obiektywnych uwarunkowań i dlatego nie może być skrócony.
- 6) W szczególności, w ramach dostawy Pojazdów Wykonawca zobowiązany jest m.in. dokonać z Zamawiającym wszelkich niezbędnych uzgodnień ostatecznych indywidualnych rozwiązań, jakie zastosowane zostaną w Pojazdach. Proces takich uzgodnień trwa - zgodnie z § 18 ust. 1 lit. a IPU i § 19 IPU - do 2 msc. Kolejnych kilkanaście tygodni zajmuje proces projektowania Pojazdów, w ramach którego wykonywane są m.in. obliczenia matematyczne rozwiązań konstrukcyjnych Pojazdów, w zakresie umożliwiającym zamówienie komponentów od dostawców.
- 7) Terminy dostaw komponentów (spowodowane m.in. kryzysem na globalnych rynkach surowców oraz występującymi zaburzeniami łańcuchów dostaw) w odniesieniu do komponentów strategicznych (napędu, przetwornic, układu hamulcowego, sprzęgów, komponentów systemu sterowania etc.) wynoszą natomiast do 14 miesięcy. Należy podkreślić, że komponenty te produkowane są przez wysoko wyspecjalizowane podmioty, których zastąpienie jest praktycznie niemożliwe lub znacznie utrudnione. Z komponentów produkowanych przez tych dostawców korzystają wszyscy producenci taboru kolejowego, w mniejszym lub większym zakresie. Warunki oferowane przez te podmioty dotyczą więc w równym stopniu wszystkich wykonawców. Komponenty te mogą być przy tym zamówione dopiero po uprzednich uzgodnieniach z Zamawiającym lub po zakończeniu odpowiedniej fazy prac projektowych.

- 8) Oprócz wyżej wskazanego czasu niezbędnego na pozyskanie komponentów należy uwzględnić czasy niezbędne do wykonania prac związanych z produkcją konstrukcji pojazdu (4,5 miesiąca), jego malowaniem (1 miesiąc), produkcją wózków (2,5 miesiąca), prac montażowych pojazdu (3,5 miesiąca) i przeprowadzenia uruchomienia i testów pojazdu (2,5 miesiąca), które nie są możliwe do zrealizowania przed dostawą i zamontowaniem tych komponentów.
- 9) Dostawa pierwszego Pojazdu wiąże się nadto z dodatkowymi formalnościami względem pojazdów kolejnych, związanymi z koniecznością wykonania badań homologacyjnych przez Jednostkę Notyfikowaną, opracowania raportów z badań i przeprowadzenia przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego procedury administracyjnej uzyskania zezwolenia na dopuszczenie Pojazdu do eksploatacji, co łącznie zajmuje do 14-15 miesięcy i wynika z faktycznych terminów realizacji czynności przez Jednostki Notyfikowane, doświadczeń w tym zakresie, jak i obowiązujących przepisów prawa.

Czas niezbędny na uzyskanie zezwolenia dla typu pojazdu (procedura administracyjna przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego) wynika w szczególności z przepisów: art. 34 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2018/545 z dnia 04.04.2018 r. ustanawiającego uzgodnienia praktyczne na potrzeby procesu udzielania zezwoleń dla pojazdów kolejowych i zezwoleń dla typu pojazdu kolejowego zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/797 (zgodnie z którym: *Podmiot udzielający zezwolenia i zainteresowane krajowe organy ds. bezpieczeństwa właściwe dla obszaru użytkowania oceniają, każde we własnym zakresie, kompletność wniosku zgodnie z art. 32 w terminie jednego miesiąca od daty otrzymania wniosku. Podmiot udzielający zezwolenia informuje wnioskodawcę o wynikach oceny.*), art. 34 ust. 2 tego rozporządzenia (zgodnie z którym: *Jeżeli wnioskodawca otrzymuje informację, że przekazana przez niego dokumentacja jest kompletna, ostateczną decyzję o wydaniu zezwolenia dla typu pojazdu lub zezwolenia na wprowadzenie pojazdu do obrotu podejmuje się nie później niż w terminie czterech miesięcy od potwierdzenia, że dokumentacja jest kompletna*).

- 10) Zatem, z uwzględnieniem powyższych okoliczności, termin realizacji dostawy pierwszego (niehomologowanego) Pojazdu nie może być obiektywnie krótszy niż 36 msc. od daty zawarcia umowy.
- 11) Odwołujący zauważa, że powyższe kwestie stanowiły przedmiot rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, analogicznego do niniejszego Postępowania. W wyroku z dnia 01.06.2022 r. (sygn. akt: KIO 1280/22, KIO 1283/22, KIO 1284/22), w którym Izba rozpoznawała m.in. zarzuty

nieprawidłowego ukształtowania terminów dostaw pojazdów (elektrycznych zespołów trakcyjnych) podobnych do tych, których dostawa stanowi przedmiot Postępowania, Izba - nakazując Zamawiającemu odpowiednie wydłużenie terminów realizacji zamówienia - stwierdziła, że: „określone przez Zamawiającego terminy nie mają oparcia w warunkach rynkowych, w szczególności nie uwzględniały wyników wstępnego rozeznania. (...) żaden podmiot nie ma obowiązku zamawiania podzespołów (często kluczowych i kosztownych) bez pewności, iż zostaną one wykorzystane do produkcji i będą spełniały oczekiwania zamawiającego (...) 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. Według szacunków czas oczekiwania na komponenty może wynosić od 11-14 miesięcy. Również w sposób całkowicie dowolny Zamawiający określił termin 24-miesięczny na dostawę pojazdu niehomologowanego, zakładając wyłącznie czas potrzebny na produkcję i homologację. Nie ma żadnych podstaw do tego, aby założenia te uznać za racjonalne z punktu widzenia procesu projektowania, uzyskania komponentów przyjętych w projekcie, produkcji i uzyskania wszystkich pozwoleń na pojazd nowo projektowany.”.

- 12) W ocenie Odwołującego możliwość zrealizowania dostawy pierwszego Pojazdu w terminie krótszym aniżeli wskazane 36 msc. od daty zawarcia umowy zachodzić będzie jedynie w przypadku całkowitego pominięcia fazy pierwszej realizacji, tj. fazy uzgodnień i projektowania pojazdu oraz w przypadku gdy pojazd jest zgodny z dopuszczonym wcześniej typem, co pozwoli na skrócenie procedury uzyskania zezwolenia przed Prezesem Urzędu Transportu Kolejowego. Jest to zaś możliwe wyłącznie w sytuacji, w której dany wykonawca dysponuje już teraz dokładnie takim pojazdem, jak opisany w SWZ i ma już wykonane z Zamawiającym wszelkie uzgodnienia techniczne. W praktyce oznacza to, że jakkolwiek punktację w omawianym kryterium (a w konsekwencji jedyną realną szansę na uzyskanie zamówienia) może uzyskać podmiot, który już dostarczył do Zamawiającego identyczne pojazdy. Okoliczność ta powoduje tym samym nieuzasadnione zawężenie przez Zamawiającego kręgu wykonawców do tych, którzy już zrealizowali dostawę identycznych pojazdów dla Zamawiającego.
- 13) Podkreślić należy, że zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Podobnie zatem też kryteria oceny ofert, które -

jak wskazuje art. 241 ust. 1 Pzp - muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a przy tym muszą być one zgodne z podstawowymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia (art. 16 Pzp): uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, nie mogą prowadzić efektywnie do nieuprawnionego zawężenia realnej konkurencji w Postępowania do pośrednio konkretnie wskazanych przez Zamawiającego wykonawców (wykonawcy).

- 14) Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 07.01.2022 r. (sygn. akt KIO 3667/21): *„wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku. Uzasadnieniem potencjalnie dyskryminującego pozacenowego kryterium ofert jest właśnie wykazanie przez instytucje publiczne rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb jakie mają być zrealizowane w interesie publicznym. Nie chodzi jednakże o ogólne stwierdzenie zamawiającego, iż otrzymuje lepszą jakość, bardziej zaspokaja swoje potrzeby, ale o wskazanie w jaki sposób dane kryterium pozacenowe przekłada się na lepszy jakościowo, technicznie czy funkcjonalnie przedmiot zamówienia. Bez identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jakie otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku”*. Z kolei w wyroku z dnia 12.04.2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 361/10) Izba wskazała, że *„ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny, tzn. formalnie i wprost - podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną nie dopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia siwz prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem stopnia ograniczenia możliwości uzyskania zamówienia dla zidentyfikowanego kręgu wykonawców obecnych na rynku, tj. ograniczenia konkurencji, co bezpośrednio ma się przekładać na nieuzasadnione preferowanie i ułatwianie przez zamawiającego określonym podmiotom uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców obecnych na rynku. (...) jakiegokolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednie (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p. [obecnie: art. 16 Pzp - przyp. aut.] (...) jakiegokolwiek ograniczenie konkurencji musi się więc opierać się na realnych*

*i proporcjonalnych powodach, które stopień tego ograniczenia będą sankcjonować i uzasadniać”.*

- 15) Odwołujący podnosi przy tym, że nie jest realnie możliwym zniwelowanie 10-punktowej (w 100 pkt. skali) przewagi udzielonej przez Zamawiającego (poprzez wprowadzenie i sposób ukształtowania kryterium pn. „*Termin dostawy pierwszego Pojazdu*”) wykonawcy/wykonawcom, którzy już zrealizowali dostawy identycznych pojazdów dla Zamawiającego w drodze zmaksymalizowania swojej punktacji przez pozostałych wykonawców w ramach innych ustanowionych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert („*Cena dostawy brutto*”, „*Cena utrzymania Pojazdów brutto (stawka za 1 km przebiegu Pojazdu*”, „*Współczynnik efektywności kosztowej (masa służbowa Pojazdu w tonach pomnożona przez zużycie energii elektrycznej przez Pojazd w kWh*”, „*Cykl przeglądkowy P1*”). Zaznaczyć należy, że co do zasady pozostałe pozacenowe kryteria oceny mają charakter deklaracyjny. W przypadku natomiast kryterium cenowego („*Cena dostawy brutto*”), zniwelowanie przewagi innego konkurenta na takim 10-punktowym poziomie (odpowiadającym średnio aż ok. 25% ceny jednego Pojazdu) poprzez obniżenie oferowanej ceny jest obiektywnie nierealne i niedostępne dla wykonawców działających na rynku, biorąc pod uwagę obserwowalną rynkową porównywalność cen taboru oferowanych przez poszczególnych producentów.
- 16) Niewątpliwie zatem, w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy, ustanowione przez Zamawiającego kryterium pn. „*Termin dostawy pierwszego Pojazdu*” jest kryterium skonstruowanym niezgodnie ze wskazanymi w niniejszym odwołaniu przepisami ustawy, w tym zwłaszcza z fundamentalnymi zasadami wyrażonymi w art. 16 Pzp: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Zamawiający wprowadzając i konstruując omawiane kryterium dokonał nieuprawnionego zawężenia konkurencji w niniejszym Postępowaniu, w istocie wypaczając jego założenie i cel, i jedynie pozornie umożliwił szerszemu gronu wykonawców ubieganie się o udzielenie zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości o zamówienie to przy aktualnym brzmieniu SWZ ubiegać może się jedynie bardzo wąski, predeterminowany przez Zamawiającego i wcześniejszą z nim współpracą, katalog podmiotów.

### **[Podsumowanie]**

W tym stanie rzeczy, wobec wykazania i potwierdzenia podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosi jak w *petitum* odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo dla r.pr. Agnieszki Sucheckiej i r. pr. Agaty Wujewskiej wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS dot. Odwołującego;
3. Potwierdzenie uiszczenia opłaty od odwołania;
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;