

Bogusław Łoboda
Dyrektor
T (17) 711 13 00
boguslaw.loboda@p-r.com.pl



POLREGIO sp. z o.o.
Podkarpacki Zakład w Rzeszowie
ul. Obszar Kolei 1
35-201 Rzeszów

Nr pisma: PRTLb-073-37/2020
Sprawę prowadzi:
Patrycja Solarczyk
T 667 801 740

Rzeszów, 17 sierpnia 2020 r.

**Wykonawcy postępowania
Nr PRTLb 251-02/2020**

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych przesyłam kopię odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022”, zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 100-242682 z dnia 25 maja 2020 roku.

Jednocześnie wzywam do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

DYREKTOR
z up. *Man Marszałek*
Naczelnik
Dziślny ds. Handlowych i Ekonomicznych

Warszawa, dnia 13 czerwca 2020 r.

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

Wnoszący odwołanie (Odwołujący):

Konsorcjum Firm:

Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k.

ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon

e-mail: sps@serwis-mieczkowski.pl

tel.: 604 295 386, 52 326 70 17

działające przez pełnomocnika:

r.pr. Marka Lubienieckiego

r.pr. Macieja Maciejewskiego

Kancelaria Zamówień Publicznych Sp. z o.o.

adres do korespondencji:

ul. Biała 3 lok. 53

00-895 Warszawa

e-mail: kancelariazp@kancelariazp.pl

Zamawiający:

POLREGIO sp. z o. o.

ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa

Podkarpacki Zakład w Rzeszowie

ul. Obszar Kolei 1, 35-201 Rzeszów

tel.: 17 711 13 00

e-mail: sekretariat.rzeszow@p-r.com.pl ,

patrycja.solarczyk@p-r.com.pl

komunikacji z Zamawiającym za pośrednictwem platformy Open Nexus pod adresem: <https://platformazakupowa.pl>

Strona internetowa, na której zostało opublikowane Ogłoszenie: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/347346>

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 100-242682 w dniu 25 maja 2020 r.

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na „**Wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022**”, znak postępowania: PRTLb-251-02/2020, zwanym dalej „Postępowaniem”.

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej „Ustawą” lub „ustawą Pzp” lub „uPzp”, niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści zmiany dokonanej w dniu 3 sierpnia 2020 r. w zakresie ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w dniu 25 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym UE (dalej również: „Ogłoszenia o zamówieniu”) oraz Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”) opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 25 maja 2020 r., dotyczących warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności treści wzoru umowy, w zakresie szczegółowo omówionym w treści niniejszego odwołania.

Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. **art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), zwanej dalej: „Uznk” w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonania przez Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2020 r. czynności modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania z dnia 4 czerwca 2020 r., uwzględnionego przez Zamawiającego w dniu 14 lipca 2020 r., w treści którego Odwołujący żądał zmiany postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ, poprzez ograniczenie odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy realizującego naprawy wyłącznie do urządzeń, zespołów i podzespołów objętych przedmiotem zamówienia (tymczasem Zamawiający w zmodyfikowanej treści § 4 ust. 2 Wzoru umowy w rzeczywistości nadal przewiduje przejęcie przez wykonawcę realizującego zamówienie pełnej gwarancji producenta pojazdów, znacznie wykraczającej poza przedmiot realizowanych napraw). Ponadto, Zamawiający dopuścił się naruszenia w/w przepisów poprzez dokonanie modyfikacji OPZ w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz wskazuje na dostarczenie rozwiązań konkretnych podmiotów, ze względu na dokonanie pozornej tylko zmiany treści § 5 ust. 13 Wzoru umowy - w rzeczywistości nie modyfikującej pierwotnego postanowienia Wzoru umowy.**
2. **art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonania przez Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2020 r. czynności modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez dokonanie zmiany treści zwrotu „o wartości łącznej nie mniejszej niż 600.000,00 złotych brutto”, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania dalszej zmiany SIWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia polegającej na dodaniu warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia (oraz przedstawieniem dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych narzędzi i urządzeń), co doprowadziło do opisanego warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący oraz**

niewuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia lub utrudnia uczciwą konkurencję,

3. **art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp** poprzez dokonania przez Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2020 r. czynności modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez dokonanie zmiany zwrotu: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 2.000.000,00 (dwa miliony) złotych brutto”, na zwrot: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 600.000,00 złotych brutto”, co doprowadziło do opisanego warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący oraz niewuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, co uniemożliwia lub utrudnia uczciwą konkurencję oraz **bez uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania Odwołującego z dnia 4 czerwca 2020 r., uwzględnionego przez Zamawiającego w dniu 14 lipca 2020 r.** Ponadto, że w powyższe wiąże się z naruszeniem art. 185 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego prawidłowego poinformowania Odwołującego o złożeniu w dniu 4 czerwca 2020 r. odwołania przez wykonawcę Dariusz Selkę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Selka Dariusz - "SELUCH", 86-120 Pruszcz, ul. Okrężna 12A, zwanego dalej: „SELUCH”),

oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Żądania

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 4 ust. 2 Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniu następującej treści: „Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sa134-022”,
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 5 ust. 13 Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniu następującej treści: „Zamawiający ma prawo potrącić bezsporną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania dalszej modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu:
- w zakresie warunków udziału określonych w rozdziale § 6 SIWZ poprzez dodanie w ww. rozdziale ustępu 2a SIWZ (oraz dodanie analogicznej treści w sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu) o następującej treści:
„2a. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą wykazać również, że spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej polegające na wykazaniu dysponowania specjalistycznymi urządzeniami i narzędziami, bez których należyte wykonanie zamówienia jest niemożliwe. Te konieczne urządzenia i narzędzia to jest w szczególności:
 1. *Stanowisko do pomiaru geometrii ram wózków z kompletem przyrządów pomiarowych.*

2. Płyta pomiarowa ram wózków.
3. Przyrząd (ściągacz) do demontażu maźnic łącznie z łożyskiem.
4. Urządzenie mechaniczno-hydrauliczne do montażu łożysk łącznie z maźnicą.
5. Prasa hydrauliczna do demontażu i montażu zestawów kołowych.
6. Tokarka karuzelowa do obróbki kół monoblokowych.
7. Tokarka specjalistyczna (kołowka) do obróbki profilu zestawu kołowego.
8. Wyważarka dynamiczna do zestawów kołowych.
9. Stanowisko do badań i regulacji wózka po naprawie.
10. Tor „0” (zerowy wypoziomowany) do sprawdzenia i regulacji podwozia — wózki, zderzaki.

- dodanie w rozdziale § 7 SIWZ ustępu 4a. o następującej treści:

„Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 3 Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, warunków udziału określonych w § 6 ust. 2a SIWZ Zamawiający będzie żądał m. in. następujących dokumentów:

- wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urzędzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Zgodnie z Opiszem przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga aby zamówienie było wykonane m.in. zgodnie z:

1. PN-EN 13979-1+A2:2011 — Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Koła monoblokowe — Procedura dopuszczenia — Część 1: Koła kute i walcowane.
2. PN-EN 14535-1+A1:2011 - Kolejnictwo — Tarcze hamulcowe kolejowych pojazdów szynowych — Część 1; Tarcze hamulcowe włączane lub mocowane skurczowo na osiach zestawów tocznych i napędnych, wymiary i wymagania dotyczące jakości
3. Instrukcja Pt-5 — Instrukcja o utrzymaniu pojazdów kolejowych z napędem.
4. Instrukcja Pt-4 — Instrukcja pomiarów i oceny zestawów kołowych w pojazdach trakcyjnych i wagonów osobowych.
5. PN-EN 13260+A1:2011 — Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Zestawy kołowe — Wymagania dotyczące wyrobu.
6. PN-EN 13261+A1:2011-Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Osie — Wymagania dotyczące wyrobu.
7. PN-EN 13262+A2:2011 — Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Koła — Wymagania dotyczące wyrobu.
8. PN-EN 13715+A1:2011- Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Koła — Zewnętrzne zarysy wieńców kół.
9. PN-EN 15313:2016-05 — Kolejnictwo — Wymagania eksploatacyjne dotyczące obsługi zestawów kołowych — Utrzymanie zestawów kołowych pojazdów w eksploatacji i wyłączonych z eksploatacji.
10. PN-EN 12080+A1:2011 — Kolejnictwo — Maźnice — Łożyska toczne.
11. PN-EN 12081+A1:2011 — Kolejnictwo — Maźnice — Smary.

W związku z powyższym wykonawcą są zobowiązany do przekazania na wezwanie Zamawiającego Wykazu narzędzi, którego wzór stanowi Załącznik nr 11 do SIWZ

- modyfikację § 14 ust. 11 w następujący sposób „Integralną częścią umowy są załączniki ponumerowane 1 do 11” oraz dodanie do WYKAZU ZAŁĄCZNIKÓW w powyższym ustępie pozycji nr 11 pn.: „Załącznik nr 11 - Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy”,
 - dołączenie wzoru ww. Wykazu narzędzi jako załącznika do SIWZ.
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania dalszej modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez dokonanie zmiany zwrotu: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 600.000,00 złotych brutto”, na zwrot: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 2.000.000,00 (dwa miliony) złotych brutto”,

Interes

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż wymogi stawiane przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ są nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia i pozwalają na złożenie w Postępowaniu ofert wykonawcom nie gwarantującym prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż wymogi stawiane przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ z jednej strony są nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia i pozwalają na złożenie w Postępowaniu ofert wykonawcom nie gwarantującym prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia, a z drugiej opis przedmiotu zamówienia (w szczególności Wzór umowy) ogranicza w sposób bezpodstawny możliwość Odwołującego (oraz wykonawców innych niż producent pojazdów) złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylecia czynności i zaniechań Zamawiającego oraz zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ, w tym Wzoru umowy, Odwołujący ma szansę złożyć ofertę w Postępowaniu i potencjalnie je wygrać, uzyskując przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w obecnym brzmieniu wymogów i opisu przedmiotu zamówienia, z jednej strony Odwołujący nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a z drugiej Zamawiający ponosi ryzyko uzyskania zamówienia nie spełniającego wymogów SIWZ. Szkodą po stronie wykonawców oraz Odwołującego jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uniemożliwienie złożenia oferty, co prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej również zwanej: „KIO” lub „Izba”), „krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić” (zob. m. in. wyrok KIO z dnia 17 maja 2018 r., KIO 829/18).

Określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień ogłoszenia i SIWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia (tak KIO w wyr. z dn. 18.09.2017 r., KIO 1776/17). Powyższe niezbitnie świadczy o tym, że Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania i wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Termin

W dniu 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informacje o modyfikacji postanowień SIWZ. Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 13 sierpnia 2020 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. postanowienie z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 723/15: „Zatem termin na wniesienie odwołania wobec zmienionych postanowień siwz należy wnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia zmienionej treści postanowień na stronie internetowej.”

Zgodnie z art. 180 ust. 5 Ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia organizowanego w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022.

W dniu 25 maja 2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 25 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym UE oraz SIWZ, dotyczące warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności treści wzoru umowy.

W celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w pierwotnej treści § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 miliony złotych brutto. Zamawiający wymaga, aby w/w usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134”.

W pierwotnej treści postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy Zamawiający przewidział, że: *„w sytuacji utraty gwarancji producenta pojazdu w okresie obowiązywania gwarancji na skutek realizacji Umowy Wykonawca przyjmie na siebie prawa i obowiązki wynikające z gwarancji producenta, o których mowa w ust. 1 <tj. uprawnienia wynikające z Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik do przyszłej umowy; obowiązujące do 21 września 2022 r.>”.*

Natomiast w pierwotnej treści postanowienia § 5 ust. 13 Wzoru umowy Zamawiający przewidział, że: *„Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”.*

Odwolujący dnia 4 czerwca 2020 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie m.in. następujących przepisów:

1. **art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp** poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w Postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia oraz wskazuje na dostarczenie rozwiązań konkretnych podmiotów, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez postawienie wymogu, aby usługi określone w treści ww. warunku zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”,serii SA134.

2. art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), zwanej dalej: „Uznk”, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz wskazuje na dostarczenie rozwiązań konkretnych podmiotów, w szczególności ze względu na ustalenie treści:

1) § 4 ust. 2 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ w zw. z postanowieniami Załącznika nr 10 do Wzoru umowy - warunki gwarancji producenta na pojazdzu,

2) § 5 ust. 13 Wzoru umowy,

- nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a ponadto wskazujące na konkretnego wykonawcę usług i stawiające tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji na etapie składania ofert, co będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych,

oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W świetle zarzutów odwołania z dnia 4 czerwca 2020 r. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz m.in.:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób: „Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 miliony złotych brutto.”,

2. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 4 ust. 2, oraz § 5 ust. 13 oraz Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniom następującej treści:

- § 4 ust. 2 Wzoru umowy „Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sa134-022”,

- § 5 ust. 13 Wzoru umowy „Zamawiający ma prawo potrącić **bezsportną** wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”,

Zamawiający w dniu 14 lipca 2020 r. uwzględnił w całości odwołanie z dnia 4 czerwca 2020 r. W związku z powyższym na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp doszło do prawomocnego uwzględnienia zarzutów, przez co Zamawiający był zobowiązany do wykonania czynności w Postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 4 czerwca 2020 r.

Zamawiający nie uczynił jednak zadość dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, przez co Odwołujący, wnosząc niniejsze odwołanie, z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego czynności i zaniechań, wskazując co następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp – zmniejszenie łącznej kwoty naprawa dokonanych na wykazanie warunku udziału przy jednoczesnym zaniechaniu wykazania przez wykonawców posiadania specjalistycznych urządzeń i narzędzi.

W piśmie z dnia 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał następującej modyfikacji warunku udziału określonego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu:

„Było:

2. Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 miliony złotych brutto. Zamawiający wymaga, aby w/w usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134.

Jest:

2. Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że posiada odpowiednie kompetencje, wiedzę i doświadczenia w zakresie wykonywania usług przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j.) lub naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu), a w związku z tym w zakresie konserwacji i utrzymania autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 i w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 **o wartości łącznej nie mniejszej niż 600 000 złotych brutto.**”

Odwolujący wskazuje, że o ile w zakresie zarzutów postawionych w odwołaniu z dnia 4 czerwca 2020 r. Zamawiający uwzględnił żądania odwołującego w zakresie usunięcia zwrotu „Zamawiający wymaga, aby w/w usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134” (**przez co doszło do prawomocnej zmiany w powyższym fragmencie warunku udziału**), w piśmie z dnia 3 sierpnia 2020 r. doszło jednocześnie do niezasadnej dalszej modyfikacji warunku udziału określonego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu, nieobjętej żądaniami odwołania z dnia 4 czerwca 2020 r.

Odwolujący podkreśla, że dokonanie przez Zamawiającego czynności modyfikacji warunku udziału § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zmniejszenia łącznej wartości napraw z 2 milionów złotych brutto do 600.000,00 zł brutto, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania dalszej zmiany SIWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia polegającej na dodaniu warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia (oraz przedstawieniem dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych narzędzi i urządzeń), wskazuje na nieproporcjonalność warunków udziału wobec przedmiotu zamówienia, co pozwoli na wzięcie udziału w Postępowaniu wykonawcom nie zapewniającym rękojmi prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z jednej strony Zamawiający dba o to aby ustanowione w postępowaniach warunki udziału nie zawężyły w sposób nieuzasadniony kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. Z drugiej strony istotnym celem prowadzonego Postępowania jest przede wszystkim wybór wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotowego Zamówienia. Zatem do naruszenia przepisu art. 22 ust. 1a dojdzie również w przypadku gdy warunki udziału zostaną określone w sposób zbyt ogólny, dopuszczający udział w Postępowaniu wykonawców którzy nie będą w stanie zapewnić realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto z powyższego przepisu wynika, że Zamawiający w ramach SIWZ ma obowiązek wprowadzenia takich regulacji, które umożliwią prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania Zamówienia.

Powyższy pogląd wynika z licznego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego m.in. w wyroku z dnia 16 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1500/19: „Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. Cel ten możliwy jest do

osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia”.

Podobne wnioski Izba wyciągnęła również w zakresie wyroków z dnia 3 grudnia 2018 r., KIO 2381/18: „Norma ujęta w przepisie art. 22 ust. 1a p.z.p. ma charakter funkcjonalny, tj. ustawodawca reguły dla ustalania warunków udziału w postępowaniu określił w sposób referujący do celu, jaki mają one spełniać - tak aby ich określenie gwarantowało wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia.” oraz z dnia 19 września 2017 r., KIO 1847/17: „Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p. warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z wymaganej proporcjonalności wyprowadzić można wniosek o funkcjonalnej zbieżności przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu”.

Odwolujący wskazuje, że wobec dokonania przez Zamawiającego czynności modyfikacji warunku udziału § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zmniejszenia łącznej wartości napraw z 2 milionów złotych brutto do 600.000,00 zł brutto, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania dalszej zmiany SIWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia polegającej na dodaniu warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia (oraz przedstawieniem dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych narzędzi i urządzeń), doszło do nieproporcjonalnego zawężenia warunków udziału, co z jednej strony umożliwiło ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom nie dysponującym doświadczeniem, oraz narzędziami i urządzeniami pozwalającą na wykonanie przedmiotowego zamówienia, a z drugiej pozbawia Zamawiającego możliwości dokonania oceny spełnienia przez wykonawców warunków proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków.

Ponieważ przedmiotem zamówienia jest realizacja obsługi technicznej poziomu utrzymania P4 autobusu szynowego SA134-022, wykonawca świadczący przedmiotowe usługi zobowiązany jest posiadać doświadczenie, bez którego realizacja ww. usług w przypadku konkretnych pojazdów będzie niemożliwa. Po pierwsze przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi o wielomilionowej wartości. Ponadto, skoro Zamawiający dokonując powyższej modyfikacji zmniejszył łączną wartość napraw, których wykonaniem mają legitymować się wykonawcy do 1/4 pierwotnie ustalonej wartości, powinien on przynajmniej wymagać wykazania dysponowania przez wykonawców urządzeniami i narzędziami niezbędnymi do wykonania ww. usług. Odwołujący wskazuje, że usługi obsługi technicznej poziomu utrzymania P4 mogą dotyczyć bardzo szerokiego zakresu modeli pojazdów. Przeprowadzanie obsługi poszczególnych modeli pojazdów wiąże się posiadaniem odmiennego zestawu narzędzi i urządzeń. W związku z powyższym posiadanie zarówno doświadczenia, jak i infrastruktury potrzebnej do realizacji napraw i konserwacji poziomu utrzymania P4 jednego modelu pojazdów, nie oznacza automatycznego posiadania narzędzi

niezbędnych do dokonania takich usług w przypadku innego modelu. W związku z powyższym wykonawca powinni wykazać przynajmniej posiadanie „zaplecza” poprzez dysponowanie niezbędnym sprzętem, nie tyle do prawidłowej realizacji obsługi technicznej poziomu utrzymania P4 konkretnego modelu pojazdów, co w ogóle jej realizacji.

W związku z powyższym doszło do znaczącego obniżenia wymagań, co w konsekwencji doprowadzi do złożenia oferty przez wykonawców nie posiadających doświadczenia proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym może dojść nie tylko do nieprawidłowej realizacji zamówienia, ale również do niegospodarności środkami pieniężnymi dysponowanymi przez Zamawiającego. Jak wskazuje bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z dnia 28 października 2019 r., KIO 2071/19: „Brak możliwości weryfikacji warunku z przesłankami określonymi w art. 22 ust. 1a p.z.p., tj. w szczególności pod kątem proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, wyklucza możliwość postawienia tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu i stanowi także naruszenie ww. przepisu”. Modyfikując warunek udziału z § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania dalszej zmiany SIWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia polegającej na dodaniu warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia (oraz przedstawieniem dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych narzędzi i urządzeń), Zamawiający dopuścił do Postępowania wszelkich wykonawców posiadających doświadczenie przy obsłudze technicznej poziomu utrzymania P4 oraz P3 jakichkolwiek pojazdów. Daje to możliwość udziału w postępowaniu wykonawców nie posiadających narzędzi i urządzeń pozwalających dokonanie napraw i konserwacji w poziomie utrzymania P4, a więc w praktyce nie mogących wykonać przedmiotowej umowy.

W związku z powyższym, Zamawiający ustalił warunki udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zatem Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Powyższe naruszenie jest o tyle istotne, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług obsługi technicznej pojazdów służących w transporcie publicznym. Dopuszczenie do realizacji umowy na powyższe usługi przez podmiot nie posiadający odpowiedniej infrastruktury, nie tylko świadczy o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, ale również grozi bezpieczeństwu komunikacji publicznej i osób korzystających z takich pojazdów.

Zdaniem Odwołującego, ze względu na dokonanie przez Zamawiającego czynności modyfikacji warunku udziału § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zmniejszenia łącznej wartości napraw z 2 milionów złotych brutto do 600.000,00 zł brutto, przy jednoczesnym zaniechaniu dokonania dalszej zmiany SIWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia polegającej na dodaniu warunku dysponowania przez wykonawców narzędziami i urządzeniami niezbędnymi do realizacji przedmiotowego zamówienia (oraz przedstawieniem dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych narzędzi i urządzeń), doszło również do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający sformułował bowiem warunku udziału w

sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zbyt ogólny i nieprecyzyjny, co nie było uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Ponadto, Zamawiający dokonał opisu warunków udziału w sposób faworyzujący wykonawców, mogących zaferować jak najniższą cenę, z jednoczesnym pominięciem obowiązku wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłowe wykonanie przedmiotowego zamówienia i zapewniający bezpieczeństwo użytkowników serwisowanych pojazdów.

W treści wyroku z dnia 21 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 168/19) KIO stwierdziło, że: *„To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, który konstruuje opis przedmiotu zamówienia, jednakże nie można zapomnieć, że obowiązkiem Zamawiającego jest również takie ukształtowanie warunków zamówienia, które wypełnia wszystkie wymogi wskazane w art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. Trudno zaś podzielić argumentację o wyczerpującym i jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, uwzględniając wszystkie okoliczności istotne dla złożenia oferty, kiedy dokumentacja pozwala na różną wycenę i oszacowanie ryzyka”*. Powyższy pogląd Izba podzieliła w wyroku z dnia 6 listopada 2018 r. (sygn. akt: KIO 2076/18): *„Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka”*.

Natomiast w wyroku z dnia 12 grudnia 2017 r. (KIO 2506/17) Izba wskazała, że: *„Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia tak, aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby”*.

W związku z powyższym, w okolicznościach sprawy Zamawiający swoim działaniami i zaniechaniami dopuścił się również naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe Odwołujący zasadnie wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania dalszej modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej:

- w zakresie warunków udziału określonych w rozdziale § 6 SIWZ poprzez dodanie w ww. rozdziale ustępu 2a SIWZ (oraz dodanie analogicznej treści w sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu) o następującej treści:

„2a. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą wykazać również, że spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej polegające na wykazaniu dysponowania specjalistycznymi urządzeniami i narzędziami, bez których należyte wykonanie zamówienia jest niemożliwe. Te konieczne urządzenia i narzędzia to jest w szczególności:

1. *Stanowisko do pomiaru geometrii ram wózków z kompletem przyrządów pomiarowych.*
2. *Płyta pomiarowa ram wózków.*
3. *Przyrząd (ściągacz) do demontażu maźnic łącznie z łożyskiem.*

4. Urządzenie mechaniczno-hydrauliczne do montażu łożysk łącznie z maźnicą.
5. Prasa hydrauliczna do demontażu i montażu zestawów kołowych.
6. Tokarka karuzelowa do obróbki kół monoblokowych.
7. Tokarka specjalistyczna (kołowka) do obróbki profilu zestawu kołowego.
8. Wyważarka dynamiczna do zestawów kołowych.
9. Stanowisko do badań i regulacji wózka po naprawie.
10. Tor „0” (zerowy wypoziomowany) do sprawdzenia i regulacji podwozia — wózki, zderzaki.

- dodanie w rozdziale § 7 SIWZ ustępu 4a. o następującej treści:

„Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 3 Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, warunków udziału określonych w § 6 ust. 2a SIWZ Zamawiający będzie żądał m. in. następujących dokumentów:

- wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga aby zamówienie było wykonane m.in. zgodnie z:

1. PN-EN 13979-1+A2:2011 — Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Koła monoblokowe — Procedura dopuszczenia — Część 1: Koła kute i walcowane.
2. PN-EN 14535-1+A1:2011 - Kolejnictwo — Tarcze hamulcowe kolejowych pojazdów szynowych — Część 1: Tarcze hamulcowe włączane lub mocowane skurczowo na osiach zestawów tocznych i napędnych, wymiary i wymagania dotyczące jakości
3. Instrukcja Pt-5 — Instrukcja o utrzymaniu pojazdów kolejowych z napędem.
4. Instrukcja Pt-4 — Instrukcja pomiarów i oceny zestawów kołowych w pojazdów trakcyjnych i wagonów osobowych.
5. PN-EN 13260+A1:2011 — Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Zestawy kołowe — Wymagania dotyczące wyrobu.
6. PN-EN 13261+A1:2011-Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Osie — Wymagania dotyczące wyrobu.
7. PN-EN 13262+A2:2011 — Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Koła — Wymagania dotyczące wyrobu.
8. PN-EN 13715+A1:2011- Kolejnictwo — Zestawy kołowe i wózki — Koła — Zewnętrzne zarysy wieńców kół.
9. PN-EN 15313:2016-05 — Kolejnictwo — Wymagania eksploatacyjne dotyczące obsługi zestawów kołowych — Utrzymanie zestawów kołowych pojazdów w eksploatacji i wyłączonych z eksploatacji.
10. PN-EN 12080+A1:2011 — Kolejnictwo — Maźnice — Łożyska toczne.
11. PN-EN 12081+A1:2011 — Kolejnictwo — Maźnice — Smary.

W związku z powyższym wykonawca są zobowiązany do przekazania na wezwanie Zamawiającego Wykazu narzędzi, którego wzór stanowi Załącznik nr 11 do SIWZ”

- modyfikację § 14 ust. 11 w następujący sposób „Integralną częścią umowy są załączniki ponumerowane 1 do 11” oraz dodanie do WYKAZU ZAŁĄCZNIKÓW w powyższym ustępie pozycji nr 11 pn.: „Załącznik nr 11 - Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy”,
- dołączenie wzoru ww. Wykazu narzędzi jako załącznika do SIWZ.

2. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp – niezasadne obniżenie łącznej wartości napraw stanowiących podstawę wykazania warunku udziału w Postępowaniu.

Powołując się na argumentację przedstawioną w ramach zarzutu nr 1 odwołania, Odwołujący wskazuje, że o naruszeniu art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp świadczy również sam fakt dokonania przez Zamawiającego czynności modyfikacji warunku udziału § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zmniejszenia łącznej wartości napraw z 2 milionów złotych brutto do 600.000,00 zł brutto, co wskazuje na nieproporcjonalność warunków udziału wobec przedmiotu zamówienia oraz pozwoli na wzięcie udziału w Postępowaniu wykonawcom nie zapewniającym rękojmi prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

Na marginesie, zdaniem Odwołującego w sprawie mogło dojść do naruszenia art. 185 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego prawidłowego poinformowania Odwołującego o złożeniu w dniu 4 czerwca 2020 r. odwołania przez wykonawcę SELUCH. Dnia 5 czerwca 2020 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu zarówno odwołania Odwołującego, jak i odwołania SELUCH w ramach jednego pliku zatytułowanego „Odwołanie do KIO.pdf”. Zastosowanie liczby pojedynczej zamiast mnogiej przy zatytułowaniu powyższego pliku sugerowało, że w sprawie wniesione zostało jedno odwołanie, w związku z czym Odwołujący mógł domniemywać, że Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego jedynie wobec odwołania wniesionego przez Odwołującego. Tymczasem, Zamawiający połączył w powyższym pliku dwa odwołania (Odwołującego oraz SELUCH) czym dopuścił się nieprawidłowego poinformowania o wniesieniu przez SELUCH drugiego odwołania w sprawie, co uniemożliwiło Odwołującemu przystąpienie do odwołania złożonego również 4 czerwca 2020 r. przez SELUCH.

Z uwagi na powyższe Odwołujący zasadnie wnosi o:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania dalszej modyfikacji warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez dokonanie zmiany zwrotu: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 600.000,00 złotych brutto”, na zwrot: „o wartości łącznej nie mniejszej niż 2.000.000,00 złotych brutto”.

3. Zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 Uznk w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazuje, że również pozostała treść modyfikacji SIWZ z dnia 3 sierpnia 2020 r., a zwłaszcza postanowień Wzoru umowy wskazują na dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, stawiający w uprzywilejowanej pozycji producenta pojazdów – ZNTK.

- 1) **Niezgodne z przepisami opisanie postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy w zw. z postanowieniami Załącznika nr 10 do Wzoru umowy – Karty gwarancyjnej.**

W piśmie z dnia 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał następującej modyfikacji § 4 ust. 2 Wzoru umowy:

„Było:

2. *W sytuacji utraty gwarancji producenta pojazdu w okresie obowiązywania gwarancji na skutek realizacji Umowy Wykonawca przyjmie na siebie prawa i obowiązki wynikające z gwarancji producenta, o których mowa w ust. 1.*

Jest:

2. *W trakcie realizacji prac w ramach Umowy Wykonawca nie doprowadzi do utraty gwarancji producenta pojazdu, o której mowa w ust. 1, w szczególności poprzez naruszenie ust. 4, 6, 11 i 13 Załącznika nr 10 do Umowy. Wykonawca oświadcza, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki do braku uzyskania przez niego pozytywnej oceny producenta pojazdu, o której mowa w ust. 11 Załącznika nr 10 do Umowy. Jeżeli w wyniku działań lub zaniechań Wykonawcy, dojdzie do utraty gwarancji producenta pojazdu w okresie obowiązywania gwarancji, Wykonawca przyjmie na siebie prawa i obowiązki wynikające z gwarancji producenta, o których mowa w ust. 1.”.*

W powyższym zakresie doszło do naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią powyższego przepisu w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Drugie zdanie powyższego przepisu ma charakter stanowczy, wskazując, że wobec uwzględnienia odwołania Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności objętych żądaniem odwołania złożonego przez wykonawcę. Gdyby Zamawiający przewidywał jedynie częściowe uwzględnienie żądań odwołania, powinien on uwzględnić odwołanie w określonej części. Ponieważ w okolicznościach sprawy Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, jest bezwzględnie związany żądaniami przedmiotowego odwołania. Zamawiający nie może zatem dokonać modyfikacji SIWZ niezgodnie z żądaniem odwołania, które uprzednio uwzględnił. Wskazuje to bowiem nie tylko na nierespektowanie przepisów ustawy Pzp i żądań odwołania, ale również na niegospodarność Zamawiającego, który naraża się w ten sposób na przedłużenie postępowania ze

względu na wniesienie kolejnego odwołania oraz poniesienie kosztów postępowania odwoławczego w przypadku uwzględnienia nowego odwołania.

Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok KIO z dnia 24 października 2019 r. (sygn. akt: KIO 2004/19): „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dyspozycja art. 186 ust. 2 p.z.p. (zdanie drugie) nakłada na Zamawiającego wyraźny obowiązek, zgodnie z którym Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynność zgodnie z żądaniem zawartym w tym zakresie w odwołaniu.”

Natomiast w wyroku z dnia 4 kwietnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 544/18) Izba wskazała, że: „Wykonawca, który twierdzi, że zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie SIWZ, które tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.”

Odwołujący już w treści odwołania z dnia 4 czerwca 2020 r. żądał dokonania przez Zamawiającego modyfikacji § 4 ust. 2 Wzoru umowy poprzez zmianę treści powyższego postanowienia w następujący sposób: „Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sa134-022.”. Zamawiający uwzględniając odwołanie pismem z dnia 14 lipca 2020 r. zobowiązał się do dokonania zmiany postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy zgodnie z brzmieniem żądanym przez Odwołującego.

Tymczasem Zamawiający dokonał modyfikacji postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy w sposób pozorny, w żadnym wypadku nie uwzględniający żądań Odwołującego z odwołania z dnia 4 czerwca 2020 r. oraz powtarzający pierwotne postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy przedstawione w innym kontekście. W „nowej” treści postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy Zamawiający zobowiązuje bowiem wykonawcę do realizacji prac w ramach umowy w sposób, który nie doprowadzi do utraty gwarancji producenta, w szczególności poprzez naruszenie ust. 4, 6, 11 i 13 Załącznika nr 10 do Umowy. Należy podnieść, że ust. 4, 6, 11 i 13 Załącznika nr 10 do Umowy stanowią uprawnienia gwarancyjne odnoszące się do całego pojazdu, w tym dotyczą uprawnień przekraczających ewentualne uprawnienia gwarancyjne z tytułu realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania. Z uwagi na powyższe, zakres odpowiedzialności wykonawcy za zapobiegnięcie utracie gwarancji producenta, podobnie jak w przypadku pierwotnych postanowień SIWZ jest nieograniczony. Następnie w zdaniu drugim zmodyfikowanego § 4 ust. 2 Wzoru umowy Zamawiający wskazał, że „Wykonawca oświadcza, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki do braku uzyskania przez niego pozytywnej oceny producenta pojazdu, o której mowa w ust. 11 Załącznika nr 10 do Umowy.”. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z postanowieniami Karty gwarancyjnej, to producent pojazdu ma

nieograniczone, a przy tym subiektywne uprawnienie do oceny, czy dany wykonawca zobowiązany do dokonania napraw wyprodukowanego przez producenta pojazdu, będzie dawał rękojmię prawidłowego wykonania ww. napraw. W związku z powyższym, oświadczenie złożone przez wykonawcę nie będzie miało żadnej wartości, skoro producent pojazdu jest uprawniony do jednostronnego wydania negatywnej opinii o wykonawcy realizującego naprawy wyprodukowanego przez producenta pojazdu, a w konsekwencji uprawnienie do jednostronnego zadecydowania o utracie gwarancji producenta na naprawiane przez wykonawcę pojazdy. W związku z powyższym wykonawca, podpisując umowę z Zamawiającym dalej z góry godzi się na przejście pełnej odpowiedzialności gwarancyjnej za na naprawiane pojazdy, w tym w zakresie wykraczającym poza gwarancję wynikającą z przeprowadzanych napraw. Ostatnie zdanie zmodyfikowanego § 4 ust. 2 Wzoru umowy ostatecznie potwierdza wyżej podniesione twierdzenia Odwołującego, co do pozornego charakteru dokonanej modyfikacji z dnia 3 sierpnia 2020 r. Powyższe rozwiązanie nadal więc faworyzuje producenta pojazdów objętych przedmiotem zamówienia tj. Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A., ul. Gen. K. Sosnkowskiego 34, 05-300 Mińsk Mazowiecki (dalej zwanego: „ZNTK”).

Odwołujący wskazuje, że zmodyfikowane postanowienie § 4 ust. 2 Wzoru umowy przyszłej umowy o realizację zamówienia nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Przedmiotem Postępowania jest udzielenie zamówienia na dokonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022. Dokonywane naprawy będą dotyczyły jedynie określonych w Opisie przedmiotu zamówienia części, zespołów i podzespołów i w tym zakresie wykonawca udzieli gwarancji. Nie ma zatem podstaw, aby wykonawca dokonujący napraw określonych elementów pojazdu przejmował na siebie obowiązki gwarancyjne dotyczące pozostałych części, zespołów i podzespołów pojazdu, które nie były objęte ww. usługami.

Zamawiający powinien zatem ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy wynikającą z § 4 ust. 2 Wzoru umowy wyłącznie do części, podzespołów i zespołów objętych przedmiotem usług, o realizację których toczy się Postępowanie, dokonując powyższego w sposób rzetelny, a nie pozorny. To w interesie Zamawiającego leży również uzyskanie zgody producenta na realizację usług objętych Postępowaniem przez inny podmiot, przy jednoczesnym zachowaniu uprawnień gwarancyjnych producenta na pozostałe części, podzespoły i zespoły pojazdów. Nie jest natomiast zasadne przerzucanie na nowego wykonawcę całości odpowiedzialności z tytułu obowiązków wynikających z gwarancji udzielonej przez producenta, w tym na części, podzespoły i zespoły nie objętych zakresem napraw czwartego poziomu utrzymania PU4.

Odwołujący wskazuje, że nie tylko ustalone warunki udziału, czy parametry minimalne przedmiotu zamówienia mogą wpływać na nierówne traktowanie wykonawców. Również pozostałe postanowienia SIWZ, a w szczególności postanowienia wzoru przyszłej umowy mogą wskazywać na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia, a czasem wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję. Powyższe potwierdzają liczne orzeczenia krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2030/18, w którym Izba orzekła, że: „Zamawiający przygotowując i prowadząc

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtując treść postanowień umownych, powinien kierować się naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, tj. określoną w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Taka sytuacja będzie występować między innymi w przypadku obciążenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe".

Natomiast z treści wyroku KIO z dnia 25 lipca 2018 r., KIO 1365/18, wynika, że: „Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony czy też niespójne naruszają art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., zniechęcając wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Odnosi się to również do sformułowania zapisów SIWZ w sposób, który nadmiernie przerzuca ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należyście wywiązać się z zawartej umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu. Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma zatem prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby zabezpieczyły one jego obiektywne i uzasadnione potrzeby, ale potrzeby te nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do rynku i naruszać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji".

Podobnie w uchwale z dnia 30 lipca 2018 r., KIO/KD 29/18, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że: „Podpisanie przez podmioty publiczne umowy zawierającej postanowienia dotyczące m.in. gwarancji czy praw autorskich, uniemożliwiającej przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym należy uznać za niedopuszczalne i naruszające art. 7 ust. 1 p.z.p.”.

Nie ma zatem wątpliwości, że postanowienie § 4 ust. 2 Wzoru umowy, mimo modyfikacji z dnia 3 sierpnia 2020 r., zostało określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

W powyższym zakresie mogło również dojść do naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 Uznk, gdyż Zamawiający zawarł z producentem umowę na podstawie której udzielono długoterminowej gwarancji na zasadach, utrudniających w okresie obowiązywania gwarancji producenta wykonywanie usług naprawy i konserwacji pojazdów przez podmioty inne niż producent, pod ryzykiem utraty uprawnień z tytułu gwarancji na pojazdy. Powyższe doprowadziło w konsekwencji do takiego sformułowania postanowień Wzoru umowy o realizację napraw ww. pojazdów, które faworyzują wybór producenta jako podmiot, który zrealizuje naprawy.

2) Niezgodne z przepisami opisanie postanowienia § 15 ust. 13 Wzoru umowy.

W piśmie z dnia 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający dokonał następującej modyfikacji § 5 ust. 13-15 Wzoru umowy:

„**Było:**

13. Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

14. Kwota należnego Wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu Umowy uwzględnia wszelkie ryzyka i obejmuje wszelkie ewentualne roszczenia Wykonawcy związane z jej realizacją.

15. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru, zakresu lub kosztów realizacji przedmiotu Umowy.

Jest:

13. Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, z zastrzeżeniem art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.).

14. Kwota należnego Wykonawcy wynagrodzenia z tytułu realizacji przedmiotu Umowy uwzględnia wszelkie ryzyka i obejmuje wszelkie ewentualne roszczenia Wykonawcy związane z jej realizacją.

15. Z zastrzeżeniem § 3 ust. 11 Umowy, Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru, zakresu lub kosztów realizacji przedmiotu Umowy.”.

Zdaniem Odwołującego postanowienie § 5 ust. 13 Wzoru umowy również pozwala na dokonywanie nadużyć po stronie Zamawiającego. Zamawiający nie wprowadza bowiem do umowy mechanizmu pozwalającego wykonawcy na podważenie zasadności wierzytelności przysługujących Zamawiającemu wobec wierzyciela. Jest to o tyle istotne, że w przypadku niezasadnego uczynienia potrącenia wykonawca nie ma możliwości ubiegania się o późniejsze uzyskanie nienależnie potrąconej wierzytelności.

Odwołujący już w treści odwołania z dnia 4 czerwca 2020 r. żądał dokonania przez Zamawiającego modyfikacji § 5 ust. 13 Wzoru umowy poprzez zmianę treści powyższego postanowienia w następujący sposób: „Zamawiający ma prawo potrącić bezsporną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”. Zamawiający uwzględniając odwołanie pismem z dnia 14 lipca 2020 r. zobowiązał się do dokonania zmiany postanowienia § 5 ust. 13 Wzoru umowy zgodnie z brzmieniem żądanym przez Odwołującego.

Tymczasem Zamawiający dokonał modyfikacji postanowienia § 5 ust. 13 Wzoru umowy w sposób pozorny, w żadnym wypadku nie uwzględniający żądań Odwołującego z odwołani z dnia 4 czerwca 2020 r. oraz powtarzający pierwotne postanowienia § 5

ust. 13 Wzoru umowy przedstawione w innym kontekście. W „nowej” treści postanowienia § 5 ust. 13 Wzoru umowy powtórzona została pierwotna treść Wzoru umowy jedynie uzupełniona postanowienia wynikające z ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.), co nie ma większego znaczenia wobec powszechnego obowiązku Zamawiającego do stosowania przepisów powyższej ustawy.

Nie ma zatem wątpliwości, że postanowienie § 5 ust. 13 Wzoru umowy, mimo modyfikacji z dnia 3 sierpnia 2020 r., zostało określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Odwołujący podkreśla, że na zachowanie zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu, w tym również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający równie traktowanie wykonawców, wpływ ma nie tylko wprowadzanie postanowień bezpośrednio faworyzujących określonego wykonawcę lub wykonawców, ale również takie określenie postanowień specyfikacji, które nadmiernie przenosi ryzyko związane z realizacją umowy na wykonawcę. Z naruszeniem powyższych przepisów ustawy Pzp mamy do czynienia przede wszystkim w przypadku gdy takie nadmierne przenoszenie ryzyka nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Powyższe prowadzi do trudności z prawidłowym opracowaniem oferty i oszacowaniem w ramach ceny ryzyka związanego z realizacją przyszłej umowy. Zasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego potwierdzają w tym przypadku następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) z dnia 22 października 2018 r., KIO 2030/18: *„Obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontaktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”*,
- 2) z dnia 21 lutego 2017 r., KIO 269/17: *„Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte - nie gwarantujące koniecznego współdziałania zamawiającego, niekompletne, niespójne - naruszają art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. - działają w sposób antykonkurencyjny - zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślony opis przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i ponieść straty na przy jej wykonywaniu. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję.”*,
- 3) z dnia 19 grudnia 2016 r., KIO 2280/16: *„Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym*

przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Powyższe postanowienia świadczą zatem o sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i pozwalający na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a następnie wykonawcy realizującego takie zamówienie.

W związku z powyższym Odwołujący zasadnie wnosi o zmianę postanowień § 4 ust. 2 oraz § 5 ust. 13 Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniom następującej treści:

- § 4 ust. 2 Wzoru umowy „Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sa134-022.”
- § 5 ust. 13 Wzoru umowy „Zamawiający ma prawo potrącić bezsporną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”.

W konsekwencji, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), kopia dowodu wniesienia wpisu, stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

W imieniu Odwołującego

(podpis osoby upoważnionej)

W załączeniu:

- 1) aktualny odpis z KRS Odwołującego,
- 2) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- 3) potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania,
- 4) pismo Zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2020 r.
- 5) potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu (w egz. dla KIO),
- 6) załącznik nr 11 – Wzór Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy.