



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

Biuro Marketingu
tel. +48 52 33 91 104
fax +48 52 33 91 114
marketing@pesa.pl

Sekretariat
tel. +48 52 33 91 100
fax +48 52 33 91 110
pesa@pesa.pl

Bydgoszcz, dnia 29 grudnia 2014 r.

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

Zamawiający: **Koleje Dolnośląskie SA**
Ul. Wojska Polskiego 1/5
59-220 Legnica

Odwołujący: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.**
ul. Zygmunta Augusta 11
85- 082 Bydgoszcz
Fax: (52) 33 91 114
e-mail: handlowy@pesa.pl

Data publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 19 grudnia 2014r.
Znak sprawy: KD/DB/BZ/116/2014

Odwołanie

**wobec postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
„Wykonanie obsługi technicznej poziomów utrzymania P3 i P4 pojazdów kolejowych będących
w posiadaniu spółki Koleje Dolnośląskie SA”**

Działając w imieniu Spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A z siedzibą w Bydgoszczy, zwanej dalej Odwołującym, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp, składam odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wykonanie obsługi technicznej poziomów utrzymania P3 i P4 pojazdów kolejowych będących w posiadaniu spółki Koleje Dolnośląskie SA.

Przedmiotem niniejszego odwołania są działania i zaniechania Zamawiającego polegające na wadliwym, niewyczerpującym i niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wszystkich okoliczności mających wpływ na złożenie oferty, a także działania i zaniechania Zamawiającego polegające na wadliwym ustaleniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania Dokumentacji Techniczno – Ruchowej, Dokumentacji Systemu Utrzymania oraz dokumentacji konstrukcyjnej (dalej łącznie zwane: Dokumentacja) autobusów szynowych typu 218Md nr SA134-006 oraz typu 218Mb nr SA132-002, wraz z prawem do jej wykorzystania na niezbędnych polach eksploatacji. Zamawiający nie dysponuje bowiem uprawnieniem do udostępnienia Dokumentacji Systemu Utrzymania ani Dokumentacji Techniczno-Ruchowej podmiotom trzecim w zakresie niezbędnym do wykonania całego zamówienia oraz nie dysponuje w ogóle dokumentacją konstrukcyjną, w związku z czym Wykonawcy winni samodzielnie ją pozyskać.

Sąd Rejonowy w Bydgoszczy
KRS 0000036552
REGON 091267838
NIP 554 031 17 75

VAT EU No: PL 5540311775
Kapitał zakładowy: 20 612 845,86 zł
Kapitał wpłacony: 20 612 845,86 zł

Powyższe działania i zaniechania Zamawiającego prowadzą do dokonania nieprawidłowej i niewyczerpującej, a tym samym przeprowadzonej bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na prawidłowe wykonanie zamówienia, redakcji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie brak wskazania w dokumentacji przetargowej, że Wykonawcy winni samodzielnie pozyskać dokumentację niezbędną do wykonania zamówienia, może prowadzić do złożenia przez wykonawców ofert niemożliwych do porównania. Część wykonawców złoży ofertę będąc w nieświadomości przedmiotowego wymogu, natomiast pozostała grupa założy, że dokumentację zapewni Zamawiający, nie uwzględniając tym samym w swoich ofertach kosztów jej pozyskania i możliwości faktycznej realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe:

1. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wadliwego, niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, bez uwzględnienia wszystkich istotnych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.**

W sekcji VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia powinien być wykonany zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania, Dokumentacją Techniczno-Ruchową, Dokumentacją Techniczną konstrukcyjną i technologiczną oraz Warunkami Technicznymi Wykonania i odbioru, całkowicie pomijając fakt, że nie może tych Dokumentacji udostępnić Wykonawcom i powinni oni pozyskać ją samodzielnie. Cała Dokumentacja podlega ochronie prawnej, a prawa autorskie do niej przysługują producentowi pojazdów i twórcy Dokumentacji - spółce Pojazdy Szybowe PESA Bydgoszcz SA (Odwołującemu). Z uwagi na zakres posiadanych przez Zamawiającego uprawnień, o czym mowa szczegółowo w dalszej części odwołania, Wykonawcy powinni we własnym zakresie pozyskać przedmiotową dokumentację wraz z prawem do jej wykorzystania, co niesie za sobą konieczność poniesienia dodatkowych kosztów oraz uwzględnienia dodatkowego czasu na wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, że dysponowanie Dokumentacją jest niezbędne nie tylko do wykonania zamówienia, ale do prawidłowego sporządzenia oferty i wymóg jej posiadania powinien być zawarty w dokumentacji przetargowej.

2. **Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 22 ust. 5 Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, oraz w zw. z § 8 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych, poprzez zaniechanie zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ postanowień zobowiązujących Wykonawców do wykazania, że dysponują oni Dokumentacją wraz z prawem do jej wykorzystania.**

Powyższe prowadzi do dopuszczenia do udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy nie posiadają stosownej wiedzy i doświadczenia oraz nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Znajomość treści Dokumentacji i umiejętność wykonania danych czynności na jej podstawie to niezbędne warunki prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. Co więcej, Dokumentacja jest niezbędna w procesie utrzymania pojazdu zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych.

3. **Odwolujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 oraz art. 138c ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z przepisami art. 1, art. 17, art. 41 i art. 79 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.) – dalej UoPA, poprzez zaniechanie żądania od Wykonawców oświadczenia o posiadaniu Dokumentacji niezbędnych do należytego wykonania zamówienia lub zgody autora tej dokumentacji na jej wykorzystanie.**

Powyższe narusza prawa majątkowe Odwołującego i prowadzi do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają stosownej wiedzy i doświadczenia oraz nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Wskazane naruszenie winno zostać usunięte poprzez zapewnienie przez Zamawiającego właściwej redakcji sformułowań ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zmierzającej do ustalenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który zagwarantuje, że zamówienie będzie zrealizowane przez Wykonawcę posiadającego odpowiednią wiedzę i doświadczenie, dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i zdolnego do jego wykonania.

Wobec tego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

- w sekcji IX SIWZ oraz w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu dodanie podpunktu 2.1 w brzmieniu:

„Wykonawca musi wykazać, że posiada Dokumentację Systemu Utrzymania autobusów szynowych SA134-006 i SA132-002, Dokumentację Techniczno-Ruchową autobusów SA134-006 i SA132-002, Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru oraz dokumentację konstrukcyjną autobusów szynowych SA134-006 i SA132-002, wraz z prawem do jej wykorzystania albo pisemną zgodę producenta pojazdów na wykorzystanie dokumentacji”

- w sekcji IX SIWZ oraz punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu dodanie podpunktu 4.3 w brzmieniu:

„Oświadczenie o posiadaniu Dokumentacji Systemu Utrzymania autobusów szynowych SA134-006 i SA132-002, Dokumentacji Techniczno-Ruchowej autobusów SA134-006 i SA132-002, Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru oraz dokumentacji konstrukcyjnej autobusów szynowych SA134-006 i SA132-002 wraz z prawem do jej wykorzystania albo pisemną zgodę producenta pojazdów na wykorzystanie dokumentacji”.

- w sekcji VII punkt 3 SIWZ dodanie postanowienia:

„Zamawiający informuje, że ww. dokumentacja jest objęta ochroną prawnoautorską i Zamawiający nie dysponuje uprawnieniem do jej udostępniania podmiotom trzecim, w związku z czym Wykonawcy winni ją pozyskać we własnym zakresie.”

- w sekcji VII usunięcie punktu 1 o treści:

„Dokumentacje systemu utrzymania stanowią załącznik do niniejszej SIWZ”.

Naruszenia wyżej wskazanych przepisów prawa mają istotny wpływ na dalszy przebieg postępowania przetargowego. W związku z tym, Odwołujący domaga się uwzględnienia niniejszego odwołania oraz nakazania Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób określony powyżej.

Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwolujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji i utrzymania taboru szynowego i zamierza przedstawić Zamawiającemu konkurencyjną ofertę, a w konsekwencji dążyć do uzyskania zamówienia. Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. W świetle orzecznictwa KIO, m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2010 r. KIO 2036/10, „Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg

dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu". Odwołujący wyjaśnia, iż posiada niewątpliwy interes we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem obecny kształt postanowień SIWZ w sposób rażąco narusza jego prawa. Jednocześnie interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania przejawia się również w dążeniu do zapewnienia zgodnego z prawem przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, a więc interes rozumiany jest również jako kontrola legalności działań Zamawiającego, co również ma miejsce w przypadku niniejszego Odwołania (interes sensu largo). Dodatkowo w przypadku nieuprawnionego udostępnienia Dokumentacji, Odwołujący może ponieść uszczerbek w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 4 lutego 1994 o prawie autorskim o i prawach pokrewnych (tekst jednolity: Dz.U. 2006r., Nr 90, poz. 631).

Uzasadnienie

I. Należy zwrócić uwagę, że Dokumentacja stanowi utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity: Dz.U. 2006r., Nr 90, poz. 631) dalej: UoPA, w związku z czym autorskie prawa majątkowe, jak i niemajątkowe do niej przysługują co do zasady wyłącznie jej twórcy (art. 17 UoPA). O statusie prawnym Dokumentacji jako utworu objętego ochroną z tytułu praw autorskich przesądza brzmienie art. 1 UoPA, zgodnie z którym „Przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór).” Warto zaznaczyć, że w orzecznictwie sądowym łagodzone są kryteria decydujące o przyznaniu ochrony prawnoautorskiej. Do skorzystania z tej ochrony wystarcza bowiem zgodnie z doktryną „drobnych monet” (niem. kleine Münze), nawet niewielki wkład pracy twórczej oraz nawet niewielki stopień oryginalności czy indywidualności. Znajduje to odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Najwyższego SN 1 K 1092/32: „Obowiązująca ustawa o prawie autorskim traktuje bardzo szeroko zakres ochrony prawa autorskiego (...). Ochronie prawnej na podstawie tej ustawy podlega wszelka twórczość bez względu na jej postać, jakość czy rozmiary oraz bez względu na to, czy uzewnętrznia się ona w treści dzieła czy też w samej tylko formie. Niewątpliwie uznanie DSU, DTR i dokumentacji konstrukcyjnej za utwór w rozumieniu UoPA jest tym bardziej zasadne, jeśli wziąć pod uwagę linię orzeczniczą, zgodnie z którą uznano za utwór dokumentację techniczną (por. wyrok SN z 12 czerwca 1978 r., I PRN 47/78, WiR 1978, nr 15, s. 13) czy instrukcje obsługi maszyn (por. SN z 25 kwietnia 1969 r., I CR 76/69, OSNC 1970, nr 1, poz. 15). Tak więc ustawa o prawie autorskim zapewnia wyłączność twórczą w bardzo szerokiej skali, poczynając np. w dziedzinie piśmiennictwa od dzieła o najwyższym artyzmie a kończąc na zwykłych wypisach szkolnych, a nawet kalendarzach, rozkładach jazdy, księgach o samoistnym układzie lub samodzielnym opracowaniu”.

Dokumentacja Systemu Utrzymania, Dokumentacja Techniczno-Ruchowa oraz Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru przedmiotowych pojazdów zostały przekazane do ówczesnego zamawiającego – Województwa Dolnośląskiego, na podstawie umów dostawy pojazdów z dnia 17 marca 2005r. oraz z dnia 16 lipca 2007r. Zgodnie z postanowieniami przedmiotowych umów, Odwołujący przekazał do Województwa Dolnośląskiego dokumentację DSU, DTR i WTWiO (przekazanie dokumentacji konstrukcyjnej nie było wymagane) wyłącznie do obsługi eksploatacyjnej pojazdu szynowego, jego przeglądów i napraw oraz napraw okresowych po podpisaniu przez firmę wykonującą naprawy zobowiązania, że dokumentacja będzie wykorzystana wyłącznie do celów naprawczych. Wykorzystanie dokumentacji do innych celów możliwe jest jedynie na podstawie pisemnej zgody Wykonawcy (§ 12 ust. 3 umowy z dnia 17 marca 2005r. oraz § 5 ust. 9 umowy z dnia 16 lipca 2007r.).

Wskazane umowy nie zawierały postanowień dotyczących przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji ani też ich przedmiotem nie było udzielenie licencji do ww. dokumentacji w zakresie wykonywania modernizacji pojazdu. Ponadto również w późniejszym czasie nie doszło do takiego przeniesienia ani udzielenia takiej licencji na podstawie odrębnej umowy.

Zgodnie z art. 53 UoPA: „Umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności”. Uznać należy zatem, że na mocy umowy na dostawę pojazdów nie doszło do przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji przekazanej wraz z pojazdami. W przedmiotowej sprawie istnieje możliwość jedynie wywodzenia udzielenia niewyłącznej licencji do korzystania z przedmiotowej dokumentacji. Jednakże i w takim przypadku należy podnieść, że z całą pewnością brak jest możliwości uznania szerokiego zakresu pól eksploatacji, na których można taką dokumentację wykorzystać. Zgodnie z przywołanymi powyżej postanowieniami umów, udzielona licencja obejmuje korzystanie z dokumentacji do obsługi eksploatacyjnej autobusów szynowych, wykonywania przeglądów, napraw oraz napraw okresowych. Tymczasem przedmiotem zamówienia jest również modernizacja pojazdów (prace dodatkowe opisane w sekcji V SIWZ). Trzeba podkreślić, że pojęcie modernizacji pojazdu szynowego ma swoją definicję zamieszczoną w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Zgodnie z § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia, modernizacja pojazdu kolejowego to prace modyfikacyjne w pojeździe kolejowym, które zmieniają przeznaczenie pojazdu lub poprawiają jego ogólne osiągi techniczne, a w szczególności: zmianę charakterystyki trakcyjnej, prędkości maksymalnej, mocy, zdolności do zasilania w różnych systemach. Zabudowa nowej klimatyzacji, kamer czołowych, osuszacza, rozbudowa systemów informacji pasażerskiej, montaż dynamicznego rozkładu jazdy dla maszynisty – czynności te stanowią modernizację, a nie naprawę czy przegląd pojazdu szynowego.

Mając na uwadze normę art. 41 ust. 2 UoPA, umowa o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej "licencją", obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione. W związku z powyższym, udzieloną zamawiającemu licencja nie obejmuje uprawnień do udostępniania dokumentacji podmiotom trzecim w celu wykonania modernizacji pojazdu. Ponadto, do wykonania przedmiotowego zamówienia niezbędna jest dokumentacja konstrukcyjna pojazdu, której zamawiający w ogóle nie posiada. Fakty te powinny być znane wszystkim wykonawcom składającym ofertę, jako istotny element opisu przedmiotu zamówienia.

II. W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się wadliwego, niewyczerpującego, niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania Dokumentacji wraz z prawem do jej wykorzystania. Brak postanowienia wskazującego, że Dokumentacja jest objęta ochroną prawnoautorską prowadzi do naruszenia art. 29 ustawy Pzp. Norma ta nakłada na Zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis musi być na tyle oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty porównywalnych ofert. Opis przedmiotu zamówienia musi być taki sam zarówno w ogłoszeniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia oznacza, że opis ten powinien mieć tylko jedno znaczenie, a więc powinien być jednakowo rozumiany przez wszystkich wykonawców. Pojęcie „dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia” nawiązuje zaś do języka fachowego, branżowego. Trafnie w związku z tym wskazano w wyroku ZA UZP z 3 sierpnia 2007 r., UZP/ZO/0-937/07 (LexisNexis nr 2037472), że: „Zamawiający jest obowiązany do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (...) Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „jednoznaczny” należy bowiem rozumieć jako „niebudzący wątpliwości”, wyrażenie „wyczerpujący” zaś oznacza nakaz przedstawienia zagadnienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Określenie „jednoznaczny” należy natomiast rozumieć jako „mający jedno znaczenie”, niebudzący wątpliwości. Pojęcie „dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” należy odnosić do określeń technicznych obowiązujących w danej branży, w której działają zainteresowane przedmioty (J.E. Nowicki, Opis przedmiotu..., s. 26)”.

Należy przy tym mieć na względzie to, że wadliwy opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie prawidłowych ofert, prowadzi do rozbieżności w interpretacji wymagań Zamawiającego i uniemożliwia rzetelne porównanie oferowanego sprzętu, przez co zostaje naruszona w konsekwencji zasada uczciwej konkurencji. Utrudnia także Wykonawcom skalkulowanie ceny oferty (wyrok ZA UZP z 22 grudnia 2006 r., UZP/ZO/0-2976/06, LexisNexis nr 1989315). Biorąc pod uwagę powyższe, zaniechanie Zamawiającego prowadzi do dokonania nieprawidłowej i niewyczerpującej, a tym samym dokonanej bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na prawidłowe wykonanie zamówienia, redakcji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Celem opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący jest umożliwienie Wykonawcom uwzględnienia wszystkich okoliczności i wymagań mających wpływ na sporządzenie oferty. W związku z przysługującą Odwołującemu ochroną na gruncie prawa autorskiego należy zaznaczyć, że obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie, że przy sporządzaniu ofert, muszą wziąć oni pod uwagę koszt uzyskania od twórcy Dokumentacji prawa do korzystania z niej, skoro sam Zamawiający nie może jej udostępnić Wykonawcom. Przy braku postanowienia dotyczącego ochrony prawno-autorskiej przedmiotowej Dokumentacji, oferty złożone przez Wykonawców mogą być wadliwe (zubożone o wyżej wymieniony koszt), co mogłoby też prowadzić do nienależytego wykonania zamówienia.

Zatem niezamieszczenie w SIWZ postanowienia o ochronie praw autorskich twórcy Dokumentacji, może skutkować nieosiągnięciem celu jakim jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, wobec czego nie może przedmiotowego zapisu pominąć. Stanowisko to potwierdza również Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 16 kwietnia 2013 r. (KIO 766/13, KIO 767/13), w którym stwierdza: „Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania (usługi) w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć. Okoliczność, iż takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia nie odpowiada wszystkim wykonawcom, nie może stanowić podstawy do uznania zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy - Prawo zamówień publicznych, za zasadny.” oraz w Wyroku z dnia 22 stycznia 2010 r. (KIO/UZP 1779/09): „Określenie przedmiotu zamówienia stanowi integralną decyzję Zamawiającego. Ma on prawo dokonać oceny własnych potrzeb i po ustaleniu czynników obiektywnie uzasadnionych opisać przedmiot zamówienia”. Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2013 r. KIO/KD 106/13: „Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji takie opisanie przedmiotu zamówienia, które eliminuje możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów, o ile podyktowane to jest potrzebami zamawiającego mającymi charakter obiektywny.”

III. Faktem jest, że w Dokumentacji zawarta jest wiedza kluczowa dla prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. Słusznie powołał zamawiający Dokumentację jako podstawę do wykonania zamówienia. Zatem należy uznać, że dysponowanie tą dokumentacją należy do sfery wymagań w zakresie wiedzy i doświadczenia. Udzielając zgody na wykorzystanie dokumentacji, jej twórca jednocześnie wyraża zgodę na wykorzystanie jego wiedzy i doświadczenia, które gromadził przez lata praktyki i które zmaterializowały się w postanowieniach Dokumentacji. Dokumentacja jest z pewnością składnikiem wiedzy i doświadczenia.

Na uwagę zasługuje fakt, że uregulowania wynikające z art. 22 ust. 1 mają charakter abstrakcyjny i blankietowy. Zamawiający ma obowiązek w SIWZ zawrzeć warunki udziału w postępowaniu, konkretyzując dyspozycje zawarte w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, po czym ma obowiązek określić dokumenty, na podstawie których będzie sprawdzał ich spełnienie bądź niespełnienie (wyrok KIO UZP z 29 maja 2008 r., KIO/UZP 467/08, LexPolonica nr 2244259.). Nie można zgodzić się z faktem, że powyższy obowiązek Zamawiający wykonał w sposób należyty, bowiem nie skonkretyzował on w sposób wystarczający warunków udziału w postępowaniu. Z ostrożności

procesowej Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu mogło dojść również do naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, który obejmuje w swojej treści również obowiązek posiadania licencji, jeśli są wymagane. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2012 r. KIO 859/12: „Przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych odsyła do odrębnych przepisów prawa na podstawie, których odbywa się weryfikacja uprawnienia wykonawcy. Zamawiający powinien opisać, wymagania co do obowiązku posiadania odpowiednich uprawnień i ewentualnie wskazać dokument, którego złożenie stanowiłoby potwierdzenie posiadania wymaganych uprawnień takich jak koncesja, zezwolenie czy licencja”

Brak wymaganej licencji powinien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, co jednoznacznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 marca 2008 r. KIO/UZP 163/08: „Brak żądania dokumentów przez zamawiającego nie zmienia faktu, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy - Pzp, wykonawcy muszą posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, a złożenie fałszywego oświadczenia w tym zakresie jest podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania”.

IV. Zdaniem Odwołującego, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni spełniać warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia poprzez m.in. wykazanie, że zrealizują zamówienie zgodnie z Dokumentacją, do której uzyskali dostęp przed dniem składania ofert. Na potwierdzenie spełnienia warunku, Zamawiający winien żądać przedłożenia oświadczenia Wykonawcy, z którego będzie wynikało jednoznacznie, że posiada on Dokumentację wraz z prawem do ich wykorzystania w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu umowy albo pisemną zgodę producenta pojazdów szynowych na wykorzystanie Dokumentacji.

Fakt, że zamówienie powinno być wykonane zgodnie z Dokumentacją, jest ustalony i nie powinien być kwestionowany. Według Odwołującego, posiadanie Dokumentacji wraz z prawem do jej wykorzystania powinno być warunkiem udziału w postępowaniu. Warunek taki byłby w pełni adekwatny do przedmiotu zamówienia, ponieważ – jak już wykazano wyżej – Dokumentacja jest niezbędna do wykonania zamówienia, a zatem wykonawcy nieposiadający dostępu do Dokumentacji nie mogą należycie wykonać zamówienia. Zasadne jest również żądanie, aby Wykonawcy dysponowali Dokumentacją na dzień składania ofert, ponieważ muszą oni poznać szczegółowy zakres naprawy, której wykonanie stanowi przedmiot zamówienia, w celu właściwego oszacowania ceny ofertowej. Bez uprzedniego zapoznania się z Dokumentacją, nie jest możliwe de facto sporządzenie oferty. Gdyby natomiast Zamawiający żądał przedłożenia stosownych oświadczeń dopiero przed zawarciem umowy, ryzykowałby, że wybrany został Wykonawca, który nie posiada podstawowego „narzędzia” do wykonania zamówienia, jakim jest Dokumentacja. Ponadto, gdyby ewentualnie Wykonawca zapoznał się z Dokumentacją już po złożeniu oferty, budziłoby to poważne wątpliwości co do prawidłowości oszacowanej przez tego Wykonawcę ceny oraz co do zobowiązania należytego wykonania zamówienia, jak również jego zgodności z SIWZ.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do wykonania zamówienia. W przedmiotowej sprawie, postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący Dokumentacji jest fundamentalny dla prawidłowego wykonania zamówienia. Wyłącznie wykonawcy, którzy mają wgląd do Dokumentacji, mogą zweryfikować swoją zdolność do wykonania zamówienia. Zatem spełnienie wymagania jest realnie konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. Warto w tym miejscu wskazać na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r. KIO/KU 18/14 stwierdzono, że:

„Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Użyte przez Ustawodawcę sformułowanie oznacza, że dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego

wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia." Podstawowym wymogiem potrzebnym do wykonania zamówienia jest dysponowanie Dokumentacją, więc Zamawiający jest uprawniony do uczynienia z tego warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2014 r. KIO 2951/13 KIO stwierdziła:

"Opis warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, dokonywany w treści SIWZ, stanowi zestawienie cech podmiotowych wykonawcy, które zamawiający uznaje za niezbędne do wykonania jego zamówienia, a ich stawianie ma na celu zwiększenie prawdopodobieństwa wyłonienia wykonawcy gwarantującego bezproblemowe i zgodne z oczekiwaniami kontrahenta wykonanie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu stawiane przez zamawiającego winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, a więc związane z nim i doń proporcjonalne - jak dekretuje przepis art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych."

W ocenie Odwołującego, dysponowanie prawem do dokumentacji jest prawem podmiotowym wykonawcy, które przysługuje mu na mocy dokonanej czynności prawnej. Jest to stan zarówno faktyczny (dostęp do dokumentów, znajomość ich treści), jak i prawny (posiadanie stosownej licencji czy zgody twórcy Dokumentacji), który można zaliczyć do "cech podmiotowych" wykonawcy, jakkolwiek rozumianych szeroko. Jednakże ustawa Prawo zamówień publicznych pozwala Zamawiającemu - a wręcz do tego go obliuguje - na takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, które będzie adekwatne do przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, które jednoznacznie wskazuje, że przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 zawierają normy o charakterze blankietowym (niedookreślonym), co oznacza, że zamawiający ma obowiązek sprecyzowania swoich oczekiwań odnoszących się do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy niezbędnych do wykonania zamówienia (wyrok KIO UZP z 17 lipca 2008 r., KIO/UZP 678/08, LexPolonica nr 2284522, LexisNexis nr 2284522). Wszystkie warunki wynikające w art. 22 ust. 1 mają charakter abstrakcyjny, blankietowy. Rolą Zamawiającego jest doprecyzowanie warunków w sposób odpowiedni dla danego postępowania. W ocenie Odwołującego, znajomość treści Dokumentacji (uzyskana w sposób zgodny z prawem) i umiejętność korzystania z niej zaliczają się do pojęcia "wiedzy i doświadczenia". Warunki ustalone dla wykonawców powinny być jednakowe dla wszystkich, a w dodatku określone precyzyjnie, tak aby: po pierwsze - już po przeczytaniu ogłoszenia wykonawcy mogli ocenić, czy są w stanie zrealizować to zamówienie, czy są w ogóle nim zainteresowani, a po drugie - aby zamawiający nie stosował dowolnych reguł przy ocenie spełniania tych warunków.

Odwołujący wskazuje ponadto, że zamówienia publiczne mogą być powierzane tylko podmiotom zdolnym do ich wykonania, dającym gwarancję rzetelnego wywiązania się z zawartej umowy. Ocena, czy potencjalny oferent jest na tyle rzetelny, aby zrealizować przedmiot zamówienia w terminie z należytą starannością przy zachowaniu wszystkich zastrzeżeń umownych, należy do zamawiającego. Warunki udziału w postępowaniu łączą się z przedmiotem zamówienia o tyle, że powinny się odnosić do jego rodzaju i charakteru, a także jego skali, a więc tylko w tym zakresie muszą znajdować potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia (wyrok KIO UZP z 30 czerwca 2008 r., KIO/UZP 592/08).

Co najistotniejsze, w niniejszym postępowaniu jest to całkowicie uzasadnione, ponieważ zamawiający zmierza do uzyskania zamówienia w sposób:

1. legalny (bez naruszenia praw autorskich)
2. bezpieczny (z zachowaniem norm z zakresu utrzymania pojazdów).

V. Na poparcie podnoszonych powyżej argumentów, Odwołujący chciałby podkreślić, że żąda wprowadzenia do SIWZ postanowień, które stały się już pewnego rodzaju praktyką w udzielaniu zamówień na naprawy i modernizacje pojazdów szynowych. Regułą w udzielaniu zamówień na wykonywanie prac związanych z utrzymaniem pojazdów szynowych na różnych poziomach jest

odnoszenie się do kwestii praw autorskich do przedmiotowej dokumentacji, poprzez stawianie wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia wymogu posiadania Dokumentacji wraz z prawem do jej wykorzystania, bądź zgody producenta na jej wykorzystanie. Ponadto posiadanie autoryzacji producenta do wykonania czynności utrzymania i obowiązek udokumentowania tego na etapie składania ofert nie jest niczym nowym w zamówieniach publicznych, również na rynku napraw pojazdów szynowych. Również dopuszczalne i stosowane są różnego rodzaju certyfikaty i świadectwa wydawane przez podmioty trzecie. W tym zakresie można podać następujące przykłady:

1) „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. Podlaski Zakład Przewozów Regionalnych w Białymstoku, którego przedmiotem było „Wykonanie przeglądu PU3-1 w autobusie szynowym SA133-002”(znak: PRL 251-05/2013). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (tj. p. IV.1 SIWZ), w następujący sposób:

„Wykonawca musi wykazać, iż posiada Dokumentację Systemu Utrzymania Autobusu Szynowego i Dokumentację Techniczno-Ruchową Autobusu Szynowego wraz z prawem do korzystania z tej dokumentacji.”

2) Ponadto analogiczne zapisy znalazły się w postępowaniu prowadzonym przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o., Opolski Zakład Przewozów Regionalnych w Opolu, którego przedmiotem było wykonanie przeglądu PU3-2 w autobusach szynowych SA134-011, SA134-012, SA134-013, SA134-014 (znak: PREKa-251/31/2013). W specyfikacji tego postępowania Zamawiający wskazał, że jednym z wymaganych dokumentów, jakie Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni dostarczyć wraz z ofertą jest „Oświadczenie o posiadaniu Dokumentacji Systemu Utrzymania Autobusu Szynowego SA134 typu 218Md oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Autobusu Szynowego SA134 typu 218Md wraz z prawem do ich wykorzystania”.

3) Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Oddział Lubelski z siedzibą w Lublinie na wykonanie częściowego zakresu przeglądu okresowego PU3-1 czterech autobusów szynowych typu 218Md, znak sprawy PRL-251/2/2014, gdzie w specyfikacji tego zamówienia wskazano: „Dostęp do DSU nr 218Md-K0130-3 z września 2013 oraz DTR nr 218Md 0159-2 dla pojazdów SA134 015-019 Wykonawca zapewnia we własnym zakresie. W związku z tym, że pojazdy znajdują się w okresie gwarancyjnym, Wykonawca musi posiadać autoryzację producenta (gwaranta) pojazdów na wykonanie przeglądów.”

4) Koleje Dolnośląskie SA o numerze KD/HZ/79/2013 zamawiający żądał załączenia do oferty zgody producenta pojazdów na na wykonanie obsługi technicznej autobusów szynowych oraz zgody producenta silnika spalinowego oraz przekładni głównej na wykonywanie przeglądów silników oraz przekładni głównej.

5) Zamawiający “Koleje Mazowieckie – KM” sp. z o.o. w postępowaniu o numerze MWZ3-205-132-2013, którego przedmiotem była naprawa taboru kolejowego wraz z modernizacją, żądał przedłożenia świadectwo zgodności wyposażenia technicznego, kwalifikacji pracowników i stosowanych technologii, zgodnie z wymaganymi instrukcjami w zakresie napraw okresowych elektrycznych zespołów trakcyjnych, wydane przez pasażerskiego przewoźnika kolejowego, nie wcześniej niż w 2007 r.

6) Opolski Oddział Przewozów Regionalnych w postępowaniu na wykonanie prac poziomu utrzymania P3 autobusów szynowych produkcji NEWAG SA, nr postępowania PREKa - 251/13/2014, zamawiający żądał załączenia do oferty oświadczenia o posiadaniu Dokumentacji Systemu Utrzymania Autobusu Szynowego i Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Autobusu Szynowego SA137

typu 220M wraz z prawem do jej wykorzystania albo pisemną zgodę producenta pojazdów na wykorzystanie tej dokumentacji;

7) Województwo Podkarpackie w postępowaniu nr OR-IV.272.1.2.2014, którego przedmiotem było wykonanie naprawy rewizyjnej z modernizacją pojazdów szynowych, żądało oświadczenia wykonawcy, że posiada pisemną zgodę producenta pojazdów na wykorzystanie dokumentacji jak wyżej, oznacza jednocześnie obowiązek załączenia do oferty przedmiotowej zgody w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.

8) Województwo Podkarpackie w postępowaniu nr OR-IV.272.1.50.2013 którego przedmiotem było wykonanie modernizacji autobusów szynowych, żądał przedłożenia najpóźniej w dniu podpisania umowy pisemnej zgody producenta autobusów szynowych tj. Zakładów Naprawczych Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A., upoważniającej do wykonywania modernizacji autobusów szynowych produkcji ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A.

Analiza specyfikacji powołanych powyżej postępowań prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w świadomości zamawiających – zgodnie ze stanem prawnym – Dokumentacja zasługuje na prawnoautorską ochronę, która zapewniana jest poprzez zamieszczenie w dokumentacji przetargowej tych postępowań odpowiednich zapisów, nie dopuszczających możliwości wykonywania czynności utrzymaniowych przez podmioty nieposiadające odpowiednich uprawnień do wykorzystywania Dokumentacji. Bezspornie zatem, redakcja postanowień SIWZ w postępowaniu, którego przedmiotem jest usługa utrzymaniowa wraz z modernizacją, powinna uwzględniać powyższe i nie prowadzić do naruszenia praw twórcy dokumentacji spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA.

VI. Przedmiotowe zagadnienie było już rozpatrywane przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w wyroku z dnia 9 lipca 2014r. (sygn. akt KIO 1300/14) potwierdziła prawidłowość wymagań SIWZ, których dodania domaga się Odwołujący. KIO orzekła, że „Izba wskazuje, że wykonanie napraw zgodnie z dokumentacją techniczno-ruchową jest elementem przedmiotu zamówienia. Wykonawca winien bezwzględnie posiadać dostęp do tej dokumentacji w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Weryfikacja takiego dostępu i żądanie przedłożenia stosownego oświadczenia w tym przedmiocie na etapie składania ofert jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia oraz uzasadniona zabezpieczeniem interesów zamawiającego. Zamawiający może dążyć do osiągnięcia pewności, że wykonawcy podejmujący się realizacji zamówienia nie robią tego niejako nierozsądnie i „na wyrost”, zbyt optymistycznie oceniając swój potencjał techniczny czy know-how, które będzie potrzebne do realizacji zamówienia (tu: dostęp do dokumentacji producenta). Tym bardziej, że tego typu sytuacje już miały miejsce. Ponadto dostęp do stosownej dokumentacji technicznej, a konkretnie możliwość jej wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia, mieści się w dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy – może zostać zakwalifikowana jako szczególny rodzaj potencjału technicznego wykonawcy”.

Ponadto, z uwagi na okres świąteczny zwracamy się z prośbą o niewyznaczenie terminu rozprawy przed dniem 8 stycznia 2015r.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnosimy jak w petitum niniejszego Odwołania.

Załączniki:

1. odpis KRS odwołującego
2. pełnomocnictwo
3. dowód wniesienia opłaty
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu