

Katowice, dnia 2 maja 2016 r.

KS/ZP/25/2016

**Do Wykonawców uczestniczących w postępowaniu**

**dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich Sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych” (nr postępowania: KS/ZP/25/2016)**

Zamawiający Koleje Śląskie Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach (40-040) przy ul. Wita Stwosza 7, na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) niniejszym przesyła kopię odwołania dotyczącego postępowania prowadzonego pod nazwą: „Dostawa taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich Sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych” (nr postępowania: KS/ZP/25/2016)”.

Jednocześnie, Zamawiający wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego zawiadomienia.

**PROKURENT**  
**Anna Wiśniewska-Micor****Załączniki:**

- 1) kopia odwołania z dnia 29.04.2016 r.; NEWAG S.A., ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz;

Koleje Śląskie Sp. z o.o.  
ul. Wita Stwosza 7  
40-040 Katowice

tel.: +48 32 494 06 63  
fax: +48 32 494 06 62  
sekretariat@kolejeslaskie.com  
www.kolejeslaskie.com

NIP: 9542699716  
REGON: 241592956  
KRS: 0000357114, Sąd Rejonowy Katowice-Wschód  
Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

Kapitał zakładowy: 103.605.000,00 zł  
Rachunki bankowe:  
Bank PEKAO S.A. 11 1240 6292 1111 0010 6690 0200  
BGK 56 1130 1091 0003 9091 1720 0001

**ADWOKAT**  
  
**Tomasz Hajduła**



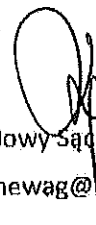
Nowy Sącz, 29 kwietnia 2016 r.

MM/284/04/2016

*nr LP - 1205*

Koleje Śląskie Sp. z o.o.	
Wpłynęło dnia	02. 05. 2016

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

*NO, PT* 

**Wykonawca:** **NEWAG S.A.**, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz  
tel. 18 449 63 60, fax 18 449 63 66, e-mail: newag@newag.pl  
reprezentowana przez:  
**Zbigniewa Konieczka** - Prezesa Zarządu  
**Bogdana Borka** - Wiceprezesa Zarządu

**Zamawiający:** **Koleje Śląskie sp. z o.o.**  
ul. Wita Stwosza 7  
40-040 Katowice  
oraz  
**Województwo Śląskie**  
ul. Ligonia 46  
40-037 Katowice  
W imieniu których działają:  
**Koleje Śląskie sp. z o.o.**  
ul. Wita Stwosza 7  
40-040 Katowice  
Tel.: 32 494 06 63, Faks: 32 494 06 62  
E-mail: sekretariat@kolejeslaskie.com

**Dotyczy:** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich sp. z o. o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych, znak sprawy: KS/ZP/25/2016

- Strona internetowa, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia: [www.kolejeslaskie.com](http://www.kolejeslaskie.com)
- Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: **2016/S 078-138641 z dnia 21.04.2016**
- Data ogłoszenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: **21.04.2016**



NEWAG S.A. ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, Polska | Tel.: +48 18 449 63 60 | Fax: +48 18 449 63 66  
Centrum Kompetencji Pojazdów Szynowych ul. Chorzowska 98, 41-100 Gliwice | Tel.: +48 32 235 82 00 | Fax: +48 32 235 82 05  
KRS 0000066315 | NIP: PL 734 00 99 400 | Sąd Rejonowy dla Krakowa Śródmieście w Krakowie, Wydział XII Gospodarczy  
Kapitał zakładowy w całości wpłacony: 11.250.000,25 zł



- Data powzięcia przez Odwołującego wiadomości o czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania: **21 kwietnia 2016 r.** (opublikowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia)

## ODWOŁANIE WYKONAWCY

**NEWAG S.A.** z siedzibą w Nowym Sączu przy ul. Wyspiańskiego 3, kod pocztowy 33-300, wpisana do Rejestru Przedsiębiorców w Sądzie Rejonowym dla Krakowa - Śródmieścia, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 000066315, działając jako wykonawca, posiadający potencjał organizacyjny i ekonomiczny, umożliwiający wykonanie przedmiotu zamówienia („Odwołujący”), na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177) („Ustawa lub p.z.p”) wnosi odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających w imieniu których działa – Koleje Śląskie sp. z o. o. („Zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich sp. z o. o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych, znak sprawy: KS/ZP/25/2016

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

art. 29 ust. 1 Ustawy w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16) Ustawy oraz art. 353 [1] KC i art. 58 § 1 i 2 KC w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 Ustawy poprzez sformułowanie SIWZ, w tym wzoru umowy stanowiącego część SIWZ, w sposób niejednoznaczny i wykraczający poza swobodę kształtowania stosunków zobowiązaniowych, co mogłoby doprowadzić do częściowej lub całkowitej nieważności zawartej umowy na wykonanie zamówienia, polegające na:

1. zobowiązaniu wykonawcy do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej, podczas gdy proporcjonalnym i wystarczającym środkiem w tym zakresie jest udzielenie licencji (§ 2 ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 5, § 3 ust. 3, § 16 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ),
2. zobowiązanie wykonawcy do naprawy szkody wynikającej z awarii pojazdu bez określenia, czy szkoda uwzględnia otrzymane od ubezpieczyciela odszkodowanie (§ 7 ust. 3 wzoru umowy),
3. nieprecyzyjne wskazanie terminu zgłoszenia pojazdu do odbioru technicznego (§ 10 ust. 6 wzoru umowy),
4. wskazanie, iż podstawą do odstąpienia od odbioru są jakiegokolwiek wady, a nie wyłącznie wady istotne, oraz wskazanie, iż potwierdzeniem odbioru jest protokół bez jakichkolwiek zastrzeżeń/uwag, a nie wyłącznie zastrzeżeń/uwag istotnych (§ 10 ust. 11, 17 i 20, § 12 wzoru umowy),
5. zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia pojazdu zastępczego oraz niesprecyzowanie, czy zobowiązanie wykonawcy do przedstawienia pojazdu zastępczego w czasie obowiązywania gwarancji za wady udzielonej na pojazd dotyczy każdej naprawy, czy też wyłącznie naprawy niewyłączającej pojazdu z eksploatacji (§ 13 ust. 20 wzoru umowy),
6. zastrzeżeniu kar umownych za „opóźnienie” w wykonywaniu zobowiązań oraz określenie kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej (§26 wzoru umowy)
7. nieprecyzyjna określenie zakresu wymaganej dokumentacji (załącznik nr 5 do wzoru umowy)
8. nieprecyzyjne określenie terminu dostawy pojazdów (załącznik nr 4 do wzoru umowy),

9. zobowiązanie wykonawcy do stosowania wzajemnie zastępowalnych podzespołów w zakresie wszystkich pojazdów, podczas gdy przedmiotem zamówienia są pojazdy trzech różnych typów (dwuczłonowe, trzyczłonowe, czteroczłonowe) – (pkt 1,2 załącznika nr 1 do SIWZ),
10. zobowiązanie wykonawcy do wyposażania we wszelkie urządzenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI, przy jednoczesnym braku jednoznacznego wskazania w specyfikacji obowiązku zabudowy urządzeń ETCS, co może rodzić wątpliwości interpretacyjne, oraz wskazanie, iż treść TSI ma być określona na dzień 1 stycznia 2018 r., tj. już po dostawie pojazdów, podczas gdy treść TSI na dzień 1 stycznia 2018 r. jest nieznaną, ponieważ TSI mogą ulec zmianie, co jest niezależne od stron.

Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę SIWZ poprzez:

1. zmianę zobowiązania do przeniesienia majątkowych praw autorskich na zobowiązanie do udzielenia licencji niewyłącznej do korzystania z dokumentacji w celu eksploatacji, napraw, i utrzymania pojazdów objętych przedmiotem zamówienia,
2. wskazanie, iż obowiązek naprawy szkody w razie awarii pojazdów obejmuje wyłącznie szkodę nienaprawioną przez ubezpieczyciela w ramach ubezpieczenia pojazdów posiadanego przez Zamawiającego,
3. podania jednoznacznego terminu zgłoszenia pojazdu do odbioru technicznego,
4. wskazanie, iż podstawą do odstąpienia od odbioru są wyłącznie wady istotne, oraz wskazanie, iż potwierdzeniem odbioru jest protokół odbioru technicznego i końcowego bez zastrzeżeń/uwag istotnych,
5. usunięcie zobowiązania wykonawcy do przedstawienia pojazdu zastępczego w czasie obowiązywania gwarancji za wady udzielonej na pojazd lub sprecyzowanie tego zobowiązania poprzez wskazanie, że dotyczy ono wyłącznie wad skutkujących wyłączeniem pojazdu z eksploatacji,
6. zastrzeżenie kar umownych za „zwłokę” oraz obniżenie kar umownych, tak aby nie miały one charakteru rażąco wygórowanych,
7. sprecyzowanie, iż zamawiający wymaga jedynie przedstawienia dokumentacji konstrukcyjnej niezbędnej do eksploatacji, napraw i utrzymania pojazdu oraz dokumentacji konstrukcyjnej sprzęgu wyłącznie w zakresie, w jakim producent sprzęgu wyrazi zgodę na jej przekazanie,
8. zmianę terminów dostawy pierwszych pojazdów co najmniej na 31 grudnia 2017 r.,
9. sprecyzowanie, iż zobowiązanie wykonawcy do stosowania wzajemnie zastępowalnych podzespołów dotyczy wyłącznie pojazdów tego samego typu (dwuczłonowe, trzyczłonowe, czteroczłonowe),
10. sprecyzowanie, czy Zamawiający wymaga zabudowy urządzeń ETCS oraz wskazanie, iż treść TSI, z którymi Wykonawca zobowiązany jest zapewnić zgodność dostarczonych pojazdów, określa się na dzień podpisania umowy.

## Uzasadnienie

### I. Wykazanie Interesu Odwołującego zgodnie z art. 179 § 1 Ustawy.

Odwołujący jest producentem taboru szynowego. W ramach swej działalności Odwołujący wykonuje dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych i posiada możliwość dostawy pojazdów będących

przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto, Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, ubiegając się o uzyskanie zamówienia. Jednakże postanowienia SIWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu prawidłowe sporządzenie oferty i przystąpienie do udziału w postępowaniu.

## II. Uzasadnienie zarzutów odwołania.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, iż co do zasady Zamawiający jest uprawniony do kształtowania treści przyszłej umowy na wykonanie zamówienia wedle swojego uznania i potrzeb. Jednakże swoboda Zamawiającego nie jest w tym zakresie nieograniczona. Jak podkreśla się w orzecznictwie, postanowienia umowne nie mogą naruszać natury stosunku prawnego, zasad współżycia społecznego oraz prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej strony (por. m. in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 r. KIO 399/12 oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2012 r. KIO 1710/12).

Przede wszystkim treść wzoru umowy powinna być jednoznaczna i precyzyjna, tak aby było możliwe skalkulowanie ryzyka oraz kosztów. Ponadto, treść załączonego do SIWZ wzoru umowy nie może zawierać postanowień sprzecznych się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Analiza opublikowanego przez Zamawiającego wzoru umowy, stanowiącego część SIWZ, prowadzi do wniosku, iż owa granice zostały w kilku przypadkach przekroczone.

### Ad. 1)

Zamawiający we wzorze umowy załączonej do SIWZ zobowiązał wykonawcę do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej (§ 2 ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 5, § 3 ust. 3, § 16 wzoru umowy). Odwołujący podnosi, iż żądanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej wykracza poza przedmiot zamówienia oraz pozostaje w sprzeczności z naturą umowy na dostawę pojazdów kolejowych oraz praktyką stosowaną przez zamawiającego w postępowaniach na dostawę taboru kolejowego.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, iż żaden producent pojazdu kolejowego nie wytwarza w swoim zakresie kluczowych komponentów. Owe komponenty zamawiane są od producentów, będących podmiotami trzecimi. Co za tym idzie, również część dokumentacji technicznej pojazdu w zakresie owych komponentów (DTR, DŚU) tworzona jest w oparciu o dokumentację przekazaną przez dostawców. Producenci udzielają stosownych licencji na wykorzystanie przekazanej wykonawcy dokumentacji wraz z prawem do udzielania sublicencji Zamawiającemu. Jednakże producenci komponentów prawie nigdy nie przenoszą na Zamawiającego majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej. Albowiem przeniesienia majątkowych praw autorskich do takowej dokumentacji oznaczałoby, iż producent danego podzespołu nie może przekazywać innym nabywcom tożsamej dokumentacji technicznej, co w sposób oczywisty jest nie do zaakceptowania przez producenta. Tym samym, żądanie Zamawiającego do przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej pojazdu jest w praktyce niemożliwe do wykonania.

Co więcej, wymóg Zamawiającego w przedmiocie przeniesienia majątkowych praw autorskich doprowadziłby de facto do braku możliwości dalszego wykorzystania dokumentacji technicznej i jej fragmentów dla realizacji innych zleceń przez wykonawcę. Wykonawca zostałby pozbawiony prawa do jakiegokolwiek korzystania z dokumentacji, odnośnie której majątkowych praw autorskich się wyżył na rzecz Zamawiającego. W związku z tym, wykonawca zostałby pozbawiony możliwości

w udziale w przetargu na dostawę kolejnych pojazdów kolejowych w innych postępowaniach, które przewidywały podobne wymagania techniczne.

Wypada podkreślić, iż prawo do korzystania z dokumentacji technicznej stanowi znaczną wartość majątkową ze względu na trudność w jej uzyskaniu oraz nakłady konieczne do jej opracowania. Dysponując takową dokumentacją dany podmiot posiada znaczną przewagę rynkową, umożliwiającą mu przykładowo uczestnictwo w postępowaniach przetargowych na dostawę pojazdów kolejowych. Zamawiający tymczasem stara się pozbawić Wykonawcę tejże przewagi rynkowej. Tego rodzaju postanowienie jest zatem sprzeczne z przedmiotem niniejszego zamówienia, którym nie jest dostawa - sprzedaż praw do dokumentacji technicznej danego typu pojazdu, ale dostawa pojazdów kolejowych. Dlatego też, wszelkie świadczenia dodatkowe, jak gwarancja oraz prawo do korzystania z oprogramowania i dokumentacji, muszą być ściśle związane z dostawą, stanowiącą przedmiot zamówienia. Zamawiający nie jest uprawniony do zawierania w treści wzoru umowy postanowień, które nie stanowią świadczenia ubocznego w stosunku do dostawy pojazdów, które jest niezbędne do prawidłowego korzystania z pojazdów, ale świadczenie zupełnie z dostawą niezwiązane. Jeżeli Zamawiający zamierza nabyć majątkowe prawa autorskie do danego typu pojazdu kolejowego, to powinien w tym zakresie ogłosić odrębne postępowanie, którego przedmiotem będzie dostawa - sprzedaż majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej danego typu pojazdu.

Tym samym, Zamawiający uzyskując majątkowe prawa do dokumentacji technicznej stanie się bezzasadnie wzbogacony, ponieważ uzyska możliwość czerpania pożytków z majątkowych praw autorskich do dokumentacji, co wykracza poza przedmiot zamówienia (dostawa EZT).

Odwołujący wskazuje, iż zabezpieczenie interesów Zamawiającego może zostać w pełni dokonane poprzez wprowadzenie do umowy odpowiednich zapisów licencyjnych, w miejsce postanowień o przeniesieniu majątkowych praw autorskich. Odwołujący zwraca uwagę, iż standardem stosowanym w obrocie jest żądanie wydania dokumentacji technicznej pojazdów oraz udzielenie licencji na korzystanie z tejże dokumentacji w związku z pojazdami.

Odwołujący nie kwestionuje zatem, iż Zamawiający jest uprawniony do żądania formalnego upoważnienia do korzystania z dokumentacji EZT. Jednakże Zamawiający używa w tym celu środka, który jest sprzeczny z przedmiotem zamówienia oraz naturą stosunku prawnego. Interesy Zamawiającego zostaną w pełni zabezpieczone poprzez udzielenie stosownej licencji niewyłącznej na korzystanie z dokumentacji w celu eksploatacji, utrzymania, napraw oraz modernizacji pojazdów objętych zamówieniem, tak jak to robił sam zamawiający w innych postępowaniach.

**Odwołujący wskazuje również, że w § 18 umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę jedynie do udzielenia licencji na oprogramowanie, a nie do przeniesienia majątkowych praw autorskich, co dodatkowo potwierdza zasadność argumentacji przywołanej powyżej.**

Ad. 2)

W ocenie Odwołującego zakres odpowiedzialności Wykonawcy w razie zawinionej awarii pojazdu jest nieprecyzyjny, ponieważ nie wskazano, czy przy określaniu wysokości szkody Zamawiający ma obowiązek uwzględnić odszkodowanie, które wypłaci ubezpieczyciel w ramach posiadanego przez Zamawiającego ubezpieczenia pojazdu.

Ad. 3)

Zamawiający wskazał, iż pojazd powinien być zgłoszony do odbioru nie później niż na 10 dni przed oblorem, jednak w takim terminie by ewentualne „uwagi” nie powodowały opóźnienia w dostawie. Otóż, po pierwsze, termin „uwagi” nie jest pojęciem z języka prawnego lub prawniczego, więc trudno zdefiniować jakie znaczenie nadaje mu Zamawiający. W takim przypadku Zamawiający powinien posługiwać się definiowanymi pojęciami (np. wada). Co więcej, Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jakie „uwagi” może mieć Zamawiający i czy będą one uzasadnione. Dlatego też, sformułowanie w tak ogólny i niedookreślony sposób terminu jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne. Termin został określony w pierwszym zdaniu ust. 6, a zdanie drugie sprawia jedynie, iż ów precyzyjny 10 dniowy termin staje się nieprecyzyjny. Kwestię odbioru i prawa zamawiającego do odstąpienia od odbioru regulują inne postanowienia umowy, więc nie ma jakiegokolwiek potrzeby wprowadzenia tego rodzaju niedookreślonych zakresowo sformułowań.

Ad. 4)

Zamawiający wskazał, iż uzna dostawę za wykonaną w razie podpisania protokołu odbioru technicznego i końcowego bez zastrzeżeń. W ocenie Odwołującego, tego rodzaju sformułowanie może prowadzić do wątpliwości w razie drobnych, błażych uchybień, które zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, nie mogą stanowić podstawy od odmowy odbioru. Z tego względu Odwołujący wnosil o sprecyzowanie, iż dostawa jest uważana za wykonaną w razie braku istotnych wad, tj. wad uniemożliwiających bezpieczną eksploatację pojazdu zgodnie z przeznaczeniem, a prawo Zamawiającego do odstąpienia do odbiorów również przysługuje wyłączenie w razie wad istotnych.

Ad. 5)

Zamawiający zobowiązał wykonawcę do zapewnienia pojazdu zastępczego m. in. w razie naprawy trwającej dłużej niż 30 dni. W ocenie Odwołującego, niniejsze zobowiązanie jest wymaganiem zbyt daleko idącym, biorąc pod uwagę odpowiedzialność wykonawcy w formie kar umownych przewidzianych umową oraz prawo Zamawiającego do zlecenia usunięcia wad podmiotom trzecim. Tego rodzaju zobowiązanie można by ewentualnie uznać za uzasadnione wyłącznie w razie zwłoki w usuwaniu wad skutkujących wyłączeniem pojazdu z eksploatacji, a nie zwłoki w wykonywaniu wszelkich napraw.

Ad. 6)

Zamawiający zastrzegł w umowie kary umowne w razie „opóźnienia” w wykonywaniu zobowiązań. W ocenie Odwołującego, tego rodzaju sformułowanie może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych, albowiem kara umowna, zgodnie z art. 484 kc, jest formą zryczałtowanego odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Natomiast z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązaniem mamy do czynienia w razie winy dłużnika. Z tego względu właściwym określeniem dla kary umownej jest „zwłoka”, a zastrzeżenie kary umownej za „opóźnienie” może prowadzić do sporów i wątpliwości interpretacyjnych co do ważności i skutków prawnych przedmiotowych klauzul umownych.

Ponadto, na kanwie innych zbieżnych rodzajowo postępowań przetargowych można stwierdzić, iż zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne są rażąco wygórowane i nie przystają do charakteru naruszeń, odnośnie których je przewidziano. Przykładowo, w § 26 ust. 1 lit. a) Zamawiający przewidział karę w wysokości 1 % ceny brutto pojazdu, co stanowi kwotę rażąco wygórowaną. W ocenie Odwołującego, przyjętą i akceptowaną w obrocie stawką jest maksymalnie 0,2 % ceny netto towaru, którego dotyczy zamówienie. Kolejnym przykładem są kary umowne zastrzeżone w razie opóźnienia w usuwaniu wad w wysokości 0,5 % ceny brutto za jeden dzień opóźnienia, co dalece przekracza ewentualną szkodę jaką mógłby teoretycznie ponieść zamawiający, szczególnie mając na uwadze że kara umowna dotyczy opóźnienia w usuwaniu wszelkich wad, w tym nawet wad nielotnych.

Wypada przy tym wskazać, iż w razie szkody wyższej od wysokości kary umownej, interesy Zamawiającego są zabezpieczone poprzez możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych, co czyni bezzasadnym zastrzeżenie tego rodzaju rażąco wygórowanych kar umownych.

Ad. 7)

Zamawiający wskazał w załączniku nr 7 Zamawiający wskazał zakres dokumentacji, której dostarczenia wymaga w ramach przedmiotu umowy. Odwołujący podnosi, iż po pierwsze Zamawiający nie wskazał, iż przekazaniu wymaga wyłącznie dokumentacja konstrukcyjna niezbędna do eksploatacji, napraw i utrzymania dostarczonych pojazdów (pkt. 10), co jest niezbędne dla ustalenia zakresu przedmiotowej dokumentacji.

Ponadto, Zamawiający wymaga dostarczenia dokumentacji konstrukcyjnej sprzęgu i nakazuje aby ona miała charakter „powszechny” i nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa. Otóż wedle Odwołującego, tego rodzaju dokumentacja stanowi bardzo wartościowy „know-how” producentów sprzęgu, a jej przekazanie Zamawiającemu oznaczałoby de facto wyzbycie się owego know-how i przewagi konkurencyjnej, co sprawia, iż uzyskanie od producentów tego rodzaju dokumentacji może okazać się niemożliwe.

Ad. 8)

W załączonym harmonogramie (załącznik nr 4 do umowy) określił termin dostawy pojazdów z pkt 1 i 2 wykazu w sposób nieprecyzyjny, wskazując dwa wzajemnie wykluczające się terminy.

Ponadto, wedle wiedzy Odwołującego, wymagania Zamawiającego powodują konieczność zaprojektowania całkowicie nowych pojazdów niż obecnie produkowane. Z tego względu Odwołujący wnosi o zmianę terminów dostawy pierwszych pojazdów co najmniej na 31 grudnia 2015 r.

Ad. 9)

Zamawiający wskazał, iż wymaga aby wszelkie podzespoły zastosowane w dostarczonych pojazdach były zastępowalne. Zamawiający pominął jednak, iż przedmiotem zamówienia są pojazdy trzech różnych typów, tj. różniące się ilością członów, co wymaga w pewnym zakresie użycia innych materiałów i innej konstrukcji. Z tego względu konieczne jest sprecyzowanie wymagań Zamawiającego w tym zakresie.



Ad. 10)

Zamawiający wskazał, iż wymaga aby pojazd zostały wyposażony w urządzenia niezbędne do uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji pojazdu zgodnego z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r. W pierwszej kolejności podnieść należy, iż Zamawiający nie wskazał, czy wymaga dostawy systemu ETCS, którego koszt jest znaczny, co uniemożliwia sporządzenie odpowiedniej kalkulacji kosztów w celu sporządzenia oferty.

Co więcej, Zamawiający wskazał, iż wymaga zgodności z TSI na dzień 1 stycznia 2018 r. Wskazać należy, iż treść TSI na ten dzień nie jest obecnie znana. Z tego względu zasadnym może być wyłącznie wymagania od Wykonawcy, w ramach przedmiotu zamówienia, zapewnienie zgodności wedle TSI obowiązujących na dzień podpisania umowy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi jak na wstępie.

WICEPREZES ZARZĄDU  
Dyrektor Finansowy

*Boğdan Borek*

PREZES ZARZĄDU  
DYREKTOR NACZELNY

*Zbigniew Koniaczek*

**Załączniki:**

- 1) odpis z KRS Odwołującego
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
- 3) dowód uiszczenia wpisu