

OR-IV.272.1.2.2014

Rzeszów 2014-02-03

Do wszystkich Wykonawców

Na podstawie art. 185 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przesyłam kopie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na naprawę rewizyjną oraz modernizację autobusów szynowych (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014/S 018-027982 z dnia 25.01.2014 r.), znak sprawy: OR-IV.272.1.2.2014) prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Jednocześnie wzywam do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z up. Zarządu Województwa Podkarpackiego

Irena Majkut
SEKRETARZ WOJEWÓDZTWA



Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA

**PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR GENERALNY**tel. +48 52 33 91 100
fax +48 52 33 91 110**WICEPREZES ZARZĄDU
DYREKTOR FINANSOWY**tel. +48 52 33 91 100
fax +48 52 33 91 110**CZŁONEK ZARZĄDU
DYREKTOR PRODUKCJI
I TECHNIKI**tel. +48 52 33 91 100
fax +48 52 33 91 110**CZŁONEK ZARZĄDU
DYREKTOR MARKETINGU
I ROZWOJU**tel. +48 52 33 91 104
fax +48 52 33 91 114**DYREKTOR MARKETINGU
RYNKU WSCHODNIEGO**tel. +48 52 33 91 104
fax +48 52 33 91 114**PROKURENT**tel. +48 52 33 91 104
fax +48 52 33 91 114**DZIAŁ MARKETINGU**tel. +48 52 33 91 104
fax +48 52 33 91 114
marketing@pesa.pl**DZIAŁ LOGISTYKI**tel. +48 52 33 91 210
fax +48 52 33 91 231

www.pesa.pl



Bydgoszcz, dnia 31 stycznia 2014 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Zamawiający: Województwo Podkarpackie

Al. Łukasza Cieplińskiego 4

35-010 Rzeszów

Fax 17 850 -17-01

e-mail: urząd@podkarpackie.plwww.podkarpackie.pl

Odwołujący: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.

ul. Zygmunta Augusta 11

85- 082 Bydgoszcz

Fax: (52) 33 91 114

e-mail: handlowy@pesa.plData publikacji ogłoszenia: 22 stycznia 2014 r.Termin na wniesienie odwołania: 02 luty 2014 r.Znak sprawy: OR-IV.272.1.2.2014**Odwołanie**

wobec postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wykonanie przeglądu P4 (naprawa rewizyjna) oraz modernizacji - autobusów szynowych SA103-001 oraz SA103-002, stanowiących własność Województwa Podkarpackiego (znak sprawy: OR-IV.272.1.2.2014)

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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wykonanie przeglądu P4 (naprawa rewizyjna) oraz modernizacji - autobusów szynowych SA103-001 oraz SA103-002 stanowiących własność Województwa Podkarpackiego.

Przedmiotem niniejszego odwołania są działania i zaniechania Zamawiającego polegające na wadliwym, niewyczerpującym, niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia poprzez niewskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ wymagań dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania Dokumentacji Systemu Utrzymania, Dokumentacji Techniczno - Ruchowej i dokumentacji konstrukcyjnej autobusów szynowych typu SA103-001 oraz SA103-002, które przysługuje producentowi, tj. spółce Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. wraz z prawem do jej wykorzystania, tj. warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania oraz posiadania wiedzy i doświadczenia.

Powyższe zaniechanie 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. Jednocześnie brak powyższego wskazania może prowadzić do złożenia przez wykonawców ofert niemożliwych do porównania. Część wykonawców złoży ofertę będąc w nieświadomości przedmiotowego wymogu, natomiast pozostała grupa, posiadająca fachową wiedzę, 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.**

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, wskazał wyłącznie, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wytycznymi technicznymi Zamawiającego, odpowiednimi normami i kartami UIC, wytycznymi w zakresie ochrony przeciwpożarowej dla materiałów niemetalowych stosowanych w pojazdach kolejowych przeznaczonych do ruchu pasażerskiego, a także innymi przepisami, całkowicie pomijając Dokumentację Systemu Utrzymania (DSU), Dokumentację Techniczno - Ruchową i dokumentację konstrukcyjną autobusów szynowych SA103-001 oraz SA103-002. Przedmiotowa dokumentacja podlega ochronie prawnej, a prawa autorskie do niej przysługują producentowi pojazdów- spółce Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA (Odwołującemu). Zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ informacji dotyczącej przedmiotu zamówienia, która to informacja ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe sprzeciwia się również zasadzie równego traktowania wykonawców, poprzez nieuprawnione zróżnicowanie ich sytuacji. Zamawiający całkowicie pominął w opisie przedmiotu zamówienia niezbędną dokumentację techniczną i konstrukcyjną (Dokumentacja Systemu Utrzymania - DSU oraz Dokumentacja Techniczno - Ruchowa -

DTR), bez której wykonanie przedmiotu zamówienia jest niemożliwe i stwarza zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu lądowym. Dodatkowo istotną kwestią jest fakt, że przedmiotowa dokumentacja jest własnością producenta pojazdów, tj. spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA. Powyższe oznacza, że podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia musiałyby uprzednio uzyskać zgodę producenta na wykorzystanie dokumentacji, ponieważ jako jej właściciel a tym samym jedyny podmiot uprawniony do decydowania o jej udostępnieniu to Odwołujący jest podmiotem właściwym do wyrażenia na to ewentualnej zgody. Tym samym Wykonawcy powinni we własnym zakresie pozyskać przedmiotową dokumentację wraz z prawem do jej wykorzystania, co niesie ze sobą konieczność poniesienia dodatkowych kosztów oraz uwzględnienia dodatkowego czasu na wykonanie zamówienia. Jednak, jak zostało to już podkreślone, Zamawiający nie dysponuje prawem do korzystania z przedmiotowej dokumentacji, a tym bardziej prawem do jej udostępnienia. Istotny jest fakt, iż dysponowanie treścią wymienianej dokumentacji technicznej (DTR, DSU oraz dokumentacji konstrukcyjnej) jest niezbędna 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 1) i 2) w zw. z art. 26 ust. 1, 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 i w SIWZ postanowień zobowiązujących wykonawców do wykazania, że dysponują oni Dokumentacją Systemu Utrzymania, Dokumentacją Techniczno-Ruchową i dokumentacją konstrukcyjną autobusów szynowych SA103-001 i SA103-002, wskazanymi w treści ogłoszenia i SIWZ, wraz z prawem do ich wykorzystania.

Powyższe prowadzi do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie posiadają stosownych kwalifikacji ani uprawnień oraz nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Charakter zapisów zawartych w DSU oraz DTR ma istotne znaczenie z punktu widzenia bezpieczeństwa eksploatacji pojazdu, bowiem wykonywanie czynności zgodnie z przedmiotem zamówienia wymaga posiadania niezbędnego doświadczenia i wiedzy. To właśnie dokumentacja, co do której Zamawiający nie ma prawa rozporządzać (DSU i DTR) warunkuje prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, w szczególności wszelkich prac związanych z utrzymaniem pojazdów

Wobec tego, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez dodanie następującej treści:

1. W § 3 ust. 1 pkt 2 SIWZ i p.II.1.5) pkt 1.2. ogłoszenia o zamówieniu:

„Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został wykonany zgodnie z wymaganiami technicznymi Zamawiającego, Dokumentacją Systemu Utrzymania (dalej: DSU) i Dokumentacją Techniczno-Ruchową (dalej: DTR) i dokumentacji konstrukcyjnej Autobusów Szynowych SA103-001 oraz SA103-002 producenta pojazdów – spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., odpowiednimi normami i kartami UIC, wytycznymi w zakresie ochrony przeznaczonych do ruchu pasażerskiego, a także innymi przepisami obowiązującymi w wyżej wskazanym zakresie”.

2. W § 5 ust. 2 i 3 SIWZ i p.III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu:

„Wykonawca musi wykazać, że posiada Dokumentację Systemu Utrzymania (dalej: DSU) i Dokumentację Techniczno-Ruchową (dalej: DTR) Autobusów Szynowych i dokumentacji konstrukcyjnej SA103-001 oraz SA103-002 producenta pojazdów, wraz z prawem do ich wykorzystania, albo pisemną zgodę producenta pojazdów na wykorzystanie dokumentacji”.

3. W § 6 ust 1 pkt 1.2 SIWZ i w p.III.2.1)3 ogłoszenia o zamówieniu:

„pkt 4:

Oświadczenie o posiadaniu Dokumentacji Systemu Utrzymania (dalej: DSU) i Dokumentację Techniczno-Ruchową (dalej: DTR) Autobusów Szynowych i dokumentacji konstrukcyjnej SA103-001 oraz SA103-002, wraz z prawem do ich wykorzystania, albo pisemną zgodę producenta pojazdów na wykorzystanie dokumentacji”.

Naruszenie wyżej wskazanych przepisów prawa ma istotny wpływ na możliwość prawidłowego ustalenia, w świetle określonych w Pzp, zasad udzielania zamówień i dalszego prowadzenia postępowania. W konsekwencji, 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

Odwołujący 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 przyjąć 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

technicznej jakim jest DSU i DTR 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).

W przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) oraz art. 26 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie sprecyzował w opisie przedmiotu zamówienia wymogu oraz statusu prawnego wymaganej dokumentacji niezbędnej do wykonania zamówienia (DSU, DTR i dokumentacji konstrukcyjnej), co jest istotną okolicznością mającą wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, Zamawiający nie określił szczególnych wymagań dla wykonawców w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonych czynności, co w konsekwencji dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wymaganych uprawnień nie posiadają. Uprawnienia, o których mowa powyżej, to prawo do korzystania Dokumentacji Systemu Utrzymania (dalej: DSU) i Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (dalej: DTR) i dokumentacji konstrukcyjnej Autobusów Szynowych SA103-001 oraz SA103-002 producenta pojazdów. Przedmiotowa dokumentacja jest przedmiotem ochrony prawnoautorskiej spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA - Odwołującego, co wykazujemy w dalszej części Odwołania.

Uzasadnienie

I.

W dn. 22 stycznia 2014 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej dokonał publikacji ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie przeglądu P4 (naprawa rewizyjna) oraz modernizacji autobusów szynowych SA103-001 oraz SA103-002, stanowiących własność Województwa Podkarpackiego (znak sprawy: OR-IV.272.1.2.2014). 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 Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej i konstrukcyjnej autobusów szynowych typu SA103-001 oraz SA103—002, która przysługuje producentowi, tj. spółce Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. wraz z prawem do jej wykorzystania. Niewyczerpujące i niejednoznaczne dookreślenie warunków udziału w postępowaniu nastąpiło również w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania oraz posiadania wiedzy i doświadczenia.

Art. 29 ustawy prawo zamówień publicznych 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 czytelny 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.

II.

1. W pierwszej kolejności Odwołujący chciałby wyjaśnić, dlaczego pominięcie takich istotnych kwestii jakim są niewątpliwie dokumenty techniczne (dalej: DTR, DSU i dokumentacja konstrukcyjna) wpływa na realizację przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, że zasady eksploatacji pojazdów kolejowych i dokumenty wymagane do ich utrzymania zostały określone Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (dalej: Rozporządzenie). Wskazany dokument określa, jakie dokumenty wymagane są w procesie eksploatacji i utrzymywania pojazdów kolejowych oraz określa szczegółowo wymogi jakie powinny spełnić podmioty, które wykonują usługi utrzymania pojazdów kolejowych.
2. § 7 omawianego Rozporządzenia jasno określa, że podmioty chcące wykonywać usługi utrzymania pojazdów kolejowych powinny dysponować następującą dokumentacją:
 - 1) opis organizacji utrzymania;
 - 2) dane identyfikacyjne jednostek organizacyjnych własnych i innych wykonujących prace w zakresie utrzymania;
 - 3) wykaz typów pojazdów kolejowych, do których utrzymania posiadają wykwalifikowanych pracowników oraz niezbędne zaplecze techniczne;
 - 4) określenie poziomów utrzymania, do których realizacji posiadają wykwalifikowanych pracowników oraz niezbędne zaplecze techniczne;

- 5) opis zaplecza technicznego do utrzymania pojazdów kolejowych;
- 6) opis wykonywanych odbiorów technicznych.

Jak widać, norma ta obliuguje podmioty dążące do wykonywania czynności utrzymaniowych do posiadania dokumentacji określającej typy pojazdów jak i poziomy utrzymania, do których wykonania posiadają wykwalifikowanych pracowników jak i zaplecze techniczne (pkt. 3-4). Dodatkowo podmioty te winny przedstawić opis zaplecza technicznego do utrzymania pojazdów kolejowych. Materię zaplecza technicznego oraz wykwalifikowanego personelu, podmiotów wykonujących utrzymanie reguluje również § 6 Rozporządzenia wprowadzający generalną zasadę, że utrzymanie pojazdów kolejowych może być wykonywane jedynie przez podmioty posiadające wykwalifikowanych pracowników, zaplecze techniczne oraz warunki organizacyjne gwarantujące prawidłowe wykonywanie prac określonych w Dokumentacji Systemu Utrzymania (a więc w konsekwencji również prac, określonych w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej pojazdu, do których w swojej treści odsyła DSU). W związku z powoływanym przepisem Zamawiający powinien wymagać, od Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, posiadanie odpowiedniego i wymaganego przepisami prawa zaplecza do wykonania poszczególnych prac, w szczególności tak istotnych jak naprawa pojazdu szynowego na czwartym poziomie utrzymania, lub oświadczenie podmiotu udostępniającego odpowiednie zaplecze. W przedmiotowym postępowaniu zapisy takie nie zostały przez Zamawiającego umieszczone w SIWZ.

3. Należy wyjaśnić czym jest określona w powoływanym Rozporządzeniu dokumentacja oraz jakie jest jej znaczenie w procesie utrzymania pojazdu.

Na podstawie § 8 Rozporządzenia przewoźnik kolejowy zobowiązany jest do zapewnienia zgodności procesu utrzymania pojazdu kolejowego z wymaganiami zawartymi w Dokumentacji Systemu Utrzymania. Powyższe wymaganie może więc spełnić wyłącznie przewoźnik, który posiada Dokumentację Systemu Utrzymania i może z niej korzystać w zakresie niezbędnym do oceny zgodności procesu utrzymania z wymaganiami tejże dokumentacji. Dokumentacja ta jest własnością producenta, tj. spółki Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., a Zamawiający w ogóle nie dysponuje prawem do korzystania z ww. dokumentacji, na żadnym polu eksploatacji.

Zgodnie z § 13 Rozporządzenia, DSU stanowi funkcjonalny opis pojazdu z podziałem na jego elementy składowe w procesie utrzymania wraz z dokumentacją zawierającą:

- a) opisy czynności przeglądowych i naprawczych, instrukcje demontażu lub montażu,
- b) zestawienie parametrów mierzonych w procesie przeglądu lub naprawy i opisy metod pomiarowych,
- c) wzory kart pomiarowych z wykazem wartości konstrukcyjnych, ponaprawczych i kresowych parametrów dla zespołów, podzespołów i elementów pojazdu,
- d) wykazy urządzeń i narzędzi specjalistycznych,
- e) wykazy testów wykonywanych w trakcie utrzymania,

f) wymagania dotyczące kwalifikacji pracowników oraz wymagania szczególne w zakresie czynności spawania i badań nieniszczących;

Ponadto, DSU powinna zawierać ograniczenia związane z bezpieczeństwem i interoperacyjnością dla podzespołów lub części istotnych dla bezpieczeństwa i interoperacyjności, określające limity, których nie można przekroczyć w czasie eksploatacji, łącznie z eksploatacją w trybie awaryjnym, a także wykaz podzespołów objętych dozorem technicznym.

Zawarty w DSU opis wymagań dot. poszczególnych czynności, które muszą być wykonane na danym poziomie utrzymania zapewniać ma wykonanie wszelkich prac, zmierzających do przywrócenia pojazdu do pełnej sprawności technicznej oraz dalszej bezpiecznej jego eksploatacji. Wykonywanie przedmiotowych prac bez posiadania DSU czy DTR generuje znaczne ryzyko, mogące ujawnić się przede wszystkim w zakłóceniu sprawnej i bezpiecznej eksploatacji pojazdu szynowego, co w konsekwencji jest również zagrożeniem tak dla pasażerów przewoźnika, jak i bezpieczeństwa ruchu kolejowego.

4. Jak wskazano w § 9 ust. 1 pkt. 2 DTR to kolejny dokument niezbędny do wykonywania prac w zakresie utrzymania pojazdu, niezbędny ze względu na zapewnienie odpowiedniego poziomu świadczonych usług, gwarantujących prawidłowe działanie pojazdu, a co za tym idzie zapewnienie bezpieczeństwa w zakresie eksploatacji pojazdu oraz w ruchu kolejowym. Dokumentacja ta określa przeznaczenie pojazdu, opis jego budowy i zasady działania, dane techniczne dotyczące pojazdu, instrukcję jego obsługi pojazdu, **rysunki poglądowe, wymagania dotyczące użytkowania i bezpieczeństwa obsługi, wytyczne dotyczące utrzymania i konserwacji, opis metod sprawdzania stanu technicznego i zestawienie parametrów**, opis charakterystycznych usterek i metod ich usuwania, wykaz części zamiennych, zawierającą również schematy blokowe, ideowe, montażowe, wykresy, rysunki i algorytmy oprogramowania oraz zasady recyklingu. Bezspornym jest, iż dokumentacja, o której mowa powyżej jest podstawą do wykonywania wszelkich czynności związanych z eksploatacją, utrzymaniem i konserwacją pojazdów szynowych.

Należy zwrócić szczególną uwagę na kluczowy charakter zawartych w DSU oraz DTR zapisów, których zastosowanie umożliwia prawidłowe wykonanie wszelkich prac związanych z utrzymaniem pojazdów. W szczególności odpowiednie stosowanie się do powołanych dokumentów i wykonywanie napraw zgodnie z ich regulacjami, jest istotne w przypadku napraw na czwartym (P4) i piątym (P5) poziomie utrzymania, które mają fundamentalne znaczenie dla użytkowania pojazdu w stanie bezpiecznym.

W związku z tym niezbędne jest, aby przedmiot zamówienia został wykonany zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania oraz Dokumentacją Techniczno-Ruchową autobusów szynowych serii SA103-01 i SA103-02, ponieważ prawidłowe wykonanie czynności na czwartym poziomie utrzymania P4 (naprawa rewizyjna) jest możliwe jedynie przez Wykonawcę dysponującego taką dokumentacją. W celu należytego wykonania czynności stanowiących przedmiot postępowania posłużyć się w/w dokumentacją jest niezbędne,

ponieważ DSU i DTR pojazdu określają czynności, które należy wykonać podczas naprawy rewizyjnej (w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych Dz.U.2007.212.1567).

Bez prawidłowego wykonania **wszystkich czynności** określonych ww. Dokumentacji dla naprawy rewizyjnej, nie jest możliwe przekazanie pojazdu do dalszej eksploatacji.

III.

1. W celu całościowego ujęcia omawianego tematu należy wyjaśnić, na czym polega i jak ważna w procesie bezpiecznej eksploatacji pojazdu jest naprawa rewizyjna (tj. naprawa na 4 poziomie utrzymania) oraz jak istotne w trakcie tej naprawy jest wykorzystanie dokumentacji: DSU i DTR.

Naprawa rewizyjna pojazdu szynowego na 4 poziomie utrzymania oznacza konieczność gruntownej ingerencji w kluczowe elementy konstrukcji pojazdu. Ma ona również na celu przywrócenie właściwego stanu technicznego elementów i zespołów oraz doprowadzenie autobusu szynowego do pełnej sprawności technicznej. Potrzeba wykonania czynności z zakresu czwartego poziomu utrzymania występuje po osiągnięciu przez pojazd przebiegu około 1.200.000 km. Po tak długiej eksploatacji zużycie chociażby części napędowych, hamulcowych, czy sterowania pojazdem jest znaczne, co wymaga gruntownej ingerencji w te układy i wymiany elementów na nowe. Parametry tych elementów określone są z kolei w DTR i DSU.

W ramach czynności utrzymania na czwartym poziomie, konieczne jest wykonanie wszelkich prac obejmujących przegląd zespołów i zespołów połączony z ich demontażem z pojazdu oraz naprawę, która często sprowadza się do rozłożenia poszczególnych elementów na części pierwsze, lub w przypadkach które tego wymagają - wymianę części zużytych bądź uszkodzonych. W trakcie wykonywania naprawy przewidziana jest ingerencja między innymi w układ hamulcowy pojazdu czy układ sterowania pojazdu.

Zarówno demontaż jak i naprawy wykonywane są na podstawie szczegółowych rysunków, opisów czy schematów znajdujących się w DSU i DTR.

Uznać należy więc, że wykonywanie tak zaawansowanych czynności nie może mieć miejsca bez wykorzystania DSU, DTR pojazdu, w niezbędnym zakresie. Bowiem wykonywanie ich bez podstawy w postaci odpowiedniej dokumentacji skutkować może nieprawidłowo wykonanym przeglądem, co bezpośrednio przekłada się na bezpieczeństwo pojazdu w ruchu kolejowym.

2. Ilustrując powyższe wywody na przykładzie autobusów szynowych serii SA103-001 i SA103-002 można wskazać, że, na podstawie DSU, podmiot wykonujący naprawę na 4

poziomie utrzymania zobowiązany jest do wykonywania przeglądów oraz napraw w niezbędnym zakresie takich elementów jak:

- a) układ zasilania pojazdu,
- b) układ sterowania pojazdem (włącznie z ingerencją w pulpity służące do sterowania/kierowania pojazdem),
- c) system hamowania (w tym system hamowania przeciwoślizgowego, hamulca zespolonego, hamulca postojowego, hamulca dodatkowego),
- d) system układu napędowego (w tym konieczność demontażu i naprawy wózków
- e) napędowych oraz tocznych),
- f) system informacji pasażerskiej, system informatyczny.

Wszystkie wskazane elementy funkcjonują jako systemy tj. funkcjonalnie ze sobą połączone urządzenia, wraz z oprogramowaniem do ich obsługi. Są to nowoczesne ale i skomplikowane w obsłudze urządzenia. Nie jest zatem możliwe bezpieczne ingerowanie w ww. systemy i dokonywanie napraw bez fachowej wiedzy uzyskanej w trakcie budowy pojazdu lub na podstawie jego dokumentacji.

Istotne znaczenie dla możliwości prawidłowej i bezpiecznej eksploatacji po wykonanym przeglądzie P4 mają znaczenie tak podstawowe czynności, określone w DSU i DTR, jakimi są oczyszczenie wnętrza pojazdu oraz powierzchni zewnętrznych z zanieczyszczeń. Podmiot nieposiadający odpowiedniej wiedzy, kwalifikacji oraz możliwości wykorzystania odnośnej dokumentacji poprzez użycie niewłaściwych środków może doprowadzić do uszkodzenia malatury, która w bezpośredniej konsekwencji prowadzi będzie do korozji poszycia oraz konstrukcji pojazdu, jak również innych elementów mechanicznych.

Naprawa na czwartym poziomie utrzymania obejmuje również naprawę główną instalacji oświetlenia zewnętrznego oraz układu zasilania zewnętrznego. Poprawne wykonanie niezbędnych czynności ma szczególne znaczenie i wpływ na bezpieczeństwo jazdy. Nieprawidłowo wykonane prace mogą doprowadzić do awarii instalacji, czyli nagłym pozbawieniem (w trakcie przejazdu) oświetlenia szlaku i brak możliwości kontynuowania jazdy.

W stosunku do pojazdu przekazanego do naprawy P4 obligatoryjne jest również wykonanie przeglądu oraz niezbędnych prac naprawczych całego systemu sterowania pojazdem. System ten jest odpowiedzialny na kompleksowe sterowanie jednostką kolejową tj. począwszy od jej prawidłowego rozruchu, co zapewnia punktualność świadczonych usług przewozowych, zadawanie prędkości – czyli kontrolę nad rozwijaną przez pojazd prędkością i możliwością dostosowania jej do panujących na szlaku warunków atmosferycznych oraz pory, czy zadawanie kierunku jazdy. Z poziomu systemu sterowania pojazdem możliwa jest również kontrola oświetlenia (zarówno zewnętrznego, jak i wewnętrznego) czy kontrola sterowania (otwierania/zamykania) drzwi w całym pojeździe. Szczególną jednostką w układzie sterowania jest jednak pulpit sterowniczy, którego przegląd oraz konieczne naprawy również objęte są zakresem naprawy P4.

Wykonanie nieprawidłowej instalacji w pulpicie w zakresie chociażby sterowników może wywołać daleko idące skutki, w postaci katastrof kolejowych, wykolejeń, wypadków drogowych na przejazdach kolejowych itp.

Pulpit sterowniczy stanowi swoiste centrum dowodzenia pojazdem. Niesprawność czy awaria jakiegokolwiek jego elementu pozbawia maszynistę możliwości sterowania i reagowania na czynniki zewnętrzne, wymagające interwencji, dla zapewnienia bezpieczeństwa jazdy. Niesprawność pulpitu sterowniczego może objawić się w niemożności wykonania odpowiedniego hamowania, sterowania otwieraniem drzwi (co ma szczególne znaczenie np. w przypadku pożaru na pokładzie pojazdu - uniemożliwienie sterowania otwieraniem drzwi może być tragiczne w skutkach).

Kolejną obligatoryjną i niezwykle istotną naprawą w ramach poziomu czwartego utrzymania jest naprawa główna instalacji systemu rejestrującego. Jest to system pełniący rolę „czarnej skrzynki”, tj. zawierający wszelkie informacje dotyczące ruchu pojazdu w przypadku zdarzeń kolejowych.

Przeglądowi i naprawie głównej - zgodnie z DSU i DTR - poddawany jest również system przeciwpoślizgu odpowiedzialny za prawidłowe zachowanie kół pojazdu podczas hamowania. Jego niesprawność doprowadzić może do braku powietrza w hamulcu, a w efekcie do braku możliwości efektywnego i skutecznego hamowania.

Naprawie rewizyjnej poddawany jest również system SHP i Ca, który jest odpowiedzialny za odpowiednie reakcje motorniczego i monitorujący jego aktywność, a w przypadku jej braku - uruchamiający odpowiednie procesy. Zakłócenie jego sprawnego działania również doprowadzić może do katastrofalnych skutków, wpływając na bezpieczeństwo nie tylko przedmiotowego składu, ale całego ruchu kolejowego, którego uczestnikiem jest dany pojazd.

Powyżej wskazane czynności, wykonywane muszą być zgodnie z procedurą opisaną w DSU, ale przede wszystkim zgodnie z DTR pojazdu. Bez jej posiadania nie jest możliwe wykonanie tych prac bez uszczerbku dla prawidłowego działania pojazdu oraz sprawnego i niezakłóconego eksploatacji. Brak podstawy jaką stanowi dokumentacja (DSU, DTR) może prowadzić do zagrożenia eksploatacji pojazdu szynowego jak i bezpieczeństwa pasażerów. Wszelka ingerencja w układ biegowy, hamulcowy, sterowania i inne układy mające wpływ na bezpieczeństwo pojazdów w ruchu, wykonana w sposób niezgodny ze sztuką inżynierską stanowi istotne zagrożenie z wszelkimi jego konsekwencjami, do przyczynienia się do spowodowania katastrofy w ruchu lądowym włącznie.

IV.

Jednocześnie z uwagi na fakt, że wyłącznie producent pojazdów tj. Spółka Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. dysponuje prawem do rozporządzenia dokumentacją techniczną i konstrukcyjną (DSU i DTR), należy zwrócić uwagę, że DSU i DTR stanowią 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 DSU 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 jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór).”

Należy zauważyć, 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 orzecniczą, 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 samodzielny opracowaniu”. W praktyce sądowej uznaje się, że do kategorii „utworów” będących przedmiotem prawa autorskiego mogą być zaliczone katalogi, informatory, instrukcje zawierające opis i plan produkowanej maszyny, projekty dokumentacji technicznej, plany, szkice, modele.

Warto podkreślić, że obecnie już na etapie dostaw pojazdów szynowych zamawiający zabezpieczają swój interes poprzez żądanie udzielenia licencji lub przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji przekazywanej wraz z pojazdem, w tym DSU, DTR i dokumentacji konstrukcyjnej. Takie działanie należy uznać za w pełni uprawnione oraz ugruntowane w obecnie ogłaszanych postępowaniach na dostawę zamówień na dostawę pojazdów szynowych, jako standard, co dowodzi faktu, że dokumentacja taka zasługuje na ochronę, a jej wykorzystywanie z pominięciem uzyskania odpowiedniej zgody czy bez odpowiedniego do tego uprawnienia, jest działaniem naruszającym podstawowe prawa twórcy dokumentacji. Zamawiający, ogłaszając postępowania na dostawę pojazdów szynowych w roku 2013, zawierali w specyfikacjach stosowne postanowienia, przyznając jednocześnie, że DSU, DTR i dokumentacja konstrukcyjna rzeczywiście ochronie podlega. Przykładem mogą być tu postępowania prowadzone przez PKP Intercity, których przedmiotem jest dostawa 10 lokomotyw spalinowych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania (postępowanie nr BFZ4-073-PU-74/2013) oraz dostawa 20 elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania (postępowanie nr BFZ4-073-PU-46/2013). Producenci na rynku pojazdów szynowych nie kwestionują tego faktu i są

zgodni, że dokumentacja stworzona przez producenta pojazdów, zawierająca informacje o eksploatacji, utrzymaniu i konstrukcji pojazdu jest szczególnym rodzajem dzieła, które spełnia wszystkie przesłanki do uznania jej za utwór w rozumieniu UoPA.

V.

DSU i DTR zostały przekazane do zamawiającego, którym było Województwo Podkarpackie, na podstawie umowy nr OR.III.0812-67/04 z dnia 21 października 2004 r. wraz z autobusami szynowymi, których dostawa była przedmiotem umowy. Wskazana umowa nie zawierała postanowień dotyczących przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji ani też jej przedmiotem nie było udzielenie licencji do ww. dokumentacji. Ponadto również w późniejszym czasie nie doszło do takiego przeniesienia ani udzielenia 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 pojazdem, gdyż nie można domniemywać przeniesienia przedmiotowych praw, na właściciela pojazdów, a tym bardziej na ich użytkownika. 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. Nadto należy zaznaczyć, że wobec braku odmiennej woli stron, co ma miejsce w przedmiotowej umowie, licencjodawca nie może udzielić sublicencji osobom trzecim. Wynika to z art. 67 ust. 3 UoPA, zgodnie z którym: „Jeżeli umowa nie stanowi inaczej. Licencjodawca nie może upoważnić innej osoby do korzystania z utworu w zakresie uzyskanej licencji”. Nie sposób zatem zaprzeczyć, że na podstawie zawartej umowy, osoba trzecia nie może być upoważniona do korzystania z DSU i DTR. Wykorzystanie tej dokumentacji przez podmiot trzeci jest możliwe wyłącznie po udzieleniu przez twórcę dokumentacji stosownej zgody.

Warto dodać, że kwestia zakresu korzystania z dokumentacji technicznej, którą stanowi DSU czy DTR, była przedmiotem analizy J. Barta i R. Markiewicza, zamieszczonej w artykule *Dokumentacja techniczna w świetle prawa autorskiego*, ZNUJ PWiOWI, 1988, z. 47, s.62. Autorzy ci stwierdzili, że w przypadku przekazania dokumentacji technicznej, w razie braku postanowień umownych w tym względzie, strona zamawiająca dokumentację powinna być uprawniona do eksploatacji dokumentacji w zakresie niezbędnym dla spełnienia celu umowy zgodnie z art. 65 § 2 KC. **W żadnym przypadku nie można przyjąć, że zakres ten obejmuje udostępnianie dokumentacji osobom trzecim.**

Dokumentacja DSU i DTR została przekazana do Województwa Podkarpackiego na podstawie umowy nr OR.III.0812-67/04 z dnia 21 października 2004 r. wraz z dostawą pojazdów w roku 2005. W świetle art. 66 UoPA, umowa licencyjna uprawnia do korzystania z utworu w okresie pięciu lat na terytorium państwa, w którym licencjodawca ma swoją siedzibę, chyba że w umowie postanowiono inaczej. Po upływie tego terminu, prawo

uzyskane na podstawie umowy licencyjnej wygasa. Z powyższego należy wysnuć jednoznaczny wniosek, że licencja, którą uzyskało Województwo Podkarpackie do korzystania z dokumentacji DSU i DTR, wygasła w roku 2010, tj. po pięciu latach od przekazania. W chwili obecnej ani Województwo Podkarpackie, ani żaden inny podmiot trzeci poza PESA nie ma prawa do jej wykorzystywania w jakimkolwiek zakresie.

VI.

Na uwagę zasługuje fakt, iż 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 DSU oraz DTR wraz z prawem do ich wykorzystania, bądź zgody producenta na ich wykorzystanie.

Jako przykład można przytoczyć tu postępowanie prowadzone przez „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: PRIL 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.”

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”*.

Analiza specyfikacji powołanych powyżej postępowań prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w świadomości zamawiających – zgodnie ze stanem prawnym - DSU oraz DTR są dokumentami zasługującymi na prawnautorską ochronę, która zapewniana jest poprzez zamieszczenie w dokumentacji przetargowej tych postępowań odpowiednich zapisów, nie dopuszczających możliwości wykonywania czynności utrzymaniowych przez podmioty nie posiadające odpowiednich uprawnień do wykorzystywania DSU i DTR. **Bezsprzecznie zatem, redakcja postanowień SIWZ w postępowaniu, którego treść specyfikacji stanowią przedmiot niniejszego odwołania, znacząco odbiega od przyjętych w tym zakresie standardów i od dobrych praktyk, stosowanych powszechnie w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia.** Standardy te zostały wypracowane na rynku napraw i modernizacji taboru szynowego na podstawie długoletnich doświadczeń uczestników tego rynku i powinny być traktowane jako istotne okoliczności mające wpływ

na wykonanie zamówienia. Zatem poza kwestią oczywistej niezgodności ze wskazanymi przepisami Pzp, należy wziąć pod uwagę właśnie praktykę gospodarczą opisaną powyżej. Brak stosownych regulacji i wymagań w SIWZ należy zatem usunąć w sposób wnioskowany przez Odwołującego.

VII.

Przykładem tego, jak istotna jest kwestia bezpieczeństwa i prawidłowej eksploatacji pojazdów jest chociażby przeprowadzona w ostatnim czasie kontrola Prezesa UTK, dot. nieprawidłowości w zakresie utrzymania pojazdów kolejowych, przez przewoźnika Przewozy Regionalne Sp. z o.o. Wprawdzie kontrola dot. innego zamawiającego, jednakże powyższe pokazuje dobitnie, że nie można dopuścić aby tak istotna kwestia jakim jest niewątpliwie bezpieczeństwo pasażerów została powierzona osobom bez doświadczenia jakiej dokumentacji uprawniającej do świadczenia usług utrzymaniowych. W wyniku przedmiotowej kontroli decyzją o natychmiastowej wykonalności podjętej przez Prezesa UTK dwa pojazdy przewoźnika zostały wyłączone z eksploatacji. Naruszenie przez przewoźnika postanowień Rozporządzenia w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych polegało na eksploatowaniu pojazdów, których utrzymanie wykonywane było niezgodnie z DSU.

Wobec powyższego uznać należy, że brak zgodności wykonywanych prac utrzymaniowych pojazdów z DSU oraz DTR, może być wynikiem tak nieznamośności po stronie Wykonawców odnośnych zapisów dokumentacji, jak również brak wykwalifikowanego personelu czy w końcu zaplecza technicznego oraz warunków organizacyjnych, pozwalających należycie i zgodnie z dokumentacją wykonywać czynności konserwacyjne i utrzymaniowe.

Wobec daleko już posuniętych, co wynika z efektów kontroli UTK, zaniechań i zaniedbań przewoźnika w tym zakresie, w zupełności zasadnym wydaje się być takie zobowiązanie go do zapewnienia należytej ochrony praw autorskich majątkowych do omawianej dokumentacji, poprzez wprowadzenie wymogu posiadania jej, lub odnoszących się do niej odpowiednich zgód producenta pojazdu, na jej wykorzystanie, jak również przedłożenie wraz z ofertą odpowiedniego oświadczenia o posiadaniu wymaganego w Rozporządzeniu zaplecza technicznego, wykwalifikowanego personelu oraz warunków organizacyjnych gwarantujących prawidłowe wykonywanie prac określonych w DSU oraz DTR.

VIII.

Analiza opisanych w punkcie V niniejszego odwołania postanowień specyfikacji tożsamy z przedmiotem zaskarżanego postępowania prowadzi do wniosku, że posiadanie dokumentacji wraz z prawem do jej wykorzystania może być zaliczane do kwalifikacji i uprawnień do wykonywania określonej działalności, oraz uznawane za wiedzę i doświadczenie lub też za potencjał techniczny. Odwołujący stoi na stanowisku – co zresztą znajduje potwierdzenie we wcześniejszych wywodach niniejszego odwołania – że w dokumentacji DSU i DTR zawarta jest wiedza kluczowa dla prawidłowego wykonania czynności utrzymania. 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 zapisach DSU i DTR. Dokumentacja jest z pewnością składnikiem wiedzy i doświadczenia.

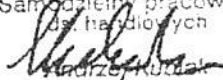
Na uwagę zasługuje fakt, że uregulowania wynikające z art. 22 ust. 1 mają charakter abstrakcyjny i blankietowy. Zamawiający ma obowiązek w SIWZ zawrzeć warunki udziału w postępowaniu, konkretyzując dyspozycje zawarte w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, po czym ma obowiązek określić dokumenty, na podstawie 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 uprawnień 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”.

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

Samodzielny pracownik
ds. handlowych

Andrzej Kudlak

Załączniki:

1. odpis KRS odwołującego
2. dowód wniesienia opłaty
3. pełnomocnictwo nr 390/2013
4. dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu