

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**  
*Mico*  
**Anna Wiśniewska-Mico**

**Załączniki:**

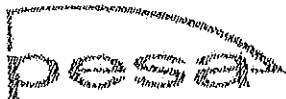
- 1) kopia odwołania z dnia 29.04.2016 r.; Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz;

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



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

Biuro Marketingu  
tel. +48 52 58 68 004  
fax +48 52 58 68 020  
www.marking@pesa.pl

Sekcja Biurowa  
tel. +48 52 58 68 100  
fax +48 52 58 68 010  
pesa@pesa.pl

nr **KP-1204**

Koleje Śląskie Sp. z o.o.	
Wpłynęło dnia	29. 04. 2016
PT	
NO	

*[Signature]*

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2016 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
02-076 Warszawa  
fax: +48 22 458 70 00  
odwolania@uzp.gov.pl

Odwolujący: **Przejazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA**  
Ul. Zygmunta Augusta 11  
85-082, Bydgoszcz  
Tel: +48 52 58 68 100

e-mail: handlowy@pesa.pl

Zamawiający: **1. Koleje Śląskie Sp. z o.o.**  
ul. Wita Stwosza 7  
40-040 Katowice  
Tel: +48 727030064  
e-mail: akwleciniska@kolejeslaskie.com  
fax: + 48 324940662

**2. Województwo Śląskie**  
Ul. Ugonia 46  
40-037 Katowice

w imieniu którego działa Zamawiający nr 1

Wpis: opłata stała w wysokości 15.000 zł

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:  
„Dostawa taboru kolejowego dla Województwa Śląskiego i Kolei Śląskich Sp. z o.o. do wykonywania pasażerskich przewozów kolejowych (KS/ZP/26/2016)” zwane dalej jako Postępowanie.

Sąd Rejonowy w Bydgoszczy  
KRS 0000095532  
REGON 091267636  
NIP 554 031 17 78

VAT EU No: PL 8640819775  
Kapitał zakładowy: 20 812 845,86 zł  
Kapitał wpłacony: 20 812 845,86 zł

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2016 roku, nr ogłoszenia: 138647-2016-PL.

### ODWOŁANIE

Odzwołując na podstawie art. 179 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 – dalej jako „PZP”), w imieniu Wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. (dalej jako Odwołujący lub Wykonawca) na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej jako Ogłoszenie) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ).

Odwołujący zarzuca Zamawiającym naruszenie:

1. przepisu art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> i 505 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 PZP poprzez zobowiązanie Wykonawcy do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej, co stanowi postanowienie niezwiązane z przedmiotem zamówienia, sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz zasadami współzycia społecznego, które pozbawia Wykonawcę możliwości realizacji zamówień o podobnym charakterze i jednocześnie prowadzi do bezpodstawnego wzbogacania Zamawiających kosztem Wykonawcy.

Powyższe narusza interes Odwołującego, ponieważ uniemożliwia sporządzenie i złożenie prawidłowej oferty poprzez zawarte w Ogłoszeniu oraz SIWZ zobowiązanie do oświadczenia niezgodnego z przedmiotem umowy oraz sprzecznego z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o nakazania Zamawiającym:

1. zmiany postanowienia wskazanego w punkcie II.1.5) ppkt 1.7, ppkt 2.6 Ogłoszenia oraz pkt. 3.1.7, pkt. 3.2.6. SIWZ – Część I Obligatoryjne Postanowienia SIWZ oraz w §2 ust. 1 pkt. 1.5, §2 ust. 1 pkt. 2.5 Załącznika nr 3 do SIWZ – Wzór Umowy z załącznikami

na następujące:

*„udzieleniem licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielenia sublicencji”*

2. zmiany postanowienia wskazanego w Załączniku nr 1 do Oferty Tabela 2, Lp. 2.3.

na następujące:

*„Udzielenie licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielenia sublicencji”*

3. zmiany postanowienia wskazanego w Załączniku 1 do SIWZ i Umowy KS/ZP/2016, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w punkcie 2.12 - System SKUP, 1.Wymagania ogólne, ppkt 2):

na następująco:

*„Wykonawca zobowiązany jest do wykonania i przekazania Zamawiającemu 1 dokumentacji technicznej dotyczącej przygotowania pojazdów do zabudowy systemu ŚKUP wraz z licencją do korzystania z tej dokumentacji na rzecz Zamawiającego 1.”*

4. zmiana postanowienia wskazanego w §3 ust. 2 oraz §16 ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ. – Wzór Umowy z załącznikami

na następująco:

*„W ramach przedmiotu Umowy i ustalonego wynagrodzenia Wykonawca udziela Zamawiającym licencji niewyłącznej, nieograniczonej terytorialnie, na czas nieokreślony, z prawem do udzielenia sublicencji do korzystania z Dokumentacji technicznej, określonej w Załączniku nr 5 do Umowy w celach eksploatacji, utrzymania, napraw okresowych EZT, których dostawa stanowi przedmiot niniejszej umowy, na następujących polach eksploatacji:*

- 1) wykorzystywania dostarczonej dokumentacji do obsługi eksploatacyjnej EZT, ich przeglądów, usług utrzymania oraz napraw okresowych przez Zamawiających lub wskazane przez niego podmioty trzeci (po podpisaniu przez podmiot trzeci zobowiązania do wykorzystania dokumentacji wyłącznie do celów związanych ze świadczeniem usług utrzymania EZT, w tym obsługi eksploatacyjnej, przeglądów oraz napraw okresowych);*
  - 2) utwardzenie i zwielokrotnienie dokumentacji w nieograniczonej liczbie egzemplarzy na wszelkich nośnikach dowolnymi technikami, w tym drukarskimi, poligraficznymi, reprograficznymi, informatycznymi, cyfrowymi;*
  - 3) wymiana nośników, na których utwardzono dokumentację oraz przenoszenie dokumentacji do pamięci komputerów i serwerów sieci komputerowej;*
  - 4) wykorzystanie dokumentacji przekazanej zgodnie z pkt. 9 załącznika Nr 5 do Umowy w przyszłych zamówieniach w celu zapewnienia konkurencyjności w sterowaniu wielokrotnym EZT zamawianych w przyszłości przez Zamawiających, z EZT dostarczonymi w ramach obecnego zamówienia.*
5. usunięcie postanowienia wskazanego w §16 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ. – Wzór Umowy z załącznikami
6. zmiana postanowienia wskazanego w §19 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ. – Wzór Umowy z załącznikami

na następująco:

*„Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Umowy, w tym podatek od towarów i usług, opłaty celne i importowe, opłaty za udzielenie licencji do dokumentacji i oprogramowania i stanowi zapłatę za wszystkie świadczenia w ramach Umowy, co Wykonawca uwzględnił w cenie oferty”.*

7. zmiany postanowienia wskazanego w §19 ust. 6 Załącznika nr 3 do SIWZ -- Wzór Umowy z załącznikami

na następujące:

*„W dniu podpisania protokołu odbioru końcowego każdego EZT następuje przeniesienie jego prawa własności na Zamawiających, udzielenie licencji do korzystania z dokumentacji technicznej wraz z prawem do udzielenia sublicencji, a także udzielenie licencji na oprogramowanie za zasadach określonych w Umowie”.*

8. zmiany postanowienia wskazanego w §19 ust. 2 pkt b) ppkt iii Załącznika nr 3 do SIWZ -- Wzór Umowy z załącznikami

na następujące:

*„Kwota brutto za udzielenie licencji do dokumentacji technicznej dla jednego 4-członowego EZT wynosi (...)”*

9. zmiany postanowienia wskazanego w §24 ust. 3 pkt e) Załącznika nr 3 do SIWZ -- Wzór Umowy z załącznikami poprzez usunięcie z treści postanowienia następującego zdania:

*„(...) lub praw autorskich do dokumentacji”.*

## UZASADNIENIE ODWOŁANIA

### I. INTERES W WNIESIENIU ODWOŁANIA ZGODNIE Z ART. 179 UST. 1 PZP

Odwolujący jest producentem taboru szynowego. W ramach swej działalności Odwołujący realizuje dostawy elektrycznych zespołów trakcyjnych, co stanowi przedmiot niniejszego postępowania. Odwołujący spełnia wymagania określone w SIWZ w zakresie doświadczenia oraz spełnia inne warunki udziału w postępowaniu. W związku z tym Odwołujący zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, ubiegając się o uzyskanie zamówienia. Jednakże postanowienia zawarte w Ogłoszeniu oraz w SIWZ, sformułowane z naruszeniem przepisów prawa wskazanych w tytule odwołania uniemożliwiają Odwołującemu prawidłowe sporządzenie oferty i przystąpienie do udziału w Postępowaniu.

### II. TERMIN NA WNIESIENIE ODWOŁANIA

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2016 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w tym samym dniu. Z uwagi na powyższe, niniejsze odwołanie wnoszone w dniu 29 kwietnia 2016 roku zachowuje wymogi ustawowe dotyczące terminu na wniesienie odwołania.

### III. UZASADNIENIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA

Zamawiający w punkcie II.1.5) ppkt. 1.7, ppkt 2.6 Ogłoszenia oraz w pkt. 3.1.7, pkt. 3.2.6. SIWZ -- Część I Obligatoryjne Postanowienia SIWZ oraz w §2 ust. 1 pkt. 1.5 i §2 ust. 1 pkt. 2.5 Załącznika nr 3 do SIWZ -- Wzór Umowy z załącznikami wskazali, że przedmiot Umowy oprócz dostawy 13 EZT z prawem opcji na dostawę kolejnych 6 EZT obejmuje dodatkowe świadczenie w postaci przeniesienia praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej. Z kolei w §3 ust. 2 oraz §16 ust. 3 Załącznika nr 3 do SIWZ -- Wzór Umowy z załącznikami, Zamawiający zobowiązali Wykonawcę bez dodatkowego wynagrodzenia do przeniesienia na Zamawiających majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej, odpowiadającej grupie EZT przeznaczonych dla każdego z Zamawiających i w zakresie określonym w Załączniku nr 6 do Umowy.

Odwolujący podnosi, że żądanie przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej wykracza poza zakres przedmiotu zamówienia określony przepisami prawa oraz pozostaje w sprzeczności z praktyką stosowaną przez zamawiających w postępowaniach na dostawę pojazdów szynowych. Zgodnie z art. 605 Kodeksu Cywilnego (dalej: KC) przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Majątkowe prawa autorskie i prawa zależne do dokumentacji technicznej mają wysoką wartość materialną, zwłaszcza biorąc pod uwagę wartość dokumentacji technologicznej i konstrukcyjnej opartej na know-how Wykonawcy. Przeniesienie majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej powinno stanowić przedmiot odrębnej umowy cywilnoprawnej przewidującej adekwatne wynagrodzenia dla Wykonawcy. Zobowiązanie do przeniesienia przedmiotowych praw jest nie do pogodzenia z charakterem umowy dostawy i prowadzi jedynie do bezpodstawnego wybonacenia Zamawiających kosztem Wykonawcy, ponieważ uzyska on możliwość czerpania korzyści z majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji, co wykracza poza przedmiot umowy dostawy.

Co więcej przeniesienie majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej doprowadziłoby do sytuacji, gdzie Wykonawca zostałby pozbawiony możliwości dalszego jej wykorzystania dla realizacji podobnych zamówień. Wylączyłoby to możliwość uczestnictwa Wykonawcy w innych postępowaniach, a w konsekwencji oznaczałoby wyzbycie się praw, które gwarantują Wykonawcy możliwość prowadzenia działalności w zakresie realizowania zamówień na dostawę pojazdów. Innymi słowy każdy potencjalny Wykonawca, który ma zamiar złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie, musi zaakceptować fakt, że uczestnictwo w tym postępowaniu doprowadzi do utraty konkurencyjności jego przedsiębiorstwa, uniemożliwiając uczestnictwo w innych, przyszłych postępowaniach na dostawę EZT. Biorąc pod uwagę przelozane okoliczności bezsporny jest wniosek, że określenie przedmiotu zamówienia na dostawę EZT poprzez zobowiązanie Wykonawcy do przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych do dokumentacji technicznej stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej Stron i represjonuje Wykonawcę, co jednoznacznie sprzeciwia się naturze stosunku zobowiązaniowego oraz zasadom współżycia społecznego w świetle art. 353<sup>1</sup> KC.

Ponadto odwołujący podnosi, że przedmiot zamówienia nie został w świetle art. 29 PZP opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i przede wszystkim nie uwzględnił wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, albowiem biorąc pod uwagę przedmiotowy zakres dokumentacji technicznej, której dotyczy wymóg przeniesienia majątkowych praw autorskich i praw zależnych sprawia, że spełnienie niniejszego zobowiązania jest w praktyce niemożliwe. Wynika to z faktu, że Zamawiający wymagają przeniesienia praw do dokumentacji technicznej, która częściowo jest współtworzona przez dostawców komponentów

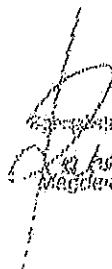
(np. Dokumentacja Techniczno-Ruchowa pojazdu), a jak wynika z poważecznej praktyki, producenci taboru szynowego sami nie produkują wszystkich komponentów, lecz korzystają z usług dostawców. To właśnie dostawcy są właścicielami praw autorskich do dokumentacji technicznej komponentów, która to dokumentacja stanowi element składowy dokumentacji wymaganej przez Zamawiających w kontekście przeniesienia przedmiotowych praw. W praktyce dostawcy w umowach logistycznych nie wyrażają zgody na przekazania praw autorskich do dokumentacji, a jedynie udzielają producentom taboru szynowego licencji opcjonalnie z prawem do udzielenia sublicencji. Oznacza to, że Wykonawca zgodnie z zasadą *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipso habet*, w stosunku do Zamawiających może jedynie udzielić licencji (sublicencji) do korzystania z dokumentacji na wskazanych przez dostawcę polach eksploatacji. Zobowiązanie do przeniesienia majątkowych praw autorskich do dokumentacji technicznej zgodnie z wymogami Ogłoszenia oraz SIWZ jest zatem niemożliwe do spełnienia przez żadnego producenta pojazdów szynowych. Niżejsza okoliczność potwierdza, że przedmiot zamówienia został przez Zamawiających opisany z naruszeniem art. 29 ust. 1 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem zobowiązania do przeniesienia autorskich praw majątkowych i praw zależnych do dokumentacji należy uznać za nieprawnikłowy i wadliwy. Żaden z Wykonawców nie wyraził zgody na zrzeczenie się praw do swego autorskiego projektu i tym samym nie pozwolił na osłabienie swojej pozycji rynkowej. W dodeńku żaden z Wykonawców nie byłby miał nawet możliwości zrealizowania przedmiotowego zobowiązania ze względu na fakt, iż dostawcy komponentów nie przenoszą autorskich praw majątkowych i praw zależnych, których przeniesienia wymagają od Wykonawcy Zamawiający. Przytoczone okoliczności wyłączała zatem możliwość złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i uniemożliwiła uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca wyjaśnił, iż w celu zrealizowania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia przez Zamawiających gospodarczego celu dostawy, w zupełności wystarczająca jest udzielana Zamawiającym licencji do korzystania z przedmiotowej dokumentacji. Zabezpieczenie interesów Zamawiających może zostać w pełni zrealizowane poprzez wprowadzenie do Ogłoszenia i SIWZ odpowiednich postanowień licencyjnych w miejsce postanowień o przeniesieniu majątkowych praw autorskich i praw zależnych. Wykonawca jest profesjonalistą, realizował min. dostawy tramwajów, spalinowych zespołów trakcyjnych, elektrycznych zespołów trakcyjnych, lokomotyw i w oparciu o dotychczasowe doświadczenie oraz w ramach wypracowanej praktyki, Wykonawca zwraca uwagę, że standardowo Zamawiający w postępowaniach na dostawę pojazdów wymagają przekazania dokumentacji technicznej pojazdu wraz z żądaniem udzielenia licencji na korzystanie z tejże dokumentacji, co jest już powszechną praktyką gospodarczą. Także w realizowanych przez Wykonawcę umowach na dostawę pojazdów znajdują się postanowienia o udzieleniu licencji, a nie o przekazaniu majątkowych praw autorskich (m. in. umowa nr UFM-BBT-14-900-0046 z dnia 25.05.2014r, której przedmiotem jest dostawa 20 EZT wraz ze świadczeniem usług utrzymania dla PKP Intercity Spółka Akcyjna). Zastosowanie postanowień dot. licencji w miejsce postanowień dot. przeniesienia praw do dokumentacji zabezpiecza interes obu Stron, pozwala Zamawiającym korzystać z dokumentacji w celu realizacji określonych usług związanych z pojazdem, a przede wszystkim realizacja tych postanowień w drodze udzielenia przez Wykonawcę licencji do korzystania z dokumentacji, w przeciwieństwie do obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych i praw zależnych, stanowi świadczenie możliwe do spełnienia przez Wykonawcę. Dlatego też, obecne brzmienie postanowień Ogłoszenia oraz SIWZ pozostaje w sprzeczności z przyjętą w obrocie praktyką, wyraźnie świadcząc o niezgodności stawianych przez Zamawiających wymogów z naturą umowy na dostawę.

Odwolujący nie kwestionuje uprawnień Zamawiających do domagania się formalnego upoważnienia do korzystania z dokumentacji EZT. Należy jednak zauważyć, że środek jakim posługują się Zamawiający w celu uzyskania przedmiotowego upoważnienia pozostaje w sprzeczności z przedmiotem zamówienia, naturą stosunku prawnego oraz zasadami współzycia społecznego, a jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, postanowienia umowy nie mogą naruszać natury stosunku prawnego, zasad współzycia 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). Odwołujący podkreśla raz jeszcze, że interesy Zamawiających w kontekście wykorzystania dokumentacji technicznej dla EZT zostaną w pełni zabezpieczone poprzez udzielenie niewyłącznej licencji na korzystanie z dokumentacji technicznej w celu eksploatacji, utrzymania oraz napraw okresowych EZT.

Wnoszę zatem jak na wstępie.

  
Magdalena Białaczka

Załączniki:

- 1) odpis KRS Odwołującego - 1 szt.
- 2) pełnomocnictwo
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 4) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającym.