

OR.IV.272.2.15.2016

Rzeszów 2016-09-07

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 dostawę 7 szt. zespołów trakcyjnych z napędem elektrycznym w tym 5 szt. trójczłonowych i 2 szt. czterocłonowych wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2016/S 165-296836 z dnia 27.08.2016 r.), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Jednocześnie wzywam do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z up. Zarządu Województwa Podkarpackiego


Lesław Majkut
SEKRETARZ WOJEWÓDZTWA





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

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

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

Bydgoszcz, dnia 6 września 2016 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
fax: +48 22 458 78 00
odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący: **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.**
ul. Zygmunta Augusta 11
85-082 Bydgoszcz
NIP 5540311775
KRS 0000095481
tel. + 48 525868386
fax: +48 525868020
e-mail: handlowy@pesa.pl

Zamawiający: **Województwo Podkarpackie**
Al. Łukasza Cieplińskiego 4
35-010 Rzeszów
e-mail: administracja@podkarpackie.pl

Wpis: opłata stała w wysokości 15.000 zł

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 sierpnia 2016 roku, nr ogłoszenia: 2016/S 165-296836.

Określenie rodzaju zamówienia: dostawy o wartości zamówienia powyżej progów unijnych

Przedmiot zamówienia: „**Dostawa 7 szt. zespołów trakcyjnych z napędem elektrycznym w tym 5 szt. trójczłonowych i 2 szt. czterocłonowych wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi (znak OR-IV.272.2.15.2016) – dalej Postępowanie.**”

ODWOŁANIE

WOBEĆ TREŚCI POSTANOWIEŃ SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Działając na podstawie art. 179 ust. 1 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 **Odwolujący** lub **Wykonawca**) na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej **Specyfikacja** lub **SIWZ**) sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **„Dostawa 7 szt. zespołów trakcyjnych z napędem elektrycznym tym 5 szt. trójczłonowych i 2 szt. czterocłonowych wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi”** (znak: **OR-IV.272.2.15.2016**)

Zarzucam naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

- I. **art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp**, poprzez niezapewnienie równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuprawniony uniemożliwia jednemu z wykonawców wykorzystanie rozwiązania przez niego wypracowanego i rozwijanego, poprzez narzucenie zastosowania rozwiązania pochodzącego od producenta systemów hamulcowych,
- II. **art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp**, w związku z **art. 14 Ustawy Pzp**, w związku z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego, tj. **art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 471 KC oraz 483 § 1 i art. 484 § 2 KC** poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, sporządzenie projektu umowy w sposób przenoszący całe ryzyko gospodarcze tylko na jedną stronę umowy - Wykonawcę, a także jako godzące w istotę i cel zamówienia publicznego.
- III. **art. 29 ust. 1 Pzp**, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wnosi o:

- I. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- II. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia poprzez:

- 1) zmianę treści Załącznika nr 2 do SIWZ, poprzez modyfikację poz. 11 ust. 4 w następujący sposób:

„System sterowania hamulcem winien mieścić się na modułowych tablicach hamulcowych, łatwych do montażu i demontażu. Wszystkie komponenty, które znajdują się na tablicy hamulcowej muszą być wykonane przez jednego producenta systemów hamulcowych.”

- 2) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5 ust. 1 pkt. 1, 2, 3, 4, 6,7, oraz 9, ust. 3 oraz ust. 5 poprzez określenie sposobu obliczenia wysokości kary umownej od wartości netto określonej w § 7 umowy,
- 3) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5 ust. 1 pkt. 1- 4, poprzez określenie, że kara umowna naliczana będzie za każdy dzień zwłoki, a nie opóźnienia,
- 4) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5, poprzez dodanie postanowienia, że odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych, które mogą być naliczone w związku z realizacją umowy wynosi 20% wartości umowy netto ,
- 5) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 5 ust. 5, poprzez wskazanie, że kary nie nalicza się w przypadku, gdy odstąpienie spowodowane jest okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego.
- 6) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, poprzez usunięcie § 7 ust. 1 pkt. 8),
- 7) Modyfikację treści Załącznika nr 5 do SIWZ, § 7 ust. 1, poprzez określenie wynagrodzenia brutto, netto oraz stawki podatku VAT.

- III. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub złożonych podczas rozprawy na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia;
- IV. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

I. WYKAZANIE NARUSZENIA INTERESU I SZKODY

Odwolujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku produkcji pojazdów szynowych i chciałby przedstawić Zamawiającemu konkurencyjną ofertę, a w konsekwencji dążyć do uzyskania zamówienia, zatem ma interes w złożeniu odwołania. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustaw, w tym Pzp, zaś sformułowane postanowienia umowne znacząco ograniczają konkurencję co powoduje, że złożenie przez Odwołującego w Postępowaniu oferty zgodnej z SIWZ i zaferowanie produkowanych przez Odwołującego pojazdów zostało w zasadzie uniemożliwione. Odwołujący nie może zatem ubiegać się na równi z innymi wykonawcami o udzielenie Zamówienia. Tym samym Odwołujący się został narażony na szkodę, polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania Zamówienia.

Wskazać należy, iż 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.”

II. ASPEKTY FORMALNE ODWOŁANIA

[Zachowanie terminu wniesienia odwołania]

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27.08.2016 r. a Specyfikacja została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego dnia 27.08.2016 r., w związku z czym termin do wniesienia odwołania zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt. 1) Pzp został zachowany.

[Wypełnienie wymogów formalnych z treści art. 180 ust. 4 i 5 PZP]

Niniejsze odwołanie wnoszone jest do Prezesa KIO zgodnie z treścią art. 180 ust. 4, tj. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania pocztą elektroniczną na adres wskazany w petitum odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW

I. Naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, m. in. poprzez zamieszczenie w Załączniku nr 2 do SIWZ poz. 11 ust. 4 wymogu dotyczącego budowy i pochodzenia elementów składających się na system hamulcowy, wymagając aby zarówno tablice hamulcowe, jak i wszystkie komponenty znajdujące się na tablicy hamulcowej były wykonane przez jednego producenta systemów hamulcowych.

Przedstawiony opis przedmiotu zamówienia prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający w sposób nieuzasadniony i nieuprawniony pozbawia Odwołującego możliwości wykorzystania potencjału technicznego oraz rozwiązania przez niego wypracowanego i rozwijanego.

Rozwiązanie proponowane przez Odwołującego pozwala na optymalne skonfigurowanie systemu hamulcowego łącznie z tablicą hamulcową, co przyczynia się do zmniejszenia awaryjności oraz usprawnienia procesu diagnostycznego i naprawczego pojazdu. Takie rozwiązanie umożliwia również lepsze wykorzystanie przestrzeni. Zastosowanie proponowanego przez Odwołującego rozwiązania zapewnia ponadto lepszą integrację zabudowy sterowników z tablicą hamulcową, co znacząco skraca długość połączeń elektrycznych i eliminuje konieczność stosowania złączy pośrednich. Sugerowana zmiana opisu przedmiotu zamówienia w sposób pozytywny przekłada się także na koszty utrzymania pojazdów, a także na warunki ich przyszłej modernizacji oraz unowocześniania, ponieważ proponowane rozwiązanie jest autorskim projektem wykonawcy (Odwołującego), opartym o komponenty produkowane przez polskich producentów. Zmiana OPZ zgodnie z żądaniem Odwołania umożliwi Zamawiającemu dokonywanie zmian w układzie hamulcowym modułowo, z wykorzystaniem konkurencyjnych rozwiązań innych niż pochodzące od producenta systemów hamulcowych. Pozostawienie treści OPZ w obecnym brzmieniu może doprowadzić do sytuacji, w której producent systemu hamulcowego na zasadach monopolu będzie dowolnie kształtował ceny modernizacji/zmian obecnie zastosowanego rozwiązania.

Ponadto obecne postanowienia Załącznika nr 2 do SIWZ przekładają się w sposób negatywny na możliwość zaoferowania przez wykonawcę, który dysponuje alternatywnym rozwiązaniem technicznym, konkurencyjnej ceny i zmusza go do zakupu całego systemu hamulcowego, a nie tylko niezbędnych

jego elementów stanowiących uzupełnienie własnego rozwiązania. Takie działanie stanowi klasyczny przykład prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto może przyczyniać się do naruszenia dyscypliny finansów publicznych, poprzez nieracjonalne wydatkowanie środków przez Zamawiającego.

- II. Naruszenie art. 471 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego oraz art. 139 ust. 1, PZP w zw. z art. 14 PZP oraz art. 29 ust. 1 PZP, poprzez sformułowanie w treści umowy odpowiedzialności wykonawcy z tytułu jej należytego wykonania na zasadzie ryzyka zamiast na zasadzie winy oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący (zarzut nr 2 i 3)

Do naruszenia doszło poprzez zastrzeżenie w § 5 wzoru umowy kar umownych w sposób, który kształtuje odpowiedzialność wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania umowy na zasadzie ryzyka zamiast na zasadzie winy. Zamawiający zastrzegł bowiem kary umowne w § 5 za opóźnienie zamiast za zwłokę, kształtując tym samym odpowiedzialność wykonawcy w sposób niezależny od jego zawinienia. Powyższe jest tym istotniejsze, że Zamawiający nie wprowadził ograniczenia odpowiedzialności z tytułu kar umownych.

Ponadto w odniesieniu do wszystkich postanowień umowy, w których zastrzeżono kary umowne obliczane od wartości umowy Odwołujący wniósł o zmianę wartości, od której obliczane będą kary umowne z wartości brutto na wartość netto, a w związku z tym odpowiednie dostosowanie § 7 ust. 1 wzoru umowy, poprzez wskazanie wartości brutto, stawki podatku oraz wartości netto tak całej umowy, jak i cen poszczególnych pojazdów.

Co więcej zastrzeżenie naliczania kar umownych od wartości brutto powoduje nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ w przypadku wykonawców zagranicznych kara będzie obliczana od wartości niższej, ponieważ podatek jest doliczany wtedy wyłącznie w celu dokonania oceny ofert.

Ponadto Zamawiający wskazał w § 5 ust. 1 pkt 8), że za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu innych niż wymienione w pkt. 1-7 zobowiązań, naliczy karę umowną w wysokości 5 000 zł. Uznać należy, że kary umowne powinny być określone w sposób precyzyjny, są one bowiem surogatem odszkodowania za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązań umownych, a co za tym idzie postanowienie umowne stanowiące podstawę do ich naliczenia powinno wyraźnie i w sposób precyzyjny określać w przypadku niewykonania, bądź nienależytego wykonania którego konkretnego zobowiązania, kara umowna zostanie naliczona.

Zamawiający wskazał w § 5 ust. 5 Załącznika nr 5 do SIWZ, że Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 30 % wartości ceny brutto w przypadku odstąpienia przez niego od Umowy. Nie jest niczym uzasadnione ponoszenie przez Wykonawcę odpowiedzialności w takim wymiarze w przypadku, gdy odstąpienie od umowy przez Wykonawcę spowodowane jest okolicznościami leżącymi po stronie Wykonawcy. Takie sformułowanie treści przyszłej umowy przez Zamawiającego powoduje, że nadużywa on swojej pozycji w kształtowaniu treści umowy, która w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter adhezyjny.

Mając na uwadze powyższą argumentację, odwołanie jest konieczne i uzasadnione i powinno podlegać uwzględnieniu w całości.



Specjalista ds. handlowych
Magdalena Ratajczyk

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo
- 2) odpis z KRS Odwołującego;
- 3) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł;
- 4) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;