

OR.IV.272.2.16.2016

Rzeszów 2016-09-08

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 2 szt. fabrycznie nowych dwuczłonowych zespołów trakcyjnych z napędem spalinowym wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2016/S 165-296857 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



Nowy Sącz, 06 września 2016 r.

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

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

Zamawiający: Województwo Podkarpackie - Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego
Al. Łukasza Cieplińskiego 4
35-010 Rzeszów
Fax: 17 850 17 01

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa 2 szt. fabrycznie nowych dwuczłonowych zespołów trakcyjnych z napędem spalinowym wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi, numer referencyjny: OR-IV.272.2.16.2016*

- Strona internetowa, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia: **<http://bip.podkarpackie.pl>**
- Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: **2016/S 165-296857**
- Data ogłoszenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: **27.08.2016**

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: 0000066315, działając jako Wykonawca, posiadający potencjał organizacyjny i ekonomiczny, umożliwiający wykonanie przedmiotu zamówienia, 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”)

wnosi odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie - w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa 2 szt. fabrycznie nowych dwuczłonowych zespołów trakcyjnych z napędem spalinowym wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi, numer referencyjny: OR-IV.272.2.16.2016.*

Wykonawca zarzuca Zamawiającemu naruszenie :

- 1) art. 29 ust. 1 Ustawy, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, poprzez nałożenie na Wykonawcę obowiązku naprawy pojazdu w sytuacji jego uszkodzenia w wyniku działań zewnętrznych (nie będących wynikiem wady SZT) bez wcześniejszej gwarancji ze strony Zamawiającego zapłaty wynagrodzenia bądź zaciągnięcia zobowiązania finansowego do jego zapłaty przez podmiot odpowiedzialny za uszkodzenie pojazdu, co de facto jest zobowiązaniem naruszającym zasadę wzajemności i odpłatności zamówień publicznych oraz zasady współżycia społecznego, uniemożliwiającym Wykonawcy kalkulację ryzyka oraz prawidłowe sporządzenie oferty;
- 2) art. 353 (1) Kodeksu cywilnego w związku z art. 483 § 1 KC w zw. z art. 5 KC oraz 139 ust. 1, art. 29 i art. 14 Ustawy poprzez dublowanie kar umownych (§ 7 załącznika nr 6 do umowy) za tożsame zdarzenie, dodatkowo przyjmując niewłaściwą podstawę do ich naliczania, przy jednoczesnym braku wskazania jednostki czasu i/lub miary (za dany: dzień, za dane naruszenie) do naliczania kar, co stanowi naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego – umowy o świadczenie usług - poprzez brak jednoznacznego określenia treści zobowiązania wykonawcy.

Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany SIWZ, tj.:

- 1) skreślenie zapisu § 3 ust. 2 i 3 załącznika Nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ)

ewentualnie

zmianę zapisu § 3 ust. 2 poprzez wskazanie, iż zobowiązanym do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy za wykonaną naprawę będzie Zamawiający

- 2) Zmianę postanowień:
 - a) § 7 ust. 1 lit a – d załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ) poprzez ujednolicenie i zmianę kwoty maksymalnej kary umownej na 1 % bez względu na rodzaj wykonywanego przeglądu, jak również zmianę podstawy jej naliczania z wynagrodzenia brutto należnego za dany SZT opisanego w § 7 ust. 2 wzoru umowy na wynagrodzenie należne z tytułu świadczenia Obsługi danego SZT za dany kwartał oraz jednoczesnego wprowadzenia jednostki czasu zwłoki, za który kara ta będzie naliczana tj. za każdy dzień zwłoki,
 - b) skreślenie § 7 ust. 2 załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ)

Wykonawca wnosi również o przeprowadzenie dowodów szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Uzasadnienie

I. Wykazanie interesu Odwołującego zgodnie z art. 179 § 1 Ustawy.

Odwołujący jest producentem taboru szynowego. W ramach swej działalności Odwołujący produkuje również spalinowe zespoły trakcyjne i posiada możliwość wyprodukowania i dostarczenia pojazdów będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Ponadto, odwołujący spełnia opisany w SIWZ wymóg doświadczenia oraz inne 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 oszacowanie kosztów i ryzyka oraz złożenie oferty.

II. Uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołania.

Ad. pkt. 1) zarzutów.

Zamawiający wprowadził do załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ) zapisy dotyczące zobowiązania Wykonawcy do naprawy uszkodzeń pojazdu, które to uszkodzenia nie są objęte gwarancją ani rękojmią, czyli tak zwanych potocznie „napraw awaryjnych”.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że zobowiązanie to nie koreluje w żaden sposób z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest bowiem dostawa i usługi utrzymaniowe pojazdów, nie zaś wykonanie napraw awaryjnych (te w zakres usług utrzymania nie wchodzi).

Zamawiający w załączniku nr 6 do wzoru umowy zawarł postanowienia dotyczące usług utrzymaniowych, stąd też załącznik ten został nazwany przez Zamawiającego jako „Warunki świadczenia usług serwisowo-utrzymaniowo-naprawczych”.

Zamawiający wyłączył jednak z Obsługi, a zarazem z przedmiotu umowy - zgodnie z § 3 ust. 1 wskazane tam świadczenia.

Generalnie przyjąć można, iż co do zasady z Obsługi wyłączone są skutki zdarzeń zewnętrznych, nie spowodowanych wadą SZT. Zatem przedmiot umowy nie obejmuje tychże napraw awaryjnych. Wynagrodzenie za wykonanie tych napraw nie jest również objęte wynagrodzeniem umownym.

W sytuacji wystąpienia któregośkolwiek z powyższych zdarzeń – zgodnie z dyspozycją § 3 ust. 2 załącznika nr 6 do wzoru umowy – „Wykonawca jest zobowiązany do napraw SZT, w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1) i 2), z tym że Wykonawca będzie dochodził zapłaty wynagrodzenia za przeprowadzone czynności naprawcze i montowane materiały bezpośrednio od winnych, z wyłączeniem Zamawiającego.” Konstrukcja powyższego zapisu od razu nasuwa kilka najistotniejszych pytań, a to m.in.: o jakim wynagrodzeniu mowa, kim jest podmiot winny zdarzeniu, kto ma dokonać jego identyfikacji i ustalenia winy za uszkodzenie pojazdu, na jakiej podstawie Wykonawca ma się domagać zapłaty od tego podmiotu oraz jaką odpowiedzialność ponosi Zamawiający w przypadku nieuzyskania przez Wykonawcę zapłaty za wykonaną naprawę.

Pierwsza niejednoznaczność zapisu pojawia się na etapie szukania „bezpośrednio winnych”, tj. podmiotu lub podmiotów odpowiedzialnych za dane zdarzenie oraz uznanie przez nich swojej odpowiedzialności. W ocenie Wykonawcy jego ustalenie jest niezbędne do złożenia stosownego zamówienia i zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, aby ten posiadał gwarancję zapłaty. Niemniej jednak, ustalenie takiego podmiotu niejednokrotnie może okazać się nieskuteczne, co potwierdza się w przypadku zdarzeń kolejowych, w których uszkodzeniu uległ pojazd np. w wyniku najechania na zwierzynę leśną. Dlatego też, rolę podmiotu wyłącznie odpowiedzialnego powinien zawsze pełnić sam Zamawiający. Wynika to wprost z zapisów prawa zamówień publicznych, a dokładnie jego istoty stosunku zobowiązaniowego, jakim jest jego dwustronność (relacja Wykonawca – Zamawiający), odpłatność i wzajemność. W przeciwnym razie, doszlibyśmy do wniosku, że w praktyce mamy do czynienia ze zobowiązaniem do świadczenia przez osobę trzecią. Jednak i w tej sytuacji, podmiotem odpowiedzialnym - za ewentualny brak zaciągnięcia zobowiązania przez osobę trzecią - powinien być Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 391 Kodeksu Cywilnego. Taka konstrukcja uwidacznia jednak ułomności na gruncie omawianego § 3 ust. 2 załącznika nr 6 do wzoru umowy. Mianowicie, po pierwsze nie mamy wskazanego podmiotu odpowiedzialnego i niemożliwym jest wskazanie go na etapie podpisywania umowy. Po drugie nie znamy wysokości zobowiązania (kosztów naprawy). Co więcej, podmiot trzeci zobowiązany do świadczenia nie ma nawet świadomości, co do treści zawieranej umowy, gdyż w niej nie uczestniczy. Dyskusyjne byłoby również, czy Wykonawca miałby w ogóle skuteczne roszczenie wobec podmiotu winnego (odpowiedzialnego) uszkodzenia pojazdu. Jeżeli tak to, na jakiej podstawie. Przecież Wykonawca nie jest właścicielem pojazdu, toteż nie po jego stronie powstaje szkoda, a po stronie właściciela, czyli Zamawiającego. Podmiot ten nie jest związany również z Wykonawcą żadnym stosunkiem obligacyjnym. Dlatego też, nie może być mowy o jego zobowiązaniu do zapłaty wynagrodzenia.

Problem stanowi również fakt identyfikacji podmiotu odpowiedzialnego zdarzeniu, jako że Wykonawca nie pełni funkcji operatora publicznego transportu zbiorowego, a więc nie uczestniczy bezpośrednio w prowadzeniu pojazdu. Co jeszcze istotniejsze, umowa z Zamawiającym w żaden sposób nie umocowuje Wykonawcy do podejmowania jakichkolwiek czynności zmierzających do ustalenia podmiotu winnego uszkodzeń. Z drugiej strony, nie nakłada również na Zamawiającego obowiązku wskazania Wykonawcy podmiotu winnego uszkodzeniom.

Wykonawca zatem nie ma więc żadnej obiektywnej możliwości prawidłowej identyfikacji takiego podmiotu, jako że nie jest obecny na miejscu zdarzenia, a zarazem nie jest on ponoszącym odpowiedzialność za ruch mechanicznego środka transportu. Natomiast podmiotem takim jest Zamawiający lub –operator, eksploatujący pojazd na

Przyjęcie tezy, że to Wykonawca - przystępując do składania oferty - winien skalkulować przyjęte na siebie ryzyko, również nie znajduje żadnego uzasadnienia. Nie jest bowiem możliwym skalkulowanie przyszłego ryzyka, związanego ze skutkami potencjalnych przyszłych uszkodzeń awaryjnych pojazdu. Również zobowiązanie Wykonawcy do dodatkowego ubezpieczenia pojazdów w zakresie casco nie znajduje poparcia we wzorze umowy, jako że zapis § 3 ust. 12 wzoru umowy, wprowadza wymóg ubezpieczenia przez Wykonawcę pojazdu w zakresie casco i NNW jedynie przez okres 10 dni od daty dokonania odbioru końcowego danego SZT (czyli na czas przekazywania pojazdów Zamawiającemu,

aby w tym czasie Zamawiający mógł dokonać ubezpieczenia pojazdów we własnym zakresie). Zatem - a contrario - przyjęcie należy, iż Zamawiający nie wymaga, a wręcz zdejmuje z Wykonawcy obowiązek posiadania stosownego ubezpieczenia pojazdu. Jest to o tyle logiczne, że tego typu ubezpieczenie zobowiązany jest zawsze posiadać właściciel/użytkownik pojazdu. Stanowi to kolejny argument za przyjęciem, iż podmiotem odpowiedzialnym wobec Wykonawcy za naprawę uszkodzeń awaryjnych pojazdu przyczyn będących następstwem zdarzeń losowych, jest wyłącznie Zamawiający. Zamawiający bowiem, jako właściciel pojazdu, jest jedynym podmiotem posiadającym roszczenie o odszkodowanie za naprawę awaryjną pojazdu – czy to względem podmiotu, który szkodę wyrządził (bądź za nią odpowiada) czy to względem ubezpieczyciela.

Na koniec jeszcze – celem uwidocznienia wagi problemów wynikających z niejednoznaczności zapisów § 3 ust. 2 – należy dokonać krótkiej analizy przypadków skrajnych takich jak np. aktów wandalizmu. Przyjęcie wykładni literalnej zapisu prowadziłoby w takim przypadku do wniosku, że Wykonawca byłby zmuszony – nie mając gwarancji otrzymania wynagrodzenia - naprawić pojazd, a sprawców uszkodzenia pojazdu szukać we własnym zakresie, nie posiadając przy tym ani odpowiednich informacji ani środków ochrony prawnej. –W rezultacie uznać można, że zobowiązanie do wykonania naprawy awaryjnej pojazdu może doprowadzić do powstania po stronie Wykonawcy zobowiązania do wykonania naprawy o wartości odpowiadającej wartości nowego pojazdu – bez jakiegokolwiek gwarancji uzyskania zapłaty za wykonanie tejże naprawy. . We wszystkich tego typu przypadkach - być może skrajnych, jednakże możliwych do wystąpienia - Wykonawca byłby zobowiązany do nieodpłatnej naprawy pojazdu Zamawiającego, która zaprzecza odpłatnemu charakterowi zamówień publicznych. Doprowadziłoby to do sytuacji absurdu, naruszającej wszelki zdroworozsądkowy i logiczny sposób postępowania w takich sytuacjach, gdzie wykonanie naprawy jest świadczeniem wzajemnym i odpłatnym, które w praktyce jest przedmiotem odrębnego zamówienia. Całościowe skalkulowanie i tym samym przyjęcie na siebie ryzyka mogącego wynikać na gruncie zapisów § 3 ust. 2 załącznika nr 6 do wzoru umowy jest niewykonalne i z całą pewnością żaden racjonalnie działający przedsiębiorca nie mógłby go na siebie przyjąć, jak również, przy obecnie istniejących zapisach SIWZ, nie jest w stanie skalkulować tak ryzyka, jak i ceny za realizację tych świadczeń.

Opisana w niniejszym punkcie całkowicie niejednoznaczna regulacja uprawnień Zamawiającego - na gruncie § 3 ust. 2 załącznika nr 6 do wzoru umowy - prowadzi do stwierdzenia, iż obowiązek naprawy pojazdu z wyłączeniem wynagrodzenia umownego stanowi również bezzasadne i bezpodstawne źródło przychodów Zamawiającego, co w oczywisty sposób narusza zasady współżycia społecznego. Co więcej, wprowadzenie przez Zamawiającego takiego zobowiązania narusza naturę stosunku zobowiązaniowego, która powinna być oparta na wzajemnych świadczeniach. Natomiast ewentualna, w rzeczywistości darmowa naprawa pojazdu, przeczy istocie zamówień publicznych, jaką jest ich odpłatność, wzajemność i dwustronność.

Wypada również zauważyć, iż identyczna klauzula umowna została uznana za bezprawną w wyroku KIO sygn. akt. 1806/15.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany zapisów § 3 ust. 2 i 3 załącznika nr 6 do wzoru umowy poprzez jednoznaczne określenie terminów, zakresu oraz sposobu zapłaty wynagrodzenia umownego należnego Wykonawcy za wykonanie naprawy danego

SZT w przypadku dokonania naprawy wyłączonej z zakresu Obsługi serwisowo – utrzymaniowo – naprawczej określonej w załączniku nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ), co stanowi odzwierciedlenie logicznego – tak z punktu widzenia prawnego jak i zasad prawidłowego rozumowania oraz zasad współżycia społecznego – zachowania się podmiotów uczestniczących w profesjonalnym obrocie gospodarczym.

Ad 2) zarzutów.

Zamawiający wprowadził do załącznika nr 6 do wzoru umowy (załącznika nr 6 do SIWZ), a dokładnie § 7 ust. 1 niejednoznaczne zapisy dotyczące nałożenia kar umownych na Wykonawcę, które są dla niego skrajnie niekorzystne, ponieważ nakładają na Wykonawcę obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku wystąpienia danej okoliczności nie wskazując przy tym okresu ich naliczania. Zamawiający nie wskazuje bowiem, czy kara – w określonej w § 7 ust. 1 wysokości – należy za każdy dzień naruszenia, czy po prostu za samo wystąpienie naruszenia. Co więcej, Zamawiający w sposób niczym nieuzasadniony wprowadza gradację kar umownych – w zależności od rodzaju wykonywanego przeglądu, którego ma dotyczyć kara – od 0,02 % do aż 10%, a przecież w dalszym ciągu jest to usługa wykonania przeglądu, niezależnie od tego, do którego poziomu utrzymania się odnosi. Z punktu widzenia Zamawiającego, znając podmiot odpowiedzialny za utrzymanie jego pojazdów, całkowicie bez znaczenia pozostaje fakt, z wykonaniem jakiego typu przeglądu Wykonawca pozostaje w zwłoce. Tym bardziej, iż kara mająca funkcję odszkodowawczą, nie jest jedynym zabezpieczeniem Zamawiającego, gdyż posiada on stosowne zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz potrącania kar z wynagrodzenia, jak również – w dalszych postanowieniach umowy – zastrzega sobie możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wartość naliczonych kar umownych. Co więcej, Zamawiający jako podstawę, od której naliczana ma być kara wskazuje wartość brutto danego SZT ze wzoru umowy (umowy dostawy), a nie wartość Obsługi utrzymaniowej należnej za dany kwartał, która de facto stanowi przedmiot umowy utrzymaniowej (umowy świadczenia usług) określonej w załączniku nr 6 do wzoru umowy, co stoi w całkowitej sprzeczności z istotą zamówień publicznych (vide: uzasadnienie zarzutu nr 1 i 2). Takie określenie kary umownej prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy, gdyż kara umowna nie odnosi się do przedmiotu umowy. Różnica pomiędzy jedną a drugą podstawą do naliczania kar waha się w przedziale parudziesięciu milionów złotych, jako że cena pojazdu liczona jest w dziesiątkach milionów złotych, a koszt miesięczny Obsługi zazwyczaj nie przekracza 100 000,00 tysięcy złotych za dany kwartał. Zatem z pozoru niski współczynnik naliczania kar jest w rzeczywistości absurdalnie wysoki. Na tej podstawie, ustanowienie pozornie racjonalnej wysokości kary umownej na poziomie 0,02%, 0,05%, 2% oraz 10% wysokości całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy za dostawę danego SZT sprawia, iż wysokość kary umownej staje się rażąco wygórowana. Przykładowo, przy założeniu, iż wynagrodzenie brutto za jeden pojazd wyniesie 24 000 000,00 złotych, to kara umowna za nieterminowe wykonanie przeglądu pojazdu – przyjmując, że Zamawiający ma na myśli naliczanie kary umownej za każdy dzień przekroczenia terminu – wynosić będzie od 4 800,00 zł (w przypadku przeglądu P1) do absurdalnych 2 400 000,00 złotych (w przypadku przeglądu P4). Wypada również zwrócić uwagę, iż Zamawiający w ust. 2 wprowadza kolejną karę umowną za niedotrzymanie współczynnika, co prowadzi do dublowania kar umownych za tożsame zdarzenie.

Co więcej, wprowadzenie przez Zamawiającego kary umownej w rażąco wygórowanej wysokości narusza naturę stosunku zobowiązaniowego oraz instytucji kar umownych w Kodeksie Cywilnym,

która powinna pełnić rolę odszkodowania. Natomiast ewentualna zapłata kar umownych w obecnej wysokości znacznie przekraczałaby możliwą do zaistnienia szkodę i doprowadziłaby de facto do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany podstawy naliczania kary umownej przy jednoczesnym ujednoliceniu i zmiany jej maksymalnej wysokości z wynagrodzenia za wykonanie danego SZT na 1 % ceny brutto wykonania usługi utrzymaniowej za dany kwartał danego SZT, co odpowiada stawkom stosowanym w profesjonalnym obrocie.

WICEPREZES ZARZĄDU
Dyrektor Finansowy

.....*Bogdan Borek*.....

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

.....*Zbigniew Konieczek*.....

Załączniki:

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