

OR.IV.272.2.16.2016

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 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





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 165-296857.**

Określenie rodzaju zamówienia: dostawy o wartości zamówienia powyżej progów unijnych

Przedmiot zamówienia: **„Dostawa 2 szt. fabrycznie nowych dwuczłonowych zespołów trakcyjnych z napędem spalinowym wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi (znak OR-IV.272.2.16.2016) – 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 2 szt. fabrycznie nowych dwuczłonowych zespołów trakcyjnych z napędem spalinowym wraz z dokumentacją techniczną i usługami dodatkowymi”** (znak: **OR-IV.272.2.16.2016**)

Zarzucam naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

- I. **art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp**, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, polegający na zamieszczeniu w Specyfikacji postanowień określonych poniżej, które zawężają istotnie krąg potencjalnych wykonawców;
- II. **art. 29 ust. 3 Pzp**, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, co może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów,
- III. **art. 29 ust. 1 Pzp**, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący,
- IV. **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.

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 usunięcie Części A, poz. 25 ust. 6 lub modyfikację postanowienia Część A, poz. 25 ust. 6 w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga, co najmniej 2 punktowego podparcia poszczególnych członów pojazdów, które rozumiane jest, jako układ, co najmniej 2 sprężyn pneumatycznych przypisanych oddzielnie konstrukcyjnie do danego członu pojazdu.”

- 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, poprzez usunięcie § 7 ust. 1 pkt. 8),
- 6) 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.
- 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 oferty zgodnej z SIWZ w Postępowaniu i zaferowanie produkowanych przez Odwołującego pojazdów zostało w zasadzie uniemożliwione. Odwołujący nie może zatem ubiegać się o udzielenie Zamówienia na równi z drugim Wykonawcą działającym na rynku właściwym. skutku, że. Tym samym Odwołujący 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 na wniesienie odwołania pocztą elektroniczną na adres wskazany w petitem odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW

- I. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 29 ust. 3 Pzp.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia m. in. poprzez zamieszczenie w Załączniku nr 2 do SIWZ, Część A, poz. 25 ust. 6 wymogu dotyczącego sposobu podparcia członów pojazdów na wózkach. Poprzez taki opis przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz powoduje, że postępowanie prowadzone jest w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji.

Zamawiający opisał bowiem szczegółowo rozwiązanie konstrukcyjne, które charakteryzuje produkty dostarczane przez jednego z dwóch wykonawców działających na rynku właściwym, nie wskazując równocześnie, że dopuszcza on w tym zakresie rozwiązanie równoważne.

Wymóg określony w Załączniku nr 2 do SIWZ, Część A, poz. 25 ust. 6 brzmi:

„Zamawiający wymaga, co najmniej 4 punktowego podparcia poszczególnych członów pojazdów, które rozumiane jest jako układ co najmniej 4 sprężyn pneumatycznych przypisanych oddzielnie konstrukcyjnie do danego członu pojazdu”,

czyli wymaga zastosowania rozwiązania konstrukcyjnego polegającego na wykorzystaniu wózka pośredniego, wyposażonego w cztery sprężyny pneumatyczne (po dwie na każde pudło opierające się na wózku) i tym samym podparciu każdego z członów na czterech poduszkach powietrznych.

Wskazać należy, że na polskim rynku dostaw spalinowych pojazdów szynowych dotychczas (w latach 2010 – 2015) dostarczono jedynie 20 sztuk pojazdów spalinowych, w których zastosowano takie rozwiązanie i wszystkie te pojazdy zostały dostarczone przez wykonawcę NEWAG S.A.

Jak wynika z doświadczenia oraz historii postępowań na polskim rynku dostaw spalinowych pojazdów szynowych, postępowaniami, których przedmiotem jest niewielka liczba pojazdów (poniżej 20 sztuk) nie są zainteresowane podmioty zagraniczne, co oznacza, że istnieje prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że w Postępowaniu wezmą udział dwaj producenci krajowi: NEWAG S.A. oraz Odwołujący. Z tego względu uznać należy, że wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie jest oferowane na rynku właściwym wyłącznie przez jednego wykonawcę, co niewątpliwie prowadzi do wniosku, że opis

przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Przedstawiony powyżej wywód ograniczony został do rynku polskiego, ponieważ w niniejszej sprawie jest on rynkiem właściwym dla oceny ograniczenia konkurencji. Zgodnie z Obwieszczeniem Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03), właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty lub usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne, oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią. Natomiast właściwy rynek asortymentowy składa się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamienne lub za substytuty przez konsumenta, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie. Połączenie tych dwóch rynków i wykładnia powstałej definicji prowadzi do wniosku, że warunki panujące na polskim rynku dostaw pojazdów kolejowych mogą być odróżnione od rynku obszarów sąsiadujących z uwagi na właściwości i ceny pojazdów, a także z uwagi na aktywną działalność konkretnych podmiotów na tym rynku.

Wskazać należy, że wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie narusza uczciwą konkurencję na rynku właściwym (w rozumieniu opisanym powyżej) oraz powoduje nierówne traktowanie wykonawców, gdyż Zamawiający dopuszcza zastosowanie tylko jednego rozwiązania, podczas gdy istnieją wobec niego rozwiązania równoważne. Możliwe jest w szczególności dopuszczenie w przedmiotowym przypadku rozwiązania polegającego na zastosowaniu wózka pośredniego wyposażonego w dwie sprężyny pneumatyczne, a co za tym idzie mocowaniu jednego z pudeł wyłącznie za pomocą połączenia przegubowego, które zapewnia osiągnięcie takiego samego celu oraz spełnia identyczne funkcjonalności jak rozwiązanie opisane przez Zamawiającego. Ograniczenie rozwiązań konstrukcyjnych zastosowane przez Zamawiającego nie jest uzasadnione żadnymi obiektywnymi przesłankami, w szczególności treścią najnowszych norm kolejowych, czy względami ekonomicznymi. Obydwa rozwiązania spełniają taką samą funkcję i nie wprowadzają ograniczeń eksploatacyjnych. Preferowane przez Zamawiającego rozwiązanie powoduje wzrost kosztów eksploatacyjnych pojazdu, ponieważ dwie dodatkowe sprężyny pneumatyczne wymagają regularnych przeglądów i wymiany w okresie życia pojazdu. Obydwa rozwiązania spełniają wszystkie aktualnie obowiązujące normy i przepisy stawiane pojazdom szynowym przez Europejski Agencję Kolejową (ERA). W szczególności wskazać należy, że obowiązujące normy oraz Techniczne Specyfikacje Interoperacyjności¹ (dalej: TSI)

¹ (ang. Technical Specifications for Interoperability, TSI) – szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne, procedury i metody oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami dotyczącymi interoperacyjności kolei, warunki eksploatacji i utrzymania dotyczące składników interoperacyjności i podsystemów transeuropejskiego systemu kolei dużych prędkości i transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnej, określone i ogłaszane przez Komisję Europejską (art. 4 pkt. 33) ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, Dz.U.2015.1297).

nie ograniczają i wręcz nie odróżniają różnych wymagań ani badań dla obydwu rozwiązań konstrukcyjnych. W związku z powyższym w rozumieniu przepisów oba rozwiązania są traktowane jako równoważne.

Wskazać należy za Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok z dnia 30 czerwca 2009 r., sygn., KIO/UZP 773/09), że równoważność stosowanych rozwiązań powinna być rozumiana w odniesieniu do ich funkcjonalności, a nie parametrów technicznych konkretnego urządzenia czy rozwiązania. Wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, czy że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga zamawiający, ale że umożliwia uzyskanie efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych (por. wyrok KIO z 12.08.2009 r., KIO/UZP 984/09).

Istota dopuszczenia rozwiązań równoważnych i zastosowania się do brzmienia art. 29 ust. 3 p.z.p. sprowadza się zatem do oceny celu, który zamawiający chce osiągnąć w wyniku przeprowadzenia postępowania, a nie do porównywania konkretnych opisów urządzenia/rozwiązania wskazanego w OPZ.

Nie dopuszczając opisanego powyżej rozwiązania, Zamawiający w sposób nieuprawniony stawia jednego z dwóch wykonawców działających na rynku właściwym w pozycji uprzywilejowanej nie dopuszczając rozwiązania, które przynosi określone poniżej korzyści, co powoduje, że dopuszczenie wnioskowanego przez Odwołującego rozwiązania może być uznane za korzystniejsze niż opisane przez Zamawiającego.

W szczególności rozwiązanie takie pozwala na zmniejszenie bazy wózka pośredniego i wydłużenie żywotności zestawów kołowych. Ponadto rozwiązanie opisywane przez Odwołującego pozwala na niwelowanie nieliniowości pudel względem siebie co znacząco zwiększa komfort podróży pasażerów. Mniejsza liczba poduszek pozwala ponadto na optymalizację kosztów serwisowania pojazdów, istotne zwiększenie bezpieczeństwa, uproszczoną regulację sprężyn pneumatycznych wynikającą z mniejszej liczby zaworów poziomujących oraz zmniejszenie masy całego pojazdu, co bezpośrednio przekłada się na zmniejszenie zużycia paliwa podczas eksploatacji pojazdów. Obydwa rozwiązania są tak samo funkcjonalne, ponieważ zapewniają podparcie pudła podjazdu na wózkach oraz podlegają tym samym wymaganiom technicznym określonym w normach kolejowych. Spełniają też pozostałe wymogi Zamawiającego wskazane w SIWZ w zakresie funkcjonalności wózków.

Z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika stanowisko, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał uzasadnione potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji, ani równego traktowania Wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu poprzez opis przedmiotu zamówienia doszło jednak do takiego naruszenia.

- 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 (zarzut 3 i 4)

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;