



URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA PODKARPACKIEGO
w Rzeszowie

OR.IV.272.1.48.2019

Rzeszów 2020-02-04

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 „Świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich organizowanych przez Województwo Podkarpackie oraz w ramach Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej” (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 243-597445 z dnia 17.12.2019 r.), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Jednocześnie wzywam do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z up. Zarządu Województwa Podkarpackiego


Lesław Majkut
SEKRETARZ WOJEWÓDZTWA
Dyrektor Departamentu
Organizacyjno - Prawnego



Warszawa, dnia 3 lutego 2020 r.



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

ODWOŁANIE

na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych
(Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej „Pzp”)

Zamawiający:

Województwo Podkarpackie w Rzeszowie
Al. Łukasza Ciepłińskiego 4, 35-010 Rzeszów
Sławomir Chmiel, tel. 17 860 67 55, fax 17 850 17 61
ePUAP <https://epuap.gov.pl/wps/portal>
e-mail: s.chmiel@podkarpackie.pl
Tomasz Jarecki, tel. 17 850 17 00 00, fax 17 850 17 01
ePUAP <https://epuap.gov.pl/wps/portal>
e-mail: administracja@podkarpackie.pl
Internet: <http://www.bip.podkarpackie.pl>

Odwołujący:

POLREGIO sp. z o.o.
(dawniej "Przewozy Regionalne" sp. z o.o.)
ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa
Agata Szewczyk, tel. 695 310 061
e-mail agata.szewczyk@p-r.com.pl

Ogłoszenie o zamówieniu zostało wysłane w dniu 12 grudnia 2019 r. i opublikowane w dniu 17 grudnia 2019 r. w DUUE 2019/S 243- 597445.

Przedmiot zamówienia:

**Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych wojewódzkich przewozów pasażerskich organizowanych przez Województwo Podkarpackie oraz w ramach Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej w okresie od 1.01.2021 r. do 31.12.2025 r. – w podziale na zadanie nr 1 i zadanie nr 2.
(Numer referencyjny: OR-IV.272.1.48.2019).**

Zarzuty:

Wykonawca POLREGIO sp. z o.o. (dalej także: „Odwołujący” lub „PR”) zarzuca naruszenie przez Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Świadczenie usług publicznych w zakresie kolejowych przewozów pasażerskich organizowanych przez Województwo Podkarpackie oraz w ramach Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej; numer referencyjny: OR-IV.272.1.48.2019 – zwanym dalej „Postępowaniem” zasad udzielania zamówień publicznych przez naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego poprzez niezgodne z zasadami określonymi Prawem zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego określenie wymagań, przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia, w szczególności związane z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, proporcjonalności oraz naruszeniem zasady swobody umów.

Wykonawca zarzuca Zamawiającemu, iż ten naruszył następujące przepisy Pzp i Kc:

- 1) art. 29 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż: „*Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*”, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a stąd taki, który utrudnia zrozumienie intencji i wymagań Zamawiającego oraz powoduje brak możliwości ustalenia jego jednoznacznego zakresu i parametrów, które ma spełniać, a tym samym należyte przygotowanie oferty (dotyczy postanowień Załączników nr 2.1. (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dotyczący przewozów wojewódzkich i międzywojewódzkich, tj. Przewozów Regionalnych (SOPZ PR) i 2.2. (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dotyczący Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej (SOPZ PKA) do SIWZ w związku z postanowieniami Załączników nr 14a do Umowy (Wykaz pojazdów kolejowych stanowiących własność Województwa Podkarpackiego wraz z zasadami ich udostępniania w ramach przewozów wojewódzkich) i nr 14b do Umowy (Wykaz pojazdów kolejowych stanowiących własność Województwa Podkarpackiego wraz z zasadami ich udostępniania w ramach PKA);
- 2) art. 29 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż: „*Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*”; poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny, zawierający wymagania, które w sposób obiektywnie nieuzasadniony ograniczają dostęp Wykonawcy do postępowania, w szczególności poprzez - odpowiednio:
 - a) brak możliwości ustalenia jednoznacznego zakresu i parametrów przedmiotu zamówienia, które ma spełniać składana oferta,
 - b) utrudnienie zrozumienia intencji i wymagań Zamawiającego przez Wykonawcę,

- c) określenie wymagań w ramach opisu przedmiotu zamówienia, których spełnienie jest dla Odwołującego obarczone nieuzasadnionymi ryzykami i trudnościami w ich spełnieniu, w tym technicznymi lub ekonomicznymi
- a tym samym złożenie oferty albo, co najmniej, należyte przygotowanie oferty (dotyczy postanowień Załączników nr 2.1. (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dotyczący przewozów wojewódzkich i międzywojewódzkich, tj. Przewozów Regionalnych (SOPZ PR) i 2.2. (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dotyczący Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej (SOPZ PKA) do SIWZ w związku z postanowieniami Załączników nr 14a do Umowy (Wykaz pojazdów kolejowych stanowiących własność Województwa Podkarpackiego wraz z zasadami ich udostępniania w ramach przewozów wojewódzkich) i nr 14b do Umowy (Wykaz pojazdów kolejowych stanowiących własność Województwa Podkarpackiego wraz z zasadami ich udostępniania w ramach PKA);
- 3) **art. 353¹ Kc**, który stanowi, że: „*Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*” w zw. z **art. 5 Kc** o treści: „*Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*” w zw. z **art. 139 ust. 1 Pzp** w brzmieniu: „*Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*” poprzez określenie w załącznikach 14a i 14b do Projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) postanowień uniemożliwiających prawidłowe dokonanie kalkulacji Rekompensaty PR i Rekompensaty PKA (ustalenie ceny oferty);
- 4) **art. 7 ust. 1 Pzp**, w świetle którego: „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*”; poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, w szczególności ze względu na wskazane powyżej naruszenia.

Wnioski co do rozstrzygnięcia:

Odwołujący wnosi o zmianę wadliwych prawnie, a w szczególności nieuzasadnionych, nieprecyzyjnych, nieproporcjonalnych i dyskryminujących postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i warunków realizacji zamówienia (zawartych w SIWZ i Załącznika nr 4 i załączników 14a i 14b do tego Załącznika), tj.:

- poprzez wprowadzenie zmian określonych w treści uzasadnienia (w tym odpowiednio: modyfikację lub uzupełnienie o określone zapisy),

a ponadto o:

- zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092) oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Interes w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia. Warunki określone przez Zamawiającego zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) uniemożliwiają złożenie oferty albo, co najmniej, konkurencyjnej oferty. Odwołujący ma prawo uczestniczyć w postępowaniu na równych i konkurencyjnych zasadach. Dopuszczenie do prowadzenia postępowania na aktualnie określonych zasadach istotnie zagraża interesowi Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i może przesądzić o pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraża go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia i wynikającego stąd przychodu. Odwołujący ma, zatem interes we wniesieniu odwołania.

Takie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. (Sygn. akt KIO 1519/15), w którym Izba stwierdziła: *„Uprawnienie do odwołania od treści SIWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia oraz sama deklaracja, że jest się zainteresowanym uzyskaniem zamówienia.”*

Uzasadnienie dochowania terminu wniesienia odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu (przetarg nieograniczony) zostało wysłane w dniu 12 grudnia 2019 r. i opublikowane w dniu 17 grudnia 2019 r. w DUUE 2019/S 243- 597445.

W dniu 22 stycznia 2020 r. Zamawiający opublikował zmiany do SIWZ, które naruszają wskazane na wstępie przepisy i interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Wobec powyższego wniesienie odwołania dnia 3 lutego 2020 r. należy uznać za dokonane z zachowaniem 10-dniowego terminu.

Uzasadnienie zarzutów i wniosków:

Publikacja zmian do SIWZ, które naruszają wskazane na wstępie przepisy i interes Odwołującego miała miejsce w konsekwencji uwzględnienia w całości przez Zamawiającego w dniu 9 stycznia 2020 r. (Nr OR-IV.272.1.48.2019) odwołania

wniesionego przez "Przewozy Regionalne" sp. z o.o., (Obecnie: POLREGIO sp. z o.o.) ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa (KIO 2652/19). Uwzględniając odwołanie Zamawiający stwierdził, że zweryfikuje zapisy SIWZ zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Formułując zarzuty odwołania z 27 grudnia 2019 r. (w tym naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp) odwołujący wskazał już wtedy m.in. na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a stąd taki, który utrudnia zrozumienie intencji i wymagań Zamawiającego oraz powoduje brak możliwości ustalenia jego jednoznacznego zakresu i parametrów, które ma spełniać, a tym samym należyte przygotowanie oferty określenie wymagań w ramach opisu przedmiotu zamówienia, których spełnienie jest dla Odwołującego niemożliwe albo obarczone nieuzasadnionymi rydzykami i trudnościami w ich spełnieniu.

Dowód: kopia odwołania z dnia 27 grudnia 2019 r. (sprawa sygn. akt. KIO 2652/19).

Uwzględnienie odwołania i deklaracja Zamawiającego zapisów SIWZ zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, miała doprowadzić do takiego sprecyzowania warunków postępowania, aby było możliwe złożenie rzetelnej i konkurencyjnej oferty.

Opublikowane w dniu 22 stycznia 2020 r. zmiany do SIWZ dokonane przez Zamawiającego nie są jednak zgodne z ww. deklaracją z powodów wykazanych w uzasadnieniu odwołania.

Z tego powodu uzasadnione i konieczne jest wniesienie ponownego odwołania.

Jednocześnie Odwołujący zaznacza, że w zaistniałym stanie faktycznym, w świetle sformułowanych zarzutów i uzasadnienia odwołania, nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 pkt 3 – 5 Pzp, tj.:

- 2) *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:*
- 3) *odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;*
- 4) *odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;*
- 5) *odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;*

W odwołaniu z dnia 27 grudnia 2019 r. Odwołujący wskazał m.in., że:

„W odniesieniu do Załącznika Nr 4 do SIWZ (Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego), zwanego również dalej „umową”, a w tym załączników do tego Załącznika należy zauważyć, że:

- 1) (...);

- 2) (...);
 - 3) (...);
 - 4) *Wnosimy o uzupełnienie treści Załącznika nr 17 oraz Załącznika 1+A i 1+B, w tym o szczegółowe warunki udostępnienia środków transportu Zamawiającego, zgodnie z deklaracją zamieszczoną w Załącznikach nr 2.1 oraz 2.2 do SIWZ. Brak treści powyższych Załączników uniemożliwia prawidłowe wyliczenie ceny oferty.*
- (...).

Wniosek:

Wyjaśnienie i doprecyzowanie wymienionych powyżej zagadnień. Ponadto, w umowie nie określono także klauzul waloryzacyjnych wymaganych w art. 142 ust. 5 Pzp. Należy zgodnie z przepisami ustawy uzupełnić umowę to tę klauzulę.”

W Załącznikach nr 2.1 i nr 2.2. do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (odpowiednio SOPZ PR i SOPZ PKA) Zamawiający w Rozdziałach II wskazał, że szczegółowe warunki udostępniania środków transportu Zamawiającego określa załącznik nr 14 do Umowy. Wyjaśnia przy tym, że wskazane tam odpowiednio pojazdy (tabela Lp. 11 – 27 w Załączniku nr 2.1. i tabela Lp. 1 – 10 w Załączniku nr 2.2.) objęte są usługą serwisowo-utrzymaniowo-naprawczą (w Załączniku nr 2.1. w szczególności ust. 4 i 6 i w Załączniku nr 2.2. w szczególności ust. 5 i 7).

Jednocześnie w Rozdziale IV Załączników 2.1. i 2.2. do SIWZ Zamawiający stwierdził, że:

Rozdział IV: Finansowanie usługi użyteczności publicznej.

1. Wykonawcy/Operatorowi za realizację przedmiotu zamówienia przysługuje rekompensata zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt. 2 lit. c oraz art. 52 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 roku o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2018, poz. 2016 ze zm.) wyliczona zgodnie z Załącznikiem do Rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Kwota rozsądnego zysku nie może przekroczyć 5% wykazanej przez Wykonawcę (Operatora) straty z tytułu wykonywania usługi publicznej w okresie realizacji przedmiotu zamówienia.

2. Cenę ofertową stanowi kwota rekompensaty w okresie obowiązywania umowy.

Jednocześnie w dalszych ustępach tego rozdziału Zamawiający stwierdził, że przy kalkulowaniu ceny oferty Wykonawca (Operator) winien uwzględnić wszystkie koszty poniesione w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, przy czym w Załączniku nr 2.1. do SIWZ w ust.3 wymienionego Rozdziału IV, Zamawiający stwierdził, że:

„3. Ponadto Wykonawca/Operator zobowiązany będzie podać w ofercie szacunkowy koszt napraw pojazdów kolejowych przeznaczonych do przewozów pasażerskich objętych przedmiotem zamówienia. Powstałe koszty związane z naprawą pojazdów kolejowych. Powyższe dotyczy pojazdów wykonawcy oraz pojazdów Organizatora nieobjętych usługą serwisowo - utrzymaniowo – naprawczą.”

Jednocześnie w § 7 ust. 1 Załącznika nr 14a Załącznika do Umowy Zamawiający stwierdził, że:

1. *Pojazdy, o których mowa w § 1 tabela nr 1 poz. 11 – 12, 14 – 16 oraz 19 – 27 objęte są usługą serwisowo-utrzymaniowo-naprawczą wykonywaną przez Dostawcę pojazdów od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego do dnia włączenia pojazdu do eksploatacji po wykonaniu naprawy okresowej P4.*

W § 7 ust. 1 Załącznika nr 14b Załącznika do Umowy Zamawiający stwierdził, że:

1. *Pojazdy, o których mowa w § 1 tabela nr 1 objęte są usługą serwisowo-utrzymaniowo-naprawczą wykonywaną przez Dostawcę pojazdów od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego do dnia włączenia pojazdu do eksploatacji po wykonaniu naprawy okresowej P4.*

Ponadto, w ust. 2 pkt 2 w § 7 Załączników nr 14a i 14b do Umowy Zamawiający stwierdził, że: *W związku z ust. 1 Operator ponosi koszty usług serwisowo-utrzymaniowo-naprawczych wykonywanych przez Producentów pojazdów (Załącznik 14a) / Dostawców pojazdów (Załącznik nr 14b).*

W świetle powyższych postanowień, Odwołujący, jako potencjalny Wykonawca (Operator) zobowiązany będzie do zapłaty za usługi serwisowo-utrzymaniowo-naprawcze, w sytuacji, gdy usługa ta wykonywana jest przez Dostawcę pojazdów wybranego uprzednio przez Zamawiającego (Organizatora).

Co więcej z zacytowanego postanowienia wynika dla Odwołującego, który także jest zamawiającym w rozumieniu Pzp, obowiązek nabywania usług serwisowo-utrzymaniowo-naprawczych u Dostawców pojazdów po negocjacjach z jednym tylko wykonawcą, którym jest Dostawca pojazdów, stawiając Odwołującego w trudnej sytuacji prawnej (ze względu na konieczność wykazania spełniania co najmniej jednej z przesłanek zamówienia z wolnej ręki, określonych w art. 67 Pzp) i jeszcze trudniejszej sytuacji finansowej, ze względu na przymus negocjacyjny z Dostawcą pojazdów, z którym Odwołujący, jako potencjalny Wykonawca (Operator) będzie musiał negocjować aż do zawarcia umowy, niezależnie od kosztów.

Wniosek:

Należy wykreślić pkt 2 w ust. 2 § 7 w Załącznikach nr 14a i 14b do Umowy.

Jednocześnie postanowienia SIWZ nie przewidują żadnego dostępu do dokumentacji pojazdów (DSU – Dokumentacja Systemu Utrzymania pojazdu i DTR – Dokumentacja Techniczna Ruchowa) do dnia złożenia oferty. Nie ma, zatem żadnej możliwości skalkulowania kosztów w tym zakresie. Konieczne jest zatem podanie informacji umożliwiających kalkulację tych kosztów. W §§ 3 ust. 2 Załączników nr 14a i 14b wymaga się dokonywania przeglądów na poziomie wynikającym z DSU i użytkowania zgodnie z DTR (§§ 6 ust. 2 Załączników nr 14a i 14b)

Wniosek:

Należy w Załącznikach nr 14a i 14b do umowy odrębnie dla każdego pojazdu oddawanego do dyspozycji Wykonawcy:

- 1) określić cykle utrzymaniowo-naprawcze pojazdu, tj. czas i liczbę przejechanych kilometrów (motogodzin), po których pojazd podlega konieczności realizacji danego poziomu utrzymania zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania danego pojazdu;
- 2) wskazać zakres czynności wymaganych Dokumentacją Systemu Utrzymania i Dokumentacją Techniczno-Ruchową dla każdego poziomu utrzymania, w tym wykaz podzespołów, części podlegających obligatoryjnej wymianie lub naprawie, jak również wymianie lub naprawie zależnej od stanu zużycia (wraz ze wskazaniem parametrów granicznych);
- 3) podać inne istotne wymagania wpływające na koszt realizacji usług utrzymaniowych i naprawczych;
- 4) wyrazić zgodę na użycie przekazanych dokumentów pojazdów (DSU i DTR0 lub wybranych ich treści, w celu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia na wykonawstwo usług czynności przeglądowo naprawczych, które Operator będzie zlecał pomiotom zewnętrznym zgodnie z Pzp

W § 7 ust. 5 Załącznika 14a do Umowy (Załącznika nr 4 do SIWZ), określono obowiązki Wykonawcy (Operatora) w zakresie rozliczeń dotyczących wykonywania usług serwisowo-utrzymaniowo-naprawczych i przeglądów pojazdów kolejowych. Jednocześnie w § 8 tego dokumentu, nie określono analogicznych zasad w stosunku do wymienionych tam pojazdów nieobjętych usługą serwisowo-utrzymaniowo-naprawczą, w sytuacji, gdzie jest to konieczne dla prawidłowości realizacji umowy. Podkreślenia przy tym wymaga, że zgodnie z § 8 ust. 2 Załącznika nr 14a Operator zobowiązany jest ponosić koszty organizacji i przeprowadzania napraw, koszty bieżącego utrzymania, określonych w pkt 1-5 tego ustępu, w szczególności przeglądów kontrolnych i napraw na poziomach Pq, P2, P3 i napraw okresowych wynikających z DSU, a także napraw nie objętych serwisem producenta. Jednocześnie w ust. 1, w odniesieniu do tabeli nr 1 po.z 1-10, 13 oraz 17-18 wskazuje się, że pojazdy te nie są objęte usługą serwisowo-utrzymaniowo-naprawczą przez Wykonawcę. Pojęcie to nie zostało nigdzie zdefiniowane i wskazuje – poprzez porównanie brzmienia § 7 ust. 1 i treści Tabeli nr 1 na Dostawcę pojazdów.

Podkreślenia przy tym wymaga, że w § 7 ust. 5 pkt 2 lit. a tiret 1 i 2 nakazują przedłożenie, jako dokumenty rozliczeniowe: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w sytuacji, gdy sam Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę (Operatora) do zawarcia umowy z Dostawcą pojazdów w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Wniosek:

Należy usunąć postanowienie § 7 ust. 5 pkt 2 lit. a tiret 2 Załącznika nr 14a. Należy dodać w § 8 analogiczne postanowienia jak w § 7 ust. 5 Załącznika nr 14a do Umowy.

W świetle powyższego nie jest możliwe spełnienie postanowień Preambuły 1.2. Umowy

(Załącznika nr 4) i wykonywanie usług kolejowych przewozów pasażerskich z jednoczesnym zapewnieniem optymalnego wykorzystania przeznaczonych na ten cel środków publicznych. Co więcej, w pkt 3.6.6. Załącznika nr 4 do SIWZ wskazuje się na to na to, że koszty związane z taboru do świadczenia Przewozów zostaną uwzględnione przy wyliczaniu wielkości Rekompensat (nie ma jednak możliwości ich rzetelnego wyliczenia). Dodatkowo w Załącznikach nr 7a i 7b określających zasady i sposób obliczania Rekompensaty w ramach PR i PKA (ceny usług) w pkt 2.1.7 nakazuje się uwzględnienie kosztów taboru a w tym m.in. utrzymania i eksploatacji taboru. Wobec braku tak podstawowych danych nie ma także możliwości rzetelnego wykonywania postanowień umowy bez narażenia się na odpowiedzialność z tytułu nienależytego wykonania umowy, w tym kar umownych.

Aktualny opis przedmiotu zamówienia i postanowienia projektu Umowy (Załącznika nr 4 do SIWZ) uniemożliwia złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Należy też uznać, że narusza art. 353¹ Kc w zw. z art. 5 Kc poprzez nadużycie zasady swobody umów określone w załącznikach 14a i 14b do Projektu umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) postanowia uniemożliwiające prawidłowe dokonanie kalkulacji Rekompensaty PR i Rekompensaty PKA (ustalenie ceny oferty).

Zgodnie z art. 39 Pzp:

Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

W sprawie KIO 1807/14, w wyroku z dnia 24 września 2014 r. wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że:

Ewentualne naruszenie art. 39 p.z.p. mogłoby polegać wyłącznie na niezrealizowaniu określonych tym przepisem cech trybu przetargu nieograniczonego, tj. pełnej otwartości i konkurencyjności.

Naruszanie zasad określonych art. 7 stanowi zarzut towarzyszący naruszeniem innych przepisów Pzp w toku postępowania. Orzecznictwo wskazuje, że naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców są najczęstszą przyczyną odwołań. „Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p., wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert.(...) - wyrok KIO z 11.01.2011 r., KIO/UZP 2824/10, LEX nr 70766.

Poprzez wykazane w odwołaniu wadliwe zapisy w SIWZ i załącznikach do niej prowadzony przetarg nieograniczony utracił walor postępowania prowadzonego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasada proporcjonalności przewidziana jest przez dyrektywy regulujące zagadnienia zamówień publicznych (niezależnie od tego, że została wprowadzona wprost do Pzp w trakcie

ostatniej nowelizacji). W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2016 r. (Sygn. akt KIO 786/16), Izba stwierdziła, że:

„Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania.”.

Wnosząc odwołanie oraz po zaprezentowaniu zarzutów, wniosków oraz uzasadnienia należy stwierdzić, że doszło do naruszenia wskazanych przepisów oraz zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w sposób, który ma wpływ na wynik postępowania oraz naruszający interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

W świetle tych okoliczności Odwołujący POLREGIO sp. z o.o. w Warszawie, wnosi jak na wstępie.

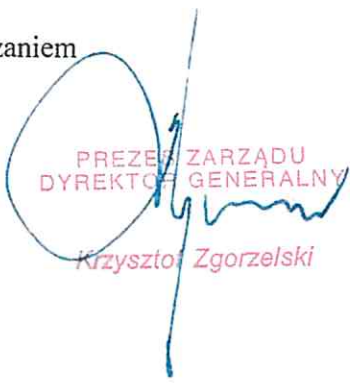
Odwołujący wniósł wpis w wymaganym terminie i wysokości oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

Z poważaniem



CZŁONEK ZARZĄDU
DYREKTOR HANDLOWY

Anna Lenarczyk



PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR GENERALNY

Krzysztof Zgorzelski

Załączniki:

1. Dowód opłacenia wpisu w wymaganej wysokości
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
3. Odpis KRS Odwołującego
4. Kopia odwołania z dnia 27 grudnia 2019 r. (sprawa sygn. akt KIO 2652/19)