

Bogusław Łoboda
Dyrektor
T (17) 711 13 00
boguslaw.loboda@p-r.com.pl



POLREGIO sp. z o.o.
Podkarpacki Zakład w Rzeszowie
ul. Obszar Kolei 1
35-201 Rzeszów

Nr pisma: PRTLb-073-23/2020
Sprawę prowadzi:
Patrycja Solarczyk
T 667 801 740

Rzeszów, 5 czerwca 2020 r.

**Wykonawcy postępowania
Nr PRTLb 251-02/2020**

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych przesyłam kopie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022”, zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 100-242682 z dnia 25 maja 2020 roku.

Jednocześnie wzywam do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

DYREKTOR

Bogusław Łoboda

Warszawa, dnia 4 czerwca 2020 r.

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

Wnoszący odwołanie (Odwołujący):

Konsorcjum Firm:

Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k.

ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon

e-mail: sps@serwis-mieczkowski.pl

tel.: 604 295 386, 52 326 70 17

działające przez pełnomocnika:

r.pr. Marka Lubienieckiego

r.pr. Macieja Maciejewskiego

r.pr. Ewę Łuszczewską

Kancelaria Zamówień Publicznych Sp. z o.o.

adres do korespondencji:

ul. Biała 3 lok. 53

00-895 Warszawa

e-mail: kancelariazp@kancelariazp.pl

Zamawiający:

POLREGIO sp. z o. o.

ul. Kolejowa 1, 01-217 Warszawa

Podkarpacki Zakład w Rzeszowie

ul. Obszar Kolei 1, 35-201 Rzeszów

tel.: 17 711 13 00

e-mail: sekretariat.rzeszow@p-r.com.pl,

patrycja.solarczyk@p-r.com.pl

komunikacji z Zamawiającym za pośrednictwem platformy Open Nexus pod adresem: <https://platformazakupowa.pl>

Strona internetowa, na której zostało opublikowane Ogłoszenie: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/347346>

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 100-242682 w dniu 25 maja 2020 r.

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp na „**Wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022**”, znak postępowania: **PRTLb-251-02/2020**, zwanym dalej „**Postępowaniem**”.

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej „**Ustawą**” lub „**ustawą Pzp**” lub „**uPzp**”, niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia

o zamówieniu opublikowanego w dniu 25 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym UE (dalej również: „**Ogłoszenia o zamówieniu**”) oraz Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „**SIWZ**”) opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 25 maja 2020 r., dotyczących warunków udziału w Postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności treści wzoru umowy, w zakresie szczegółowo omówionym w treści niniejszego odwołania.

Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu przepisu **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. **art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp** poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w Postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu poprzez postawienie wymogu, aby usługi określone w treści ww. warunku zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134.
2. **art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010), zwanej dalej: „Uznk”**, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności ze względu na ustalenie treści:
 - 1) § 4 ust. 2 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ w zw. z postanowieniami Załącznika nr 10 do Wzoru umowy - warunki gwarancji producenta na pojeździe,
 - 2) § 4 ust. 8 Wzoru umowy,
 - 3) § 5 ust. 13 Wzoru umowy,
 - 4) § 5 ust. 14 Wzoru umowy,
 - 5) § 5 ust. 15 Wzoru umowy w zw. § 3 ust. 11 Wzoru umowy (wewnętrzna sprzeczność ww. postanowień sprawiających niejednoznaczność Wzoru umowy),- nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, a ponadto wskazujące na konkretnego wykonawcę usług i stawiające tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji na etapie składania ofert, co będzie skutkowało nieporównywalnością złożonych ofert i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Żądania

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób: „Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania

- PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 miliony złotych brutto.”,
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień § 4 ust. 2, § 4 ust. 8, § 5 ust. 13 oraz § 5 ust. 15 Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniom następującej treści:
- § 4 ust. 2 Wzoru umowy „Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sa134-022”,
 - § 4 ust. 8 Wzoru umowy „Wykonawca może ponosić odpowiedzialność w zakresie wykonanej usługi, objętej przedmiotem niniejszej Umowy.”,
 - § 5 ust. 13 Wzoru umowy „Zamawiający ma prawo potrącić **bezporną** wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”,
 - § 5 ust. 15 Wzoru umowy „Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru, zakresu lub kosztów realizacji przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem postanowienia § 3 ust. 11 Umowy”.

Interes

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Interes Odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż wymogi stawiane przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ ograniczają w sposób bezpodstawny możliwość Odwołującego (oraz wykonawców innych niż producent pojazdów) złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w treści odwołania oraz ewentualnego uchylecia czynności i zaniechań Zamawiającego oraz zmiany treści ogłoszenia oraz SIWZ, w tym Wzoru umowy, Odwołujący ma szansę złożyć ofertę w Postępowaniu i potencjalnie je wygrać, uzyskując przedmiotowe zamówienie. Wskutek niezgodnych z przepisami działań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż w obecnym brzmieniu wymogów, nie ma on szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Szkodą po stronie wykonawców oraz Odwołującego jest nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego uniemożliwienie złożenia oferty, co prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej również zwanej: „KIO” lub „Izba”), „krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy

dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczającą jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić" (zob. m. in. wyrok KIO z dnia 17 maja 2018 r., KIO 829/18).

Określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień ogłoszenia i SIWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia (tak KIO w wyr. z dn. 18.09.2017 r., KIO 1776/17). Powyższe niezbicie świadczy o tym, że Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania i wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Termin

W dniu 25 maja 2020 r. w DUUE opublikowano pod nr 2020/S 100-242682 ogłoszenie o zamówieniu. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego opublikowano SIWZ. Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 4 czerwca 2020 r., co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 Ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia organizowanego w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022. Odwołujący, wnosząc niniejsze odwołanie, z całą stanowczością podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego czynności i zaniechań, wskazując co następuje.

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż

2 miliony złotych brutto. Zamawiający wymaga, aby w/w usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134”.

Odwolujący wskazuje, że o ile pierwsza część treści ww. warunku może być uzasadniona obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, to już ostatnie zdanie warunku znacząco ogranicza konkurencyjność przedmiotowego Postępowania. Zamawiający wymaga bowiem aby usługi objęte warunkiem zostały zrealizowane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134. Powyższe postanowienie znacząco ogranicza krąg podmiotów mogących wziąć udział w Postępowaniu autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134.

Odwolujący podkreśla, że Zamawiający w treści Załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do Wzoru umowy zamieścił zakres prac jakimi będzie objęty przedmiot zamówienia. Na podstawie powyższego Opisu przedmiotu zamówienia zarówno Zamawiający jak i biorący udział w Postępowaniu wykonawcy mogą ustalić jakiego doświadczenia w zakresie napraw autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 Zamawiający wymagał w ramach warunku udziału określonego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie należy podkreślić, że na zakres prac w ramach napraw czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022 nie ma wpływu czy są one realizowane w trakcie obowiązywania gwarancji producenta, czy po zakończeniu jej okresu. W obu przypadkach zakres prac czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022 będzie taki sam, w związku z czym również doświadczenie wymagane na podstawie warunku udziału określonego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu będzie zależne od zakresu prac określonych w Opisie przedmiotu zamówienia i nie będzie mieć znaczenia czy ww. doświadczenie zostało nabyte w trakcie obowiązywania gwarancji producenta czy też nie.

Wykonanie napraw w trakcie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów ma jedynie to znaczenie, że mogą one być wykonane przez producenta w ramach udzielonej wcześniej na te pojazdy gwarancji producenta. Należy przy tym wskazać, że wykonawca realizujący naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022 udziela własnej gwarancji w zakresie prac wykonanych w ramach ww. usługi. Zamawiający nie ponosi więc ryzyka braku uzyskania gwarancji na elementy objęte zakresem prac w ramach usługi naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022.

Należy więc podkreślić, że warunek posiadania doświadczenia przy realizacji napraw czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022 w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 nie jest podyktowany obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, zatem został ustalony w sposób nieproporcjonalny, nadmierny wobec treści Opisu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym doszło do opisanego warunku udziału w sposób ograniczający uczciwą konkurencję poprzez znaczne ograniczenie kręgu wykonawców mogących wziąć udział w przedmiotowym Postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r. o sygnaturze II GSK 2633/15, „*prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między*

interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych”.

W myśl art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W szczególności Zamawiający winien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględnić specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania. Powyższe podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r. o sygnaturze KIO 2219/17; KIO 2228/17; KIO 2232/17; KIO 2234/17.

Z kolei zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 czerwca 2017 r. (KIO 1081/17; KIO 1084/17; KIO 1091/17): „*ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmię jego prawidłowej realizacji”.* Ponadto za wyrokiem KIO 632/11 wskazać należy, że „*zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, a tym samym na bardziej efektywne wydatkowanie publicznych środków finansowych”.*

W wyroku z dnia 22 marca 2016 r., KIO 327/16, Izba wskazała, że: „*Nadmierne podmiotowe wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Adekwatność opisu do przedmiotu zamówienia musi polegać na dostosowaniu kryteriów oceny do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Wymóg proporcjonalności nakazuje ustalenie, w jakim stosunku poziom warunku udziału musi pozostawać wobec przedmiotu zamówienia, aby zapewnić prawidłowy wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. (...) Nieproporcjonalność warunku udziału w postępowaniu zachodzi wówczas, gdy warunek zostanie ustalony w sposób nadmierny lub niewystarczający w stosunku*

do konieczności zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, uwzględniając stopień skomplikowania, specyfikę, charakter, zakres i wartość przedmiotu zamówienia”.

Należy również podnieść, że zgodnie z wyrokiem KIO z 26 kwietnia 2011 r. (sygn. akt: 752/11) z naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy mamy bowiem niewątpliwie do czynienia w sytuacji, gdy **Zamawiający określa w SIWZ wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie jest uzależnione wyłącznie od woli innego podmiotu (innego wykonawcy), a nie od czynników obiektywnych, co stawia zarazem tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych, a jednocześnie ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców.** Wskazać należy, że opisując przedmiot zamówienia Zamawiający ma możliwość uwzględnienia swoich uzasadnionych i obiektywnych potrzeb, jednak prawo to nie może być wyrażone w sposób, który prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, że przy dokonaniu opisu warunku udziału określonego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu doszło również do naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią powyższego przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Z powyższymi obowiązkami mamy również do czynienia gdy Zamawiający nie wskazał wprost na konkretny podmiot, ale z treści warunku da się z łatwością wywnioskować o jaki podmiot mu chodziło. Zamawiający precyzując wymóg z ostatniego zdania warunku udziału określonego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu dopuścił się opisanie warunku w sposób prowadzący do uprzywilejowania producenta pojazdów z jednoczesną eliminacją innych wykonawców mogących wziąć udział w Postępowaniu. Jednocześnie postawienie powyższego wymogu nie było podyktowane specyfiką zamówienia (obowiązek wykonania napraw czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 w okresie gwarancji producenta nie wpływa na poziom doświadczenia nabytego w trakcie wykonywania ww. napraw poza okresem gwarancji producenta) oraz nie wskazał na jakich zasadach dopuścił rozwiązania równoważne. W okolicznościach sprawy doszło zatem również do naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując, obecna treść warunku udziału w Postępowaniu określona w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) Ogłoszenia o zamówieniu w sposób nieuzasadniony narusza przepisy art. 22 ust. 1a w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w Postępowaniu w sposób, który znacząco utrudnia udział w Postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia oraz wskazuje na dostarczenie rozwiązań konkretnych podmiotów.

W związku z powyższym zasadny będzie wniosek Odwołującego o dokonanie zmiany warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w § 6 ust. 2 SIWZ oraz sekcji III pkt III.1.3) poprzez ustalenie treści ww. warunku w następujący sposób:

„Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania - PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U.2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 miliony złotych brutto”.

2. Naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 Uznk

Odwolujący wskazuje, że również pozostała treść postanowień SIWZ, a zwłaszcza postanowień Wzoru umowy wskazują na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, stawiający w uprzywilejowanej pozycji producenta pojazdów – ZNTK.

1) Niezgodne z przepisami opisanie postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy w zw. z postanowieniami Załącznika nr 10 do Wzoru umowy – Karty gwarancyjnej.

W treści postanowienia § 4 ust. 2 Wzoru umowy Zamawiający przewidział, że: „w sytuacji utraty gwarancji producenta pojazdu w okresie obowiązywania gwarancji na skutek realizacji Umowy Wykonawca przyjmie na siebie prawa i obowiązki wynikające z gwarancji producenta, o których mowa w ust. 1 <tj. uprawnienia wynikające z Karty gwarancyjnej stanowiącej załącznik do przyszłej umowy; obowiązujące do 21 września 2022 r.>”. Odwołujący wskazuje, że tego typu postanowienie przyszłej umowy o realizację zamówienia nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Przedmiotem Postępowania jest udzielenie zamówienia na dokonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022. Dokonywane naprawy będą dotyczyły jedynie określonych w Opisie przedmiotu zamówienia części, zespołów i podzespołów i w tym zakresie wykonawca udzieli gwarancji. Nie ma zatem podstaw, aby wykonawca dokonujący napraw określonych elementów pojazdu przejmował na siebie obowiązki gwarancyjne dotyczące pozostałych części, zespołów i podzespołów pojazdu, które nie były objęte ww. usługami.

Zamawiający powinien zatem ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy wynikającą z § 4 ust. 2 Wzoru umowy wyłącznie do części, podzespołów i zespołów objętych przedmiotem usług, o realizację których toczy się Postępowanie. To w interesie Zamawiającego leży również uzyskanie zgody producenta na realizację usług objętych Postępowaniem przez inny podmiot, przy jednoczesnym zachowaniu uprawnień gwarancyjnych producenta na pozostałe części, podzespoły i zespoły pojazdów. Nie jest natomiast zasadne przeliczenie na nowego wykonawcę całości odpowiedzialności z tytułu obowiązków wynikających z gwarancji udzielonej przez producenta, w tym na części, podzespoły i zespoły nie objętych zakresem napraw czwartego poziomu utrzymania PU4.

Odwolujący wskazuje, że nie tylko ustalone warunki udziału, czy parametry minimalne przedmiotu zamówienia mogą wpływać na nierówne traktowanie wykonawców. Również pozostałe postanowienia SIWZ, a w szczególności postanowienia wzoru przyszłej

umowy mogą wskazywać na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia, a czasem wręcz uniemożliwia uczciwą konkurencję. Powyższe potwierdzają liczne orzeczenia krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 22 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2030/18, w którym Izba orzekła, że: „Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym kształtując treść postanowień umownych, powinien kierować się naczelną zasadą prawa zamówień publicznych, tj. określoną w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powinny mieć negatywnego wpływu na konkurencję pomiędzy wykonawcami poprzez jej ograniczenie czy zakłócenie. Taka sytuacja będzie występować między innymi w przypadku obciążenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego nadmiernym ryzykiem kontraktowym, którego prawidłowe oszacowanie będzie bardzo trudne lub wręcz niemożliwe”.

Natomiast z treści wyroku KIO z dnia 25 lipca 2018 r., KIO 1365/18, wynika, że: „Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony czy też niespójne naruszają art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Odnosi się to również do sformułowania zapisów SIWZ w sposób, który nadmiernie przerzuca ryzyka związane z realizacją zamówienia na wykonawcę, poprzez niedookreślenie przedmiotu zamówienia czy też takie jego sformułowanie, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należyście wywiązać się z zawartej umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu. Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ma zatem prawo do ustalenia istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby zabezpieczały one jego obiektywne i uzasadnione potrzeby, ale potrzeby te nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do rynku i naruszać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji”.

Podobnie w uchwale z dnia 30 lipca 2018 r., KIO/KD 29/18, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że: „Podpisanie przez podmioty publiczne umowy zawierającej postanowienia dotyczące m.in. gwarancji czy praw autorskich, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym należy uznać za niedopuszczalne i naruszające art. 7 ust. 1 p.z.p.”.

Nie ma zatem wątpliwości, że postanowienie § 4 ust. 2 Wzoru umowy zostało określone w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

W powyższym zakresie mogło również dojść do naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 5 i ust. 2 pkt 1 i 2 Uznk, gdyż Zamawiający zawarł z producentem umowę na podstawie której udzielono długoterminowej gwarancji na zasadach, utrudniających w okresie obowiązywania gwarancji producenta wykonywanie usług naprawy i konserwacji pojazdów przez podmioty inne niż producent, pod ryzykiem utraty uprawnień z tytułu gwarancji na pojazdy. Powyższe doprowadziło w konsekwencji do takiego sformułowania postanowień Wzoru umowy o realizację napraw ww. pojazdów, które faworyzują wybór producenta jako podmiot, który zrealizuje naprawy.

2) Niezgodne z przepisami opisanie postanowienia § 4 ust. 8 oraz § 15 ust. 13 i ust. 15 Wzoru umowy.

W treści postanowienia § 4 ust. 8 Wzoru umowy Zamawiający przewidział, że: *„Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność cywilnoprawną za skutki i następstwa wady pojazdu, powstałe w okresie gwarancyjnym lub rękojmi, spowodowanych niewłaściwą jakością wykonanych Usług, w tym zastosowaniem niewłaściwych materiałów (wady materiałowe) j niewłaściwych technologii”.*

Powyższe postanowienie Wzoru umowy stanowi nadużycie Zamawiającego związane z kształtowaniem warunków przyszłej umowy o realizację zamówienia publicznego. Po pierwsze sformułowanie „pełna odpowiedzialność” jest nieprecyzyjne, ponieważ może sugerować również odpowiedzialność z winy umyślnej osoby poszkodowanej, co jest niedopuszczalne na podstawie przepisów Kodeksu Cywilnego. Ponadto, Zamawiający nie może przerzucać na wykonawcę nieograniczonego ryzyka ponoszenia odpowiedzialności cywilnoprawnej związanej ze świadczonymi przez Zamawiającego usługami, zwłaszcza, że powyższe postanowienie pozwalałoby Zamawiającemu na nadużycia przy ustalaniu czy odpowiedzialność cywilnoprawna była spowodowana jakością dokonanych przez wykonawcę napraw, czy nieprawidłową realizacją usług przewozowych przez Zamawiającego.

W treści postanowienia § 5 ust. 13 Wzoru umowy Zamawiający przewidział, że: *„Zamawiający ma prawo potrącić każdą wymagalną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”.*

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienie Wzoru umowy również pozwala na dokonywanie nadużyć po stronie Zamawiającego. Zamawiający nie wprowadza bowiem do umowy mechanizmu pozwalającego wykonawcy na podważenie zasadności wierzytelności przysługujących Zamawiającemu wobec wierzyciela. Jest to o tyle istotne, że w przypadku niezasadnego uczynienia potrącenia wykonawca nie ma możliwości ubiegania się o późniejsze uzyskanie nienależnie potrąconej wierzytelności.

W treści postanowienia § 5 ust. 15 Wzoru umowy Zamawiający przewidział, że: *„Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru, zakresu lub kosztów realizacji przedmiotu Umowy”.*

Odwołujący wskazuje, że powyższe postanowienie jest sprzeczne z treścią postanowienia § 3 ust. 11 Wzoru umowy: *„W przypadku wystąpienia konieczności wykonania prac dodatkowych niewchodzących w zakres przedmiotu umowy o którym mowa w § 1 ust. 1, niezbędna jest weryfikacja tych prac potwierdzona przez Komisarza Odbiorczego. Wykonawca określi zakres prac dodatkowych niewchodzących w zakres przedmiotu umowy, który zostanie wyspecyfikowany w protokole prac dodatkowych. Wykonanie tych prac odbywać się będzie wyłącznie po uzyskaniu zgody Zamawiającego i podpisaniu przez Strony aneksu do niniejszej umowy **w którym zostanie wskazany min. zakres prac dodatkowych, wynagrodzenie za ich wykonanie oraz termin realizacji”.***

Odwołujący podkreśla, że na zachowanie zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu, w tym również opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający równie traktowanie wykonawców, wpływ ma nie tylko wprowadzanie postanowień bezpośrednio faworyzujących określonego wykonawcę lub wykonawców, ale również takie określenie postanowień specyfikacji, które nadmiernie przenosi ryzyko związane z realizacją umowy na wykonawcę. Z naruszeniem powyższych przepisów ustawy Pzp

mamy do czynienia przede wszystkim w przypadku gdy takie nadmierne przenoszenie ryzyka nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Powyższe prowadzi do trudności z prawidłowym opracowaniem oferty i oszacowaniem w ramach ceny ryzyka związanego z realizacją przyszłej umowy. Zasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego potwierdzają w tym przypadku następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) z dnia 22 października 2018 r., KIO 2030/18: „*Obarczanie wykonawcy zbyt dużym ryzykiem kontaktowym nie tylko może się okazać niepożądane w odniesieniu do budżetu zamawiającego, lecz może również prowadzić do naruszenia zawartej w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*”
- 2) z dnia 21 lutego 2017 r., KIO 269/17: „*Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte - nie gwarantujące koniecznego współdziałania zamawiającego, niekompletne, niespójne - naruszają art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. - działają w sposób antykonkurencyjny - zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślony opis przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i poniesie straty na przy jej wykonywaniu. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję.*”
- 3) z dnia 19 grudnia 2016 r., KIO 2280/16: „*Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony*”.

Powyższe postanowienia świadczą zatem o sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i pozwalający na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a następnie wykonawcy realizującego takie zamówienie.

W związku z powyższym Odwołujący zasadnie wnosi o zmianę postanowień § 4 ust. 2, § 4 ust. 8 oraz § 5 ust. 13-15 Wzoru umowy, przez nadanie ww. postanowieniom następującej treści:

- § 4 ust. 2 Wzoru umowy „Wykonawca będzie odpowiadał tylko za zakres prac, który sam wykonał, wynikający z wykonania naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego Sa134-022.”

- § 4 ust. 8 Wzoru umowy „Wykonawca może ponosić odpowiedzialność w zakresie wykonanej usługi, objętej przedmiotem niniejszej Umowy.”

- § 5 ust. 13 Wzoru umowy „Zamawiający ma prawo potrącić bezsporną wierzytelność należną Zamawiającemu od Wykonawcy z kwoty przysługującej Wykonawcy na podstawie Umowy, wynagrodzenia lub z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”

- § 5 ust. 15 Wzoru umowy „Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru, zakresu lub kosztów realizacji przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem postanowienia § 3 ust. 11 Umowy”.

W konsekwencji, niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), kopia dowodu wniesienia wpisu, stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

W imieniu Odwołującego

(podpis osoby upoważnionej)

W załączeniu:

- 1) aktualny odpis z KRS Odwołującego,
- 2) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
- 3) potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania,
- 4) wyciąg ze strony internetowej Zamawiającego o zamieszczeniu Ogłoszenia o zamówienia z dnia 25.05.2020 r.,
- 5) ogłoszenie o zamówieniu z dnia 25.05.2020 r.,
- 6) potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu (w egz. dla KIO).

Pruszcz, dnia 4 czerwca 2020 roku

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

Zamawiający:

Polregio sp. z o.o., Podkarpacki Zakład w Rzeszowie
ul. Obszar Kolei 1, 35-201 Rzeszów
Telefon +48 667801740
e-mail: patrycja.solarczyk@p-r.com.pl
<https://polregio.pl>

Odwołujący:

Dariusz Selka
prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
Selka Dariusz -"SELUCH"
ul. Okrężna 12A
86-120 Pruszcz
NIP 5611107238
e-mail: logistyka@seluch.pl

ODWOŁANIE

dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego SA134-022” (PRTLb-251-02/2020), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.05.2020 roku, nr ogłoszenia 2020/S 100-242682 (dalej: Postępowanie).

I. Działając w imieniu Dariusza Selki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Selka Dariusz -"SELUCH" (dalej: „Odwołujący”) na podstawie art. 180 § 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”) wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w związku ze sformułowaniem przez Zamawiającego nieproporcjonalnych i nieadekwatnych w stosunku do przedmiotu zamówienia warunków udziału w Postępowaniu.

II. Odwołujący dowiedział się o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 25.05.2020 roku, tj. w dniu, w którym opublikowane zostało ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 100-242682. W związku z tym odwołanie niniejsze wniesione jest w ustawowym terminie.

III. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 PZP poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w odniesieniu do zdolności zawodowej („Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania – PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U. 2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto. Zamawiający wymaga, aby ww. usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134.”) w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nie znajdujący uzasadnienia w przedmiocie zamówienia co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz sprzeciwia się zasadzie proporcjonalności i uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym i przygotowanym do jego realizacji;
- 2) art. 7 ust. 1 oraz 140 ust. 1 PZP poprzez nałożenie na wykonawców w § 1 ust. 3 oraz § 4 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ obowiązku przejęcia wszelkich zobowiązań gwarancyjnych na cały autobus szynowy SA134-022 zgodnie z gwarancją udzieloną przez producenta pojazdu, a nie tylko na usługę, której dotyczy Postępowanie;
- 3) art. 43 ust. 2 PZP poprzez wyznaczenie 15-dniowego terminu składania ofert, co prowadzi do naruszenia konkurencji i skraca terminy na zadawanie pytań do treści SIWZ, a w szczególności nie pozwala na rzetelne przygotowanie się wykonawców do złożenia oferty.

Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów PZP może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 PZP, albowiem pozbawia Odwołującego możliwości złożenia konkurencyjnej oferty i w konsekwencji pozbawia Odwołującego możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

IV. Mając na względzie przedstawione powyżej zarzuty Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonanie zmiany warunków udziału w Postępowaniu w ogłoszeniu [Sekcja III.1.3] oraz SIWZ [§ 6 ust. 2] poprzez zastąpienie warunku:

„Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym

okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania – PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U. 2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto. Zamawiający wymaga, aby ww. usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134.”

warunkiem o następującej treści:

„Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania – PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U. 2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 600 000 PLN brutto.”

2. dokonanie zmiany zapisów w ogłoszeniu [Sekcja IV.2.2)] oraz SIWZ [§ 12 ust. 1] poprzez wprowadzenie terminu składania ofert nie krótszego niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
3. dokonanie zmiany § 1 ust. 3 oraz § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ poprzez ich wykreślenie.

V. Odwołujący bez wątpienia jest wykonawcą, który posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów PZP. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem konkurencyjnej oferty w niniejszym Postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest bowiem wykonawcą posiadającym doświadczenie pozwalające na wykonanie przedmiotu zamówienia, m.in. w zakresie wykonywania obsługi technicznej pojazdów spalinowych na poziomach od P1 do P4. Jednak, w związku z zastosowaniem przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z ww. przepisami PZP nieproporcjonalnego i nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia wymogu doświadczenia, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej tak określone warunki udziału w Postępowaniu. Okoliczności te jednoznacznie potwierdzają interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazuje także, że może ponieść szkodę poprzez naruszenie ww. przepisów PZP przez Zamawiającego, albowiem pozbawiony został możliwości złożenia oferty spełniającej wymagania określone w SIWZ. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z prawem oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Pozbawienie możliwości złożenia oferty przez Odwołującego pozbawia go możliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przedstawione powyżej okoliczności jednoznacznie uzasadniają możliwość skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

UZASADNIENIE

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1

(1) W dniu 25.05.2020 roku Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie naprawy czwartego poziomu utrzymania PU4 autobusu szynowego typu 218Md-Mińsk 2, serii SA134, o numerze 022, wraz z pracami niestanowiącymi stałego zakresu prac PU4, o których mowa w Załączniku nr 2 do wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ, jeżeli będą niezbędne do doprowadzenia pojazdu do pełnej sprawności technicznej – zgodnie z dokumentacją systemu utrzymania („DSU”) i dokumentacją techniczno-ruchową pojazdów („DTR”), warunkami technicznymi wykonania i odbioru pojazdu (WTWiO).

W ogłoszeniu [Seksja III.1.3).1] oraz w SIWZ [§ 6 ust. 2 SIWZ] Zamawiający wprowadził warunek udziału w postępowaniu o treści:

„Wykonawca biorący udział w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi przeglądu trzeciego poziomu utrzymania – PU3 (poziom trzeci utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych z dnia 12 października 2005 r. Dz.U. 2016.226 t.j) lub jedną naprawę czwartego poziomu utrzymania PU4 (poziom czwarty utrzymania pojazdów kolejowych o którym mowa w ww. rozporządzeniu) autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”, serii SA134 o wartości łącznej nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto. Zamawiający wymaga, aby ww. usługi zostały wykonane w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2”,serii SA134.”

Zdaniem Odwołującego tak sformułowany warunek narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 PZP, albowiem wymóg doświadczenia w zakresie:

- 1) wartości dwóch przeglądów trzeciego poziomu utrzymania PU3 pojazdu typu 218Md-Mińsk 2 o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto,
oraz

- 2) wykonania wymaganych przez Zamawiającego przeglądów PU3 i PU4 pojazdu typu 218Md-Mińsk 2 w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2” serii SA134,

jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i jako nadmierny narusza zasadę konkurencyjności.

Odwołujący wskazuje, że posiada doświadczenie w wykonywaniu obsługi technicznej pojazdów szynowych, w tym różnych pojazdu typu 218Md-Mińsk 2. Pomimo tego Odwołujący nie jest w stanie złożyć oferty w Postępowaniu, albowiem nie jest w stanie wylegitymować się doświadczeniem w zakresie obsługi dwóch pojazdów typu 218Md-Mińsk 2 o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto na trzecim poziomie utrzymania PU3.

Odwołujący podnosi, że wykonał na rzecz Zamawiającego w ostatnich trzech latach dwie takie usługi na pojazdach SA134-020 oraz SA134-021, jednak ich łączna wartość wynosiła 600 000 PLN brutto. Było to postępowanie przetargowe zorganizowane przez „Przewozy Regionalne” sp. z o.o. Oddział Lubuski (obecnie Polregio Sp. z o.o.), które w zakresie zadania nr 4 obejmowało przegląd PU3.

Dowód:

- SIWZ w postępowaniu nr PRTL-251-01/2019,
- informacja z otwarcia ofert w postępowaniu nr PRTL-251-01/2019,
- informacja z dnia 24.07.2019 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu nr PRTL-251-01/2019 (zadanie nr 4).

Podkreślić należy, że sam Zamawiający w ww. przetargu nieograniczonym oszacował wartość zamówienia (a więc wykonania dwóch przeglądów PU3 na pojazdach SA134-020 oraz SA134-021) na kwotę 1 185 000,00 zł brutto, albowiem tyle przeznaczył na jego realizację.

Wobec powyższego żądane przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu doświadczenie w wykonaniu dwóch przeglądów PU3 o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto jest abstrakcyjne. Koszt pojedynczego przeglądu PU3 autobusu szynowego wynosi około 500 000 – 600 000 PLN brutto. Zatem nie sposób jest rozsądnie oczekiwać, aby wykonawca był w stanie wylegitymować się doświadczeniem w wykonaniu dwóch przeglądów PU3 o wartości 2 000 000 PLN brutto, albowiem ich rynkowa cena stanowi około 25% tej kwoty.

Bez znaczenia są przy tym kwoty wydatkowane dotychczas przez Zamawiającego dotychczasowym wykonawcom przeglądów na pojeździe SA134-022, albowiem zamówienia te były udzielane w trybach niekonkurencyjnych. Kwoty tych zamówień są nieadekwatne do wartości rynkowych przeprowadzonych przeglądów.

(2) Nieproporcjonalny i nieadekwatny jest również wymóg doświadczenia w zakresie wykonania przeglądów PU3 i PU4 pojazdu typu 218Md-Mińsk 2 w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2” serii SA134.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że wyprodukowanych zostało 11 pojazdów „218Md-Mińsk 2” serii SA134. Producentem tych pojazdów są Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki”

S.A. Pojazdy te oznaczone są kolejnymi numerami od SA134-015 do SA134-025. Użytkownikami tych pojazdów są:

- 1) Polregio Sp. o.o. (Oddział Lubelski) – 5 pojazdów (od SA134-015 do SA134-019) - 48 miesięcy gwarancji,
- 2) Polregio Sp. o.o. (Oddział Lubuski) – 2 pojazdy (od SA134-020 do SA134-021) – 120 miesięcy gwarancji,
- 3) Polregio Sp. o.o. (Oddział Podkarpacki) – 1 pojazd (SA134-022) – 138 miesięcy gwarancji,
- 4) Koleje Dolnośląskie S.A. – 3 pojazdy (od SA134-023 do SA134-025) – 36 miesięcy gwarancji.

Spośród tych pojazdów tylko pojazd SA134-022, którego dotyczy niniejsze Postępowanie objęty jest gwarancją producenta. Zatem tylko wykonawca Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., (będący głównym akcjonariuszem ww. producenta pojazdu), która wykonywała przeglądy na ww. pojeździe spełnia wymóg udziału w niniejszym postępowaniu. Żaden inny podmiot nie wykonywał przeglądów pojazdów typu 218Md-Mińsk 2 w okresie gwarancji udzielonej przez producenta, gdyż albo gwarancja zakończyła się przed 09.06.2017 roku (3 lata wstecz od wyznaczonego terminu składania ofert) albo wygasła ze względu na powierzenie czynności przeglądowych na tych pojazdach innemu wykonawcy niż producent (Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „Mińsk Mazowiecki” S.A.) bądź jego autoryzowany partner (PESA Bydgoszcz S.A.). Warunki gwarancji, w zakresie możliwości jej zerwania przez producenta pojazdu, udzielonej Przewozom Regionalnym Sp. z o.o. (obecnie Polregio Sp. z o.o.) są w zasadzie identyczne dla wszystkich pojazdów i przedstawione zostały przez Zamawiającego w załączniku nr 10 do umowy stanowiącej załącznik do SIWZ.

Zamawiający zlecał wykonywanie czynności przeglądowych na pojazdach użytkownych przez Oddział Lubuski (czynności takie wykonywał m.in. Odwołujący) a jeszcze wcześniej naprawę rewizyjną (przebieg PU4) wykonał Wykonawca tj. Autoryzowana Stacja Obsługi Piotr Mieczkowski. Właściciel pojazdu tj. Województwo Lubuskie, działając poprzez Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego z siedzibą w Zielonej Górze ogłosił w 2017 roku postępowanie na „Wykonanie okresowego przeglądu wg czwartego poziomu utrzymania (PU4) dwóch pojazdów kolejowych typu 218Md”. Postępowanie to dotyczyło jednostek o numerach SA134-020 oraz SA134-021. Odwołując się do postanowień SIWZ (Załącznik nr 1 do SIWZ, pkt.8) na wykonanie w/w prac należy zauważyć, że Zamawiający poinformował Wykonawców o fakcie, iż pojazdy te objęte są gwarancją Producenta. Co więcej, zgodnie z przytoczoną dokumentacją Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza aby ten przejął zobowiązania gwarancyjne udzielone przez Producenta pojazdów.

Dowód:

- SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego na „Wykonanie okresowego przeglądu wg czwartego poziomu utrzymania (PU4) dwóch pojazdów

kolejowych typu 218Md”.

Wymóg postawiony w SIWZ, aby doświadczenie wykonawców pochodziło z czasów, w których pojazd był objęty gwarancją producenta jest tym bardziej pozbawione sensu, gdyż sam Zamawiający wymaga, aby wykonawca wybrany w niniejszym Postępowaniu przejął całość praw i obowiązków wynikających z gwarancji udzielonej przez producenta. Co więcej jedynym pojazdem typu „218Md-Mińsk 2” serii SA134 objętym gwarancją jego producenta jest jednostka SA134-022, której dotyczy przedmiotowe postępowanie.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że nie ma uzasadnionej potrzeby po stronie Zamawiającego do ograniczania wymogu doświadczenia wyłącznie do wykonania przeglądu PU3 lub PU4 o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto oraz wymogu ich wykonania w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2” serii SA134. Nie istnieje bowiem, tak z technicznego, jak i z ekonomicznego punktu widzenia, jakikolwiek argument przemawiający za przyjęciem, by wymagane doświadczenie przejawiało się w sposób określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu i w SIWZ.

Jeżeli już Zamawiający zdecydował się prowadzić Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym (dotychczas udzielał zamówień z wolnej ręki), to powinno ono gwarantować uczciwą konkurencję. Tymczasem Zamawiający sformułował warunki udziału w Postępowaniu w sposób nadmierny, nieproporcjonalny oraz nieuzasadniony interesem Zamawiającego. Skutkuje to niczym nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji w Postępowaniu oraz wyeliminowaniem z udziału w nim rzetelnych i zdolnych do jego realizacji wykonawców.

Jedną z podstawowych zasad zamówień publicznych, która wynika z art. 7 ust. 1 PZP jest obowiązek Zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób zgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Uszczegółowienie tej zasady przewidziane jest w art. 22 ust. 1a PZP, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą oceną zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W myśl zaś art. 22d ust. 1 PZP, oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, Zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Z powyższego wynika, że Zamawiający podczas formułowania wymaganego od wykonawców poziomu doświadczenia powinien opierać się na zasadzie proporcjonalności. Pogląd ten znajduje również potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2013 r., KIO 2516/13:

„Podkreślenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu uszczegółowione przez zamawiającego, (...), muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz pozostawać z nim w związku. Oznacza to, że zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych - gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania. Opis warunków udziału w postępowaniu, zależy od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych.”

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., KIO 1859/19:

„Na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Ponadto obowiązkiem zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej.”

Przywołane orzecznictwo KIO jednoznacznie przesądza, że Zamawiający nie ma nieograniczonej swobody w kształtowaniu warunków udziału w Postępowaniu. Jest wręcz przeciwnie - Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien więc dopuścić do udziału w Postępowaniu każdego wykonawcę, który jest obiektywnie zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia, w tym posiadającego odpowiednie zdolności organizacyjne, zasoby techniczne oraz wykwalifikowaną oraz doświadczoną kadrę pracowniczą.

Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zasada proporcjonalności była wielokrotnie przedmiotem rozważań Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 września 1999 r., C- 414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie

ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy uznać należy, że wymóg doświadczenia sformułowany przez Zamawiającego (tj. wykonanie dwóch przeglądów trzeciego poziomu utrzymania PU3 pojazdu typu 218Md-Mińsk 2 o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 PLN brutto oraz wykonanie ich w okresie obowiązywania gwarancji udzielonej przez producenta autobusów szynowych typu „218Md-Mińsk 2” serii SA134) jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także wskazuje na jednego wykonawcę spełniającego ten warunek, tj. Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.

Dla poprawnego wykonania przedmiotu zamówienia wystarczające jest bowiem w zupełności doświadczenie w wykonaniu przeglądów PU3 o wartości nie mniejszej niż 600 000 PLN brutto i to również w okresie, w którym gwarancja producenta pojazdu nie obowiązywała.

Z punktu widzenia wykonawcy przeglądów pojazdów szynowych, w tym również na poziomie P4, przegląd każdego pojazdu szynowego przeprowadzany jest na podstawie Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) danego pojazdu. To DSU wskazuje jakie czynności należy wykonać, kiedy należy je wykonać, a także jakie parametry musi spełniać pojazd (jak i poszczególne jego zespoły i podzespoły) po wykonanym przeglądzie. Wszystkie dane wynikają z DSU. Wobec powyższego wykonawca nie musi posiadać żadnej szczególnej, unikatowej wiedzy i doświadczenia w realizacji przeglądów o określonej minimalnej wartości bądź w okresie obowiązywania gwarancji producenta.

W wyroku z dnia 14.03.2017 roku (KIO 371/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„Cel jakim kierować ma się wykonawca w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być utożsamiany, interpretowany przez określenie warunku wymagającego od potencjalnego wykonawcy wykazaniem się posiadaniem niemalże identycznego jak przedmiot zamówienia doświadczenia.”*

Zamawiający powinien wykazać, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Świdnicy: *„Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców.”* (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 20 grudnia 2005 r., II Ca 584/05).

Odwołujący, pomimo tego, że posiada doświadczenie oraz merytoryczną wiedzę w zakresie obsługi technicznej pojazdu „218Md-Mińsk 2” serii SA134 na poziomie PU3 i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, to nie jest obecnie w stanie złożyć skutecznie oferty w Postępowaniu, albowiem, jak się okazuje mając na względzie warunki udziału w niniejszym

Postępowaniu, wykonał przeglądu PU3 za tanio, tj. poniżej 2 000 000 PLN brutto. Podkreślić należy, że wykonał te przeglądy na rzecz Zamawiającego, który nie kwestionował ich jakości ani terminowości.

Niezrozumiałe jest również, jaki cel Zamawiający chce osiągnąć żądając wykonania przeglądów w okresie gwarancji udzielonej przez producenta pojazdu, zwłaszcza, że Zamawiający sam wymaga przejęcia tej gwarancji przez wybranego przez siebie wykonawcę.

Z całą stanowczością należy stwierdzić, że wymóg doświadczenia sformułowany został przez Zamawiającego w sposób nieracjonalny i bezzasadny. Nie istnieje bowiem, tak z technicznego, jak i z ekonomicznego punktu widzenia, jakkolwiek argument przemawiający za przyjęciem, by wymagane doświadczenie musiało zostać nabyte w okresie obowiązywania gwarancji producenta pojazdu i miało wartość nadmiernie zawyżoną w stosunku do wartości rynkowych analogicznych usług.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 140 ust. 1 PZP.

W § 1 ust. 3 oraz § 4 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ Zamawiający przewidział bezwzględny obowiązek wykonawcy przejęcia wszelkich zobowiązań gwarancyjnych na cały autobus szynowy SA134-022 zgodnie z gwarancją udzieloną przez producenta pojazdu. Przejęcie tej gwarancji nie ma żadnego związku z usługą będącą przedmiotem niniejszego Postępowania, albowiem umowa, na wykonaną usługę przeglądu PU4, przewiduje odrębną gwarancję udzielaną bezpośrednio przez wykonawcę przeglądu.

Odwołujący uważa, że wymóg przejęcia zobowiązań gwarancyjnych udzielonych przez producenta pojazdu SA134-022 narusza uczciwą konkurencję. Jako podał Zamawiający w § 4 ust. 1 wzoru umowy cały przedmiotowy pojazd objęty jest gwarancją producenta do dnia 21 września 2022 roku. Wobec tego, wybrany wykonawca zobowiązany będzie przejąć ponad 2-letnią gwarancję na cały pojazd, w tym jego elementy i podzespoły nieobjęte czynnościami wykonywanymi podczas przeglądu PU4. Zatem każdy wykonawca kalkulując ofertę w niniejszym Postępowaniu musi uwzględnić w cenie ofertowej przejęcie gwarancji na cały pojazd, zwłaszcza, że w pojeździe tym zastosowano wózek toczny typu 37AN, którego rama ma tendencję do pękania. Wykonawca kalkulując swoją nie może zatem przyjąć bezawaryjnej eksploatacji pojazdu.

Dowód:

- alert bezpieczeństwa UTK z dnia 16.02.2016 roku.

Okoliczność ta stawia w oczywistej uprzywilejowanej sytuacji producenta pojazdu, który gwarancji tej nie musi kalkulować w swojej cenie ofertowej, albowiem skalkulował ją już dziesięć lat temu w ofercie na dostawę ww. pojazdu.

Tym samym wymóg powyższy narusza zasadę uczciwej konkurencji, albowiem w dużo korzystniejszej sytuacji stawia jednego z wykonawców, tj. producenta pojazdu.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że konieczność uwzględnienia przejęcia gwarancji na cały pojazd w ofercie złożonej w niniejszym Postępowaniu i ewentualny wybór tej oferty przez

Zamawiającego skutkować będzie ponownym wydatkowaniem środków publicznych na ten sam cel. Już bowiem razem właściciel pojazdu zapłacił za gwarancję na cały pojazd aż do dnia 21 września 2022 roku. Nie ma uzasadnionych podstaw do tego, aby tym razem użytkownik tego pojazdu płacił kolejny raz innemu wykonawcy za udzielenie gwarancji do dnia 21 września 2022 roku.

III. Zarzut naruszenia art. 43 ust. 2 PZP.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający wyznaczył 20-dniowy termin składania ofert, liczony od dnia od przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (20.05.2020 roku). Termin ten jest zatem krótszy niż wynikający z art. 43 ust. 2 PZP termin 35-dniowy. Skrócenie terminu na złożenie ofert prowadzi do naruszenia konkurencji i skraca terminy na zadawanie pytań do treści SIWZ, a w szczególności nie pozwala na rzetelne przygotowanie się wykonawców do złożenia oferty.

Jednocześnie zauważyć należy, że Zamawiający nie wskazał, że wystąpiła którakolwiek z okoliczności wymienionych w art. 43 ust. 2b PZP, która uzasadniałaby skrócenie terminu składania ofert.

Mając na względzie przedstawione powyżej stanowisko, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Załączniki:

- 1) Wydruk CEIDG Odwołującego,
- 2) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 3) dowód wysłania odwołania Zamawiającemu,
- 4) SIWZ w postępowaniu nr PRTL-251-01/2019,
- 5) informacja z otwarcia ofert w postępowaniu nr PRTL-251-01/2019,
- 6) informacja z dnia 24.07.2019 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu nr PRTL-251-01/2019 (zadanie nr 4),
- 7) alert bezpieczeństwa UTK z dnia 16.02.2016 roku,
- 8) SIWZ postępowania prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego na „Wykonanie okresowego przeglądu wg czwartego poziomu utrzymania (PU4) dwóch pojazdów kolejowych typu 218Md”.

