

OR.IV.272.2.53.2018

Rzeszów 2018-10-23

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 „Dostawa taboru kolejowego przeznaczonego do wykonywania przewozów pasażerskich w ramach realizowanego projektu pn. Budowa Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA” (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2018/S 197-444902 z dnia 12.10.2018 r.), prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Jednocześnie wzywam do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Z up. Zarządu Województwa Podkarpackiego


Lesław Małkut
SEKRETARZ WOJEWÓDZTWA
Dyrektor Departamentu
Organizacyjno - Prawnego



MM/996/10/2018

Nowy Sącz, dnia 22 października 2018 r.

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

Odwołujący: NEWAG S.A. w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz,
tel. (18) 449 63 60, fax (18) 449 63 66, e-mail: newag@newag.pl
reprezentowana przez Zbigniewa Konieczka (Prezesa Zarządu)
oraz Bogdana Borka (Wiceprezesa Zarządu)

Zamawiający: Województwo Podkarpackie
z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego
Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie
Al. Łukasza Cieplińskiego 4
35-010 Rzeszów
tel. 17 850 17 00, fax 17 850 17 01
e-mail: administracja@podkarpackie.pl, j.iarosz@podkarpackie.pl

Dotyczy: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa taboru kolejowego przeznaczonego do wykonywania przewozów pasażerskich w ramach realizowanego projektu pn. Budowa Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA”.

Znak sprawy: OR-IV.272.2.53.2018

Strona internetowa zamawiającego: www.bip.podkarpackie.pl

Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: 2018/S 197-444902

Data opublikowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:
12 października 2018 r.

ODWOŁANIE WYKONAWCY

NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, przy ul. Wyspiańskiego 3, zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym przez Sąd Rejonowy dla Krakowa – Śródmieścia Wydział

XII Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000066315, działając jako Wykonawca, posiadający potencjał techniczny, organizacyjny i ekonomiczny, umożliwiający wykonanie przedmiotu zamówienia, na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2017 poz. 1579) („Ustawa” lub „Pzp”) wnosi odwołanie wobec treści Ogłoszenia o Zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie z siedzibą w Rzeszowie – w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa taboru kolejowego przeznaczonego do wykonywania przewozów pasażerskich w ramach realizowanego projektu pn. Budowa Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA”, Znak sprawy: OR-IV.272.2.53.2018

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 i art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy poprzez podanie w Rozdziale X, pkt 1. SIWZ oraz Sekcji II pkt. 1.6) ogłoszenia o zamówieniu, że Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych przy jednoczesnym dokonaniu podziału przedmiotu zamówienia na części w Rozdziale III SIWZ, co prowadzi do wzajemnej sprzeczności wskazanych postanowień i tym samym niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, a ponadto utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 Ustawy poprzez wprowadzenie wymogu zastosowania rozwiązania technicznego w postaci zapewnienia zasilania każdego silnika trakcyjnego oddzielnie (Część 2 Lp. 69 pkt 4 załącznika nr 2.1 do SIWZ) bez dopuszczenia zastosowania rozwiązań równoważnych, co utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu;
3. art. 7 i art. 29 ust. 1 Ustawy oraz Ustawy oraz art. 353 [1] Kodeksu Cywilnego, art. 58 § 1 i 2 Kodeksu Cywilnego i art. 471 Kodeksu Cywilnego w związku z art. 14 oraz 139 ust. 1 Ustawy poprzez zobowiązanie wykonawcy do zagwarantowania jazdy bez obróbki skrawaniem zarysu koła min 100 000 km bez względu na warunki eksploatacyjne (Część 2 Lp. 16 pkt 2 załącznika nr 2.1 do SIWZ oraz część 2 Lp. 14 pkt 2 załącznika nr 2.2 do SIWZ), co stanowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz zobowiązanie wykonawcy do świadczenia obiektywnie niemożliwego i sprzecznego z naturą stosunku prawnego,

Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

1. zmianę Rozdziału X, pkt 1. SIWZ oraz Sekcji II pkt. 1.6) ogłoszenia o zamówieniu na treść następującą: „Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych”;
2. zmianę Części 2 Lp. 69 pkt 4 załącznika nr 2.1 do SIWZ na treść następującą: „Zasilanie silników trakcyjnych - indywidualne lub grupowe maksymalnie na dwa silniki.”, ewentualnie na inną treść, która pozwoli na zastosowania zarówno indywidualnego, jak i grupowego zasilania silników trakcyjnych;
3. zmianę Części 2 Lp. 16 pkt 2 załącznika nr 2.1 do SIWZ oraz części 2 Lp. 14 pkt 2 załącznika nr 2.2 do SIWZ na treść następującą: „Gwarancja jazdy bez obróbki

skrawaniem zarysu koła min 100 000 km pod warunkiem, że pojazd będzie eksploatowany w normalnych warunkach eksploatacyjnych, w szczególności na infrastrukturze o należytej jakości, ewentualnie na inną treść, która będzie określić zobowiązania wykonawcy w sposób precyzyjny, obiektywny możliwy do wykonania i zgodny z naturą stosunku prawnego.

Uzasadnienie

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

Odwołujący jest producentem taboru szynowego oraz podmiotem świadczącym usługi napraw i modernizacji taboru szynowego. W ramach swej działalności Odwołujący dostarcza pojazdy szynowe, w tym elektryczne i spalinowe zespoły trakcyjne. Odwołujący spełnia warunki w postępowaniu i zamierza wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu, ubiegając się o uzyskanie zamówienia. Jednakże postanowienia SIWZ, sformułowane z naruszeniem wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty i przystąpienie do udziału w postępowaniu.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania.

1)

Zamawiający podał w Rozdziale X, pkt 1. SIWZ oraz Sekcji II pkt. 1.6) ogłoszenia o zamówieniu, że nie dopuszcza składania ofert częściowych. Jednocześnie w Rozdziale III SIWZ Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części. W związku z powyższym oczywistym jest, iż wskazane postanowienia pozostają ze sobą w sprzeczności. Jeżeli Zamawiający dokonał podziału przedmiotu zamówienia na części, to konieczne staje się zezwolenie na złożenie ofert częściowych.

Należy również zwrócić uwagę, iż warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane odrębnie dla poszczególnych części zamówienia (Rozdział V SIWZ). W związku z tym, gdyby przyjąć brak możliwości składania ofert częściowych, wykonawca spełniający warunki dotyczące określonej części przedmiotu zamówienia lub mogący zrealizować jedynie jedną z części zamówienia z innych względów musiałby złożyć ofertę na całość zamówienia, co prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Dodatkowo wskazać należy, że w takim przypadku mogłoby dojść do realizacji całości zamówienia przez podmiot dysponujący niezbędnym doświadczeniem technicznym do wykonania tylko jednego zadania. Podnieść należy, że technicznie przedmiot każdego z zadań istotnie się różni w odniesieniu do typu/rodzaju pojazdu i co do zasady kwalifikacje i doświadczenie techniczne wymagane do realizacji każdego z zadań oddzielnie nie jest tożsame (lub równoważne).

2)

W części 2 Lp. 69 pkt 4 załącznika nr 2.1 do SIWZ Zamawiający postawił wymóg, aby dostarczany elektryczny zespół trakcyjny („EZT”) zawierał rozwiązanie konstrukcyjne polegające na zapewnieniu zasilania każdego silnika trakcyjnego oddzielnie. Wskazując wybrane rozwiązanie techniczne Zamawiający nie dopuścił zastosowania rozwiązań

równoważnych do opisanego, to jest zapewnienia wspólnego zasilania dla większej liczby silników trakcyjnych. Brak jest przy tym jakichkolwiek przesłanek obiektywnych, aby wykluczać jedno ze stosowanych powszechnie rozwiązań i zawężyć akceptowaną specyfikację wyłącznie do rozwiązania opisanego przez Zamawiającego.

Na rynku dostaw EZT w Polsce aktualnie działają trzej producenci: Odwołujący, Pojazdy Szynowego PESA Bydgoszcz („Pesa”) i Stadler Polska sp. z o.o. („Stadler”) z tym zastrzeżeniem, że Stadler występuje w postępowaniach na dostawę EZT o wolumenie co najmniej kilkunastu sztuk ze stosunkowo długim terminie dostawy i dlatego jest mało prawdopodobne, aby wziął udział w niniejszym postępowaniu. Z tego względu producentami, którzy mogliby konkurować w niniejszym postępowaniu są Pesa i Odwołujący.

Wskazane wyżej rozwiązanie techniczne jest stosowane przez Pesę, natomiast Odwołujący w swoich EZT wykorzystuje alternatywne rozwiązanie techniczne polegające na grupowym zasilaniu silników, tj. silniki trakcyjne jednego wózka napędowego zasilane z jednego falownika (dwa silniki trakcyjne).

Stawiając tego rodzaju wymóg, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, Zamawiający w istocie wyłączył jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu, ponieważ jedynym podmiotem, który jest w stanie przedmiotowe wymaganie spełnić jest Pesa. Pozostali wykonawcy, tj. Odwołujący, nie będą w stanie spełnić przedmiotowego wymogu (w zestawieniu z terminem dostawy) i tym samym zostaną bezpodstawnie pozbawieni możliwości uczestnictwa w niniejszym postępowaniu, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Złożenie oferty przez Odwołującego spełniającej wymagania SIWZ prowadziłoby do głębokich zmian konstrukcyjnych systemu napędowego pojazdu.

3)

Formułując wymagania techniczne dla elektrycznych i spalinowych zespołów trakcyjnych, których dostawa stanowi przedmiot niniejszego postępowania, (łącznie jako „Pojazdy”), Zamawiający zobowiązał wykonawcę, aby zagwarantował, że dostarczone Pojazdy przejadą 100 000 km bez obróbki skrawaniem zarysu koła *„bez względu na warunki eksploatacyjne”*. Wyjaśnienia wymaga w tym miejscu, że powierzchnie toczne kół pojazdów szynowych ulegają zużyciu i po przejechaniu określonej liczby kilometrów konieczne jest dokonywanie obróbki powierzchni tocznej poprzez skrawanie ze względu na bezpieczną eksploatację pojazdu. Liczba kilometrów, jaką pojazd szynowy jest w stanie przejechać aż powstanie konieczność dokonania obróbki kół, jest zależna przede wszystkim od rodzaju i stanu infrastruktury (torów), po której pojazd się porusza. Jeżeli stan torowiska jest nienależyty, może to w sposób istotny oddziaływać na koła powodując ich nadmierne zużycie.

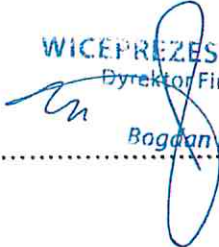
Zamawiający wymaga, aby wykonawca wziął odpowiedzialność za zużycie kół Pojazdów *„bez względu na warunki eksploatacyjne”* czyli bez względu na stan infrastruktury, na której Pojazdy będą eksploatowane. Zamawiający nie podaje przy tym parametrów owych warunków eksploatacyjnych, co uniemożliwia w jakikolwiek sposób oszacowanie przez wykonawcę zużycia i przyjęcie odpowiedzialności za dotrzymanie przedmiotowego wymogu. Co więcej, Zamawiający nawet nie deklaruje, że stan infrastruktury, po której będą poruszały się pojazdy, jest należyty (tj. spełnia określone prawem normy i standardy). Powyższe

sprawa, iż żaden z wykonawców nie jest w stanie określić zakresu wymagania, które stawia Zamawiający, co prowadzi do niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego, przedmiotem tego rodzaju zobowiązania w istocie jest świadczenie obiektywnie niemożliwe do spełnienia. Nie sposób bowiem zagwarantować trwałości (niskiego zużycia) kół, jeżeli nie zna się warunków, w których będą one eksploatowane. Ponadto, przy takim brzmieniu przedmiotowego wymogu Zamawiający mógłby eksploatować pojazd w zasadzie w dowolnych warunkach technicznych infrastruktury, również takich, które nie spełniają norm i technicznych standardów eksploatacji, którym podlega również infrastruktura, a wykonawca w dalszym ciągu byłby odpowiedzialny za zagwarantowanie stałej trwałości kół, co jest w sposób oczywisty obiektywnie niemożliwe do spełnienia.

Podnieść należy również, że tego rodzaju treść zobowiązania wykonawcy stanowi próbę wprowadzenia do stosunku prawnego odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Zauważenia wymaga jednak, iż wzór umowy (załączniki nr 4.1 oraz 4.2 do SIWZ) nie przewiduje odstępstwa od ogólnej zasady oparcia odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy, wynikającej z art. 471 Kodeksu Cywilnego. W szczególności, zakres gwarancji jakości udzielonej na Pojazdy, opisany w § 7 wzoru umowy, nie nakłada na wykonawcę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Co więcej, wymaganie od wykonawcy (dostawcy) w ramach umowy dostawy zagwarantowania trwałości produktu bez względu na to, czy będzie on eksploatowany w sposób prawidłowy, zdecydowanie wykracza poza racjonalne i powszechnie granice odpowiedzialności, jakie można oczekiwać od strony tego rodzaju umowy. Z tego względu wymóg postawiony przez Zamawiającego jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego dostawy.

W związku z powyższym wnosimy jak na wstępie.

WICEPREZES ZARZĄDU
Dyrektor Finansowy

Bogdan Borek

PREZES ZARZĄDU
DYREKTOR NACZELNY

Zbigniew Konieczek

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia opłaty
2. KRS Wykonawcy
3. Dowód doręczenia odpisu odwołania Zamawiającemu