

Katowice, 22.11.2021 r.

**Prezes Krajowej Izby
Odwoławczej
przy Urzędzie Zamówień
Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Przedsiębiorstwo Komunikacji Miejskiej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach

ul. Chorzowska 150

44-100 Gliwice

tel. +48 32 330 46 00

faks +48 32 330 46 01

email: info@pkm-gliwice.com.pl

KRS: 0000102832

NIP: 6312125476

REGON: 273604433

adres strony internetowej Zamawiającego: www.pkm-gliwice.com.pl

strona internetowa prowadzonego postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/535453>

Odwołujący:

Krzysztof Pawelec prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą
Krzysztof Pawelec USŁUGI TRANSPORTOWE

Biechów 93B

28-133 Pacanów

tel. / faks: +48 32 280 01 92

email: biuro@pawelec.com.pl

PESEL: 61062610215

NIP: 6340004477

REGON: 271057910

reprezentowany przez pełnomocnika

radcę prawnego Jędrzeja Klatkę Kt-2031

adres do doręczeń:

Kancelaria Radców Prawnych Klatka i Partnerzy

ul. Dąbrowskiego 22 lok. 105

40-032 Katowice

tel. +48 32 201 44 56

faks +48 32 201 44 59

email: J.Klatka@prawotransportowe.pl

sekretariat@radca.prawny.com.pl

Nazwa przedmiotu zamówienia publicznego:

Dzierżawa 25 autobusów komunikacji miejskiej dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Miejskiej Sp. z o. o. w Gliwicach

Numer referencyjny Zamawiającego: PKM/PN/DA/6/2021

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2021/S 220-580546
ogłoszenie z dnia 12.11.2021 r. <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:580546-2021:TEXT:EN:HTML&src=0&tabId=1>

Odwołanie od Specyfikacji Warunków Zamówienia

Działając w imieniu Odwołującego się na podstawie pełnomocnictwa, które załączam wraz z potwierdzeniem przelewu 17 złotych opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej w treści niniejszego odwołania „Pzp”,

niniejszym wnoszę odwołanie

od Specyfikacji Warunków Zamówienia opublikowanej na stronie internetowej: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/535453> w dniu 12 listopada 2021 r., która jest niezgodna z przepisem art. 378 § 2 oraz art. 99 w zw. z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.).

I. Zwięzłe przedstawienie zarzutów:

1. Zamawiający naruszył art. 378 § 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) które polegało na bezprawnym skróceniu terminu składania ofert pomimo, że Zamawiający PKM GLIWICE nie zamieścił na swoich stronach internetowych: <https://www.pkm-gliwice.com.pl/> ani <https://www.pkm-gliwice.com.pl/biuletyn-informacji-publicznej> okresowego ogłoszenia informacyjnego dotyczącego zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy i obejmującego przetarg nieograniczony na dzierżawę 25 autobusów komunikacji miejskiej.

2. Ponadto Zamawiający naruszył art. 99 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) poprzez określenie daty rozpoczęcia dzierżawy w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców poprzez wymaganie rozpoczęcia dzierżawy od 1 stycznia 2022 roku, co powoduje, że ofertę w postępowaniu mogą złożyć wyłącznie wykonawcy, którzy obecnie posiadają autobusy wyprodukowane w 2021 roku.

II. Żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z przedstawionymi powyżej zarzutami Odwołujący żąda aby KIO nakazała Zamawiającemu:

1. zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz zmianę specyfikacji warunków zamówienia w zakresie terminu składania ofert polegającą na określeniu terminu składania ofert na dzień 14 grudnia 2021 r. lub później (t. j. 35 dni od daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zgodnie z art. 138 ust. 1 pzp),
2. zmianę § 1 ust. 1 wzoru umowy w pkt 17 Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
„Przedmiotem umowy jest dzierżawa, w okresie od pierwszego dnia miesiąca przypadającego po upływie 11 miesięcy od dnia zawarcia Umowy do 31.12.2029 roku, dwudziestu pięciu autobusów komunikacji miejskiej j niskopodłogowych, jednoczęłonowych, jednej marki, o napędzie spalinowym, o długości 11,50 do 12,50 m, nie starszych niż (rok produkcji) z 2021 roku spełniających normę czystości spalin co najmniej Euro VI, zwanych dalej autobusami.”
3. zmianę § 8 ust. 1 wzoru umowy w pkt 17 Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
„Umowa została zawarta na czas określony i obowiązuje od pierwszego dnia miesiąca przypadającego po upływie 11 miesięcy od dnia zawarcia Umowy do dnia 31.12.2029 r.”

~~5.4.~~ 4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym:

- zwrot kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15 000 złotych,
- zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 597,75 zł brutto,
- zwrot kosztów dojazdu pełnomocnika w wysokości 350 złotych według rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie.

III. Wskazanie interesu we wniesieniu odwołania:

Odwołujący jest przedsiębiorcą działającym na rynku usług autobusowych, który nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący ma interes w złożeniu oferty.

Mając na uwadze, brak wystarczającej ilości czasu do złożenia oferty od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz fakt, iż warunki udziału w postępowaniu zostały ukształtowane w sposób rażąco naruszający konkurencję, ograniczając krąg potencjalnych

wykonawców do podmiotów, które już dysponują autobusami spełniającymi wymogi Specyfikacji, Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem interesu Odwołującego. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego. Szkodą, jaką Odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP są utracone zyski.

IV. Zachowanie terminu na wniesienie odwołania:

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikację Warunków Zamówienia na swojej stronie internetowej i platformie: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/535453> w dniu 12 listopada 2021 r. W tym samym dniu zostało opublikowane ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Na podstawie art. 111 § 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 PZP przy obliczeniu terminu nie uwzględnia się dnia, w którym nastąpiło zdarzenie będące początkiem terminu.

W związku z tym 10-dniowy termin na wniesienie odwołania określony w art. 515 ust. 1 lit a PZP mija 22 listopada 2021 r., a więc niniejsze odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem terminu.

V. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług autobusowego transportu publicznego.

I. zarzut naruszenia art. 378 § 2 Pzp

Zgodnie z art. 378 § 2 Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 15 dni - od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli informacja o zamówieniu została zawarta w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, przekazany lub zamieszczony na stronie internetowej zamawiającego co najmniej na 35 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Skrócenie terminu oferty jest zatem dopuszczalne tylko pod warunkiem, że informacja o zamówieniu została zawarta w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych zamieszczonym co najmniej na 35 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Jak wynika z pkt. VI.5 Ogłoszenia, zostało ono przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 9.11.2021 r., natomiast opublikowane zostało 12 listopada 2021 r.

35 dni przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej to dzień 5.10.2021 r.

Zamawiający powinien umieścić na swojej stronie internetowej okresowe ogłoszenie informacyjne najwcześniej w dniu 12 listopada 2020 roku a najpóźniej 4 października 2021 r..

Jednak Zamawiający nie zamieścił na <https://www.pkm-gliwice.com.pl/> ani na <https://www.pkm-gliwice.com.pl/biuletyn-informacji-publicznej> okresowego ogłoszenia informacyjnego dotyczącego zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy i obejmującego przetarg nieograniczony na dzierżawę 25 autobusów komunikacji miejskiej.

Zgodnie z poglądami doktryny w tym zakresie okresowe ogłoszenie informacyjne to *ogłoszenie specyficzne tylko dla zamówień sektorowych; dla zamówień klasycznych publikowane jest wstępne ogłoszenie informacyjne, natomiast zasady związane ze skorzystaniem z uprawnienia do skrócenia terminu składania ofert są w zasadzie takie same (por. art. 138 ust. 2 pkt 1 PZP). Przede wszystkim oba ogłoszenia (okresowe ogłoszenie informacyjne oraz wstępne ogłoszenie informacyjne) **muszą zawierać informacje dotyczące aktualnie udzielanego zamówienia, zaś przekazanie tych ogłoszeń lub ich publikacja na stronie internetowej zamawiającego musiały nastąpić co najmniej na 35 dni, ale nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o aktualnie udzielanym zamówieniu Urzędowi Publikacji UE (okresowe ogłoszenie informacyjne obejmuje zamówienia planowane na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy).***¹

Okresowego ogłoszenia informacyjnego nie może zastąpić inne ogłoszenie, bowiem *jak wyjaśniono w uzasadnieniu do projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624: „możliwość skrócenia minimalnego terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym do 15 dni liczonych od dnia wysłania ogłoszenia o zamówieniu, w przypadku gdy informacja o zamówieniu została zawarta w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym zamówień planowanych w terminie 12 miesięcy, **które samo w sobie nie stanowiło zaproszenia do składania ofert, przekazanych lub zamieszczonych w profilu nabywcy** już na co najmniej 35 dni (dotychczas 52 dni) przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej” (s. 77).*² Zatem wcześniejsze niepowodzenie przetargu ogłoszonego 26 sierpnia 2021 r. nie jest równoznaczne z wypełnieniem obowiązku wskazanego w art. 378 Pzp.

¹ red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021 r.

² M. Wolski, Procedura udzielania zamówień sektorowych na gruncie nowego PZP, LEX/el. 2021.

II. zarzut naruszenia art. 99 w zw. z art. 16 Pzp

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, względniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

1. Zamawiający określając przedmiot zamówienia wskazał, że **dzierżawa rozpocznie się 1 stycznia 2022 roku.**

a. Jak wynika z informacji handlowej SOLARIS BUS & COACH sp. z o. o. z 07.10.2021 r. termin dostawy autobusów SOLARIS wynosi 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Dowód nr 1: informacja handlowa SOLARIS BUS & COACH sp. z o. o. z 07.10.2021 r.

b. Jak wynika z kalkulacji cenowej EvoBus Polska sp. z o. o. z 27.09.2021 r. czas dostawy autobusów MERCEDES wynosi 6 miesięcy od dnia złożenia zamówienia.

Dowód nr 2: kalkulacja cenowa EvoBus Polska sp. z o. o. z 27.09.2021 r.

c. Jak wynika z oferty BUSimport PL sp. z o. o. z 22.09.2021 r., czas oczekiwania na dostawę fabrycznie nowych autobusów ISUZU NPVOCITI LIFE 8 m wynosi ponad rok (do grudnia 2022 r.).

Dowód nr 3: oferta ISUZU z 22.09.2021 r.

Powyższe dowody potwierdzają, że **czas oczekiwania na dostawę autobusu wyprodukowanego w 2021 r. wynosi więc co najmniej 6 miesięcy od dnia złożenia zamówienia.**

Katowice, 22.11.2021 r.

Przed przystąpieniem do realizacji zamówienia Wykonawca powinien nie tylko zawrzeć umowę z Zamawiającym, lecz także nabyć pojazdy oraz przystosować je do wymagań Zamawiającego. Dostosowanie pojazdów do potrzeb Zamawiającego w zakresie określonym w SWZ wymaga co najmniej 5 miesięcy z uwagi na poniższe fakty:

a. Zamawiający w załączniku C do Formularza ofertowego na stronie 65 Specyfikacji Warunków Zamówienia wymaga aby **urządzenia pokładowe** (komponenty wyposażenia pojazdu) były wyprodukowane nie wcześniej niż w 2020 roku i zweryfikowane pod kątem zgodności przez Zarząd Transportu Metropolitalnego Górnośląsko-Zagłębiowskiej Metropolii jako organizatora publicznego transportu zbiorowego.

Jak wynika z oferty PIXEL sp. z o. o. z 01.10.2021 r. termin realizacji zlecenia na wyposażenie autobusu w urządzenia pokładowe wynosi **120 dni** od złożenia zamówienia.

Dowód nr 4: oferta PIXEL sp. z o. o. z 01.10.2021 r.

Jest oczywiste, że dopiero po dostarczeniu autobusów przez ich producentów Wykonawca może złożyć zamówienie na wyposażenie autobusu w urządzenia pokładowe wymagane przez Zamawiającego.

b. Ponadto Zamawiający w załączniku C do Formularza ofertowego na stronie 47 Specyfikacji Warunków Zamówienia wymaga aby **poręcze** w dzierżawionych autobusach miały **żółty kolor [RAL 1018]**, co oczywiście wymaga ich przemalowania.

Jest oczywiste, że dopiero po dostarczeniu autobusów przez ich producentów Wykonawca może złożyć zamówienie na przemalowanie poręczy.

Powyższe dowody potwierdzają, że **termin rozpoczęcia dzierżawy od 1 stycznia 2022 r. jest niemożliwy do dochowania nie tylko ze względu na czas oczekiwania na dostawę fabrycznie nowych autobusów, lecz także z uwagi na konieczność dostosowania dostarczonych autobusów do wymagań Zamawiającego, co wymaga dodatkowych 5 miesięcy.**

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, realne jest, iż termin rozpoczęcia dzierżawy ulegnie zmianie po złożeniu ofert w Postępowaniu. **Zmiana terminu rozpoczęcia dzierżawy po terminie składania ofert jest niedopuszczalna**, w związku z czym Specyfikacja Warunków Zamówienia narusza zasady Pzp. Termin rozpoczęcia dzierżawy jest bowiem elementem istotnym opisu przedmiotu zamówienia, który ma wpływ na decyzję wykonawców co do złożenia oferty w Postępowaniu, a każda ewentualna zmiana terminu rozpoczęcia dzierżawy może mieć wpływ na krąg podmiotów, które wzięłyby udział w postępowaniu. Z tych powodów konieczne jest dokonanie zmiany terminu rozpoczęcia dzierżawy na pierwszy dzień miesiąca przypadający po upływie 11 miesięcy od dnia zawarcia Umowy .

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne, a więc zamówienie powinno być dostępne dla wykonawców z innych państw członkowskich Unii Europejskiej, co wynika z zasady swobody przepływu świadczenia usług (sprecyzowanej w motywie pierwszym dyrektywy Parlamentu i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE). Określając termin rozpoczęcia dzierżawy już na 1 stycznia 2022 roku Zamawiający nie stwarza warunków zapewniających uczciwą konkurencję i możliwość równej rywalizacji.

Tylko Wykonawca, który już dysponuje autobusami spełniającymi wymagania Zamawiającego może złożyć ofertę i udostępnić autobusy począwszy od 1 stycznia 2022 r.

Pozostali Wykonawcy powinni mieć czas, aby przeprowadzić czynności wskazane powyżej. Okresem odpowiednim jest okres nie krótszy niż 11 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy w sprawie realizacji danej części zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zamawiający zobowiązany jest zapewnić realne uwzględnienie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w SWZ mających wpływ na realizację zamówienia, w sposób zapewniający konkurowanie w warunkach uczciwej i równej konkurencji.³

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 14.09.2010 r. w sprawie o sygnaturze KIO 1860/10, zapewnienie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia nie stwarza warunków równej konkurencji.⁴

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z 14 września 2010 roku w sprawie o sygnaturze KIO 1365/18 „określenie przez zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu dostawy oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W innym orzeczeniu KIO wskazała, że „wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla zamawiającego obowiązek ustalenia takiego terminu realizacji zamówienia, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia.”⁵

³ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2020 roku, sygnatura akt KIO 2142/20;

⁴ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 września 2010 roku, sygnatura akt KIO 1860/10;

⁵ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 lipca 2018 roku, sygnatura akt KIO 1365/18;

Katowice, 22.11.2021 r.

Doprowadzenie przez Zamawiającego do sytuacji, w której faktycznie tylko jeden podmiot, który już dysponuje autobusami spełniającymi wymagania Zamawiającego, będzie mógł złożyć ofertę ze względu na termin rozpoczęcia dzierżawy stanowi **naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.**

Ponadto Zamawiający z naruszeniem prawa skrócił termin składania ofert, co dodatkowo potwierdza przywołaną argumentację.

W takiej sytuacji wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i jest w pełni uzasadnione.

Za Odwołującego – pełnomocnik



radca prawny Jędrzej Klatka

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo;
2. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Odpis aktualny z CEIDG Odwołującego;
5. Potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu;
6. informacja handlowa SOLARIS BUS & COACH sp. z o. o. z 07.10.2021 r.
7. kalkulacja cenowa EvoBus Polska sp. z o. o. z 27.09.2021 r.
8. oferta ISUZU z 22.09.2021 r.
9. oferta PIXEL sp. z o. o. z 01.10.2021 r.