

Warszawa, 17 grudnia 2018 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” w Olkuszu

al. 1000- lecia 2c, 32-300 Olkusz

telefon: + 48 32 641 39 14, fax: + 48 32 641 39 14, email: zkgkm@wp.pl

Odwołujący:

Arriva Bus Transport Polska Spółka z o.o., ul. Dąbrowskiego 8/24, 87-100 Toruń

tel. (22) 820 60 00, fax (22) 820 60 05, e-mail: sekretariat.centrum@arrivabus.pl

reprezentowana przez Zarząd Spółki

adres do korespondencji: Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., ul. Wspólna 47/49, 00-684 Warszawa, tel. (22) 820 60 30, e-mail: sekretariat.centrum@arrivabus.pl

dotyczy: Przetarg nieograniczony pod nazwą: „Świadczenie usług w komunikacji miejskiej w ramach publicznego transportu zbiorowego na liniach ZKG KM w Olkuszu”.
Numer referencyjny nadany przez Zamawiającego (nr sprawy): ZKG.271.8.2018
Numer ogłoszenia: 2018/S 235-537434, opublikowane w Dz.U. UE w dniu 6 grudnia 2018 r. oraz w BIP w dniu 6 grudnia 2018 r.

Odwołanie

Działając w imieniu Arriva Bus Transport Polska Spółka z o.o. w Toruniu (Odwołujący), jako umocowani do reprezentacji Odwołującego przedstawiciele, na podstawie art. 180 ust 1 w zw. z art. 182 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”), oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań,

Wnosimy odwołanie

wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków

zamówienia wraz z załącznikami (dalej: „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług w komunikacji miejskiej w ramach publicznego transportu zbiorowego na liniach ZKG KM w Olkuszu” (znak ZKG.271.8.2018), prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Związek Komunalny Gmin „Komunikacja Międzygminna” w Olkuszu, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej zamówienia powyżej wartości wskazanych w art. 11 ust 8 ustawy PZP.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż aktualnie świadczy usługi związane z przedmiotem zamówienia i ma zamiar złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, zaś przeszkody istniejące w ogłoszeniu i SIWZ uniemożliwiają odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. Tym samym odwołujący może ponieść szkodę, polegającą na utracie korzyści związanych z udzieleniem zamówienia. Odwołanie ma na celu usunięcie istniejących przeszkód i uzyskanie szansy na złożenie oferty.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 grudnia 2018. Natomiast w dniu 6 grudnia 2018 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej SIWZ. Zatem termin na wniesienie niniejszego odwołania został przez Odwołującego dotrzymany.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust 1 PZP oraz art. 29 ust 1 i ust. 2 PZP oraz art. 5 ust 3 Rozporządzenia WE nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007, dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (dalej: Rozporządzenie 1370/2007), polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz utrudniający uczciwą konkurencję, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez:

a) wskazanie terminu wykonania zamówienia, w tym terminu rozpoczęcia świadczenia usługi przewozowej sztywną datą kalendarzową (od dnia 1 lipca 2019 r. do 30 czerwca 2029 r.) - rozdział III pkt 3 ppkt 1), rozdział IV SIWZ oraz § 15 ust 1 załączników nr 8a i nr 8b do SIWZ (projektu umowy) - co w powiązaniu z nieznaną datą zakończenia postępowania oraz datą złożenia ofert wyznaczoną na 14 stycznia 2019 r. i wyznaczonym w stosunkowo krótkim czasie od daty złożenia ofert, dniem rozpoczęcia

świadczenia usług (tj. 1 lipca 2019 r.), skutkuje m.in. tym, że jest bardzo utrudnione określenie przez wykonawców czasu na przygotowanie do świadczenia usługi i tym samym prawidłowe skalkulowanie oferty;

2. naruszenie art. 29 ust 1 PZP, polegające na opisie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, to jest:

a) niejednoznacznym określeniu czasu trwania zamówienia, poprzez określenie czasu trwania zamówienia sztywnymi datami kalendarzowymi to jest od dnia 1 lipca 2019 r. do 30 czerwca 2029 r. – rozdział III pkt 3 ppkt 1), rozdział IV SIWZ oraz § 15 ust 1 załączników nr 8a i nr 8b do SIWZ (projektu umowy) w sytuacji, gdy data zakończenia postępowania nie jest znana i tym samym nie jest też znana data podpisania umowy, co może skutkować koniecznością zmiany daty rozpoczęcia świadczenia usługi;

W powołaniu na powyższe zarzuty odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. Dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami w taki sposób, aby:

a. aby data rozpoczęcia świadczenia usługi określona została przez wskazanie liczby miesięcy (ewentualnie tygodni/dni) licząc od daty podpisania umowy wynoszącej co najmniej 6 miesięcy a okres świadczenia usługi zgodnie z zamówieniem wynosi 10 lat (względnie 120 miesięcy) począwszy od daty początkowej ich świadczenia.

i nie naruszały art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP i art. 7 ust. 1 ustawy PZP;

Wnoszę o przeprowadzenie dowodów:

- z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ i załączników do SIWZ w niniejszym postępowaniu,

Uzasadnienie odwołania

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 PZP oraz art. 29 ust 1 i ust 2 PZP i art. 5 ust 3 Rozporządzenia 1370/2007.

Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, Zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest traktować wykonawców jednakowo, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących. Stosownie zaś do art. 29 PZP Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby (czyli wystarczy już sama możliwość) utrudnić uczciwą konkurencję. W szczególności zapisy SIWZ powinny być obiektywne i sprecyzowane przez Zamawiającego w taki sposób, który nie eliminuje z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Stosownie do art. 5 ust 3 Rozporządzenia 1370/2007 procedura przetargowa jest otwarta dla każdego podmiotu, sprawiedliwa i zgodna z zasadami przejrzystości oraz niedyskryminacji.

Analiza treści ogłoszenia i SIWZ wraz z załącznikami w niniejszym postępowaniu uzasadnia wniosek, że Zamawiający ww. zasady prowadzenia postępowania naruszył przez:

a. wskazanie terminu wykonania zamówienia, w tym terminu rozpoczęcia świadczenia usługi przewozowej konkretną datą kalendarzową (tj. od dnia 1 lipca 2019 r.)

Stosownie do rozdział III pkt 3 ppkt 1), rozdział IV SIWZ oraz § 15 ust 1 załączników nr 8a i nr 8b do SIWZ (projektu umowy) - rozpoczęcie świadczenia usługi ma nastąpić od dnia 1 lipca 2019 r., a zakończenie 30 czerwca 2029 r. Powyższe postanowienia należy analizować w kontekście skali przedsięwzięcia i jego zakresu – przedmiot zamówienia ma być realizowany dla obu części przy wykorzystaniu łącznie 40 autobusów miejskich w tym 6 rezerwowych, których parametry techniczne w tym wyposażenie Zamawiający szczegółowo określa w załącznikach do SIWZ a realizacja przedmiotu zamówienie wymaga zatrudnienia co najmniej 80 kierowców.

Termin zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia jest zdarzeniem przyszłym i nie pewnym - wykonawca nie ma wiedzy na temat faktycznego zakończenia postępowania i faktycznego terminu podpisania umowy. Określenie przez Zamawiającego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi datą kalendarzową powoduje, że Wykonawca nie ma żadnej wiedzy na temat tego, czy i jak długi

okresem będzie dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług. Wykonawcy znany jest jedynie termin składania ofert (14 stycznia 2019 r.), jednakże nie można przecież wykluczyć, że termin ten ulegnie przesunięciu, np. w konsekwencji skorzystania przez wykonawców z prawa składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, czy złożenia odwołania do KIO. Potencjalnie ów termin może przypadać kilka a nawet kilkanaście tygodni po planowanej dacie składania ofert. Niewykluczonym jest, iż ów termin będzie zbliżony do planowanej daty początkowej świadczenia usług¹.

Zamawiający wszczął postępowanie 3 grudnia 2018 r.², termin składania ofert w postępowaniu Zamawiający oznaczył na 14 stycznia 2019r., a termin rozpoczęcia świadczenia na dzień 1 lipca 2019 r. (termin zakończenia na 30 czerwca 2029 r.).

Uruchomienie usługi, będącej przedmiotem zamówienia wymaga wykonania szeregu czynności, na które potrzeba czasu, a to m.in.:

- zakupienie części autobusów (ogółem 17 dla obu części zamówienia) o parametrach techniczno-użytkowych wskazanych przez zamawiającego;
- zakup urządzeń stanowiących wyposażenie autobusów wymaganych przez Zamawiającego (w zakresie autobusów nabywanych przez wykonawcę);
- przeglądy techniczne zakupionych pojazdów, dostosowanie ich kolorystyki i oznakowanie do potrzeb Zamawiającego;
- montaż urządzeń wymaganych przez Zamawiającego, w tym dokonanie testów urządzeń;
- wdzierżawienie terenu pod potencjalną zajezdnię dla autobusów (położoną w lokalizacji umożliwiającej podstawie autobus rezerwowego w przypadku awarii w maksymalnym czasie 30 minut)³, zaplecze socjalne dla pracowników itp. i przystosowanie go do prowadzonej działalności zgodnie z wymogami Zamawiającego;
- zatrudnienie personelu koniecznego do realizacji zamówienia (w tym co najmniej 80 kierowców autobusów oraz mechaników i dyspozytorów, osoby zarządzającej transportem);
- szkolenie kierowców z obsługi pojazdów;

¹ Tj. 1 lipca 2019 r.

² Data wysłania ogłoszenia o zamówieniu celem publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

³ § 2 ust 26 pkt 2 załączników nr 8a i nr 8b do SIWZ (projekt umowy)

- dopełnienie przez Wykonawcę obowiązków administracyjno prawnych celem uzyskania przez Wykonawcę uprawnień do wykonywania publicznego transportu zbiorowego zgodnie z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia;

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że wykonawca nie ma żadnej wiedzy na temat tego, czy i jak długim okresem będzie dysponować na wykonanie ww. czynności koniecznych, aby rozpocząć świadczenie usług, podczas gdy minimalny okres na uruchomienie usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia przez wykonawcę, który nie świadczy dla Zamawiającego obecnie takiej usługi wynosi, **co najmniej sześć miesięcy od daty zawarcia umowy.**

Faktem powszechnie znanym na rynku przewozów drogowych są problemy w pozyskaniu kierowców, posiadających uprawnienia do kierowania autobusami. Do realizacji przedmiotu zamówienia konieczne jest zatrudnienie co najmniej 80 kierowców. Doświadczenie życiowe wskazuje, że czynności związane z rekrutacją tak dużej liczby pracowników wymagają czasu – pomijając sam proces poszukiwania pracowników (publikacja ogłoszeń, zbieranie aplikacji w sprawie przyjęcia do pracy, spotkania rekrutacyjne z kandydatami) - który już choćby z uwagi na wspomniany wyżej brak kierowców jest czasochłonny – konieczne będzie złożenie wypowiedzeń przez tych kierowców w swoim obecnym miejscu zatrudnienia (do 3 miesięcy), a następnie w odniesieniu do wybranych kandydatów weryfikacja dokumentów niezbędnych do zatrudnienia (np. wypełniony przez kandydata formularz osobowy, weryfikacja dokumentów dotyczących uprawnień koniecznych do wykonywania pracy kierowcy) złożonych przez kandydatów do pracy na stanowisku kierowcy, wykonanie czynności związanych ze sporządzeniem umowy o pracę i podpisaniem tej umowy, szkoleniem w zakresie systemów w pojazdach, przygotowania zgłoszeń do ZUS itp., zapoznanie z przebiegiem linii, na których będzie świadczona usługa.

Kolejnym istotnym czynnikiem jest organizacja bazy transportowej (położoną w lokalizacji umożliwiającej podstawie autobus rezerwowego w przypadku awarii w maksymalnym czasie 30 minut) – dzierżawa terenu monitorowanego, posiadającego plac manewrowo-postojowy dla liczby autobusów wymaganych przez Zamawiającego, warsztaty, zaplecze socjalne dla pracowników.

W ramach przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert jednym z kryteriów jest kryterium parametrów technicznych (30% wagi), w ramach którego to ocenie podlegać będzie tabor wykonawcy. Najwyższej ocenie podlegać będą pojazdy o parametrze T1, rok produkcji pojazdu 2019 r. – 2018 r. (50 punktów) – porównaj część XV SIWZ. Ze względu na przyjęte wagi dla poszczególnych pojazdów (związane z rokiem produkcji pojazdów, celem jest aby oferent wskazał pojazdy wyprodukowane

nie wcześniej niż w 2018 r. Faktycznie skutkuje to koniecznością przedstawienia fabrycznie nowych pojazdów. W obrocie faktycznie na występują autobusy komunikacji miejskiej o dacie produkcji nie przekraczającej roku.

Cykl produkcyjny autobusu wynosi minimum 5 miesięcy. Ze względu na bieżącą koniunkturę gospodarczą ów okres czasu może ulec wydłużeniu. Oczywistym jest, że żaden podmiot nie zdecyduje się na zawarcie umowy dostawy co najmniej 17 pojazdów przed datą zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego z Zamawiającym. Jest to dodatkowa okoliczność uzasadniająca przyjęcie, iż termin rozpoczęcia świadczenia usługi powinien przypadać co najmniej 6 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Data zawarcia umowy z Zamawiającym nie będzie znana przed terminem złożenia ofert, a więc wszystkie wskazane wyżej czynności wykonawca miałby wykonać w terminie, którego data początkowa nie jest znana. Realizację większość czynności - choćby zatrudnienie kierowców na podstawie umów o pracę, zamówienie urządzeń niezbędnych do wyposażenia pojazdów, montaż tych urządzeń, kupno autobusów – wykonawca może rozpocząć najwcześniej w dniu zawarcia umowy.

Przy aktualnych zapisach SIWZ nie jest więc możliwe zaplanowanie harmonogramu uruchomienia usługi. Dodatkowo przedłużanie postępowania może spowodować nie tylko skrócenie terminu na przygotowanie do uruchomienia usługi ale też skrócenie okresu realizacji usługi, przy czym nie jest wiadome o ile. Termin końcowy świadczenia usługi został bowiem określony sztywną datą jako 30 czerwca 2029 r. W związku z czym uzasadnione jest aby okres świadczenia usługi został uzależniony od daty rozpoczęcia ich realizacji. **Celowym jest aby wynosił 10 lat (względnie 120 miesięcy) począwszy od daty początkowej ich świadczenia.**

Nadto, podkreślamy że w sytuacji, gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia się przedłużało i nie byłoby możliwe podpisanie umowy na świadczenie usługi, przed 1 lipca 2019 r., w zasadzie data rozpoczęcia świadczenia usługi, musiałaby być przedmiotem „negocjacji” pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, co byłoby niedopuszczalne wobec powinności równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nierealnym jest bowiem rozpoczęcie świadczenia usług o skali przedsięwzięcia określonej przez Zamawiającego niezwłocznie po dacie zawarcia umowy.

Usługi komunikacyjne stanowiące przedmiot postępowania mają być realizowane na istniejących liniach regularnych. Przy obecnych zapisach SIWZ możliwości dotrzymania każdego terminu przez wykonawcę, który obecnie świadczy przedmiotowe usługi - są dużo większe, niż innych wykonawców, zważywszy choćby (zapewne) na posiadanie części autobusów oraz kierowców do obsługi zadań przewozowych, objętych postępowaniem.

W wyroku z 25 czerwca 2010 (KIO/UZP 1123/10) Izba stwierdziła, że „w wypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece się zmieniają i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy świadczącego zamawianą usługę”.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust 1 PZP.

Zgodnie z art. 29 ust 1 PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Opis przedmiotu zamówienia powinien więc pozwolić wykonawcom na podjęcie decyzji w przedmiocie złożenia oferty, na przygotowanie oferty oraz obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników (w tym wszystkich ryzyk) wpływających na cenę. Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisu poprzez:

a. **niejednoznaczne określeniu czasu trwania zamówienia, poprzez określenie czasu trwania zamówienia sztywnymi datami kalendarzowymi to jest od dnia 1 lipca 2019 r. do 30 czerwca 2029 r., w sytuacji, gdy data zakończenia postępowania nie jest znana i tym samym nie jest też znana data podpisania umowy, co może skutkować koniecznością zmiany daty rozpoczęcia świadczenia usługi.**

Zamawiający określił termin realizacji umowy sztywnymi datami kalendarzowymi to jest od dnia 1 lipca 2019 r. do 30 czerwca 2029 r. Z zapisów SIWZ, w tym z postanowień załączników nr 8a i 8b do SIWZ, nie wynika, czy w przypadku zmiany daty początkowej rozpoczęcia realizacji umowy/usługi zmianie ulegnie też data końcowa (czy nastąpi odpowiedniemu wydłużeniu okresu obowiązywania umowy). Jaka wskazano wyżej z uwagi na nieznaną datę zakończenia postępowania oraz nieznaną datę zawarcia umowy, nie można wykluczyć, że rozpoczęcie świadczenia usługi nie będzie możliwe we wskazanej przez Zamawiającego dacie 1 lipca 2019 r. W tych okolicznościach Wykonawca przed datą

składania oferty nie wie jak długi będzie rzeczywisty okres realizacji umowy. Nie jest więc znana wykonawcy istotna okoliczność mająca wpływ na kalkulację oferty.

Uzasadnionym jest aby Zamawiający wskazał okres świadczenia usług zgodnie z prowadzonym zamówieniem na 10 lat (względnie 120 miesięcy) przy przyjęciu, że data początkowa świadczenia usług przewozu osób przypada w dniu przypadającym co najmniej 6 miesięcy po dacie zawarcia przedmiotowej umowy.

Z powyższych względów wnosimy o uwzględnienie niniejszego odwołania.

Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania pocztą elektroniczną na adres e-mail podany w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu (zkgkm@wp.pl) oraz fax nr + 48 32 641 39 14

Wykaz załączników:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przetargu ZKG.271.8.2018 – w posiadaniu Zamawiającego,
- 4) ogłoszenie o zamówieniu 2018/S 235-537434, opublikowane w Dz.U. UE w dniu 6 grudnia 2018 r.- w posiadaniu Zamawiającego,
- 5) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Wykonawcy KRS nr 0000021693.

CZŁONEK ZARZĄDU
Damian Grabowski
Damian Grabowski

CZŁONEK ZARZĄDU
Marcin Polewicz
Marcin Polewicz