



Warszawa, dnia 26 czerwca 2023 r.

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

**Zamawiający: Centrum Usług Wspólnych
w Krasocinie**

ul. Macierzy Szkolnej 1

29-105 Krasocin

e-mail: zopo@krasocin.com.pl

nr tel.: (+48) 41 391-73-17

NIP: 609 007 37 08

REGON: 366228449

**Odwołujący: Cezary Piech
Cezary Piech "TRANS-BUS"**

ul. Dworcowa 1

29-100 Włoszczowa

e-mail: czarekpiech@interia.pl

NIP: 656 102 30 36

reprezentowany przez:
Radosław Mytkowski
radca prawny
adres do doręczeń:
Al. Wilanowska 7A lok. 32
02-765 Warszawa
e-mail: biuro@krpmytkowski.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Krasocin wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2023/2024” (znak: CUW.261.1.2.2023.GS)

Adres strony internetowej na której została udostępniona specyfikacja:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/774020>

Data publikacji ogłoszenia: 30.05.2023 r.

Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu: BZP ogłoszenie nr 2023/BZP 00239308/01

Data publikacji/ doręczenia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty: 19.06.2023 r.

ODWOŁANIE

W oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w załączeniu), na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹, zwanej dalej „Ustawą”, w imieniu Cezarego Piech, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Cezary Piech "TRANS-BUS" („Odwołujący” lub „Wykonawca”), składam odwołanie od zaniechań oraz czynności dokonanej przez Centrum Usług Wspólnych w Krasocinie („Zamawiający”) w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę, występującego pod firmą: Stanisław Misztal Usługi Przewozowe Osobowe i Towarowe „MISZTOUR” Rykoszyn (adres: ul. Świętokrzyska 100, 26-065 Piekoszków). zwanego dalej „Konkurentem”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji na „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Krasocin wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w roku szkolnym 2023/2024” zwanym dalej „Przetargiem”, podnosząc zarzut naruszenia przepisów Ustawy, a mianowicie:

¹ Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.

1) art. 255 pkt 6) Ustawy w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Ustawy i art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji² („uznk”) oraz w zw. z art. 112 ust. 1 Ustawy, wyrażający się w zaniechaniu unieważnienia Przetargu obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na wprowadzeniu do SWZ niedopuszczalnych, w tym niejednoznacznych i nieprecyzyjnych postanowień, dotyczących:

a) opisu przedmiotu zamówienia w zakresie tzw. nieodpłatnych przewozów, zgodnie z potrzebami Zamawiającego, których wymiar na poziomie co najmniej 100 kilometrów w każdym miesiącu obowiązywania umowy, stanowił kryterium oceny ofert złożonych w Przetargu, a tym samym opisu części przedmiotu zamówienia, który nie spełniał warunków zamówienia publicznego i jako taki mógł eliminować z rynku niektórych wykonawców, a tym samym przypisać Zamawiającemu wypełnienie znamion czynu nieuczciwej konkurencji i doprowadzić do złożenia w Przetargu ofert nieporównywalnych;

b) opisu spełnienia warunków udziału w Przetargu w zakresie oczekiwanego przez Zamawiającego warunku, które nie określały minimalnego poziomu:

- doświadczenia wykonawców, biorących udział w Przetargu, a mianowicie wymaganej łącznej wartości wykonanych usług oraz rodzaju takich usług, biorących udział w Przetargu,

- sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a mianowicie minimalnej wysokości posiadanych środków finansowych lub minimalnego wymiaru zdolności kredytowej wykonawców, biorących udział w Przetargu,

który uniemożliwiał ocenę zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia, tworzył warunki do odmiennej interpretacji i doprowadził do złożenia ofert nieporównywalnych;

a na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego:

² t.j.: Dz. U. z 2022 r poz. 1233

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 63 ust. 2 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konkurenta niezgodnej z przepisami Ustawy, albowiem oferta ta nie została złożona w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem elektronicznym formie,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 6 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konkurenta, która nie została złożona zgodnie z pkt 16.3 SWZ, a tym samym nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego

a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 2) i 3), wnoszę o:

- 4) art. 128 ust. 1 Ustawy w związku z § 7 ust. 2, ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie³ („rozporządzenie”) przez zaniechanie wezwania Konkurenta do uzupełnienia przedłożonych dokumentów i oświadczenia, potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych – składane na wezwanie Zamawiającego poprzez nadanie im należytej formy tj. cyfrowego odwzorowania tych dokumentów opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym
- 5) art. 16 Ustawy, poprzez jego niezastosowanie w szczególności w związku z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości przy określeniu opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej tzw. nieodpłatnych przewozów, a także zasady nierównego traktowania wykonawców w zakresie oceny spełnienia wymagań określonych w SWZ, dotyczących sposobu składania oferty lub dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych.

W przypadku podniesienia zarzutu głównego Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem nawet w przypadku unieważnienia Przetargu, Odwołujący nadal będzie miał możliwość uzyskania tego zamówienia, które będzie przedmiotem kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego.

³ Dz. U. poz. 2452

Podkreślenia wymaga, że przedstawiony powyżej rozszerzony zakres znaczeniowy pojęcia „interesu w uzyskaniu zamówienia” potwierdza nie tylko dotychczasowa linia orzecznicza KIO⁴, ale również redakcja przepisu art. 505 ust. 1 ustawy, która nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości, że w tym wypadku warunkiem uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej jest szeroki interes w uzyskaniu zamówienia, a zatem nie tylko w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącego danego zamówienia, ale również kolejnym takim postępowaniu (wszczętym na skutek unieważnienia aktualnego), którego przedmiotem będzie to zamówienie.

W przypadku zaś zarzutów ewentualnych, posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia tym bardziej nie może budzić żadnych wątpliwości. W toku Przetargu, przed upływem terminu, wyznaczonego do składania ofert, złożone zostały dwie oferty, tj. oferta złożona przez Konkurenta oraz oferta Odwołującego. Przy uwzględnieniu treści ewentualnych zarzutów, to oferta Wykonawcy kwalifikowała się do uznania jej za najkorzystniejszą jako jedyna niepodlegająca odrzuceniu.

W takim stanie sprawy nie budzi wątpliwości fakt posiadania przez Odwołującego legitymacji czynnej do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący w omawianym przypadku ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem Przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego.

Niniejsze odwołanie dotyczy Przetargu, w którym wartość zamówienia jest mniejsza od progów unijnych określonych w art. 3 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Przedmiotem odwołania są - zgodnie z art. 513 pkt 1) Ustawy - czynności Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty Konkurenta, a także – zgodnie z art. 513 pkt 2) Ustawy - zaniechania Zamawiającego unieważnienia Przetargu (zarzut główny) oraz zaniechania odrzucenia oferty Konkurenta, jako niezgodnej z treścią SWZ albo zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w wymaganej formie.

⁴ Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2020 r., KIO 1540/20; Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2019 r., KIO 2481/19

Zawiadomienie o wyniku Przetargu opublikowane zostało w dniu 19 czerwca 2023 r. na stronie internetowej Zamawiającego. Niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 26 czerwca 2023 r, a zatem w terminie ustawowym, wyznaczonym do składania odwołania.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 czerwca 2023 r., zgodnie z art. 514 ust. 2 Ustawy.

Z uwagi na powyższe, wnoszę o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Przetargu, a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu zaniechania unieważnienia Przetargu:
- uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konkurenta jako najkorzystniejszej oraz
- nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w Przetargu oraz rozstrzygnięcie Przetargu zgodnie z przepisami Ustawy,
- przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

UZASADNIENIE

Odwołujący się przedstawia uzasadnienie do podniesionych zarzutów naruszenia niżej wymienionych przepisów Ustawy.

1) art. 255 pkt 6) Ustawy w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 Ustawy i art. 3 uznk oraz art. 240 ust. 1 Ustawy, a także w zw. z art. 112 ust. 1 Ustawy

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, przygotowaną na potrzeby prowadzonego Przetargu („SWZ”), Zamawiający określił m.in., że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi w zakresie dowozu i odwozu dzieci i młodzieży do i z określonych placówek oświatowych, znajdujących się na terenie Gminy Krasocin (pkt 3.1 SWZ). Na dowóz uczniów w ciągu jednego dnia składają się dwukrotne przewozy, tzn. dowóz uczniów z miejscowości zamieszkania uczniów do jednostek oświatowych, do których uczęszczają oraz odwóz uczniów z jednostek oświatowych, po zajęciach lekcyjnych, do miejscowości zamieszkania (pkt 3.2 SWZ). Wykonawca

zapewnia opiekę i bezpieczeństwo dowożonym uczniom, m.in. za pośrednictwem opiekunów dowozu, których ma obowiązek we własnym zakresie przeszkolić w tematyce ich obowiązków i odpowiedzialności, co powinno być udokumentowane, np. listami obecności na szkoleniu, które to dokumenty Wykonawca ma obowiązek przechowywać i okazywać na wezwanie Zamawiającego lub upoważnionych służb i instytucji. Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji kierowcy z funkcją opiekuna. Do obowiązków opiekuna dowozów należeć będzie przygotowanie dzieci do odwozu oraz sprawowanie nad nimi opieki podczas jazdy (pkt 3.12 SWZ). Wymagany termin realizacji całości zamówienia został określony od dnia 4 września 2023 r. do 21 czerwca 2024 r (pkt 4 SWZ).

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący**, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając **wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**. Zamawiający w SWZ zobowiązany był m.in. do **określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy usług** dowozu uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Krasocin wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu. Cechy te mogły odnosić się, w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych usług, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że **są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów**. Jednocześnie przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub **wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów**. Tymczasem w opisie przedmiotu zamówienia określonym w SWZ **Zamawiający w ogóle nie wskazał na opcję realizacji tzw. nieodpłatnych przewozów**, która z kolei została wskazana jako jedno z dwóch kryteriów oceny ofert. Tym samym ewentualna istotna część przedmiotu zamówienia (kryterium to przyjęło wagę na poziomie 40%), w tym warunki jej realizacji, nie została w ogóle określona przez Zamawiającego. Zachodzą uzasadnione wątpliwości czy ogóle uprawnionym jest kwalifikowanie takiego dodatkowego zobowiązania wykonawcy jako części przedmiotu zamówienia, tym bardziej, że z projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ, nie zostało określone takie zobowiązanie, a tym bardziej warunki jego realizacji.

7

Oznacza to m.in., że nie jest jasne czy warunki określone do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia należy stosować odpowiednio. Taki deficyt precyzji w opisie przedmiotu zamówienia tworzy pole do odmiennej interpretacji i powoduje ryzyko złożenia ofert nieporównywalnych. Podkreślenia wymaga, że jako usługa nieodpłatna nie spełnia wymaganych cech zamówienia publicznego (art. 2 pkt 13 Ustawy), pozostając wyłącznie bliżej nieokreślonym zobowiązaniem wykonawcy, biorącego udział w Przetargu, do przysporzenia korzyści majątkowej, określonym wyłącznie na potrzeby pozacenowego kryterium oceny. Taka konstrukcja tworzy presję na każdym wykonawcy, który w celu zwiększenia szansy uzyskania większej liczby punktów godzi się na przyjęcie takiego zobowiązania nawet bez określenia jego wartości pieniężnej oraz warunków realizacji takiego zobowiązania. Przyjęte rozwiązanie mogło również zniechęcić potencjalnych grono wykonawców (zdolnych do realizacji zamówienia) do wzięcia udziału w Przetargu. Zamawiającemu nie wolno zatem wymuszać na wykonawcach nieodpłatnego świadczenia przez nich usług na rzecz Zamawiającego. Stanowi to naruszenie przepisów ustawowych, mających na celu ochronę uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i proporcjonalności procedury udzielania zamówienia publicznego (art. 16 Ustawy).

Jednocześnie Odwołujący wyraża sprzeciw wobec próby określenia tzw. nieodpłatnych przewozów w ramach kryterium oceny ofert.

Zgodnie z art. 240 ust. 1 Ustawy, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób **jednoznaczny i zrozumiały**. Z kolei stosownie do ust. 2 powołanego artykułu, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Oznacza to, że Zamawiający nie może w sposób dowolny określać kryterium oceny, zwłaszcza jeżeli ocena ta nie pozostaje w związku z określonym w SWZ przedmiotem zamówienia, a wprowadza bliżej nieokreślone zobowiązanie wykonawcy do świadczenia nieodpłatnych usług przewozu dzieci „na wycieczki, zawody sportowe, wyjazdy edukacyjno – kulturalne, konkursy itp. zgodnie z potrzebami Zamawiającego”.

Zgodnie z pkt 6.1.2. lit. a) SWZ Zamawiający określając warunek udziału w Przetargu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, ograniczył się do wskazania, że dokumentem potwierdzającym spełnienie tego warunku będzie „wykaz usług wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy.”

Z kolei, określając warunek udziału w Przetargu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej – na potwierdzenie należy złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym, niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.”

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Ustawy, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z powołanych wyżej postanowień SWZ wynika zatem, że Zamawiający naruszył powołany przepis Ustawy, albowiem nie określił minimalnych progów zdolności wykonawcy uniemożliwiając w ten sposób weryfikację sygnalizowanych przez siebie wymagań. W efekcie Zamawiający, widząc potrzebę ograniczenia potencjalnego grona wykonawców, przy uwzględnieniu specyfiki usługi (przewóz dzieci i opieka nad dziećmi) nie wykazał konsekwencji w stworzeniu narzędzi weryfikacji spełnienia warunków udziału w Przetargu. Tym samym powstało pole do odmiennej interpretacji wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

Na marginesie warto zaznaczyć, że w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie określił warunków udziału w Przetargu ani nie wskazał na dokumenty, potwierdzające spełnienie warunków udziału w Przetargu.

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy w zw. z art. 63 ust. 2 Ustawy

3) art. 226 ust. 1 pkt 6 Ustawy

Na wniosek Wykonawcy Zamawiający przekazał, złożoną przez Konkurenta ofertę wraz z dołączonymi do niej dokumentami, w tym dokumentami i oświadczeniami potwierdzającymi spełnienie warunków podmiotowych w Przetargu – składane na wezwanie Zamawiającego. Z treści udostępnionej Wykonawcy oferty i dokumentów wynika, że Konkurent nie sporządził i nie złożył ich w wymaganej przepisami ustawy formie. Wykonawca otrzymał tylko skany żądanych dokumentów. Jednocześnie sporządzenie i złożenie przedmiotowych dokumentów nie było zgodne z pkt 16.3 SWZ. Na podstawie tego postanowienia SWZ, „oferta składana elektronicznie musi zostać podpisana elektronicznym podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. W procesie składania oferty za pośrednictwem Platformy Wykonawca powinien złożyć podpis bezpośrednio na dokumentach przesłanych za pośrednictwem Platformy. Zalecamy stosowanie podpisu na każdym załączonym pliku osobno, w szczególności wskazanych w art. 63 ust 1 oraz ust. 2 Pzp, gdzie zaznaczono, iż oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci lub formie elektronicznej i opatruje się odpowiednio w odniesieniu do wartości postępowania kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.”

Stosownie do pkt 11.1. W SWZ, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są elektronicznie za pośrednictwem platformazakupowa.pl (dalej jako „Platforma”) pod adresem: https://platformazakupowa.pl/pn/ug_krasocin i formularza „Wyślij wiadomość doZamawiającego” dostępnego na stronie dotyczącej danego postępowania (nie dotyczy składania ofert). Jedynie w sytuacjach awaryjnych np. w przypadku niedziałania Platformy, Zamawiający dopuścił komunikację za pomocą poczty elektronicznej na adres: zopo@krasocin.com.pl (nie dotyczy składania ofert) – pkt 11.2 SWZ. Jednakże w toku Przetargu nie wystąpiła jakakolwiek awaria Platformy.

4) art. 128 ust. 1 Ustawy w związku z § 7 ust. 2, ust. 3 pkt 1) rozporządzenia

Z uwagi na fakt niedochowania przez Konkurenta formy składania dokumentów na żądanie Zamawiającego, Zamawiający zobowiązany był do wezwania Konkurenta, aby ten uzupełnił ich złożenie w wymaganej formie. Zamawiający zaniechał takiego wezwania.

5) art. 16 pkt Ustawy – uzasadnienie naruszenia tego przepisu zostało przedstawione w treści uzasadnienia do ww. zarzutów.

W świetle przedstawionej wyżej argumentacji oraz przy uwzględnieniu uzasadnienia prawnego wynikającego bezpośrednio z przytoczonych zarzutów w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Wpis od niniejszego odwołania w wysokości 7.500 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Radosław Mytkowski
radca prawny
WA - 6458

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- dowód uiszczenia wpłaty tytułem wpisu;
- potwierdzenie przesłania odwołania do wiadomości Zamawiającego