

Kancelaria Prawna

JAKÓBIKI ZIEMBA

Kielce, dnia 24 czerwiec 2023 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający: **Gmina Sędziejowice**, ul. Wieluńska 6, 98 – 160 Sędziejowice, **Tel./fax.:** 43 / 677 11 57; 43 / 677 10 06, strona: www.bip.gminasedziejowice.pl, https://platformazakupowa.pl/pn/gmina_sedziejowice, adres poczty elektronicznej: inwestycje@gminasedziejowice.pl

Odwołujący: **PKS Bodzentyn Sp. z o.o.**, 28- 400 Bogucice Drugie, Szosa 26A, michal.warzecha@mat-bus.pl

(dalej Wykonawca bądź Odwołujący)

w imieniu którego działa adw. Karol Ziemba z Kancelarii Prawnej Jakóbiak i Ziemba , 25-512 Kielce, ul. Warszawska 7/27A

adres e-mail ; karol.ziemba@kancelariajiz.pl, tel. 500 626 291

Dotyczy: *postępowania o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonego pn: „Zakup biletów szkolnych miesięcznych dla uczniów dojeżdżających do szkół na terenie gminy Sędziejowice w okresie od 2 września 2024 r. do 27 czerwca 2025r, Ogłoszenie nr 2024/BZP 00350358 z dnia 2024-06-04*

Działając w imieniu Wykonawcy na podstawie art. 513 pkt. 1) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt. 2) a) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605) **dalej Ustawa albo Pzp** , niniejszym :

I. Wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na :

a) Wykluczeniu i w konsekwencji odrzuceniu oferty **PKS Bodzentyn Sp. z o.o.** bez

wskazania jakiegokolwiek podstawy faktycznej tego odrzucenia,

- b) Wyborze oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Bełchatowie Sp. z o.o., (97-400 Bełchatów, Niedyszyna 40, NIP 7690502199) w sytuacji kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą z uwagi na nieprawidłowe odrzucenie oferty PKS Bodzentyn Sp. z o.o. co w konsekwencji prowadzi do wniosku iż to ta oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą,

II. Zarzucam Zamawiającemu:

- (a) naruszenie **pkt 3 w dziale XVII SWZ** w zw. z **art. 109 ust. 1 pkt 5** w zw. z **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a** w zw. z **art. 253 ust.1** ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.) – poprzez wykluczenie Odwołującego (i w konsekwencji odrzucenie jego oferty) bez wskazania jakiegokolwiek podstawy faktycznej tego działania – prawdopodobnie Zamawiający wykluczył Wykonawcę (i odrzucił jego ofertę) z powodu nałożenia na niego kary umownej (notą księgową z dnia 13 czerwca 2024 roku) zaś obecnie kwestia ta zawisła przed Sądem Rejonowym w Sieradzu w z związku z czym nie jest możliwe stwierdzenie iż Wykonawca naruszył obowiązki w sposób zawiniony,
- (b) naruszenie **art. 109 ust.1 pkt.8** poprzez zastosowanie tej przesłanki wykluczenia bez podstawy faktycznej albowiem Zamawiający stwierdził iż *„zdaniem Zamawiającego stanowi czyn zamierzonego działania Wykonawcy wprowadzający Zamawiającego w błąd, który mógłby mieć istotny wpływ na decyzję przez niego podejmowane”* zaś zgodnie z przedmiotową normą wykluczyć można wykonawcę który zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że **nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji** (przepis odnosi się zatem do warunków udziału w postępowaniu a nie do oceny ofert zaś pkt. 6 formularza ofertowego stanowi o punktacji); ponadto Zamawiający nie wskazał na czym polegało wprowadzenie go w błąd – a mało tego używa trybu przypuszczającego (mógłby) co w oczywisty sposób implikuje wniosek iż żadnego błędu nie było – w sytuacji kiedy Wykonawca zamierzał wskazać nielimitowaną ilość kilometrów w tym zakresie (a formularz wymagał podania cyfry –

Wykonawca wskazał zatem największą możliwą cyfrę aby uzyskać maksymalną punktację),

- (c) naruszenie **art. 239 w zw. z art. 266 ustawy pzp** poprzez wybór oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Bełchatowie Sp. z o.o. w sytuacji kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą albowiem najkorzystniejszą ofertą jest oferta Odwołującego,
- (d) naruszenie **art. 16 ustawy pzp** poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania uczestników i uczciwej konkurencji – albowiem działanie Zamawiającego było ukierunkowane w celu wywołania sytuacji w której możliwe będzie obciążenie Wykonawcy notą księgową (nawet bez rzeczywistej podstawy faktycznej) tak aby wykluczyć go z postępowania zaś jego ofertę odrzucić i w konsekwencji wybrać ofertę Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Bełchatowie Sp. z o.o.

III. Wnoszę o:

- (a) nakazanie Zamawiającemu uchylenie czynności polegającej na Wykluczeniu i w konsekwencji odrzuceniu oferty **PKS Bodzentyn Sp. z o.o.**,
- (b) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności polegającej na wyborze oferty Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Bełchatowie Sp. z o.o.,
- (c) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **PKS Bodzentyn Sp. z o.o.**

IV. Wykonawca posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy Pzp albowiem w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą co będzie skutkowało udzieleniu Odwołującemu zamówienia publicznego. **Powyższa okoliczność ewidentnie i w sposób nie budzący wątpliwości świadczy o posiadaniu interesu prawnego we wniesieniu odwołania.**

V. W dniu **20 czerwca 2024 roku**, Odwołujący został poinformowany o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że 5 dniowy termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 25 czerwca 2023 roku. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2 a) Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Uzasadnienie

W prowadzonym **Zamawiający - Gmina Sędziejowice** (ul. Wieluńska 6 , 98-160 Sędziejowice) wykluczył Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), i wskazał iż *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów, Zamawiający wyklucza wykonawcę: PKS Bodzentyn Sp. z o.o., Szosa 26A, 28- 400 Bogucice Drugie, NIP 6621824841. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający stwierdził iż „ponadto, należy zwrócić uwagę na fakt, iż podana w pkt 6 formularza ofertowego Wykonawcy ilość kilometrów transportu autobusem do bezpłatnego wykorzystania w okresie obowiązywania umowy, określona na poziomie: 10⁶⁶ km, zdaniem Zamawiającego stanowi czyn zamierzonego działania Wykonawcy wprowadzający Zamawiającego w błąd, który mógłby mieć istotny wpływ na decyzję przez niego podejmowane – czego potwierdzeniem jest wpisana słownie przez Wykonawcę ilość 10⁶⁶km w postaci „słownie 10 km do potęgi 66”, tym samym stanowi przesłankę do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8.*

Obie przesłanki wykluczenia Wykonawcy są wadliwe, zaś odnosząc się do nich szczegółowo wskazuje:

(1) Wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.

Pomijając już fakt, że Zamawiający nie wskazał jakiejkolwiek podstawy faktycznej wykluczenia to jak należy się domyślać chodzi o sytuację wskazaną w piśmie Zamawiającego z dnia 17 czerwca 2024 roku i nocie księgowej z dnia 13 czerwca 2024 roku. Zdaniem Odwołującego cała ta sytuacja jest celowo sprokurowana przez Zamawiającego aby celowo wykluczyć PKS Bodzentyn Sp. z o.o. z postępowania. Świadczy o tym następujący przebieg zdarzeń:

będzie odnosiło się do kwestii prawidłowości wykonania zobowiązania/umowy o zamówienie publiczne. Do czasu prawomocnego zakończenia sporu, nie można jednoznacznie wskazać czy stanowisko (...) było zasadne. Tym samym autorytatywne stanowisko (...) W. było chybione.”

W świetle powyższego stanu faktycznego na chwilę obecną Odwołujący w całości kwestionuje swoją winę w rzekomym nienależytym wykonaniu umowy zaś sprawa zawisła przed właściwym sądem powszechnym. W związku z powyższym nie można wykluczyć na tej podstawie PKS Bodzentyn Sp. z o.o.

**(2) Wykluczenie na podstawie art. 109 ust.1 pkt.8 ustawy z dnia 11 września 2019r.
Prawo zamówień publicznych.**

Zamawiający wskazał iż *„zdaniem Zamawiającego stanowi czyn zamierzonego działania Wykonawcy wprowadzający Zamawiającego w błąd, który mógłby mieć istotny wpływ na decyzję przez niego podejmowane”* zaś zgodnie z przedmiotową normą wykluczyć można wykonawcę który zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji (przepis odnosi się zatem do warunków udziału w postępowaniu a nie do oceny ofert zaś a pkt. 6 formularza ofertowego stanowi o punktacji); ponadto Zamawiający nie wskazał na czym polegało wprowadzenie go w błąd – a mało tego używa trybu przypuszczającego (mógłby) co w oczywisty sposób implikuje wniosek iż żadnego błędu nie było.

Kontynuując powyższe , wskazuję iż Zamawiający w sekcji XXIV SWZ pkt. 4 wskazał iż :

W ramach kryterium „Dodatkowa usługa” (U) Zamawiający przyzna maksymalnie 20 punktów. Ocenie zostanie poddana wskazana w formularzu ofertowym przez Wykonawcę deklarowana ilość kilometrów transportu autobusem do bezpłatnego wykorzystania na rzecz szkół objętych przedmiotem zamówienia oraz Zamawiającego w dowolnych terminach i godzinach w okresie obowiązywania umowy, po ich uprzednim zgłoszeniu

Wykonawcy z co najmniej 2 dniowym wyprzedzeniem. Punkty zostaną przyznane według przyjętego sposobu:

a. jeżeli Wykonawca nie zaoferuje lub zaoferuje dodatkowy transport uczniów mniejszy niż 500 km – otrzyma 0 pkt,

b. jeżeli Wykonawca zaoferuje dodatkowy transport od min. 500 km otrzyma punkty wyliczone według wzoru:

$$U = (U_b / U_n) \times 20 \text{ pkt}$$

gdzie:

a. U – liczba punktów, którą uzyskała badana oferta w kryterium „Dodatkowa usługa”;

b. U_b – zaoferowana ilość kilometrów do bezpłatnego wykorzystania w ofercie badanej w przedziale od min. 500 km;

c. U_n – najwyższa zaoferowana ilość kilometrów do bezpłatnego wykorzystania spośród ofert nieodrzuconych.

W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 20 punktów. Przyznane punkty zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku.

Zatem Zamawiający przyznaje dodatkowe punkty za zaoferowanie ilości od min. 500 km, nie określając przy tym górnej ich granicy. W takiej sytuacji Wykonawca PKS Bodzentyn Sp. z o.o. chciał wpisać największą możliwą cyfrę (przyjmuje ryzyko gospodarcze z tym związane) i po konsultacji z osobami z wykształceniem matematycznym wskazał cyfrę 10⁶⁶ km.

Powyższe nie ma nic wspólnego z fakultatywnymi przesłankami wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt.8 albowiem jest to treść oferty a Zamawiający mając w tym zakresie wątpliwości mógł wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia na podstawie art. 223 ustawy pzp – nie mógł go natomiast wykluczyć z podstawie w/w przepisu.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak wyżej.

Załączniki:

- pełnomocnictwo,
- dowód uiszczenia opłaty od odwołania,
- dowód doręczenia odwołania do Zamawiającego,

Za Odwołującego

Adwokat Karol Ziemba