

Piła, dnia 14 czerwca 2011r.

**Krajowa Izba odwoławcza**

**ul. Postępu 17a**

**02-676 Warszawa**

**Odwolujący: „TDC Polska” spółka cywilna**

**Jacek Nyga, Marzena Nyga, ul. Wyspiańskiego  
9A, 64-920 Piła, zastępowani przez radcę  
prawnego Jana Karnasia z Kancelarii Prawnej  
Jan Karnaś, Edward Karnaś s.c. w Piłę przy ul.  
Warsztatowej 8, 64-920 Piła.**

**Zamawiający: Miasto Żywiec -Urząd Miejski w  
Żywcu, ul. Rynek 2, 34-300 ŻYWIEC**

**Przedmiot zamówienia publ.:**

**Dostawa ekranów informacyjnych w ramach:**

**„Poprawa jakości i dostępności informacji kulturalnej na Żywiecczyźnie”**

**ODWOŁANIE**

Niniejszym w imieniu Odwołującego na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, składam Odwołanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: *Dostawa ekranów informacyjnych w ramach: „Poprawa jakości i dostępności informacji kulturalnej na Żywiecczyźnie”*, na czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu oferty Odwołującego.

Odwołanie wnoszę z zachowaniem 5- dniowego terminu. Podstawą wniesienia odwołania jest otrzymanie faksem w dniu 09.06.2011r. pisma Zamawiającego zawierającego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej ofert oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone lub którzy zostali wykluczeni.

Zamawiający zdaniem Odwołującego naruszył:

1. art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp, **bezpodstawnie wykluczył ofertę Odwołującego,**
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, **doprowadzając do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą.**

Powyższe naruszyło interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w związku z zaoferowaną ceną oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

Wobec powyższego wnoszę o:

1. **unicważnienie wykluczenia** (odrzużenia) oferty Odwołującego;
2. **powtórzenie** czynności badania i oceny ofert;

Odwołujący ponadto wnosi o:

1. zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez radcę prawnego według norm przepisanych;

Jednocześnie zauważyć należy, iż osoby wykonujące czynności w postępowaniu w imieniu Zamawiającego **w przypadku nieuwzględnienia niniejszego Odwołania** i uprawomocnienia się decyzji o wykluczeniu (odrzużeniu) oferty i następnie unieważnieniu postępowania naruszają art. 17 ust. 3 i 7 Ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. 2005 Nr 14, poz. 114).

#### Uzasadnienie



1.

Zamawiający faksem, otrzymanym przez Odwołującego w dniu 09.06.2011 poinformował o wykluczeniu oferty Odwołującego powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Pzp. Zamawiający w zawiadomieniu tym uzasadniał, iż nie złożył on dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, gdyż na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2011r. nie złożył oświadczeń w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego naruszony został zapis Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – rozdz. VI. Pkt 2.2, który dla potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale V w pkt 1.4 SIWZ wymagał przedstawienia dla osób fizycznych oświadczeń w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W związku z wykluczeniem oferty Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, Zamawiający za odrzuconą. Ponadto Zamawiający wskazał, iż oferta podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy – Pzp, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W oparciu o powyższe Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego złożona oferta:

a) odpowiada swoją treścią treści SIWZ,

b) zawiera niewadliwe dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu ;

W związku z powyższym wnosimy jak w punkcie 1 *petitum* Odwołania.

2.

Po pierwsze , złożona przez Odwołującego oferta odpowiada treści SIWZ.



Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. Pzp.

W tym miejscu przytoczenia wymaga treść przepisów jakie obowiązują w tym zakresie. Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz nowymi rozporządzeniami wykonawczymi, tj. rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) a także rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69) dokonane zostały zmiany w zakresie m.in. warunków udziału w postępowaniu, sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, służące uporządkowaniu warunków udziału w postępowaniu.

W myśl zmienionego art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; (2) posiadania wiedzy i doświadczenia; (3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; (4) sytuacji ekonomicznej.

W przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 – 9 wymienione zostały natomiast warunki, w związku z zaistnieniem których wyklucza się wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O tych dwóch rodzajach warunków jest mowa w art. 26 ust. 2a Pzp, stosownie do którego, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków lub ofert o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu lub składania ofert: (1) spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp oraz (2) brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.

Z zacytowanych przepisów wynika, iż warunki udziału w postępowaniu to **„warunki pozytywne”** rozumiane jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w zakresie określonych uprawnień, potencjału, sytuacji itp. dających gwarancję należytego wykonania zamówienia

publicznego a także brak „warunków negatywnych” tj. brak okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 Pzp, dotyczących m.in. nierzetelności, upadłości, zaległości publicznoprawnych albo karalności za określone przestępstwa itp. Za powyższym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty.

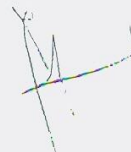
Przepisy znówelizowanej ustawy Pzp odróżniają następujące pojęcia: (1) „warunki udziału w postępowaniu” (m.in. art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25, art. 26 ust. 3 Pzp), (2) „warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy” oraz (3) „brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy” (art. 26 ust. 2a Pzp).

Rozumienie sformułowania „warunki udziału w postępowaniu” jako jednocześnie warunków, o których mowa w art. 22 ustawy oraz warunków z art. 24 ust. 1 ustawy znajduje odzwierciedlenie również w innych przepisach Pzp, które w wyniku nowelizacji ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. nie zostały zmienione, a więc po nowelizacji ich znaczenie nie powinno ulec zmianie. W szczególności należy przywołać następujące przepisy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż z postępowania o udzielenie zamówienia podlegają wykluczeniu wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc *lege non distigente* o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, jak i warunku braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp;

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na treść przepisu art. 44 Pzp, zgodnie z którym wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli Zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty. Oświadczenie odnosi się jedynie do treści art. 22 ust. 1 Pzp bowiem w celu potwierdzenia, braku warunków negatywnych należy złożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp.

Przedłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wynikającym z art. 22 ust. 1 Pzp jest – stosownie do art. 44 Pzp – obowiązkowe we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast w zakresie potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania, żądanie przez zamawiającego oświadczenia wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu jest fakultatywne w odniesieniu do





postępowani o udzielenie zamówień o wartości niższej niż tzw. „progi unijne”, zaś obowiązkowe w przypadku postępowań w sprawie udzielenia zamówień o wartości większej niż progi unijne (stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach).

**Reasumując należy stwierdzić, iż obie kategorie normatywne wskazane w przepisie art. 26 ust. 2a Pzp – tj. „warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1” oraz „brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1”, zostały przez Odwołującego spełnione i należycie w przedmiotowym postępowaniu udokumentowane.**

W ocenie Odwołującego Zamawiający niezasadnie sformułował tak zapis SIWZ, z którego wynika, iż wykonawca dwukrotnie zobowiązany byłby do składania oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Jeśli bowiem Dostawca (tutaj Odwołujący) oświadczył Zamawiającemu, w trybie art. 24 ust. 1 Pzp, o nie występowaniu jakichkolwiek (wszystkich wymienionych w art. 24 ust. 1 Pzp) negatywnych przesłanek, to nie można twierdzić, iż dodatkowo składane oświadczenie w zakresie tego samego przepisu (art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp) stanowiło naruszenie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia. Skoro bowiem Odwołujący wykluczył istnienie wszystkich (jakichkolwiek) negatywnych przesłanek – w związku ze złożeniem w trybie ust. 1 art. 24 Pzp – to tym samym wykluczał istnienie – konkretnie wskazywanej przez Zamawiającego – negatywnej przesłanki z pkt 2 ust. 1 art. 24 Pzp.

**Po drugie, złożona przez Odwołującego oferta zawiera niewadliwe dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu**

Z tych samych przyczyn uznać należało, iż nie wymagała „poświadczenia” – choć Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia posługuje się terminem „oświadczenia” – za zgodność z oryginałem zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej dla przedsiębiorcy Nyga Jacek, przez drugiego współnika „TDC Polska” Marzene Nyga.

Zdaniem Protestującego w żadnym z tych przypadków nie można uznać, iż treść złożonej ofert nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Ponieważ wykazane naruszenia ustawy - Pzp zdaniem Odwołującego są poważne, a interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony, Odwołanie niniejsze wraz z wnioskami jak w *petitum* należy uznać za uzasadnione.

**Jan Karas**  
**Radca prawny**

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo.
- 2) Dowód uiszczenia wpisu.
- 3) Dowód nadania Odwołania Zamawiającemu



KANCELARIA PRAWNA

Edward Karnas, Jan Karnas

Radcy Prawny Jan Karnas

Adres: 64-800 Pila  
ul. Wyspiańskiego 9A  
Kancelaria Prawna

Telefon: 67 348 29 31  
Faks: 67 348 25 32  
e-mail: kancelaria@tdcpolska.pl

### PEŁNOMOCNICTWO SZCZEGÓLNE

Niniejszym *tdcpolska* s.c. Jacek Nyga, Zenon Nyga z siedzibą w Pile przy ul. Wyspiańskiego 9A, upoważniają radcę prawnego Jana Karnasia z Kancelarii Prawnej s.c. Jan Karnas, Edward Karnas z siedzibą w Pile do działania i występowania w ich imieniu przed Zamawiającym: Miasto Żywiec, Urząd Miejski w Żywcu, ul. Rynek 2, 34-300 Żywiec, Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie, Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych oraz sądami powszechnymi w sprawie w sprawie z ich odwołaniu i skargi dotyczących zamówienia publicznego na zadanie: *Dostawa ekranów informacyjnych w ramach projektu "Poprawa jakości i dostępności informacji kulturalnej na Żywiecczyźnie"*.

Pila, dnia 13 czerwca 2011r.

*Nyga Jacek*



Adres: ul. Wyspiańskiego 9A, 64-800 Pila  
Tel: 67 348 29 31, Faks: 67 348 25 32  
NIP: 64-209 04 52 REGON: 140853190

Wzrost: 180 cm  
Ciężar ciała: 75 kg

Wzrost: 180 cm  
Ciężar ciała: 75 kg