

**ADWOKAT TOMASZ DĄBROWSKI****KANCELARIA ADWOKACKA**

ul. Andriollego 34 lok. 11, 05-400 Otwock  
tel/fax: (22) 779 50 55, tel. kom. 693 144 350  
[kontakt@dabrowski-kancelaria.pl](mailto:kontakt@dabrowski-kancelaria.pl)

Otwock, dnia 15 sierpnia 2016 roku

**Prezes****Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a  
00-676 Warszawa

**Odwołujący: Michał Tomaszewski i Rafał Tomaszewski**  
prowadzący działalność gospodarczą w formie  
spółki cywilnej

**„Tomiraf s. c. Michał Tomaszewski,  
Rafał Tomaszewski”**

Glina ul. Wspólna 42

05-430 Celestynów

tel. 601-071-562

[biuro@tomiraf.pl](mailto:biuro@tomiraf.pl)

reprezentowani przez

**adwokata Tomasza Dąbrowskiego**

**Kancelaria Adwokacka**

**Adwokat Tomasz Dąbrowski**

ul. Andriollego 34 lok. 11, 05-400 Otwock

tel. 693-144-350, Fax: (22) 779-50-55

[kontakt@dabrowski-kancelaria.pl](mailto:kontakt@dabrowski-kancelaria.pl)

**Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa**

**Dzielnica Praga –Południe**

ul. Podskarbińska 6

03-833 Warszawa

tel. (22) 44 35 509

[ppl.wzp@um.warszawa.pl](mailto:ppl.wzp@um.warszawa.pl)

**ODWOLANIE**

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej „pr. zam. publ.”

Niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych na „Wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy ulicy Radziłowskiej na odc. od ulicy Zakopiańskiej, o łącznej długości ok. 65,00 mb. z odwodnieniem, oświetleniem, urządzeniem zieleni drogowej, usunięciem kolizji i zabezpieczeniem urządzeń elektroenergetycznych, wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i opiniami wymaganymi szczególnymi przepisami oraz przebudowę ulic Zakopiańskiej, Radziłowskiej i Szczuczyńskiej” (NR SPRAWY: UD-VI-ZP/73/16), Numer ogłoszenia o zamówieniu: 128487 - 2016.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 pr. zam. publ. poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo braku przesłanek ku temu oraz odrzucenia oferty z tego powodu oraz poprzez błędne uznanie iż Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 pr. zam. publ. poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pomimo, iż Odwołujący wykazał spełnienie warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 2b pr. zam. publ. poprzez brak uznania, iż Odwołującemu zostały skutecznie udostępnione zasoby podmiotu trzeciego.
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust 3 pr. zam. publ. poprzez podanie błędnej (nie mającej zastosowania w przedmiotowej sprawie) podstawy prawnej oraz zastosowanie niejasnego i nie mającego pokrycia z rzeczywistością uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego,
5. art. 89 ust 1 pkt 5 pr. zam. publ. poprzez jego niewłaściwe (błędne) zastosowanie jako podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, przepis ten nie odnosi się do przedmiotowego postępowania czyli przetargu nieograniczonego, brak jest uzasadnienia prawnego i faktycznego dla zastosowania takiej podstawy prawnej;
6. błędne przyjęcie, iż wskazana w wyniku uzupełnienia dokumentów firma PPHUIT TOMIRAF Jadwiga Tomaszewska występuje w przedmiotowym postępowaniu jako podwykonawca Odwołującego.

W związku z powyższym wnoszę o:

- I. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- II. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty;

III. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

IV. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W interesie Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne jest to aby postępowanie toczyło się zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes prawny Odwołującego wynika z faktu, iż byłby on w stanie uzyskać przedmiotowe zamówienie gdyby Zamawiający działał w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i niezasadnie go nie wykluczył. Oferta Odwołującego jest korzystniejsza od oferty wybranej. Na chwilę składania odwołania, Odwołujący posiada interes w jego wniesieniu. W przypadku oddalenia niniejszego odwołania, Odwołujący poniósłby szkodę w postaci utraty możliwości udziału w niniejszym postępowaniu oraz szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty w dniu 9 sierpnia 2016 roku, Odwołujący składając odwołanie w dniu 16 sierpnia 2016 roku zachowuje 5 – dniowy termin na złożenie odwołania, zgodnie z pr. zam. publ.

Wnoszę również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego według rachunku, który zostanie przedłożony na rozprawie.

### UZASADNIENIE

W przedmiotowym przetargu Odwołujący złożył ofertę wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 16.2.3 a) i b) SIWZ poprzez wskazanie w wykazie dwóch robót budowlanych (załącznik nr 5 do SIWZ).

Następnie Zamawiający pismem z dnia 2 sierpnia 2016 roku wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów poprzez m.in. złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 16.2.3)a) jednocześnie w treści wezwania do uzupełnienia Zamawiający zmienił warunek udziału w postępowaniu, wpisując iż chodzi mu o "projekt" na rzecz którego został wykonany.

W wyniku pisma Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2016 roku Odwołujący złożył Zamawiającemu w ramach uzupełnienia dokumenty. Mimo, iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 16.2.3 a) i b) SIWZ złożył Zamawiającemu m.in. uzupełniony wykaz robót budowlanych wraz z referencjami oraz zobowiązanie „do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” PPHUiT „TOMIRAF” Jadwigi Tomaszewskiej.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2016 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz uzasadnienie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Zamawiający w sposób niezrozumiały i enigmatyczny w siedmiu zdaniach uzasadnił wykluczenie Odwołującego oraz jednym zdaniem odrzucenie jego oferty:

**„ Wykonawca został wykluczony z postępowania:**

Zamawiający wymagał złożenia, zgodnie z zapisami w pkt. 17.1.b) SIWZ, na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazu wykonania co najmniej 1 zadania budowlanego, o którym mowa w pkt. 16.1.3)a), obejmującego wielobranżową budowę/przebudowę ulicy o długości min. 500 m, wg. Wzoru stanowiącego załącznik Nr 5 do SWIZ, wykonanego w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem jego wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których projekt został wykonany oraz załączeniem dowodów, czy został wykonany należycie. Wykonawca nie wykazał spełnienia ww. warunku nie składając odpowiednich dokumentów, tj. wykazu robót oraz poświadczenia należytego ich wykonania.

Ponadto, w przypadku, gdy wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zobowiązany był do złożenia oświadczenia zgodnego z wzorem stanowiącym załącznik 9 do SWIZ. Złożone w ofercie oświadczenie nie spełnia warunków, o których mowa w pkt. 17.4.b) pkt. a, b, c i d SWIZ.

Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca uzupełnił ww. dokumenty. Uzupełnione dokumenty nie potwierdzają jednak spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wykonawca przedłożył dokumenty innej firmy, która w złożonej ofercie nie była wykazana jako podwykonawca na zasoby, którego Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (podstawa prawna wykluczenia: art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

#### **Oferta została odrzucona:**

*złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu*

*(podstawa prawna odrzucenia: art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych)"*

Na wstępie należy zaznaczyć, iż zarówno podstawy faktyczne jak i prawne cytowanego uzasadnienia są dla Odwołującego niejasne i niezrozumiałe:

- 1) Odwołujący składając ofertę, w tym wykaz robót (załącznik nr 5 do SIWZ), wykazał dwie roboty spełniające trzy warunki określone w pkt. 16.2.3 a) i b) SIWZ – w SIWZ brak jest jakiegokolwiek zapisu wykluczającego taką możliwość, tym samym już na etapie składania oferty Odwołujący wykazał, że spełnia wspomniane warunki udziału w postępowaniu.
- 2) Odwołujący pomimo, iż spełniał warunki określone w pkt. 16.2.3 złożył wykaz robót uzupełniony o jedną robotę wykonaną przez PPHUiT „TOMIRAF” Jadwiga Tomaszewska wraz z referencjami oraz zobowiązaniem tej firmy do oddania do dyspozycji Odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w formie doradztwa technicznego na podstawie umowy współpracy.
- 3) Zamawiający mimo powyższego uznał, iż uzupełnione przez Odwołującego „dokumenty nie potwierdzają jednak spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wykonawca przedłożył dokumenty innej firmy, która w złożonej ofercie nie była wykazana jako podwykonawca na zasoby, którego Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp” tymczasem PPHUiT „TOMIRAF” Jadwiga Tomaszewska w zobowiązaniu do oddania zasobów nie była wskazana jako podwykonawca. Podmiot za zasoby którego Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pr. zm. publ. nie musi być jednocześnie

podwykonawcą (szerzej o tym kontekście w dalszej części uzasadnienia), tak więc przyjmowanie przez Zamawiającego, iż PPHUiT „TOMIRAF” Jadwiga Tomaszewska będzie występowała w przedmiotowym postępowaniu jako podwykonawca Odwołującego było bezzasadne i bezpodstawne.

- 4) Podkreślenia wymaga fakt, iż wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego „(*... art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych*)” jest błędna gdyż art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pr. zam. publ. odnosi się do postępowań dwuetapowych, gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalnoprawna wykonawcy, wyrok KIO z 13 listopada 2012 roku, sygn. akt: 2363/12 *„Izba wskazuje, iż stanowisko, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a przetarg nieograniczony (w takim trybie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie) takim nie jest, potwierdza również orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r. sygn. akt KIO 147/10, wyrok KIO z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11) oraz doktryna.”*. Błędna podstawa prawna odrzucenia oferty może stanowić podstawę zarzutu do odwołania - wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2014 r. sygn. akt: KIO 2615/14 (szersza argumentacja w tej kwestii znajduje się w dalszej części uzasadnienia zarzutów).

#### **Ad. 1 zarzutu**

Jak już wskazano na wstępie Odwołujący nie musiał wykazywać PPHUiT „TOMIRAF” Jadwigi Tomaszewskiej jako podwykonawcy gdyż samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wskazał przepisu będącego podstawą odrzucenia oferty, a jest do tego zobowiązany na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy pr. zam. publ., który brzmi *„Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne”*.

Ze względu na konsekwencje jakie Zamawiający wyciąga w stosunku do wykonawcy (odrzucenie oferty) takie konkretne wskazanie podstaw prawnych i faktycznych przyczyn odrzucenia oferty jest istotne, gdyż umożliwia wykonawcy przeanalizowanie przyczyn odrzucenia jego oferty, a nawet rozważenie wniesienia ewentualnego odwołania.

Podkreślenia wymaga fakt, iż *„Zamawiający od wykonawcy nie może wymagać, aby wykonawca posiadał służby prawne, które będą rozwikływały „omyłki pisarskie” zamawiającego. Zresztą zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 P.z.p., który brzmi „Zamawiający poprawia w ofercie (...) oczywiste omyłki pisarskie (...) niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”, instytucja omyłek pisarskich odnosi się tylko do wykonawców i obowiązku ich poprawy przez zamawiającego. (...) Ze wskazanych względów Izba musi się przychylić do zarzutów pierwszego, trzeciego i siódmego, bo w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający nie podał właściwie uzasadnienia prawnego, a nawet w odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie wskazał właściwie podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego. Ponadto takie rozbieżności w wykazywaniu podstaw prawnych czynności zamawiającego mogą wskazywać na brak wiedzy samego zamawiającego odnośnie przepisów, na których zamawiający powinien oprzeć swoje działanie.”* - wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 roku sygn. akt: KIO1450/15.

Zamawiający w uzasadnieniu dla wykluczenia wskazał, iż "wykonawca przedłożył dokumenty innej firmy, która w złożonej ofercie nie była wykazana jako podwykonawca na zasoby którego wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b".

Dokumenty "innej firmy" o której wspomina Zamawiający dotyczą firmy PPHUiT „TOMIRAF” Jadwigi Tomaszewskiej, a Wykonawca nie wskazuje, w treści formularza oferty wskazanej firmy jako podwykonawcy gdyż stosownie do treści przedłożonych dokumentów przedmiotowa firma będzie pełnić rolę doradcy technicznego.

Należy podkreślić, iż opis spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu nie wykluczał aby wykonawca jedną robotą spełnił warunek dla roboty wielobranżowej o długości min. 500 m i roboty dotyczącej sieci kanalizacyjnej lub wodociągowej (pkt. 16.2.3 a) i b) SIWZ), tym samym nie było podstaw do wezwania Wykonawcy ze względu na fakt nie spełnienia wspomnianych warunków udziału.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, niejednoznaczność zapisów SIWZ i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami postanowień nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2493/14 (LEX nr 1645318) ostatecznie rozstrzygnęła ten problem. Na mocy tego orzeczenia „wszelkie niejasne, nieprecyzyjne wymogi SIWZ nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania.”.

## **Ad. 2 zarzutu**

Kwestia precyzyjności wezwania do uzupełnienia dokumentów jest wielce istotna dla postępowania przetargowego, wykonawca musi wiedzieć czego wymaga od niego Zamawiający i na jakiej podstawie – natomiast w przedmiotowym postępowaniu nie sposób domyśleć się co miał na myśli Zamawiający, dlatego wykonawca nie spełnia warunków udziału - Zamawiający nie wskazał dlaczego, wskazał jedynie że nie spełnia.

Powyżej wspomniane kwestie były już przedmiotem procedowania: „*Ponadto, nieprecyzyjna treść wezwania oraz błędna podstawa prawna dyskwalifikują wezwanie z dnia 14 lutego 2014 r. zgodne z ustawą Pzp. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinno zostać oparte na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp formułowane jest wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W orzecznictwie przyjmuje się, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musi być jednoznaczne i precyzyjne, w szczególności zamawiający musi dokładnie opisać, dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Należy bowiem wskazać, iż czynność uzupełnienia dokumentów jest czynnością o znacznym stopniu sformalizowania, niosącą dla wykonawców*

*doniosłe konsekwencje i tym samym winna ona zostać przeprowadzona przez zamawiającego w sposób należyty, przy zachowaniu zasad udzielania zamówień publicznych oraz ekonomiki postępowania” -Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2012 r. KIO 727/12 KIO 731/12 KIO 735/12 KIO 744/12 KIO 745/12 LexisNexis nr 3893107.*

Opisane wyżej wezwanie nie spełnia powyższych warunków. Postępowanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego nosi również znamiona nierównego traktowania wykonawców. Z powyższych względów Odwołujący uważa za zasadne powtórzenie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentacji ofertowej na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy pr.zam.publ.

Wykonawca, jeżeli jest wzywany do naprawienia oferty, to powinien być poinformowany przez Zamawiającego na czym wadliwość dokumentu polega – wykonawca nie ma obowiązku tego się domyślać. Jeżeli Zamawiający za pierwszym razem nie wymieni wszystkich wadliwości dokumentu, to jego uzupełnianie może następować więcej jak jeden raz - wyrok KIO z dnia 29 lipca 2014 r. sygn. akt: KIO1446/14.

Odwołujący nie miał precyzyjnej informacji co zrobił nie tak, wezwanie Zamawiającego było lakoniczne, tymczasem stosownie do ustalonej linii orzeczniczej KIO wezwanie musi być precyzyjne.

Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy

*W wyroku z dnia 2 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1208/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Wezwanie do uzupełniania dokumentów powinno szczegółowo, precyzyjnie, w sposób jednoznaczny wskazywać, co do jakich dokumentów (bądź braków dokumentów) załączonych do oferty Zamawiający ma zastrzeżenia. W przypadku niewykazania w ofercie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić, jakiego dokumentu brakuje, na potwierdzenie którego z warunków, bądź w jakim dokumencie jest błąd, względnie czy dokument nie potwierdza spełnienia danego warunku. Zamawiający powinien wskazać, czy błąd/nieścisłość/brak upatruje w wykazie prac, czy w dokumentach go poświadczających. Jedyne precyzyjne wezwanie, w razie braku satysfakcjonującej odpowiedzi, może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Precyzyjnym wezwaniem nie jest przytoczenie opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ czy opis formy dokumentów, które Zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.*

Dokonanie wezwania w sposób ogólny, bez wskazania konkretnych problemów występujących w ocenie Zamawiającego, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy, co potwierdza orzecznictwo, np: wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11, wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1359/10; wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10.

Zamawiający musi konkretnie wskazać, czy błąd/nieścisłość/brak upatruje w wykazie prac, czy w dokumentach go poświadczających. Jedynie precyzyjne wezwanie, w razie braku satysfakcjonującej odpowiedzi, może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że precyzyjnym wezwaniem nie jest przytoczenie opisu spełnienia warunków udziału z SIWZ, czy opis formy dokumentów, które zamawiający uzna za dowody na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinno szczegółowo i w sposób jednoznaczny wskazywać, co do jakich dokumentów zamawiający ma wątpliwości. Skoro zatem odwołujący się wykonawca nie wiedział, jakie dokumenty konkretnie ma uzupełnić zamawiającemu, nie mógł uczynić tego w sposób prawidłowy. Nie ma przy tym żadnego znaczenia fakt, że inny wykonawca w odpowiedzi na analogicznie sformułowane wezwanie udzielił satysfakcjonującej zamawiającego odpowiedzi. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być oparte na zasadzie pewności. Wykonawca nie może domyślać się, o co konkretnie chodzi zamawiającemu w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2014 r. sygn. akt: KIO 1208/14.

Podkreślenia wymaga, iż nie dość że wezwanie było nieprecyzyjne to jeszcze nie było dla niego podstawy prawnej. Wykonawca spełnił ten warunek w sposób właściwy, a fakt że wykazał jedną robotą dwa warunki w kontekście zapisów SIWZ jest prawidłowe: „*Po pierwsze, to Zamawiający odpowiada za kształt SIWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny wobec tego być zaprezentowane w taki sposób, aby nie rodziły one wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełnienia danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowane w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełnienia, to należy na obecnym etapie wybrać ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Jeżeli Zamawiający tak ustanowił warunki, że nie jest możliwe sprawdzenie poziomu ich spełnienia przez poszczególnych wykonawców, lub co najmniej jest to wysoce utrudnione, to za powyższe odpowiedzialność ponosi Zamawiający.*” - wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 roku sygn. akt: KIO 395/14.

Podnieść należy, iż w treści wezwania do uzupełnienia z dnia 2 sierpnia 2016 roku Zamawiający zmienił warunek udziału w postępowaniu, wpisując iż chodzi mu o "projekt" na rzecz którego został wykonany . Zmiana treści warunku udziału na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów jest niedozwolona

### **Ad. 3 zarzutu**

W wyroku z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2411/12 Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, iż doprecyzowanie w wyjaśnieniach części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom nie prowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, lecz eliminuje wątpliwości dotyczące planowanego podwykonawstwa i będzie stanowiło dopełnienie obowiązku poinformowania zamawiającego o jego zakresie. Natomiast odrzucenie oferty byłoby przejawem niczym nieuzasadnionego formalizmu. W pozostałym zakresie uzasadnienie do tego zarzutu pokrywa się z uzasadnieniem do zarzutu nr 6.



#### Ad. 4 i 5 zarzutu

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 pr. zam. publ., „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

„Ze względu na konsekwencje jakie zamawiający wyciąga w stosunku do wykonawcy (odrzucenie oferty) takie konkretne wskazanie podstaw prawnych i faktycznych przyczyn odrzucenia oferty jest istotne, gdyż umożliwia wykonawcy przeanalizowanie przyczyn odrzucenia jego oferty, a nawet rozważenie wniesienia ewentualnego odwołania. Zamawiający od wykonawcy nie może wymagać, aby wykonawca posiadał służby prawne, które będą rozwikływały „omyłki pisarskie” zamawiającego. Zresztą zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 P.z.p., który brzmi „Zamawiający poprawia w ofercie (...) oczywiste omyłki pisarskie (...) niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”, instytucja omyłek pisarskich odnosi się tylko do wykonawców i obowiązku ich poprawy przez zamawiającego. Ze wskazanych względów Izba musi się przychylić do zarzutów pierwszego, trzeciego i siódmego, bo w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający nie podał właściwie uzasadnienia prawnego, a nawet w odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie wskazał właściwie podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego. Ponadto takie rozbieżności w wykazywaniu podstaw prawnych czynności zamawiającego mogą wskazywać na brak wiedzy samego zamawiającego odnośnie przepisów, na których zamawiający powinien oprzeć swoje działanie.” - wyrok KIO, z dnia 23 lipca 2015 roku, sygn. akt: KIO 1450/15.

W drodze analogii do zastosowanego przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 pr. zam. publ. należy przytoczyć wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2014 r. sygn. akt: KIO 2615/14: „W ocenie Izby w świetle art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawę do wniesienia odwołania mogą stanowić zarzuty dotyczące oferty Wykonawcy odrzuconego oparte art. 89 ust. 1 pkt 2, 92 ust. 1 pkt 2 w związku z 89 ust. 1 pkt 4, 92 ust. 1 pkt 2. Należy zauważyć, że wymienione artykuły odnoszą się do podstawy odrzucenia oferty. W niniejszym postępowaniu w treści odwołania podniesiono art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust. 1 pkt 4, gdyż to właśnie na tych artykułach Zamawiający oparł podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Art. 89 ust. 1 pkt 2 został wymieniony jako podstawa prawna odrzucenia oferty, natomiast art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 stanowił – jak wskazał Zamawiający – podstawę rzeczywistą i faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym, stosownie do art. 181 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania, które obejmowało zarzuty sformułowane na podstawie przepisów, dotyczących okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego (podstawy faktycznej i prawnej), tj. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 w związku z art. 90.”.

Ponownego podkreślenia wymaga fakt, iż wskazana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego „(... art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych)” jest błędna gdyż art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pr. zam. publ. odnosi się do postępowań dwuetapowych, gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalnoprawna wykonawcy, wyrok KIO z 13 listopada 2012 roku, sygn. akt: 2363/12 „Izba wskazuje, iż stanowisko, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a przetarg nieograniczony (w takim trybie prowadzone jest

przedmiotowe postępowanie) takim nie jest, potwierdza również orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r. sygn. akt KIO 147/10, wyrok KIO z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11) oraz doktryna.”. Błędna podstawa prawna odrzucenia oferty może stanowić podstawę zarzutu do odwołania np. wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2014 r. sygn. akt: KIO 2615/14 (szersza argumentacja w tej kwestii znajduje się w dalszej części uzasadnienia zarzutów).

#### Ad. 6 zarzutu

Odwołujący pragnie wskazać, iż instytucja podmiotu trzeciego udostępniającego niezbędne zasoby dla wykonawcy w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy pr. zam. publ. jest instytucją odmienną od podwykonawstwa, o którym mowa w art. 36 pr. zam. publ.

Zgodnie z bogatym orzecznictwem oraz stanowiskami reprezentowanymi w doktrynie sam fakt udostępnienia niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia dla wykonawcy przez podmiot trzeci nie świadczy o konieczności występowania tego podmiotu w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze podwykonawcy. Z treści przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pr. zam. publ. nie wynika bowiem obowiązek faktycznego realizowania przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci w całości lub części, natomiast przepis ten zobowiązuje wykonawcę do wykazania, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami koniecznymi do prawidłowego wykonania zamówienia. Dysponowanie zasobami przedsiębiorstwa trzeciego może oczywiście oznaczać używanie go do wykonania całości lub części robót, ale wykonawca może korzystać także z know how tego przedsiębiorstwa w sposób pośredni – poprzez czuwanie w toku realizacji zamówienia przez to przedsiębiorstwo nad prawidłowością stosowanych w danym przypadku rozwiązań technologicznych, użycia określonych materiałów, przyjęcia określonego zaangażowania osobowego, czy też technicznego przedsiębiorstwa, itp. A zatem podwykonawstwo nie jest jedynym sposobem, dzięki któremu wykonawca może korzystać z zasobów podmiotów trzecich, co potwierdza orzecznictwo, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2010 roku, sygn. akt: KIO 1541/10: „...zasoby te w postaci wiedzy i doświadczenia jakiegos przedsiębiorstwa mogą być wykorzystane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, jeśli w okresie realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, konieczne okaże się korzystanie z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. (...) Jednocześnie należy zauważyć, że z treści wskazanego przepisu (art. 26 ust. 2b ustawy pr. zam. publ.) nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz wykonawcy w charakterze podwykonawcy.”. Podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z dnia 8 marca 2011 roku, sygn. akt: KIO 356/11: „(...) Izba stanęła na stanowisku, że nieuzasadniona jest generalna teza, jakoby udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe było wyłącznie poprzez uczestnictwo podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Podstaw do takiej tezy (prezentowanej przez Odwołującego) nie można wywieść – zdaniem Izby – z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Niemniej jednak należy uznać, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. To, jaka forma

*udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału zostanie zagwarantowane właśnie poprzez podwykonawstwo. Izba nie podzieliła jednak stanowiska, że brak podwykonawstwa jednoznacznie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot."*

Z tych względów prawodawca świadomie nie użył w treści art. 26 ust. 2b ustawy pr. zam. publ. określenia „podwykonawca”, dając także z mocy prawa szerszą możliwość wykorzystania przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia zasobów podmiotu trzeciego, w tym także odnoszących się do wiedzy i doświadczenia.

Z jednej strony mamy do czynienia z określeniem, że wykonawca „*będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia*” - a więc zasoby niezbędne w przypadku wiedzy i doświadczenia to te odpowiadające opisowi sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SIWZ. Z drugiej zaś strony ustawodawca posługuje się także określeniem: „*oddanie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. Nie chodzi zatem w tym przypadku o oddanie określonych zasobów wprost do fizycznej realizacji zamówienia, a jedynie o możliwość korzystania z nich przy okazji wykonywania zamówienia. Powyższa interpretacja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp opiera się na literalnej wykładni przepisu, która to wykładnia ma pierwszeństwo w systemie prawa i daje wyraz zasadzie pewności prawa stanowionego. Izba ma świadomość ewentualnych zagrożeń wynikających z przyjęcia wprost za przepisem prawa, że wykonawcy mogą korzystać z doświadczenia i wiedzy podmiotów trzecich nawet bez konieczności faktycznego wykonywania zamówienia na zasadzie podwykonawstwa przez te podmioty. Ustawodawca zapewne również miał taką świadomość niemniej jednak uznał za optymalne i zasadne wprowadzenie w tym zakresie stosownej regulacji, pozwalającej na wykazywanie się zasobami podmiotu trzeciego w ramach spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę, niezależnie od łączącego te podmioty stosunku faktycznego, czy prawnego”. - zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2010 roku, sygn. akt: KIO 1671/10.

Ponieważ jednak Odwołujący nie mógł skutecznie zaskarżyć czynności zamawiającego, (mamy do czynienia z tzw. małym postępowaniem), dokonał on uzupełnienia dokumentów, skarżąc ostateczną decyzję Zamawiającego.

Mając powyższe na względzie powyższe, wnoszę jak na wstępie.

#### **Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo;
2. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przesłania kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Z poważaniem

**ADWOKAT**

*Tomasz Dąbrowski*

ADWOKAT TOMASZ DĄBROWSKI  
KANCELARIA ADWOKACKA  
ul. Andriollego 34 lok. 11, 05-400 Otwock  
tel/fax: (22) 779 50 55, tel. kom. 693 144 350  
kontakt@dabrowski-kancelaria.pl

Otwock, dnia 13 sierpnia 2016 roku

### PEŁNOMOCNICTWO

My, Michał Tomaszewski i Rafał Tomaszewski prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej „Tomiraf s. c. Michał Tomaszewski, Rafał Tomaszewski” z siedzibą w Celestynowie (05-430), Głina ul. Wspólna 42, w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy ulicy Radziłowskiej na odc. od ulicy Zakopiańskiej, o łącznej długości ok. 65,00 mb. z odwodnieniem, oświetleniem, urządzeniem zieleni drogowej, usunięciem kolizji i zabezpieczeniem urządzeń elektroenergetycznych, wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i opiniami wymaganymi szczególnymi przepisami oraz przebudowę ulic Zakopiańskiej, Radziłowskiej i Szczuczyńskiej” (NR SPRAWY: UD-VI-ZP/73/16) prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga – Południe, ul. Podskarbińska 6, 03-833 Warszawa

upoważniamy

adwokata Tomasza Dąbrowskiego (wpis nr: 3640), prowadzącego Kancelarię Adwokacką Adwokat Tomasz Dąbrowski z siedzibą w Otwocku (05-400), przy ul. Andriollego 34 lok. 11, do:

1. Wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI „Środki Ochrony Prawnej” ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, prawo zamówień publicznych, w tym m.in. odwołań, przystąpienia do odwołań, opozycji, sprzeciwów co do uwzględnienia zarzutów odwołania, skargi do Sądu;
2. Cofnięcia wniesionych środków ochrony prawnej;
3. Reprezentacji na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Pełnomocnictwo uprawnia do udzielania kolejnych pełnomocnictw.

*TOMIRAF S.C.*  
właściciel  
Michał Tomaszewski  
\_\_\_\_\_  
Michał Tomaszewski

**TOMIRAF S.C.**  
*Rafał*  
właściciel  
**Rafał Tomaszewski**  
\_\_\_\_\_  
Rafał Tomaszewski

## Potwierdzenie wykonania przelewu krajowego



## Nadawca:

35-2490-0005-0000-4530-6007-4656

NUMER RACHUNKU NADAWCY

KANCELARIA ADWOKACKA ADWOKAT TOMASZ

DĄBROWSKI

NAZWA NADAWCY

ANDRIOLLEGO 34/11

05-400 OTWOCK

ADRES NADAWCY

## Odbiorca:

18-1030-1508-0000-0005-5002-3113

NUMER RACHUNKU ODBIORCY

Dzielnica Mokotów m.st. Warszawy

NAZWA ODBIORCY

ul. Rakowiecka 25/27

02-517 Warszawa

ADRES ODBIORCY

## Szczegóły przelewu:

Kwota:

17,00 PLN

Tytuł płatności:

Opłata skarbową od pełnomocnictwa u  
dzielonego przez wspólników Tomiraf  
s.c. adwokatowi Tomaszowi Dąbrowskiemu

Rodzaj przelewu:

Przelew na rachunki w innym banku

Data płatności:

15-08-2016

Data księgowania:

15-08-2016

Numer referencyjny:

1#CIB.ALK.322571498

Niniejszy dokument został wygenerowany elektronicznie i nie wymaga podpisu ani stempła. Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 roku, poz. 939 z późniejszymi zmianami).

Za zgodność z oryginałem  
Potwierdzam

Otwock 2016-08-15

adw. Tomasz Dąbrowski

Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski SA  
www.pkobp.pl • tel. 801 307 307,  
801 3PKOBP lub +48 (81) 535 60 60  
Adres korespondencyjny: skrytka pocztowa 42, 00-956 Warszawa 10



Bank Polski

właściciel: TOMIRAF S.C.  
data wydruku: 2016-08-15 g.20:37

**Przelew z rachunku** Szczegóły transakcji zleconej do realizacji

Numer rachunku	28 1020 1127 0000 1002 0246 8635
Data waluty	2016-08-15
Data operacji	2016-08-15
Opis	Nr rach. przeciwst. : 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000 Dane adr. rach. przeciwst. : URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH UL. POSTĘPU 17 A 02-676 WARSZAWA Tytuł : WPIS OD ODWOŁANIA (NR SPRAWY ZAMAWIAJĄCEGO: UD-VI-ZP/73/16)
Typ transakcji	Przelew z rachunku
Kwota	-10 000,00 PLN

