

Sygn. akt: KIO/UZP 387/08

WYROK
z dnia 8 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Izabela Kuciak
Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CEROMA S.C. R. Cembrzyński, A. Rogalski, Z. Majda, 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Budynków Sp. z o.o. w Wałbrzychu, 58-304 Wałbrzych, ul. Gen. Andersa 48** protestu z dnia 9 kwietnia 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża CEROMA S.C. R. Cembrzyński, A. Rogalski, Z. Majda, 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **CEROMA S.C. R. Cembrzyński, A. Rogalski, Z. Majda, 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CEROMA S.C. R. Cembrzyński, A. Rogalski, Z. Majda, 58-305 Wałbrzych, ul. Św. Józefa 2.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi w zakresie utrzymania czystości, porządku i estetycznego wyglądu części nieruchomości budynkowych i terenów stanowiących własność Gminy Wałbrzych, administrowanych przez MZB Sp. z o.o. ”, opublikowanym w dniu 04.01.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 2 – 001791, Zamawiający pismem z dnia 02.04.2008r., doręczonym w dniu 04.04.2008r., poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania, wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający, w uzasadnieniu swojej decyzji o unieważnieniu postępowania, podał, że kwoty wykazane we wszystkich ofertach znacznie przewyższają kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także, że powodem wykluczenia Odwołującego było wykazanie tylko jednego samochodu ciężarowego, podczas gdy SIWZ, dla realizacji od czterech do sześciu zadań, wymagała posiadania wywrotki o ładowności 3 – 5 ton, zaś powodem odrzucenia oferty był fakt, że projekt umowy nie uwzględnia zmian wprowadzonych pismem z dnia 15.02.2008r.

W dniu 09.04.2008r. Odwołujący złożył protest na następujące czynności Zamawiającego:

1. unieważnienie postępowania,
2. wykluczenie Odwołującego z postępowania,

3. odrzucenie oferty Odwołującego,
4. zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp :

1. **art. 93 ust. 1 pkt 4** poprzez błędne przyjęcie, że kwoty wskazane w ofercie Odwołującego przewyższają kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
2. **art. 24 ust. 2 pkt 3** poprzez wykluczenie Odwołującego z przetargu w wyniku błędnego przyjęcia, że niezłożenie przez Odwołującego dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia jego oferty oraz **art. 26 ust. 3** poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy norma ta zawiera imperatyw nakazujący Zamawiającemu wezwanie Odwołującego, który w określonym terminie nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie,
3. **art. 89 ust. 1 pkt 2** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku błędnego przyjęcia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na niezamieszczenie w projekcie umowy zmian wprowadzonych pismem z dnia 15.02.2008r.,
4. **art. 89 ust. 1 pkt 5** poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu wobec wykluczenia go z postępowania w sytuacji, gdy prawidłowa interpretacja tego przepisu pozwala na podjęcie takiej decyzji wyłącznie w sytuacji uprawomocnienia się decyzji w tym zakresie,
5. **art. 32 ust. 2** poprzez podanie w ogłoszeniu o zamówieniu, że szacunkowa wartość zamówienia bez podatku wynosi 6 783 836,50 zł, podczas gdy w dniu otwarcia ofert Zamawiający podał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi jedynie 2 763 810,00 zł,
6. **art. 7 ust. 1** poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji w kontekście ujawnienia przez Odwołującego sposobu kalkulowania ceny i posiadanego potencjału, co zmniejsza szanse Odwołującego na wybór jego oferty w powtórny postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że złożył oferty najkorzystniejsze, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, zaś rozstrzygnięcie Zamawiającego utracą możliwość uzyskania przez niego zamówienia.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że kwota wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. 6 786 836,50 zł, wobec dopuszczenia zamówień uzupełniających w wysokości do 50% oraz brzmienia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględnia wartość zamówień uzupełniających.

Wskazał, że z zestawienia kwot oszacowanych przez Zamawiającego na wykonanie poszczególnych zadań, podanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wartościami ofert netto Odwołującego wynika, że rażącym naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 jest unieważnienie postępowania (w każdym z czterech zadań kwoty ofert są niższe).

Odwołujący podniósł także, że wykluczenie go z tego powodu, że w wykazie sprzętu wykazał tylko jeden samochód ciężarowy było przedwczesne, ponieważ Zamawiający miał obowiązek wezwać go do uzupełnienia dokumentów obarczonych błędami, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin. Dopiero po bezskutecznym upływie tego terminu dopuszczalne było wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Odwołujący podniósł także, że z pisma z dnia 15.02.2008r. nie wynikał dla Odwołującego obowiązek wprowadzenia zmian bezpośrednio do załącznika formularza E, to na Zamawiającym spoczywał obowiązek przekazania uczestnikom postępowania zmodyfikowanych załączników do SIWZ. Odwołujący podkreślił, że zmiany wprowadzone w tym piśmie uwzględnił w cenie swojej oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający, dokonując modyfikacji postanowień SIWZ z niejednoznaczną informacją co do sposobu ich uwzględnienia, powinien w toku badania i oceny ofert, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zażądać od Odwołującego wyjaśnień.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że prawidłowa interpretacja tego przepisu pozwala na podjęcie takiej decyzji wyłącznie w sytuacji uprawomocnienia się decyzji w tym zakresie, tj. niewniesienia środków zaskarżenia lub utrzymania w mocy rozstrzygnięć Zamawiającego, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że wartość zamówienia podstawowego (w związku z uwzględnieniem 50% wartości zamówień uzupełniających) wynosi 4 522 577,66 zł, zaś Zamawiający podał, bez wskazania przyczyny, że kwota jaką może przeznaczyć wynosi 2 763 810,00 zł, czyli około 50% mniej, czym znacząco zaniżył wartość zamówienia oraz wprowadził niepewność co do reguł rządzących tym postępowaniem. Wskazał, że środki, jakie Zamawiający może przeznaczyć

na wykonanie zamówienia nie mogą nie pozostawać w korelacji z wartością zamówienia podstawowego.

W terminie ustawowym, pismem dnia 17.04.2008r., które dotarło do Odwołującego faksem w tym samym dniu, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że Odwołujący przyjmuje, że wartość szacunkowa zamówienia, określona przez Zamawiającego, musi być tożsama z kwotą, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, że w/w wartości i kwoty nie są tożsame, a kwota, która zostanie przeznaczona na sfinansowanie zamówienia może być mniejsza lub większa od kwoty na jaką Zamawiający oszacował wartość zamówienia.

Zamawiający podniósł także, że:

1. określenie wartości szacunkowej jest zawsze obarczone pewnym ryzykiem,
2. Odwołujący nie wziął pod uwagę zmian zakresu przedmiotu zamówienia (ograniczenie), jakie zostały dokonane w toku postępowania,
3. przedmiotem zamówienia są tzw. usługi powtarzające się okresowo, co oznacza, że Zamawiający musi oszacować wartość usług tego samego rodzaju stanowiących nie tylko przedmiot tego postępowania, ale bierze także pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, który zamierza powierzyć wykonawcom w ramach innych postępowań,
4. Zamawiający, będąc spółką komunalną Gminy Wałbrzych, został na mocy umowy 924/2004 z dnia 22.09.2004r. zobowiązany do zarządzania nieruchomościami, będącymi własnością Gminy w ramach środków finansowych, które Gmina zobowiązana jest zapewnić – kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zadania pochodzi wyłącznie ze środków uzyskanych od właściciela nieruchomości.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, że bezspornym jest, że Odwołujący nie spełnił warunku dysponowania dla realizacji czterech zadań dwoma samochodami ciężarowymi o ładowności 3 – 5 ton. Skoro zatem art. 26 ust. 3 mówi o uzupełnieniu dokumentów, ale nie w sytuacji konieczności unieważnienia postępowania, to Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie miał obowiązku wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający wskazał na treść art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek, po dokonaniu rozstrzygnięcia postępowania, zawiadomić uczestników o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu, co oznacza obowiązek jednoczesnego wykonania czynności wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert.

W zakresie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, Zamawiający potwierdził, że wprawdzie nie wskazał jednoznacznie, że wykonawcy mają dołączyć nowy formularz E, jednak zażądał, aby wykonawca w złożonej ofercie uwzględnił wprowadzone modyfikacje treści SIWZ. Dla Zamawiającego sposób dokonania tego był obojętny, byleby tylko jednoznacznie można było ocenić, że treść oferty odpowiada treści SIWZ.

W dniu 22.04.2008r., z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. uchylenie rozstrzygnięć Zamawiającego (unieważnienie, wykluczenie Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego),
3. zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
4. zobowiązanie Zamawiającego do ponownej oceny i wyboru ofert najkorzystniejszych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący dodatkowo wskazał, że Zamawiający, pomimo formalnego wniosku, złożonego przez jednego z uczestników postępowania, nie podał przed otwarciem ofert kwot, jakie zamierza przeznaczyć na realizację poszczególnych zadań, ograniczając się jedynie do wskazania kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na wykonanie całego zamówienia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazał tym samym jedynego kryterium, na podstawie którego unieważnił postępowanie.

Podniósł także, że fakt, iż Zamawiający jest spółką komunalną Gminy Wałbrzych nie zwalnia go z obowiązku zastosowania się do art. 32 w związku z art. 34 ust. 1 ustawy Pzp i zagwarantowania odpowiednich środków finansowych przed udzieleniem zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten złożył cztery najkorzystniejsze oferty częściowe w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, przyjmując więc, iż zarzuty podniesione przez niego są zasadne, miałyby szansę w zakresie czterech zadań, na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający w pkt. 4 SIWZ dopuścił składanie ofert częściowych na jedno lub kilka zadań zamówienia, przy czym poszczególne zadania odnosiły się do obrębu działania siedmiu Biur Obsługi Klienta:

1. BOK Śródmieście
2. BOK Nowe Miasto
3. BOK Podgórze
4. BOK Stary Zdrój
5. BOK Piaskowa Góra – Szczawienko
6. BOK Sobięcin
7. BOK Biały Kamień.

W pkt. 5 SIWZ przewidział możliwość udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówień uzupełniających w wysokości do 50% wartości zamówienia podstawowego.

W pkt. 8 SIWZ Zamawiający zażądał między innymi, aby wykonawcy, którzy składają oferty częściowe na cztery do sześciu zadań dysponowali 2 samochodami ciężarowymi wywrotkami o ładowności 3 – 5 t.

W ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II.21) oraz w pkt. 2 druku ZP-1 Zamawiający podał szacunkową wartość zamówienia (bez VAT) w wysokości 6 783 836,50 zł, zaś dla poszczególnych zadań wskazał w ogłoszeniu następujące wartości szacunkowe:

1. BOK Śródmieście – 517 426,00 zł
2. BOK Nowe Miasto – 728 999,00 zł
3. BOK Podgórze – 1 138 267,00 zł
4. BOK Stary Zdrój – 847 850,00 zł
5. BOK Piaskowa Góra – Szczawienko – 1 927 849,00 zł
6. BOK Sobięcin – 423 091,00 zł
7. BOK Biały Kamień – 583 644,00 zł.

W sekcji VI ogłoszenia Zamawiający podał, że zamówienie ma charakter powtarzający się.

W pkt. 7 SIWZ Zamawiający wskazał, że zamówienie będzie realizowane do 30.06.2009r., zaś w pkt. 16 SIWZ zażądał podania przez wykonawców ceny jednostkowej netto i brutto za miesiąc.

Pismem z dnia 15.02.2008r., w wyniku wyjaśnień treści SIWZ, Zamawiający zmodyfikował między innymi projekt umowy, czyniąc w końcowej części pisma uwagę, że ofertę należy sporządzić z uwzględnieniem zmian wskazanych w tym piśmie.

Odwołujący złożył oferty częściowe na zadania BOK Nowe Miasto (2), BOK Stary Zdrój (4), BOK Sobięcin (6), BOK Biały Kamień (7).

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia w wysokości 2 763 810,00 zł.

Zgodnie z oświadczeniem, złożonym przez Zamawiającego na rozprawie, Zamawiający nie dysponował podziałem kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, ani podziałem kwoty, jaką może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na poszczególne zadania.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 poprzez błędne przyjęcie, że kwoty wskazane w ofercie Odwołującego przewyższają kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

W pierwszej kolejności dokonać należy rozróżnienia pojęć, którymi ustawodawca posłużył się w art. 32 ust. 1, art. 86 ust. 3 i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj.:

1. wartość szacunkowa zamówienia,
2. kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
3. kwota, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zarówno literalne brzmienie, jak i znaczenie tych pojęć nie jest tożsame i możliwe jest, że w konkretnym postępowaniu wartości je wyrażające nie będą takie same.

Ustalenie wartości szacunkowej zamówienia dokonywane jest w fazie postępowania przygotowawczego i ma pozwolić zamawiającemu zakwalifikować zamówienie w kwotach progowych systemu zamówień publicznych.

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota, jaką zamawiający winien mieć zagwarantowaną w swoim planie finansowym.

Wreszcie kwota, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota, jaką w dniu rozstrzygnięcia postępowania zamawiający ma do dyspozycji i z której może sfinansować zamówienie. Kwota ta może być mniejsza, równa lub wyższa od kwoty, jaką zamawiający podał jako kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz mniejsza, równa lub wyższa od wartości szacunkowej zamówienia.

Brak jest w ustawie Prawo zamówień publicznych przepisów regulujących wzajemne relacje tych pojęć, np. poprzez wskazanie maksymalnych odstępstw procentowych.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 86 ust. 3 nakłada na zamawiających obowiązek podania kwoty, jaką dany zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie czyniąc w tym zakresie żadnego rozróżnienia dla przypadku, gdy w postępowaniu dopuszczono składanie ofert częściowych. Innymi słowy, brak jest w ustawie obowiązku podania kwot, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia, choć w ocenie składu orzekającego Izby, podanie tych kwot byłoby pożądane i sprzyjałoby realizacji zasady jawności postępowania.

Wobec braku ustawowego obowiązku ujawnienia przez Zamawiającego kwot, jakie zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia oraz biorąc pod uwagę oświadczenie Zamawiającego złożone w toku rozprawy, że kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia jest równa kwocie, jaką wskazał bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. 2 763 810,00 zł, a także biorąc pod uwagę tak drastyczną różnicę pomiędzy cenami ofert, a tą właśnie kwotą, skład orzekający stwierdził, że prawdopodobieństwo, aby którekolwiek zadanie zmieściło się w kwocie, która mogłaby być przeznaczona na jednostkowe zadanie jest zerowe (gdyby taki podział u Zamawiającego w ogóle istniał) i dlatego uznał, że Zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na marginesie, w ocenie składu orzekającego Izby, wszczynanie i prowadzenie postępowania bez znajomości kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (informację w tej kwestii Zamawiający uzyskał już po wszczęciu postępowania), w tym poszczególne jego części lub w sytuacji, gdy wartość szacunkowa zamówienia powiększona o właściwą stawkę podatku od towarów i usług VAT na tyle przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, że nie ma szansy na udzielenie zamówienia, jest niecelowe i naganne.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez wykluczenie Odwołującego z przetargu w wyniku błędnego przyjęcia, że niezłożenie przez Odwołującego dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia jego oferty oraz art. 26 ust. 3 poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy norma ta zawiera imperatyw nakazujący Zamawiającemu wezwanie Odwołującego, który w określonym terminie nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

Wobec istnienia przesłanki do unieważnienia postępowania, niecelowym i zgodnym z przepisem art. 26 ust. 3 było zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania przez niego 2 samochodami ciężarowymi wywrotkami o ładowności 3 – 5 t.

Skoro Zamawiający nie posiada wystarczających środków, które może przeznaczyć na zapłatę za realizacją przedmiotu zamówienia, to uzupełnienie lub nie przez Odwołującego dokumentu w zakresie samochodów ciężarowymi pozostałoby bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ postępowanie to i tak musiałoby zostać unieważnione.

Wobec faktu, iż w takim przypadku nie stosuje się de facto art. 26 ust. 3 co do możliwości uzupełnienia dokumentów, a zatem nie dochodzi do ich uzupełnienia, to spełnienie warunków udziału w postępowaniu może być weryfikowane tylko na dzień składania ofert, a na ten dzień, ponad wszelką wątpliwość, Odwołujący nie wykazał, że dysponuje 2 samochodami, wykazał dysponowanie jedynie jednym samochodem ciężarowym wywrotką o ładowności 3 – 5 t.

Zawarte w treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zastrzeżenie dotyczące art. 26 ust. 3 czyni przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 26 ust. 3 spójnymi.

Zamawiający nie naruszył zatem art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku błędnego przyjęcia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na niezamieszczenie w projekcie umowy zmian wprowadzonych pismem z dnia 15.02.2008r., skład orzekający Izby uznał za zasadny, ponieważ Odwołujący załączył do oferty formularz E, zgodnie z żądaniem Zamawiającego oraz uwzględnił, poprzez ujęcie wprowadzonych w projekcie umowy zmian, w cenie ofert częściowych, a zatem wobec braku wymagań Zamawiającego co do sposobu uwzględnienia w ofercie zmian, sposób, jakim posłużył się Odwołujący, skład orzekającego Izby uznał za wystarczający.

Niemniej to, czy istniała inna jeszcze podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, niż wynikająca z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, pozostaje bez wpływu na status ofert częściowych Odwołującego w tym postępowaniu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu wobec wykluczenia go z postępowania w sytuacji, gdy prawidłowa interpretacja tego przepisu pozwala na podjęcie takiej decyzji wyłącznie w sytuacji uprawomocnienia się decyzji w tym zakresie, skład orzekający Izby uznał za zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby powołanie się przez Zamawiającego na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, było błędne,

gdy weźmie się pod uwagę, że oferta taka, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jest ofertą odrzuconą z mocy prawa.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do wykonawcy, który został wykluczony na etapie „przed składaniem ofert”, o czym świadczy to, że przepis odnosi się do oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, a zatem odnosi się do sytuacji, gdy złożenie oferty przez wykonawcę nastąpiło już po jego wykluczeniu; możliwe jest to np. w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem czy negocjacji bez ogłoszenia.

W sytuacji jednak, gdy niezależnie od przywołanej błędnie podstawy prawnej, Zamawiający zasadnie nadał ofercie Odwołującego status oferty odrzuconej, skład orzekający Izby uznał, że działanie Zamawiającego pozostawało bez wpływu na status ofert częściowych Odwołującego w postępowaniu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 32 ust. 2 ustawy Pzp poprzez podanie w ogłoszeniu o zamówieniu, że szacunkowa wartość zamówienia bez podatku VAT wynosi 6 783 836,50 zł, podczas gdy w dniu otwarcia ofert Zamawiający podał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi jedynie 2 763 810,00 zł, skład orzekający Izby pozostawił bez rozpatrzenia.

Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w dniu otwarcia ofert, tj. 10.03.2008r., a zatem w tym dniu Odwołujący mógł porównać tę kwotę z kwotą wskazaną w ogłoszeniu. Złożenie protestu na tę czynność mogło nastąpić, zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, do dnia 17.03.2008r. Podniesienie tego zarzutu w proteście z dnia 09.04.2008r. jest spóźnione i dlatego nie może być przedmiotem rozpatrzenia przez skład orzekający Izby.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji w kontekście ujawnienia przez Odwołującego sposobu kalkulowania ceny i posiadanego potencjału, co zmniejsza szanse Odwołującego na wybór jego oferty w powtórny postępowaniu, skład orzekający Izby pozostawił bez rozpatrzenia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem arbitrażowym, KIO oraz sądów okręgowych interes prawny wykonawcy nie może dotyczyć przyszłego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym wykonawca uczestniczy. Oznacza to, że obawa Odwołującego dotycząca jego gorszej pozycji w ewentualnym, kolejnym postępowaniu na skutek działania Zamawiającego polegającego na unieważnieniu obecnie prowadzonego postępowania nie może stanowić

podstawy do uznania, że interes Odwołującego w obecnie prowadzonym postępowaniu doznał uszczerbku.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*