

Sygn. akt: KIO/UZP 816/08,

KIO/UZP 817/08

WYROK

z dnia 22 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu/~~w dniach~~ **22 sierpnia 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **11 sierpnia 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. konsorcjum: Geopolis Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3D Mapping Solutions GmbH z siedzibą w Oberhaching, adres do korespondencji: ul. Przedmiejska 5, 87-800 Włocławek,
B. Dro Konsult Sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** protestów:

A konsorcjum: Geopolis Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3D Mapping Solutions GmbH z siedzibą w Oberhaching, adres do korespondencji: ul. Przedmiejska 5, 87-800 Włocławek z dnia 15 lipca 2008 r.,

B Dro Konsult Sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa z dnia 17 lipca 2008 r.

orzeka:

1. oddala obydwie odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża **konsorcjum: Geopolis Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3D Mapping Solutions GmbH z siedzibą w Oberhaching, adres do korespondencji: ul. Przedmiejska 5, 87-800 Włocławek** oraz **Dro Konsult Sp. z o.o., ul. Odrowąza 15, 03-310 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 709 zł 34 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset dziewięć złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 354 zł 67 gr** (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **konsorcjum: Geopolis Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3D Mapping Solutions GmbH z siedzibą w Oberhaching, adres do korespondencji: ul. Przedmiejska 5, 87-800 Włocławek,**
 - B** koszty w wysokości **1 354 zł 67 gr** (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dro Konsult Sp. z o.o., ul. Odrowąza 15, 03-310 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX
 - B** kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A** kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX
 - B** kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX

- 4) dokonać zwrotu kwoty **37 290 zł 66 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt złotych sześćdziesiąt sześć groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **18 645 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **konsorcjum: Geopolis Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3D Mapping Solutions GmbH z siedzibą w Oberhaching, adres do korespondencji: ul. Przedmiejska 5, 87-800 Włocławek,**
- B** kwoty **18 645 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Dro Konsult Sp. z o.o., ul. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Opracowanie wynikowej wersji i stabilizacja elementów systemu referencyjnego na sieci dróg wojewódzkich Województwa Dolnośląskiego. Zebranie i zakodowanie w plikach wymiany o ustalonej strukturze danych technicznych do ewidencji dróg, na całej sieci dróg wojewódzkich Województwa Dolnośląskiego”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 kwietnia 2008 r., nr 2008/S 78-105862.

I) sygn. akt KIO/UZP 816/08

Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2008 r., poinformował Konsorcjum firm: Geopolis Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 3D Mapping Solutions GmbH z siedzibą w Oberhaching, zwane dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Lehmann + Partner Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Koninie oraz Biuro Badawczo-Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego TRANSCOMP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Lehmann” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując, iż jest ona nieważna na podstawie

odrębnych przepisów, gdyż pełnomocnictwa są złożone w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika, podczas gdy powinny, być zgodnie z k.c., złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 15 lipca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność odrzucenia jego oferty, jednocześnie wnosząc o powtórzenie wszystkich czynności Zamawiającego następujących po złożeniu ofert.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż do składanej oferty załączył kserokopie pełnomocnictw poświadczonych za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Ewę Ś., a przedmiotowy dokument wskazuje:

- a) iż pełnomocnictwo zostało udzielone pełnomocnikowi przez członków konsorcjum,
- b) na wymaganą treść pełnomocnictwa,
- c) na wymaganą formę pełnomocnictwa – formę pisemną,

a tym samym - jak podkreślił - pełnomocnictwo posiada wszystkie wymagane prawem elementy.

Dodatkowo podniósł, iż:

- a) stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z k.c., gdyż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego ograniczył się do ogólnikowego odwołania się do przepisów k.c.,
- b) przepisy k.c. nie normują kwestii dowodowych w zakresie formy oświadczeń woli, ale wyłącznie wymaganą formę oświadczeń woli, wobec powyższego błędnym jest powoływanie się na przepisy k.c.,
- c) z k.c. wynika, iż co do zasady zastrzeżenie formy pisemnej nie prowadzi do nieważności czynności prawnej (jeśli forma ta nie jest zastrzeżona pod rygorem nieważności).

Pismem z dnia 28 lipca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, przez jego oddalenie, wskazując iż niedopuszczalnym jest przedkładanie kopii pełnomocnictwa poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika, gdyż czynność prawna upoważnienia ma jednostronny charakter, a co za tym idzie, dla zachowania formy pisemnej pełnomocnictwa konieczny jest oryginalny podpis reprezentowanego, a nie osoby wskazanej w charakterze pełnomocnika. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 31 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 1 sierpnia 2008 r.; wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 4 sierpnia 2008 r.), podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 31 lipca 2008 r.

II) sygn. akt KIO/UZP 817/08

Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2008 r., poinformował wykonawcę Dro Konsult Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Lehmann + Partner Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie oraz Biuro Badawczo-Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego TRANSCOMP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanym dalej „Lehmann” oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu nie wniesienia wadium na okres związania ofertą. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w ofercie Odwołującego brak jest dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 17 lipca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a tym samym odrzucenia jego oferty oraz na rozstrzygnięcie przetargu przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Lehmann.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający możliwość zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji,
- 2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nie wniesienia wadium za cały okres związania ofertą i w konsekwencji uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, pomimo iż Odwołujący złożył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium za cały okres związania ofertą w oryginale zgodnie z wymogami SIWZ, tj. przed upływem terminu składania ofert w kasie Zamawiającego, załączając omyłkowo do oferty kopię wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium,
- 3) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w związku z zaistniałymi wątpliwościami w zakresie rozbieżności pomiędzy złożonym w kasie Zamawiającego oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium potwierdzającej zapłatę wadium za cały okres związania ofert, a kopią wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, która omyłkowo została załączona do oferty,

- 4) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie z udziału w postępowaniu Lehmann i w konsekwencji nie uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą pomimo, iż Lehmann nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 5) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Lehmann jako najkorzystniejszej pomimo, iż oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków określonych w SIWZ, tym samym ten wykonawca powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, a co za tym idzie unieważnienie uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
- 2) dokonanie czynności zaniechanej przez Zamawiającego, do której był zobowiązany w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj. wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wątpliwości związanych ze złożonymi dokumentami w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium oraz wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- 3) unieważnienie czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty Lehmann,
- 4) wykluczenie Lehmann z udziału w postępowaniu i w konsekwencji uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- 5) ponowne dokonanie czynności oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż wraz z oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr GWo/10/08-03, przed upływem terminu składania ofert, złożył w kasie Zamawiającego aneks nr 1/2008 do przedmiotowej gwarancji, z treści którego wynika, iż gwarancja jest ważna od dnia 9 czerwca 2008 r. do dnia 8 sierpnia 2008r., tj. przez cały okres związania ofertą, wynoszący 60 dni. Natomiast do oferty omyłkowo załączył oprócz kserokopii ww. dokumentów także kserokopię wadliwego aneksu nr 1/2008, który to dokument został unieważniony przez wystawiającego gwarancję.

Dodatkowo podniósł, iż Lehmann nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, gdyż z przedłożonych przez tego wykonawcę dokumentów (wykazu wykonanych usług oraz listów referencyjnych) nie wynika, aby posiadał doświadczenie porównywalne, tj. odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, doświadczenie w zakresie dróg wojewódzkich.

Pismem z dnia 28 lipca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, przez jego częściowe uwzględnienie, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty. Natomiast jako bezzasadny uznał

zarzut dotyczący wyboru jako najkorzystniejszej oferty Lehmann, wskazując iż wykonawca ten spełnił warunek udziału w postępowaniu, gdyż Zamawiający wymagał jedynie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usług w zakresie dróg, nie precyzując, czy mają to być drogi krajowe, wojewódzkie, powiatowe, czy też gminne, a kategoria drogi nie ma znaczenia przy jakości i poziomie świadczenia przedmiotowych usług. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 31 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 1 sierpnia 2008 r., wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 4 sierpnia 2008 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 183 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i oddalenie żądania Odwołującego unieważnienia czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty Lehmann oraz ponownego dokonania czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) dopuszczenie dowodu z załączonych do odwołania dokumentów na okoliczności w nich ujawnione wskazane w uzasadnieniu,
- 3) nakazanie unieważnienia czynności w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty Lehmann,
- 4) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności oceny i wyboru ofert złożonych w postępowaniu,
- 5) nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 6) obciążenie Zamawiającego kosztami związanymi z wniesieniem odwołania i reprezentowania Odwołującego przez pełnomocnika.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zobowiązany był w rozstrzygnięciu protestu wprost rozstrzygnąć o zarzutach i żądaniach Odwołującego w zakresie żądania unieważnienia czynności w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponownego dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. czy uznaje w tym zakresie żądanie Odwołującego i unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, czy też oddala protest w tym zakresie.

Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 1 sierpnia 2008 r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone

oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

I) sygn. akt KIO/UZP 816/08

Zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na to, iż pełnomocnictwo zostało złożone w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ w pkt 10 (s. 17 SIWZ) wskazał, iż wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wraz z ofertą złożył kserokopie pełnomocnictw z dnia 20 maja 2008 r., sporządzonych w języku niemieckim oraz w języku polskim (s. 8-9 oferty), potwierdzonych za zgodność z oryginałem w dniu „2008-06-04” przez Ewę Ś. Dyrektora ds. Geodezji GEOPOLIS Sp. z o.o.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, w tym także wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia (konsorcjum), wraz z ofertą składają pełnomocnictwo celem potwierdzenia umocowania do reprezentowania wykonawcy bądź wykonawców (konsorcjum) w danym postępowaniu, tym samym wykazują prawo do złożenia oferty, która – zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp - składana jest pod rygorem nieważności w formie pisemnej.

Z treści art. 99 § 1 k.c. wynika, iż jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Natomiast zgodnie z treścią art. 78 § 1 k.c. dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczającym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Skoro więc dla oferty jest wymagana forma szczególna, to składane pełnomocnictwo również powinno być udzielone w wymaganej dla oferty formie. Dlatego też pełnomocnictwo poza określoną treścią, a więc wymogiem złożenia oświadczenia woli, którego treścią jest upoważnienie określonego podmiotu do dokonania, w imieniu i ze skutkiem dla mocodawcy, określonej czynności prawnej, powinno zawierać własnoręczny podpis mocodawcy. Powyższe oznacza, iż pełnomocnictwo do podpisania oferty powinno być złożone w formie

oryginału lub kopii potwierdzonej notarialnie. Potwierdza to powszechnie przyjęta linia orzecnicza (wyrok SO w Warszawie z dnia 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07, wyrok SO w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2007 r., sygn. akt II Ca 137/07), zgodnie z którą, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni dołączyć do oferty oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie, nawet wówczas, gdy Zamawiający nie wprowadził wprost do postanowień SIWZ takiego wymogu.

Niemniej jednak należy podkreślić, iż Zamawiający w SIWZ pkt 6 rozdział V jednoznacznie wskazał, które dokumenty mogą być poświadczone „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę. Są to niewątpliwie dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt 5 rozdziału V (s. 16 SIWZ), potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wynikające z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605),

Jednocześnie należy podkreślić, iż w przypadku nie załączenia do oferty pełnomocnictwa albo też załączenia wadliwego pełnomocnictwa (poświadczonego przez wykonawcę) Zamawiający nie ma obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje bowiem Zamawiającemu wezwanie wykonawcy jedynie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wymienionych w rozporządzeniu i dopuszcza możliwość poświadczania przez wykonawcę, ale tylko dokumentów i oświadczeń wymienionych w przedmiotowym rozporządzeniu, a bezspornym jest, iż ww. rozporządzenie nie stanowi o dokumencie pełnomocnictwa..

Mając na uwadze powyższe, jak również wykładnię gramatyczną przepisów ustawy Pzp oraz ww. rozporządzenia, w analizowanym przypadku, nie ma możliwości usunięcia wad złożonego pełnomocnictwa.

II) sygn. akt KIO/UZP 817/08

Skład orzekający Izby uznał, iż Odwołujący nie ma interesu prawnego we wnoszeniu środka odwoławczego, jakim jest odwołanie, Odwołujący w złożonym proteście podniósł dwa zarzuty, z których jeden (dotyczący wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego) został uwzględniony przez Zamawiającego, drugi zaś (niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Lehmann) został oddalony. Odwołujący podniósł, na rozprawie, iż zwrócił się do Zamawiającego (pismem z dnia 1 sierpnia 2008 r.) z żądaniem jednoznacznego określenia „sposobu, w jaki Zamawiający odnosi się do podniesionego w proteście żądania unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, tj. czy Zamawiający

przewiduje po ostatecznym rozstrzygnięciu postępowania protestacyjnego powtórna czynność oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej”. W odpowiedzi na powyższe (pismem z dnia 1 sierpnia 2008 r.) został poinformowany przez Zamawiającego, iż po ostatecznym rozstrzygnięciu postępowania protestacyjnego unieważni on czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokona ponownej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, mając na uwadze powyższe, nie podtrzymał w sposób wyraźny w odwołaniu, a na rozprawie złożył oświadczenie woli w tym przedmiocie, zarzutu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu oferty Lehmann, nieuwzględnionego przez Zamawiającego.

Z treści art. 179 ustawy Pzp wynika, iż środki ochrony prawnej przysługują jedynie tym wykonawcom, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przesłanką wniesienia środka odwoławczego jest zatem uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek. Tak więc interes prawny wykonawcy we wnoszeniu środków odwoławczych ograniczony jest wyłącznie do uszczerbku w interesie tego konkretnego wykonawcy. Tym samym o takim uszczerbku nie możemy mówić, w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie protestu nastąpiło zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego, czego Odwołujący nie kwestionuje (oferta Odwołującego została przywrócona do udziału w postępowaniu), a Odwołujący nie podtrzymuje zarzutów wobec oferty pierwotnie uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Poprzez działanie Zamawiającego Odwołujący nie utracił możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Dokonanie ponownie czynności oceny ofert może bowiem doprowadzić – co bezspornie wynika z rankingu cen - do wyboru właśnie jego oferty jako oferty najkorzystniejszej. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia protestu zamawiający powtarza oprotestowaną czynność dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Tym samym niemożliwym jest dokonanie żądanej czynności przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę.

Tak więc nie zachodzi przesłanka ustawowa uprawniająca Odwołującego do zaskarżenia czynności, które zostaną wykonane zgodnie z jego żądaniem.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*