

Sygn. akt KIO/UZP 256/08

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Emil Kuriata
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 7 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A., Generała Zajęczka 11, lok. C7, Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ** protestu / protestów* z dnia 3 marca 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, Warszawa** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **POLCOURT S.A., Generała Zajęczka 11, lok. C7, Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Miasto st. Warszawa Dzielnica Praga Północ** na rzecz **POLCOURT S.A., Generała Zajęczka 11, lok. C7, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez 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 **POLCOURT S.A., Generała Zajęczka 11, lok. C7, Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnica Praga Północ prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację boisk sportowych z budową zaplecza socjalno-technicznego przy ul. Kawęczyńskiej 44 w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone dnia 24 września 2007 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 174742-2007.

Pismem z dnia 25 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował POLCOURT S.A. o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. oraz o wykluczeniu POLCOURT S.A. z postępowania. Czynność powyższa stała się podstawą do wniesienia dnia 3 marca 2008 r. protestu przez POLCOURT S.A. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) :

1. art. 24 ust.1 pkt 10 poprzez niesłuszne wykluczenie Protestującego,
2. art. 87 ust.1 poprzez nie wezwanie Protestującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
3. art. 7 ust. 3 poprzez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 poprzez wybór oferty o nie najkorzystniejszym kryterium oceny ofert;

Protestujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie zabezpieczył oferty wymaganym wadium. Protestujący dnia 11 lutego złożył Aneks nr 3 do gwarancji ubezpieczeniowej, przedłużający jej ważność do dnia 18 marca 2008 r. Aneks ten został wydany na wniosek Protestującego, będącego następcą prawnym POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz. Na potwierdzenie powyższego Protestujący przedstawił pismo Towarzystwa Ubezpieczeń InterRisk S.A. oraz polisę nr A 606880. Protestujący podkreśla, że w dacie odrzucenia oferty Protestującego Zamawiający dysponował wadium zabezpieczającym ofertę Protestującego – następcy prawnego POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz.

Protestujący zauważa również, że zgodnie z art. 87 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Podkreślenia wymaga również fakt, że oferta Protestującego jest tańsza od wybranej przez Zamawiającego o 477.764,15 zł a przepisy ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2005, Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.) nakazują Zamawiającemu wydatkować środki publiczne w sposób racjonalny i ekonomiczny.

Protestujący wniósł o przywrócenie jego oferty do postępowania, powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej – POLCOURT S.A.

Dnia 6 marca 2008 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wniósł TAMEX Obiekty Sportowe S.A., który podzielił argumentację Zamawiającego i poparł stanowisko w przedmiocie wykluczenia Protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz odrzucenia jego oferty w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący podkreśla, że Zamawiający nie wykluczył Protestującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu a za brak zabezpieczenia oferty ważną gwarancją wadialną. Braku tego nie da się uzupełnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji oferta nie jest zabezpieczona wadium i podlega odrzuceniu.

Zamawiający dnia 12 marca 2008 r. rozstrzygnął protest w ten sposób, że protest wniesiony przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. uwzględnił a protest wniesiony przez POLCOURT S.A. oddalił. Zamawiający wskazuje, iż dnia 2 października 2007 r. doszło do sprzedaży przedsiębiorstwa POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz na rzecz POLCOURT S.A. Z powyższego faktu Zamawiający wywodzi, że we wskazanym dniu POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz zaprzestało działalności pod określoną nazwą, z określonym majątkiem, wierzytelnościami itd. Oznacza to w konsekwencji, że w dniu składania ofert, tj. 19 października 2007 r. podmiot POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz nie istniał jako odrębny podmiot prawny od POLCOURT S.A., co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu jej nieważności na podstawie art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2007, Nr 155, poz. 1095). Z uwagi na powyższe Zamawiający uwzględnił protest wniesiony przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Zdaniem Zamawiającego, wniesione wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wraz z ofertą złożoną przez POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz zabezpiecza właśnie tę ofertę. Dnia 2 października 2007 r. doszło do sprzedaży w/w podmiotu, stąd należy uznać, że gwarancję ubezpieczeniową wystawiono dla nieistniejącego podmiotu.

Z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 18 marca 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się stwierdza, że w proteście złożonym przez TAMEX S.A. wykonawca powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozpoznania przez Krajową

Izbę Odwoławczą i będą przedmiotem postępowania sądowego wszczętego na skutek złożenia skargi.

Odnosnie zarzutu złożenia oferty przez podmiot nieuprawniony Odwołujący się wyjaśnia, że POLCOURT S.A. jest następcą prawnym POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz, z którym na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. Zamawiający został zobowiązany do zawarcia umowy po uprzedniej ocenie ofert.

Powyższe następstwo prawne wynika z umowy sprzedaży z dnia 2 października 2008 r. w rozumieniu art. 55¹ k.c., ale skutek rzeczowy w postaci przejścia przedsiębiorstwa na rzecz POLCOURT S.A. nie nastąpił w chwili zawarcia umowy sprzedaży.

Jednocześnie Odwołujący się wskazuje na treść przepisu art. 55² k.c., zgodnie z którym czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa a zatem wszystkie jego składniki materialne i niematerialne, w tym również wszelkie roszczenia i zobowiązania przedsiębiorstwa a więc także roszczenie o zawarcie umowy na modernizację. Kwestia ta była także przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Dnia 7 kwietnia 2008 r. Tamex Obiekty Sportowe S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania oraz wykluczenie Odwołującego się i odrzucenie jego oferty.

Zdaniem Przystępującego odwołanie podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera zarzuty w sprawie wykonania czynności, do których Zamawiający nie był zobowiązany na mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności, Zamawiający nie wykluczył POLCOURT S.A. za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wykluczył natomiast POLCOURT S.A. za brak zabezpieczenia oferty ważną gwarancją ubezpieczeniową, która z uwzględnieniem sukcesji winna być wystawiona na POLCOURT S.A. Tymczasem wystawienie tego dokumentu na wniosek POLCOURT – FW Marek Piotrowicz spowoduje, że gwarancja nie zostanie zrealizowana, gdy zaistnieją okoliczności zawinione przez POLCOURT S.A.

Braków wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej nie da się uzupełnić w trybie wyjaśnień treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ wadium nie jest elementem oferty.

W badanym stanie faktycznym albo mamy do czynienia z sytuacją, w której sukcesja nastąpiła dnia 2 października 2007 r. i POLCOURT – FW Marek Piotrowicz zaprzestało samodzielnej działalności, zatem złożyło ofertę jako podmiot nieuprawniony albo sukcesja nie nastąpiła, zatem protest i odwołanie wniesione przez POLCOURT S.A. podlega odrzuceniu jako wniesione przez podmiot nieuprawniony z powodu braku faktycznych podstaw do stwierdzenia sukcesji.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Dnia 2 października 2007 r. została zawarta umowa sprzedaży, na podstawie której POLCOURT S.A. nabyła przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ k.c., od Marka Piotrowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą POLCOURT – FW. Zgodnie z art. 55¹ k.c. czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Ze względu na treść tego przepisu przedmiotowa czynność prawna nie musi *in extenso* wskazywać wszystkich składników przedsiębiorstwa. Bezwzględnie natomiast powinna wskazywać te składniki, które strony chcą wyłączyć z czynności prawnej mającej za przedmiot przedsiębiorstwo. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w badanym stanie faktycznym doszło do zbycia przedsiębiorstwa w całości, świadczy o tym chociażby oświadczenie Marka Piotrowicza zawarte w piśmie z dnia 10 stycznia 2008 r., który wskazuje na przepis art. 55¹ k.c., jako mający zastosowanie w zaistniałym stanie faktycznym.

Rozstrzygnięcie podstawowego zarzutu merytorycznego wymaga przeprowadzenia analizy pojęcia umowy sprzedaży. Art. 535 k.c. stanowi, że jest to umowa, w której jedna strona (sprzedawca) zobowiązuje się przenieść własność rzeczy i wydać ją drugiej stronie (kupującemu), a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Z powyższego wynika, że przedmiotowa umowa powoduje jedynie powstanie zobowiązania do przeniesienia praw majątkowych, a więc zobowiązuje sprzedawcę do świadczenia polegającego na przeniesieniu oznaczonego prawa na drugą stronę. Powyższe przesądza o zobowiązaniowym charakterze tej umowy. Niemniej jednak na podstawie art. 155 k.c., jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej albo strony nie postanowiły inaczej, umowa sprzedaży, darowizny lub inna umowa zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy oznaczonej co do tożsamości powoduje jednocześnie przeniesienie tego prawa, ma więc nadto skutek rozporządzający.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że dnia 2 października 2007 r. powstało zobowiązanie do przeniesienia własności przedsiębiorstwa, ale skutek rozporządzający, a więc przeniesienie tego prawa nastąpiło dnia 26 października 2007 r. Stanowisko takie skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wywodzi z powołanego oświadczenia Marka Piotrowicza, z którego wynika, że w tym dniu „doszło do sprzedaży”, jak również z oświadczenia Zamawiającego, wyrażonego dnia 24 lutego 2008 r. w skardze do Sądu Okręgowego, z której wynika, że nastąpiła okoliczność „zbycia przedsiębiorstwa firmy Marek Piotrowicz FW „Polcourt” w dniu 26 października 2007 r., tj. po złożeniu oferty Zamawiającemu”.

W tym stanie rzeczy, biorąc pod uwagę fakt, że termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19 października 2007 r., uprawniony do złożenia oferty był Marek Piotrowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą POLCOURT- FW. Oferta została w sposób właściwy zabezpieczona wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Jak wynika z dokumentu „Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr DU 150200/G10/26/201/2006” T.U.iR. CIGNA STU S.A. (gwarant) gwarantuje zapłatę wymaganej kwoty na rzecz beneficjenta gwarancji (Zamawiającego) z tytułu wadium, do której zwrotu Zobowiązany (POLCOURT – FW Marek Piotrowicz) traci prawo w przypadku okoliczności, o których mowa w przepisie art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym obowiązek zapłaty ma charakter nieodwołalny i bezwarunkowy. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że „gwarancję ubezpieczeniową wystawiono dla nieistniejącego podmiotu”. Wobec wcześniej przedstawionych wywodów, nietrafność tego stanowiska nie może budzić wątpliwości. Na dzień składania ofert Marek Piotrowicz prowadził działalność gospodarczą i dysponował przedsiębiorstwem służącym do realizacji określonych zadań gospodarczych. Jak trafnie zauważył skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 22 lutego 2007 r. (sygn. akt KIO/UZP 99/08) „przedsiębiorca nie musi prowadzić przedsiębiorstwa, aby móc prowadzić działalność gospodarczą, stąd z faktu niewyrejestrowania firmy POLCOURT FW Marek Piotrowicz z ewidencji działalności gospodarczej nie można wywieść, że czynność zbycia przedsiębiorstwa była fikcyjna”. Na marginesie należy zauważyć, że na mocy art. 33 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 2 lipca o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095), przedsiębiorca zobowiązany jest złożyć wniosek o wykreślenie z ewidencji, w przypadku trwałego zaprzestania wykonywania działalności gospodarczej. Z samego faktu sprzedaży przedsiębiorstwa nie można wywieść, że nastąpiło zaprzestanie prowadzenia działalności gospodarczej. Z zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 24 sierpnia 2007 r. (w ofercie) wynika, że przedmiotem działalności gospodarczej prowadzonej przez Marka Piotrowicza pod firmą POLCOURT-FW, jest oprócz robót ogólnobudowlanych m.in. sprzedaż detaliczna, sprzedaż hurtowa, malowanie. Prowadzenie tego rodzaju działalności jest możliwe osobiście, bez istnienia niezależnego zespołu składników materialnych i niematerialnych tworzących przedsiębiorstwo. Ponadto zbycie przedsiębiorstwa nie wyklucza, że w określonym czasookresie przedsiębiorca zorganizuje nowe przedsiębiorstwo służące realizacji pozostałych zadań gospodarczych. W przypadku takiego zamiaru i działania przedsiębiorcy wykreślenie z ewidencji nie znajduje uzasadnienia wobec braku przesłanki trwałego zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej. Zamawiający zdaje się mylić powyższe z regulacjami dotyczącymi spółek (art. 491 i następane k.s.h.).

Ponadto należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej istnieje domniemanie prawdziwości danych wpisanych do

ewidencji działalności gospodarczej . Domniemania tego, ani Zamawiający ani Przystępujący nie obalił, co więcej podnoszono, że Marek Piotrowicz składa oferty w innych postępowaniach.

Analizując dalej badany stan faktyczny, w zakresie braku wadium skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że skoro do złożenia oferty uprawniony był Marek Piotrowicz a nie POLCOURT S.A., to uprawniony jest pogląd, że od dnia 26 października 2007 r. „następcą prawnym” POLCOURT-FW jest POLCOURT S.A., a przynajmniej w zakresie praw i obowiązków , które uzależnione są od posiadania przedsiębiorstwa, które było przedmiotem zbycia w tym konkretnym przypadku (wpis w KRS ma charakter deklaratoryjny). Odmienne stanowisko prowadziłoby do złamania jednej z podstawowych zasad prowadzenia działalności gospodarczej zawartej w art. 6 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej zgodnie, z którą podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Oznacza to, że nie ma oparcia w obowiązujących przepisach sytuacja, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której przedsiębiorca zdolny do uzyskania zamówienia wskutek nabycia przedsiębiorstwa, traci tę możliwość z powodu uzyskania tego statusu po dniu składania ofert a przedsiębiorca mający taką zdolność na dzień składania ofert traci ją w wyniku zbycia przedsiębiorstwa po dacie składania ofert. W świetle przywołanego przepisu tego rodzaju procesy, nieodłącznie związane z prowadzeniem działalności gospodarczej (mając również na uwadze dynamikę życia gospodarczego) nie mogą pozbawiać przedsiębiorców możliwości realizacji celów gospodarczych i doprowadzić do eliminacji obu podmiotów z postępowania.

Przyjęcie takiego stanowiska uzasadnia działania Odwołującego się, zgodnie z którymi aneks nr 3 dotyczący gwarancji wadialnej określa jako Ubezpieczającego (Zobowiązanego) – POLCOURT S.A., co więcej wszelkie ewentualne obawy Zamawiającego związane z niebezpieczeństwem odmowy zapłaty gwarantowanej kwoty z uwagi na niejednorodność podmiotów zobowiązanych zostają rozwiane w świetle pisma z dnia 8 lutego 2008 r. TU Inter Risk S.A., z którego wynika okoliczność uznania POLCOURT S.A. za następcę prawnego POLCOURT – FW.

Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że § 3 art. 815 k.c. wyłącza odpowiedzialność ubezpieczyciela za skutki okoliczności, które z naruszeniem paragrafów poprzedzających nie zostały podane do wiadomości. Jednakże zgodnie z § 2 art. 815 k.c. zmiany należy zgłaszać tylko w przypadku, jeżeli umowa to przewiduje. Przystępujący nie wykazał, że taka okoliczność ma miejsce (zastrzeżenie umowne), w związku z powyższym wniosek o ewentualnym zagrożeniu zapłaty wadium nie jest uzasadniony.

Zgodnie z art. 823 k.c. prawa z umowy ubezpieczenia mogą być przeniesione na nabywcę przedmiotu ubezpieczenia za zgodą ubezpieczyciela. Ustawodawca nie określił w

jakim terminie zgoda ta ma być wyrażona. Zatem, w tym stanie rzeczy pismo ubezpieczyciela z dnia 8 lutego 2008 r. należy uznać za wystarczające.

Wobec powyższego oraz biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający dysponował przywołanymi dokumentami w momencie dokonywania powtórnej oceny ofert, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 24 ust. 4 ustawy należy uznać za uzasadniony.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z treścią § 1 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. 2007, Nr 187 poz. 1327) odwołanie zawiera m. in. zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz uzasadnienie faktyczne i prawne. Jednakże brak rygoru pozostawienia bez rozpoznania zarzutów, co do których nie przedstawiono uzasadnienia faktycznego lub prawnego. Ponadto, jak wynika z treści przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Izba nie może orzekać tylko co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Zatem sformułowanie zarzutów bez podania podstawy prawnej nie wstrzymuje ich rozpoznania.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Jak sam Odwołujący się zauważył w treści odwołania, jego wykluczenie nastąpiło z tego powodu, iż „nie zabezpieczył oferty wadium wymaganym przez Zamawiającego”. Nie zakwestionował natomiast okoliczności spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza również informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 lutego 2008 r.

Zamawiający nie uchybił przepisowi z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stoi na stanowisku, iż w trybie tego przepisu nie jest uprawnione żądanie wyjaśnień odnoszących się do wadium. Ustawodawca wyraźnie różnicuje instytucję oferty od wadium, w szczególności ze względu na cel i skutek. Złożenie oferty ma na celu zawarcie umowy podczas, gdy wadium służy jej zabezpieczeniu. Brak wadium powoduje wykluczenie wykonawcy a w konsekwencji odrzucenie oferty, natomiast jakiegokolwiek „braki” w ofercie należy klasyfikować przez pryzmat jej odrzucenia.

Jeśliby nawet przyjąć odmienną koncepcję, to żądanie wyjaśnień nie należy do obowiązków Zamawiającego a jedynie do jego uprawnień. Ponadto, wydaje się, że Zamawiający nie miał wątpliwości co do treści gwarancji ubezpieczeniowych, jednakże błędnie w tym zakresie sklasyfikował stan faktyczny w świetle obowiązujących przepisów.

Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten przesądza bowiem, że „zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Oznacza to możliwość udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy, który zgodnie z przepisami ustawy Pzp uczestniczył w odpowiednim postępowaniu i jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W istocie TAMEX Obiekty Sportowe S.A. złożył ofertę w badanym postępowaniu, ale nie sposób uznać jej za najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę fakt, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące oferty Odwołującego się, co w

konsekwencji oznacza, że Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu.

W związku z brzmieniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Jedynym kryterium w niniejszym postępowaniu była cena a ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący się. W tym stanie rzeczy, zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp również znalazł uzasadnienie.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie naruszył przepisu art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Twierdzenie, że Tamex Obiekty Sportowe S.A. podnosi okoliczności rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2008 r. nie może się ostać. W powołanej sprawie przedmiotem rozstrzygnięcia było spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia a nie w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Na marginesie należy jednakże stwierdzić, że zarzut ten jest spóźniony i na podstawie art. 181 ust. 7 protest powinien zostać odrzucony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*